

La loi « Travail » : L'emploi

Sécuriser le licenciement économique

par Alexandre BARÈGE et Jean-Philippe TRICOIT,
Maîtres de conférences à l'Université Lille-2, membres du LEREDS (CRDP)

PLAN

I. La sécurisation (relative) du motif économique

- A. Avant la réécriture
- B. La réécriture

II. La sécurisation des licenciements antérieurs au transfert d'entreprise

- A. Une sécurisation par exception
- B. Une sécurisation par opportunisme

1. Des dispositions diverses. Au-delà des interrogations sur le principe de faveur (1), de l'introduction du compte personnel d'activité (2) et de la réforme de la négociation collective (3), la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* (4) consacre quelques développements au licenciement pour motif économique avec pour motivation de combler les quelques lacunes existant encore. Ces derniers sont éparpillés en différents endroits de la loi, notamment en ses articles 22, 67, 94 et 96.

2. Accord de préservation ou de développement de l'emploi. Tout d'abord, en son article 22, la loi du 8 août 2016 institue un nouvel type d'accord collectif « offensif », aux côtés de celui « défensif » qu'est l'accord de maintien de l'emploi (5), consacré par la loi du 14 juin 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi* (6). Le législateur donne naissance à l'accord de préservation ou de développement de l'emploi (APDE) (7) dont le régime juridique figure aux articles L. 2254-2 et suivants du Code du travail. Pour ce qui concerne le licenciement économique, on relèvera qu'en cas de refus d'adhérer aux dispositions mises en place par ce nouveau type d'accord, le salarié s'expose, le cas échéant, à un licenciement. Or, ce licenciement est fondé sur un motif spécifique, qui constitue une cause réelle et sérieuse et est soumis aux seules modalités et conditions applicables au licenciement individuel pour motif économique (8). Dans le même cadre est créé un dispositif spécifique dont pourra bénéficier le salarié licencié : le parcours d'accompagnement personnalisé (9).

3. Accompagnement social des procédures de licenciement pour motif économique d'une grande ampleur. Ensuite, la loi du 8 août 2016 précise un certain nombre d'hypothèses dans l'accompagnement social des procédures de licenciement pour

motif économique de grande ampleur engagées par les entreprises d'au moins mille salariés. Elle procède à différents ajouts sur la conclusion des conventions entre l'État et l'entreprise concernée afin de favoriser la revitalisation des bassins d'emploi dans

(1) V. par ex., G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier, G. Pignarre, L'ordre public social a-t-il un avenir ?, Dr. Soc. 2016, pp. 886-891.

(2) V. notamment le dossier spécial à la revue Droit Social du mois d'octobre 2016 ; V. J.-P. Laborde, Le compte personnel d'activité, annonciateur de la réforme de notre système de protection sociale ?, Dr. Soc. 2016, pp. 834-839.

(3) V. par ex., Contribution de la CGT sur les enjeux de démocratie sociale et, notamment, sur la place de l'accord collectif dans le droit du travail, Dr. Ouv. n° 820, nov. 2016, pp. 697-703 ; O. Dutheillet de Lamothe, L. Marquet de Vasselot, Loi « Travail », refondation du Code du travail et négociation collective, RJS 12/2016, pp. 807-813.

(4) JO n° 184, 9 août 2016 ; V. I. Meyrat, La loi numéro 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels ou l'histoire d'une réforme au long cours, Dr. Ouv. n° 820, nov. 2016, pp. 689-695

(5) V. par ex. S. Lardy, Les accords de maintien de l'emploi : de quoi sont-ils les maux ?, Dr. Ouv. n° 801, avr. 2015, pp. 233-235 ; V. également pour un débat, G. Loiseau, M.-L. Dufresne-Castets, Les accords de maintien de l'emploi ont-ils un avenir ?, RDT 2015, pp. 499-501.

(6) Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JO n° 138, 16 juin 2013, p. 9958.

(7) V. E. Filipetto, Et vinrent les accords de préservation ou de développement de l'emploi, RDT 2016, p. 415 ; M. Morand, L'accord de préservation ou de développement de l'emploi (loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, article 22), RJS 10/2016, pp. 655-661, ainsi que S. Béal, L'accord de préservation et de développement de l'emploi, Sem. soc. Lamy n° 1743, 7 nov. 2016, pp. 14-18.

(8) V. *infra* pour des développements la contribution de Fr. Dumont et L. Poinsoit.

(9) C. trav., art. L. 2254-3 et s.

lesquels l'entreprise est implantée. En l'occurrence, la loi du 8 août 2016 sécurise les relations conventionnelles entre l'entreprise et l'administration. À cet égard, selon l'article L. 1233-85 du Code du travail, la convention conclue entre l'entreprise et l'autorité administrative doit prendre en compte les actions en faveur de l'emploi menées au titre d'un accord collectif relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi réalisé par l'entreprise. Un document-cadre conclu entre l'État et l'entreprise pourra viser d'autres actions issues d'une démarche volontaire de la part de celle-ci (10). Par ailleurs, lorsqu'une entreprise se livre à une restructuration touchant plusieurs bassins d'emplois, plusieurs négociations peuvent être menées de façon concomitante sur plusieurs territoires et, partant, avec plusieurs préfets. D'où la possibilité, pour le représentant de l'entreprise et le ministre chargé de l'Emploi, de conclure une convention-cadre nationale. C'est cette hypothèse pratique qui est désormais codifiée à l'article L. 1233-90-1 du Code du travail.

4. Champ d'application du congé de reclassement. Enfin, la loi du 8 août 2016 précise le champ d'application de l'article L. 1233-71 relatif au congé de reclassement. Désormais, il est clair que les entreprises ou les groupes d'entreprises de dimension communautaire – dès lors qu'elles emploient au total au moins mille salariés – sont soumises à l'obligation de proposer à leurs salariés menacés de licenciement pour motif économique un congé de reclassement.

5. Plan. Cela étant, deux points – qui ressortent respectivement des articles 67 et 94 de la loi du 8 août 2016 – méritent une analyse plus poussée quant à la sécurisation envisagée par le législateur (9 bis). Premièrement, la nouvelle définition du motif économique énoncée à l'article L. 1233-3 du Code du travail n'a pas forcément l'ampleur à laquelle on pouvait s'attendre ; la sécurisation du motif économique en résultant n'en est que plus relative (I). Deuxièmement, l'hypothèse des licenciements économiques antérieurs au transfert d'entreprise fait l'objet d'un remaniement en catimini et, là encore, la sécurisation de ce genre de licenciement pose question (II).

I. La sécurisation (relative) du motif économique

Par l'article 67 de la loi du 8 août 2016, le législateur a exprimé le besoin de sécuriser le motif économique du licenciement. Cela s'est traduit par une réécriture de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1233-3 du Code du travail. Avant de présenter ce nouveau texte et les critiques qui peuvent être formulées, il convient de revenir sur les raisons de la réforme.

A. Avant la réécriture

6. Situation jusqu'au 1^{er} décembre 2016. La réécriture de l'article L. 1233-3, alinéa 1, du Code du travail est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2016. Jusqu'à cette date, ce texte était rédigé comme suit : « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ». Ainsi, dans sa version en vigueur avant le 1^{er} décembre 2016, le licenciement

pour motif économique reposait nécessairement sur un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié. Il impliquait un élément matériel : une suppression ou transformation d'emploi, ou une modification refusée par un salarié d'un élément essentiel du contrat de travail. Cet élément matériel devait être apprécié au niveau de l'entreprise (11). Le licenciement pour motif économique impliquait ensuite une circonstance économique. Le législateur en avait identifié deux : les difficultés économiques ou les mutations technologiques. S'appuyant sur l'adverbe « *notamment* » présent dans le texte, la Cour de cassation a ensuite découvert d'autres circonstances économiques justificatives : d'abord, la réorganisation pour sauvegarder la compétitivité, dans l'arrêt *Thomson Vidéocolor* du 5 avril 1995 (12) ; ensuite la cessation d'activité de l'entreprise, dans un arrêt du 16 janvier 2001 (13). La cessation d'activité en tant que cause économique autonome fut néanmoins écartée en présence d'une situation de co-emploi. Ainsi, lorsqu'un salarié a pour co-employeurs des entités faisant partie d'un même groupe, la cessation

(9 bis) NDLR. v. également sur ce sujet R. Dalmaso, La redéfinition du licenciement économique : une « sécurisation » cosmétique aux enjeux théoriques hasardeux, Dr. Ouv. n° 822, janv. 2017, pp. 1-6.

(10) C. trav., art. L. 1233-85, al. 2.

(11) Cass. Soc. 5 avr. 1995 n° 93-42.690 : Bull. civ. V, n° 123 ; Dr. Ouv. 1995 p. 284, obs. A. Lyon-Caen ; RJS 1995, n° 497.

(12) *Id.*

(13) Cass. Soc. 16 janv. 2001, n° 98-44.647 : Bull. civ. V, n° 10 ; Dr. Soc. 2001, p. 413, obs. J. Savatier.

d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent (14). Rappelons alors que le co-emploi (du moins ce qu'il en reste, compte tenu de l'interprétation particulièrement restrictive de la Cour de cassation) est caractérisé lorsqu'il existe entre des sociétés d'un même groupe, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques qui existent nécessairement au sein d'un groupe de sociétés et de l'état de domination que l'appartenance à un groupe peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion d'une société dans la gestion économique et sociale d'une autre société (15). Par ailleurs, la cessation d'activité résultant d'une faute ou d'une légèreté blâmable ne peut justifier un licenciement (16).

7. Périmètre d'appréciation des difficultés économiques avant le 1^{er} décembre 2016. À plusieurs reprises, la Cour de cassation a rappelé que la cause économique d'un licenciement s'apprécie au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci fait partie d'un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe dans lequel elle intervient. Dans un arrêt du 16 novembre 2016, la Cour de cassation a précisé que « *le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du Code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national* » (17).

8. Raisons de la réécriture. Le but poursuivi par l'article 67 de la loi du 8 août 2016 était de « *sécuriser juridiquement le motif économique du licenciement, tant pour les salariés que pour les entreprises* » (18). L'étude d'impact du projet de loi laisse alors apparaître que la rédaction de l'article L. 1233-3 du Code du travail, par son manque de précision, était source d'insécurité juridique et qu'il était nécessaire de « *faire en sorte que le licenciement économique puisse être dûment motivé et objectivé par l'entreprise et de*

s'assurer, en amont de la procédure de licenciement, que le licenciement n'est pas dépourvu de cause réelle et sérieuse » (19).

Il est vrai que l'article L. 1233-3 du Code du travail présentait probablement quelques insuffisances. D'abord, il ne contenait que deux motifs économiques précédés de l'adverbe « *notamment* ». C'est donc le juge qui a été chargé de « *découvrir* » les autres motifs, notamment celui de la réorganisation nécessaire pour sauvegarder la compétitivité qui, au 31 mars 2016, a été invoquée dans pas moins de 44,5 % des plans de sauvegarde de l'emploi homologués ou validés depuis l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 (20). Ensuite, il faut reconnaître que l'absence de précision législative relative à la notion de difficultés économiques pouvait générer quelques incertitudes. En la matière, les décisions sont particulièrement nombreuses et la Cour de cassation a régulièrement été amenée à prendre position sur la question de savoir si des pertes financières, un déclin de l'activité, une baisse de production, une baisse de rentabilité, etc. sont de nature à caractériser des difficultés économiques. Parfois, la jurisprudence manque de clarté. Pour seul exemple, prenons la situation de la baisse du chiffre d'affaires. Dans un arrêt du 6 avril 2004, la Cour de cassation a validé le licenciement qui reposait sur une « *diminution du chiffre d'affaires entraînant une détérioration des résultats* » (20 bis). En l'espèce, la diminution du chiffre d'affaires était de 12 %. À l'inverse, dans un arrêt du 13 septembre 2012 (21), la Chambre sociale de la Cour de cassation retient que « *ni la réalisation d'un chiffre d'affaires moindre, ni la baisse des bénéfécies, ne suffisent à établir la réalité de difficultés économiques* ». Une telle situation ne pouvait perdurer, d'autant plus que les difficultés économiques constituent le motif économique le plus souvent invoqué à l'appui d'un licenciement pour motif économique (il concerne 49 % des motifs invoqués dans le cadre des plans de sauvegarde de l'emploi homologués ou validés depuis la loi de sécurisation de l'emploi). C'est ce qui a conduit le législateur à réécrire l'article L. 1233-3 du Code du travail.

(14) Cass. Soc. 18 janv. 2011, n°09-69.199 : Semaine sociale Lamy 2011, n° 1476, p. 6, rapp. P. Bailly ; JCP S 2011, 1065, n. P. Morvan ; Dr. Ouv. 2011 p.273, n. P. Darves-Bornoz ; Dr. Soc. 2011, p. 372, n. G. Couturier.

(15) Cass. Soc. 2 juill. 2014, n°13-15.208 : JCP S 2014, 1311, n. G. Loiseau ; Dr. Ouv. 2014 p.653, n. M. Castel.

(16) Cass. Soc. 1^{er} févr. 2011, n°10-30.045 : Bull. civ. V, n° 42 ; JCP S 2011, act. 79, obs. P. Morvan ; JCP S 2011, 1095, n. P.-H. d'Ornano ; Dr. Ouv. 2011 p.584, n. A. Ferrer ; Dr. soc. 2011, p. 372, obs. G. Couturier.

(17) Cass. Soc. 16 nov. 2016, n°14-30.063.

(18) Étude d'impact, p. 269.

(19) Étude d'impact, p. 267

(20) Étude d'impact, p. 263.

(20 bis) Cass. soc., 6 avr. 2004, n°01-46898.

(21) Cass. Soc., 13 sept. 2012, n°11-18.480 : Rev. proc. coll. 2012, comm. 200, Fr. Taquet.

B. La réécriture

9. Présentation du nouveau texte. L'alinéa 1^{er} de l'article L.1233-3 du Code réécrit est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2016. Des débats parlementaires, on comprend que ce report s'est imposé par des raisons de sécurité juridique. Il est, en effet, apparu nécessaire de laisser aux acteurs du monde du travail le temps d'assimiler les nouvelles règles. Le texte réécrit doit pallier les insuffisances évoquées précédemment. À titre liminaire, il faut constater que le licenciement pour motif économique reste une mesure non inhérente à la personne du salarié. Il ne pouvait en être autrement. S'agissant de l'élément matériel, le texte est inchangé. Le licenciement implique une suppression ou transformation d'emploi ou une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail. Le périmètre d'appréciation de l'élément matériel qui s'était imposé en jurisprudence, à savoir l'entreprise, est désormais intégré dans la loi. S'agissant des circonstances économiques, le législateur a repris la référence aux mutations technologiques et aux difficultés économiques. Il a, par ailleurs, intégré dans l'article les deux motifs issus de la jurisprudence, à savoir la cessation d'activité de l'entreprise et la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité, sans y apporter d'autre précision. On relèvera enfin que le législateur a maintenu l'adverbe « *notamment* », alors même qu'il a intégré dans le texte toutes les circonstances économiques qui s'étaient imposées. Il ouvre ainsi la voie à la consécration d'autres circonstances économiques. Mais lesquelles ? La question reste ouverte.

10. Objectivation des difficultés économiques. Souhaitant rompre avec les incertitudes de la jurisprudence, le législateur a voulu objectiver les difficultés économiques. Ainsi, le texte nous précise désormais que les difficultés économiques sont caractérisées par l'évolution significative d'au moins un indicateur, tels qu'une baisse des commandes, une baisse du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation, une dégradation de l'excédent brut d'exploitation. Elles peuvent également être caractérisées par l'évolution significative de tout autre élément de nature à les justifier.

S'agissant spécifiquement des difficultés caractérisées par une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, la loi pose pour principe qu'une baisse significative est constituée dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à un trimestre pour une entreprise de moins

de 11 salariés, 2 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés, 3 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 50 salariés et de moins de 300 salariés, 4 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 300 salariés.

11. Critiques positives. La nouvelle rédaction de l'article L.1233-3, alinéa 1^{er}, peut être saluée à divers égards. D'abord, elle se présente comme le reflet de la pratique. En effet, le texte intègre désormais les motifs économiques qui s'étaient imposés en jurisprudence, mais qui n'étaient pas présents dans le texte (la cessation d'activité et la réorganisation nécessaire pour sauvegarder la compétitivité). Ensuite, le texte apporte un certain nombre d'indicateurs qui permettent de mieux déterminer si les difficultés économiques sont caractérisées. Enfin, ce texte marque peut-être la fin de certaines incertitudes. On pense notamment à la baisse du chiffre d'affaires en tant que motif économique. Désormais la question ne semble plus se poser, du moins à la lecture du texte : une baisse significative du chiffre d'affaires révèle l'existence de difficultés économiques.

12. Critiques négatives. Si le texte présente certains avantages, il révèle également quelques lacunes.

13. Sur la caractérisation des difficultés économiques. Le texte nous précise désormais que les difficultés économiques peuvent être caractérisées par « *l'évolution significative d'au moins un indicateur économique* ». Le législateur a donc voulu sécuriser les licenciements pour motif économique en précisant comment caractériser les difficultés économiques. Toutefois, cela l'a conduit à y intégrer une notion imprécise : « *l'évolution significative* ». Ce terme laisse inévitablement en suspens la question de savoir à partir de quand l'évolution d'un indicateur est significative. Cela relèvera probablement du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. L'objectif de sécurisation est ici mis à mal. Par ailleurs, le législateur retient que les difficultés économiques peuvent être caractérisées par « *tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés* ». La encore, le rôle du juge sera central et l'incertitude reste entière.

14. Sur les indicateurs. Certains indicateurs paraissent assez contestables. Prenons le cas de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaires. À lire le texte, une baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires autorise systématiquement l'employeur à invoquer un motif économique, en l'occurrence des difficultés économiques. Or, une

baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, même significative, n'est pas nécessairement source de difficultés. Elle peut même s'accompagner d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise. Prenons l'exemple d'une société implantée dans le nord de la France, qui fait le pari de développer ses activités dans le sud de la France et qui ouvre un établissement à Marseille, ce qui entraîne des frais de déplacement importants pour le dirigeant qui s'y rend régulièrement, mais également des charges de personnel supplémentaires et des frais pour y livrer la marchandise qui y sera commercialisée. Bien que l'activité marseillaise soit déficitaire, l'employeur décide de persévérer, d'abord parce que son activité dans le nord lui permet largement de compenser les pertes réalisées dans le sud, mais ensuite parce qu'il est persuadé qu'il s'ouvre ainsi sur un autre secteur géographique et qu'il s'agit d'une première étape afin de se développer dans d'autres pays. Deux ans plus tard, la situation de l'entreprise reste florissante grâce à son activité développée dans le nord, mais l'implantation à Marseille est un échec cuisant. L'employeur décide de fermer son établissement à Marseille. Il en résulte alors une diminution nette de son chiffre d'affaires, puisqu'il perd le chiffre d'affaires réalisé à Marseille. Mais la situation financière de l'entreprise va devenir encore plus florissante, puisque l'activité marseillaise était déficitaire. Dans une telle situation, on comprend alors que l'employeur est autorisé à invoquer des difficultés économiques, puisqu'il y a une baisse significative de son chiffre d'affaires, alors même qu'il n'a pas de difficultés économiques !

Pire, les indicateurs pourraient autoriser les collusions destinées à créer un motif de licenciement. Ainsi, un employeur pourrait s'entendre avec ses fournisseurs pour décaler les commandes ou le moment où les factures seront payées afin de générer artificiellement une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires. Cela est d'autant plus vrai dans les entreprises de moins de onze salariés, voire de moins de cinquante salariés, pour lesquelles seuls un ou deux trimestres suffisent pour caractériser des difficultés économiques. C'est peu ! Certes, la fraude pourra probablement être invoquée par le salarié souhaitant contester son licenciement. Mais la preuve de la fraude sera quasiment impossible à apporter.

15. Sur le périmètre d'appréciation des difficultés économiques. Alors que le législateur a pris le soin de préciser le périmètre d'appréciation de l'élément matériel du licenciement pour motif économique, on pouvait penser qu'il en serait de même pour le périmètre d'appréciation des difficultés

économiques. Au stade du projet de loi, la possibilité de recentrer l'appréciation des difficultés économiques au niveau de l'entreprise avait été évoquée. Cette solution n'a (heureusement) pas été retenue. On peut néanmoins s'étonner que le périmètre d'appréciation des difficultés économiques n'ait pas été précisé. En l'état, la jurisprudence en vigueur a vocation à perdurer : à l'exception de la cessation d'activité de l'entreprise, qui s'apprécie au niveau de l'entreprise, les circonstances s'apprécient au niveau du secteur d'activité du groupe, autrement dit de l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L.2331-1 du Code du travail (texte relatif au comité de groupe), sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national.

À l'issue de ce propos, on peut s'interroger : l'objectif de sécurisation a-t-il été atteint ? On peut en douter, sauf à dire que l'on a peut-être sécurisé les employeurs malveillants.

16. Sur les autres circonstances économiques. Puisque le législateur a cru pouvoir apporter des indicateurs sur les difficultés économiques, on peut s'étonner qu'il n'ait pas estimé utile d'apporter des précisions sur les autres circonstances. S'agissant spécifiquement de la cessation d'activité, l'article L.1233-3 se contente de préciser que la cessation d'activité de l'entreprise constitue une circonstance économique autorisant le licenciement pour motif économique. *Quid* de la cessation d'activité abusive ou de la cessation d'activité résultant d'une légèreté blâmable ? À partir du moment où le texte se contente de faire référence à la cessation d'activité de l'entreprise, sans apporter de restriction, faut-il comprendre que la cessation d'activité d'une entreprise appartenant à un groupe, décidée au niveau du groupe sans qu'il n'y ait la moindre difficulté économique, sans qu'il n'y ait le moindre risque sur la compétitivité, mais simplement pour augmenter les bénéfices du groupe, est désormais autorisée ? Si la jurisprudence censurait une telle pratique jusqu'à présent, qu'en sera-t-il en présence d'un texte qui n'apporte aucune restriction ? On peut craindre que l'on ait ouvert la porte à une instrumentalisation croissante du droit des sociétés pour contourner le droit du travail.

II. La sécurisation des licenciements antérieurs au transfert d'entreprise

17. Noyé dans la masse, l'article 94 de la loi du 8 août 2016 est passé inaperçu (22). Pourtant, cette « *disposition oubliée* » (23) porte sur le débat récurrent des licenciements antérieurs au transfert d'entreprise. Avec la réforme opérée par la Loi « Travail », la sécurisation qui en découle se conçoit comme une exception à l'article L. 1224-1 du Code du travail, réalisée avec un certain opportunisme.

A. Une sécurisation par exception

18. **Position du problème.** L'hypothèse de base est la suivante : une entreprise de grande envergure envisage la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif, et – corrélativement – à établir un PSE et à licencier ses salariés. Or, par application de la loi *Florange* du 29 mars 2014 (24), l'employeur peut être dans l'obligation de rechercher un repreneur (25). Dans un tel contexte, ce repreneur – un cessionnaire – peut se présenter et assurer une nouvelle jeunesse à l'entreprise désireuse d'être objet de cession (26).

19. **Obstacles.** Cependant, ce qui fait obstacle à l'intérêt du repreneur, c'est la masse salariale de l'entreprise cédée ; c'est la nécessité de devoir effectuer des licenciements économiques après le transfert ; c'est l'article L. 1224-1 du Code du travail qui prévoit la reprise automatique des contrats de travail par le repreneur. On considère généralement que ce transfert automatique et d'ordre public ne rend pas aisé la reprise d'une entreprise (26 bis).

C'est enfin de l'interprétation de cette disposition que ressort le blocage, car les juridictions travail-listes ont estimé que les licenciements préalable au transfert lui-même devaient être limités. Ainsi, d'une part, l'exigence du repreneur du licenciement d'un salarié employé dans l'entité transférée ne peut pas être considérée comme une cause légitime de rupture du contrat de travail (27). D'autre part, la jurisprudence actuelle considère que les licenciements pour motif économique antérieurs au transfert de l'entre-

prise sont suspects et doivent, dès lors, être privés d'effet (28). En conséquence, le salarié peut, à son choix, demander au repreneur la poursuite du contrat de travail illégalement rompu ou demander à l'auteur du licenciement illégal la réparation du préjudice en résultant (29).

D'où la nécessité de modifier l'état du droit pour remplir l'objectif fixé par la loi du 8 août 2016 : faciliter le transfert de l'entreprise en permettant au repreneur de racheter celle-ci, affranchie de ses effectifs en surnombre, grâce aux licenciements opérés par le cédant.

20. **Modifications subséquentes.** Pour cela, l'article 94 apporte un complément à l'article L. 1233-61 du Code du travail, celui-là même qui impose à l'employeur d'établir un PSE pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre : « *Dans les entreprises mentionnées à l'article L. 1233-71, lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois et lorsque ces entreprises souhaitent accepter une offre de reprise dans les conditions mentionnées à l'article L. 1233-57-19, les dispositions de l'article L. 1224-1 relatives au transfert des contrats de travail ne s'appliquent que dans la limite du nombre des emplois qui n'ont pas été supprimés à la suite des licenciements, à la date d'effet de ce transfert* ».

21. **Exceptions.** Ce faisant, le législateur de 2016 a créé une mesure d'exception. La mesure est d'exception à un double titre.

22. **Champ d'application.** Mesure d'exception, au titre du champ d'application qui s'avère très restreint. Cette mesure concerne les projets de grands licenciements collectifs qui donnent lieu à l'élaboration d'un PSE. L'exception vise nommément les entreprises soumises à l'article L. 1233-71 du Code du travail, à savoir les entreprises d'au moins mille salariés devant

(22) M.-H. Chezlemas, Les transferts d'entreprise : entre opportunités et contraintes, *Sem. soc.* Lamy n° 1743, 7 nov. 2016, p. 11.

(23) J. Mouly, Une disposition oubliée de la loi « Travail » : l'article 94 sur les licenciements économiques antérieurs au transfert de l'entreprise, *Dr. Soc.* 2016, pp. 738-744

(24) Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, *JO* n° 77, 1^{er} avr. 2014, p. 6227.

(25) Art. L. 1233-57-14, C. trav.

(26) Une entreprise entame un plan de sauvegarde de l'emploi, si un repreneur se manifeste dans le cadre d'un processus de recherche de repreneur lancé parallèlement.

(26 bis) Même si, corrélativement, cet article garantit au cessionnaire la disponibilité de compétences-clés qui ne pourront, par le seul effet du transfert, soit rejoindre une entreprise concurrente soit renégocier à la hausse leurs conditions contractuelles.

(27) Cass. Soc. 17 juill. 1990, RJS 1990, n° 650, 2^{ème} espèce.

(28) Cass. Soc. 20 janv. 1998, *Guermontprez*, n° 95-40.812, Bull. civ. V, n° 16, *Dr. Soc.* 1998, p. 297, obs. R. Vatinet ; *Dr. Soc.* 1998, p. 1019, n. M. Henry.

(29) Cass. Soc. 20 mars 2002, *Maldonado*, n° 00-41.651, Bull. civ. V, n° 94, D. 2003. 28, *Dr. Ouv.* 2002 p. 372, n. P. Moussy.

proposer un congé de reclassement, les entreprises dotées d'un comité de groupe, ainsi que les entreprises et groupes de dimension communautaire. Mais cela n'est pas tout, le PSE organise le transfert et l'offre de reprise doit être acceptée par les entreprises dans les conditions mentionnées à l'article L.1233-57-19, c'est-à-dire en coïncidence avec le champ d'application de l'obligation de rechercher un repreneur, instaurée par la loi *Florange* du 29 mars 2014. Autant dire que la majorité des entreprises est loin d'être intéressée par cette exception au droit commun des transferts. Cela constitue une toute petite fenêtre de tir. De même, les nouvelles dispositions du Code du travail en la matière n'ont pas été pensées pour être articulées avec le droit des procédures collectives. De fait, l'article 94 semble inapplicable (30), dans la mesure où l'article L.1233-75 relatif au congé reclassement exclut les entreprises placées en redressement ou en liquidation judiciaire, d'autant plus que l'obligation de rechercher un repreneur est également exclue pour ces entreprises (31).

23. Ordre public. Mesure d'exception, au titre de l'ordre public auquel l'atteinte portée est immense. Car, lorsque les conditions précitées sont réunies, le bénéfice de l'article L.1224-1 du Code du travail est écarté pour les salariés licenciés par le cédant avant le transfert. Pour en revenir au nouveau dispositif de l'article L.1233-61 du Code du travail, il consiste à permettre au cédant de licencier ses salariés avant le transfert, sans que puisse lui être opposé l'article L.1224-1 du Code du travail. Par conséquent, grâce à ce dispositif, possibilité est offerte aux entreprises répondant aux conditions posées par le texte de procéder à des licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise, sans que ces derniers soient considérés comme suspects et, par voie de conséquence, sans effet. Les solutions de la jurisprudence actuelle sont dès lors éludées. Cela est compréhensible : s'il y a une voie d'eau dans le bateau, peut-être peut-on encore sauver une partie de l'équipage en acceptant de sacrifier une autre partie.

24. Modifications supplémentaires. Dans cette même optique, l'article 94 de la loi « Travail » entraîne l'ajustement d'autres dispositions du Code du travail. En ce sens, l'article L.1233-62 relatif au contenu du PSE est modifié, puisqu'il doit également comporter

des mesures favorisant la reprise de l'entreprise (32) (plus précisément des « actions favorisant la reprise de tout ou partie des activités en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements »). De plus, le cas échéant, l'« accord-PSE » qui détermine ce contenu voit son régime modifié afin d'adapter les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise (33). En conséquence, cet « accord-PSE » fixe le délai dans lequel l'employeur va consulter le comité d'entreprise sur l'offre de reprise qui lui est présentée et à laquelle il souhaite donner suite (34). Il est d'ailleurs paradoxal que le PSE – qui a pour objet d'éviter ou de limiter les licenciements – puisse prévoir des mesures de licenciement.

25. Application de la loi dans le temps. La mise en œuvre de ces dispositions est immédiate, contrairement à celles relatives à la définition du licenciement économique applicables au 1^{er} décembre. Effectivement, ces dispositions sont applicables aux procédures de licenciement engagées après la publication de la loi (35) : « la procédure de licenciement est considérée comme engagée soit à compter de la date d'envoi de la convocation à l'entretien préalable mentionnée à l'article L.1233-11 du Code du travail, soit à compter de la date d'envoi de la convocation à la première réunion des délégués du personnel ou du comité d'entreprise mentionnée à l'article L.1233-30 du même code ».

B. Une sécurisation par opportunisme

26. Opportunisme. Mais alors, pourquoi réserver ce dispositif aux seules entreprises de très grande dimension ? Pourquoi omettre également le contexte dans lequel s'inscrit la cession d'entreprise envisagée ? L'entreprise, certes, rencontre des difficultés économiques d'une ampleur importante – comme l'atteste l'élaboration d'un PSE – mais reste *in bonis* dans l'esprit de la législation, puisque l'article L.1224-1 du Code du travail peut être écarté en matière de procédures collectives (36). Pourquoi occulter la volonté de l'entreprise de fermer l'un de ses établissements ? Dans quel but ? Pour quelles raisons ? En vérité, au vu du champ d'application de l'exception à l'article L.1224-1 du Code du travail, le législateur français a cherché à promouvoir un mécanisme antérieur afin de le mettre à son actif : l'obligation de rechercher un repreneur

(30) En ce sens, L. Fin-Langer, D. Jacotot, La loi « Travail » et le droit des procédures collectives, JCP S n° 41, 18 oct. 2016, pp. 9-14.

(31) C. com., art. L. 642-5.

(32) C. trav., art. L. 1233-62.

(33) C. trav., art. L. 1233-24-2.

(34) De la même façon, l'article L.1233-57-19 du Code du travail relatif à la consultation du comité d'entreprise sur toute offre

de reprise à laquelle l'employeur souhaite donner suite est complété par un alinéa qui prévoit que l'accord collectif envisagé à l'article L.1233-24-2 du Code du travail fixe le délai dans lequel l'employeur va consulter le comité d'entreprise sur l'offre de reprise répondant aux conditions de l'article L.1233-61 du même code.

(35) JO 9 août 2016.

(36) V. L. Fin-Langer, D. Jacotot, préc.

en cas de projet de fermeture d'un établissement, conformément aux articles L. 1233-57-9 et suivants du Code du travail. Pour ce faire, le législateur a assoupli cette obligation et l'a rendu acceptable, psychologiquement et juridiquement, en écartant l'obstacle de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Pour cela, l'article 94 de la loi du 8 août 2016 doit être vu comme une mesure d'opportunité qui remet en cause toute la construction juridique sur le transfert d'entreprise de ces trente dernières années et ce, à deux points de vue.

27. Entorses. Du point de vue français, l'entorse faite au principe de la continuation des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise est un coup de canif à l'architecture du Code du travail et est révélatrice de l'emprise actuelle de la logique économique sur la logique juridique. Au regard de la place du nouveau dispositif positionné dans la seconde partie du Code du travail (relations collectives), l'exception faite au principe de continuation du contrat de travail ne figure pas à la suite de l'article L. 1224-1 du Code du travail, alors même qu'il intègre dans le droit français une exception à cette règle d'ordre public. Preuve en est de la primauté conférée aux relations collectives sur les relations individuelles de travail. Preuve en est de l'idée selon laquelle la relation individuelle – et partant le contrat de travail – constitue une contrainte qu'il est impératif d'écarter, quitte à mettre à mal l'organisation interne du Code.

En outre, un autre coup de canif est asséné à la logique des dispositions relatives au plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Très clairement, l'objet originel du PSE – qui est d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre – est remis en cause car, désormais, « *le PSE comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou de plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois* » (37). Il est pour le moins paradoxal que le PSE puisse organiser des mesures de licenciement. Son but n'est plus alors de sauvegarder l'emploi, mais l'activité économique de l'entreprise.

28. Incompatibilité. Du point de vue européen, il existe des risques d'incompatibilité entre ce dispo-

sitif et le droit de l'Union européenne, en particulier vis-à-vis de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises (38). Selon l'article 4 § 1^{er} de cette directive, « *le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement ne constitue pas, en lui-même, un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire* ». Effectivement, le transfert d'une entreprise ne peut, à lui seul, justifier le licenciement d'un salarié (39). En revanche, le même article 4 § 1^{er} réserve une atténuation sibylline à cette prohibition de principe, puisqu'il « *ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi* ». En d'autres termes, une fenêtre est ouverte pour fonder le licenciement antérieur au transfert : la réorganisation des services peut être un motif de licenciement légitime pour l'entreprise cédante (40), sous réserve que ladite réorganisation soit effectuée dans son intérêt (41). À défaut, soit en vue d'une reprise, le licenciement serait privé d'effets. Or, quel est le motif de licenciement économique que peut invoquer le cédant dans l'hypothèse de l'article L. 1233-61 du Code du travail qui autorise les licenciements anticipés ? Aucun, hormis le transfert lui-même, ou encore l'anticipation de la réorganisation des services projetée par le repreneur. Dans le premier cas, comme vu précédemment, le motif est strictement prohibé par la directive ; dans le second, si la réorganisation des services est projetée par le repreneur, ce n'est pas un motif intéressant le cédant, mais le cessionnaire ; ce n'est donc pas au cédant de licencier, mais bien au cessionnaire.

29. Alternatives. Cela étant, il convient désormais de prendre en considération l'exception faite à l'article L. 1224-1 du Code du travail. Pour autant, des alternatives auraient pu être envisagées pour écarter le « problème » causé par les licenciements antérieurs à une cession d'entreprise : soit dissocier temporellement la procédure de licenciement économique de la procédure de reprise de l'entreprise ; soit créer une priorité de réembauche au profit des salariés licenciés antérieurement à la charge du cessionnaire (42).

Alexandre Barège et Jean-Philippe Tricoit

(37) C. trav., art. L. 1233-61.

(38) Dir. 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JOCE n° L 82, 22 mars 2001, p. 16. Pour des développements, J. Mouly, préc. ; V. également, à propos de l'article 5 § 1^{er} de la directive, Fr. Dumont, Préserver l'emploi : effet d'annonce pour des mesures discutables, JCP S n° 36, 13 sept. 2016, 1304, n° 13.

(39) En ce sens, CJCE, 12 mars 1998, aff. C-319/94, Rec. CJCE 1998, I, p. 1061.

(40) XXX.

(41) Sur cette question, P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2014, n° 391.

(42) En ce sens, J. Mouly, préc.