

La cause économique du licenciement, dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture par l'Assemblée nationale (1)

par Jean PELISSIER,

professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse

PLAN

I. La définition des licenciements pour cause économique

1. Une définition étroite.
2. Explication de cette définition.
3. Conséquences de cette définition.

II. La justification des licenciements pour motif économique

1. Existence d'une des trois causes énumérées par la loi.
 - 1.1. Les difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen.
 - 1.2. Les mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise.
 - 1.3. Les nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité.
2. Effort de formation et impossibilité de reclassement.

Après de longs débats, les parlementaires donnent une nouvelle définition des licenciements pour motif économique.

L'objectif poursuivi ne laisse pas place au doute. Après plusieurs licenciements décidés par des entreprises importantes, économiquement saines (Mark et Spencers, Canon, Michelin...), l'indignation des salariés, des syndicats et de certains partis politiques s'est vivement manifestée. Le gouvernement et le Parlement ont voulu répondre à ce mouvement d'opinion et ont proposé un certain nombre de modifications concernant la définition des licenciements pour motifs économiques.

Les acteurs politiques se trouvaient en présence de plusieurs difficultés.

Une première difficulté est d'ordre technique. Elle tient à l'ambivalence de l'expression "cause économique". La "cause économique" s'oppose à la cause personnelle d'un licenciement. Selon la nature de la cause, le licenciement obéit à un régime juridique différent.

Si la cause du licenciement est une cause personnelle, la procédure de licenciement est assez simple. Si la cause du licenciement est économique et si le nombre de licenciements est au moins égal à dix, la procédure de licenciement est beaucoup plus complexe ; la représentation du personnel doit être consultée à plusieurs reprises, un plan social (désormais dénommé "plan de sauvegarde de l'emploi") doit être élaboré. Par ailleurs, les salariés bénéficient d'un droit au reclassement ou d'une priorité de réembauchage s'ils ont été licenciés.

Dans ce premier sens, la cause économique doit être entendue de façon très large. L'objectif étant de protéger les salariés, il faut que le plus grand nombre de salariés entrent dans la catégorie des personnes licenciées pour motif économique.

Mais la cause économique a un autre sens. On utilise l'expression "cause économique" pour signifier que le licenciement a une cause réelle et sérieuse. Lorsqu'un employeur licencie une ou plusieurs personnes à l'occasion d'une réorganisation de l'entreprise, les juges vont rechercher si la cause alléguée par l'employeur justifie le licenciement. Si cette cause permet par exemple de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, les juges déclareront que la cause du licenciement est réelle et sérieuse et que le licenciement est justifié. Si, au contraire, la cause alléguée n'est pas nécessaire pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, ils jugeront que la cause alléguée n'est pas réelle et sérieuse et que le licenciement est injustifié. Quand on utilise l'expression "cause économique" dans ce sens de cause réelle et sérieuse, il faut évidemment lui donner, non plus un sens large, mais au contraire un sens étroit si l'on entend protéger les salariés contre les licenciements économiques.

A ce stade de la présentation, il est essentiel de souligner que les deux acceptions de l'expression "cause économique" sont totalement indépendantes l'une de l'autre. L'une peut parfaitement exister sans l'autre. Du moment que l'employeur allègue la réorganisation de l'entreprise comme motif du licenciement, le licenciement est un

(1) Cet article a été rédigé avant que le Conseil Constitutionnel censure l'article 107 de la loi votée le 19 décembre 2001, donnant une nouvelle définition du licenciement pour motif économique. Sur cette décision, voir Dr. Ouv. de février 2002 avec les contributions de F. Saramito et B. Mathieu ainsi que des extraits de la décision du Conseil constitutionnel. Voir également les obs. de L. Milet RPDS 2002 p. 27.

licenciement pour motif économique. Mais si le juge constate que la réorganisation de l'entreprise n'était pas imposée par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, il décidera que la cause alléguée ne peut pas justifier le licenciement. Celui-ci n'aura pas de cause réelle et sérieuse. Le licenciement sera un licenciement pour cause économique qui n'a pas de cause réelle et sérieuse.

En effet, ce n'est pas parce que la cause alléguée par l'employeur n'existe pas que le licenciement doit changer de qualification. On n'a jamais soutenu que le licenciement pour cause de vol n'était pas un licenciement disciplinaire au motif que la réalité d'un vol imputable au salarié licencié ne pouvait pas être établie. Le licenciement est dans ce cas un licenciement pour motif personnel sans cause réelle et sérieuse. On ne voit pas pourquoi le même raisonnement ne serait pas tenu lorsque le licenciement est un licenciement pour motif économique. Lorsqu'un salarié est licencié parce que l'employeur supprime son emploi en raison de difficultés économiques, le licenciement entre dans la catégorie des licenciements pour motif économique : il y a suppression d'emploi résultant de difficultés économiques. Si le juge constate que l'entreprise ne connaissait pas de difficultés économiques, il décidera que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse. On se trouve devant un licenciement économique qui n'a pas de cause réelle et sérieuse comme on se trouvait précédemment devant un licenciement pour motif personnel sans cause réelle et sérieuse. Malheureusement, cette distinction absolument indispensable entre la cause permettant de placer le licenciement dans la catégorie des licenciements pour motif personnel ou celle des licenciements pour motif économique et la cause justifiant le licenciement n'est pas faite dans la loi qui vient d'être votée par le Parlement.

L'autre difficulté que le législateur a rencontré tient à la très grande variété de situations qui peuvent conduire un employeur à procéder à un licenciement pour motif économique. En 1973, le législateur avait été très prudent en faisant référence à la notion de cause réelle et sérieuse. Il posait certes une exigence : le licenciement doit être causé et cette cause doit être réelle et sérieuse, mais il laissait le soin au juge de déterminer au cas par cas si la cause du licenciement était réelle et sérieuse. Dans la loi votée le 19 décembre 2001, le législateur a préféré définir lui-même quelles étaient précisément les causes économiques qui présentaient un caractère sérieux.

Les efforts du législateur vont-ils permettre d'atteindre les objectifs qu'il s'était fixés pour mieux protéger les salariés en donnant une nouvelle définition des licenciements pour motif économique et en cernant de plus près les causes pouvant justifier un licenciement pour motif économique ?

I. La définition des licenciements pour cause économique

La définition proposée par le législateur est une définition étroite; nous allons le constater en analysant la rédaction du nouvel article L. 321-1, avant de rechercher les motifs qui ont conduit le législateur à l'adopter. Nous dégagerons ensuite les conséquences logiques de cette définition.

1. Une définition étroite.

La définition retenue par le législateur est une définition étroite.

Le début de la définition s'inspire de très près de la définition antérieure : *"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 du contrat de travail". La seule différence qui existe avec le texte antérieur tient à la suppression du qualificatif "substantielle" dans l'expression "modification substantielle du contrat de travail". Lors du vote en première et en deuxième lecture à l'Assemblée nationale et au Sénat, le texte faisait mention de la modification substantielle du contrat de travail. On pouvait s'interroger sur le maintien du qualificatif "substantiel" puisque la Cour de cassation avait substitué la distinction "modification du contrat - changement des conditions de travail" à la distinction

“modification substantielle - modification non substantielle du contrat de travail”. Deux explications étaient possibles. L’une tenait à l’ignorance par les parlementaires et l’entourage du Ministre du travail de l’évolution jurisprudentielle ; l’autre était la volonté du législateur de ne pas consacrer la solution jurisprudentielle qu’il estimait mal venue. Le fait que cette modification soit intervenue à la dernière minute sans qu’il y ait eu antérieurement débat lors de la navette entre les deux assemblées laisse penser que la première explication est probablement la meilleure.

L’innovation importante se trouve dans la fin de la phrase. Ces suppressions ou transformations doivent être consécutives à trois causes limitativement énumérées alors que le texte antérieur faisait précéder les causes énumérées de l’adverbe *notamment*. Alors que cet adverbe permettait aux juges de retenir des causes économiques qui n’étaient pas expressément mentionnées par la loi, la nouvelle rédaction ne laisse plus place à l’initiative des juges. L’article L.321-1 est complété par un alinéa précisant “*Les dispositions du présent chapitre (chapitre intitulé “Licenciement pour motif économique”) sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l’une des trois causes énoncées à l’alinéa précédent*”. Il est donc clair que seuls les licenciements prononcés pour une des trois causes mentionnées dans l’article L. 321-1 relèvent du régime des licenciements pour motif économique ; tous les autres licenciements relèvent des licenciements pour motif personnel.

Quelles sont ces trois causes qui font du licenciement un licenciement pour motif économique ?

Première cause : des difficultés économiques sérieuses n’ayant pu être surmontées par tout autre moyen.

Deuxième cause : des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l’entreprise.

Troisième cause: des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l’activité de l’entreprise.

Il est a priori surprenant que le législateur ait retenu une définition aussi étroite des licenciements pour motif économique alors que son objectif était d’offrir des garanties renforcées aux salariés menacés de licenciement pour motif économique. Quelle est ou quelles sont les raisons qui l’ont conduit à priver du régime protecteur des licenciements pour motif économique les salariés licenciés pour cessation d’activité de l’entreprise, pour déplacement d’un centre

de production ou de commercialisation d’une ville à une autre, non indispensable à la sauvegarde de l’activité de l’entreprise ou pour toute autre cause économique ne répondant pas à la définition d’une des trois causes énumérées limitativement par la loi ?

2. Explication de cette définition.

L’explication de cette définition étroite des licenciements pour motif économique tient à la confusion commise entre les deux sens de l’expression “cause économique” : la cause qui permet de qualifier le licenciement (la cause qualificative) et la cause qui permet de justifier le licenciement (la cause justificative).

Les parlementaires ont une excuse. Cette confusion a été entretenue par les magistrats de la Cour de cassation pendant plus de dix ans. Dès 1990, la Cour de cassation confond les deux sens de la cause économique. Dans une affaire où le salarié avait été licencié parce qu’il coûtait trop cher, les juges du fond avaient décidé que le grief allégué ne constituait pas un motif licite de licenciement en l’état des profits considérables de l’entreprise. La Cour de cassation affirme, dans un arrêt du 24 avril 1990, que “*le fait que ce salarié coûtait trop cher ne saurait constituer dans une entreprise où les profits étaient considérables un motif de rupture*” et ajoute que “*la Cour d’appel a, à bon droit, décidé que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique*” au lieu d’affirmer que le licenciement ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse (2). La même confusion est commise au cours des années 91, 92 et suivantes. Elle persiste en 1998 comme l’attestent les arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation le 17 février 1998 (3), le 31 mars 1998 (4) et le 12 mai 1998 (5).

En 1999, dix ans après l’adoption du texte définissant les licenciements pour motif économique, la chambre sociale de la Cour de cassation semble décidée à faire la distinction entre la cause qualificative et la cause justificative. Plusieurs arrêts rompent avec la jurisprudence antérieure et affirment clairement que ce n’est pas parce que la cause économique alléguée n’est pas une cause réelle et sérieuse que le licenciement perd sa nature juridique de licenciement pour motif économique : “*le défaut de cause réelle et sérieuse de licenciement n’enlève pas à celui-ci sa nature juridique de licenciement pour motif économique; la Cour d’appel a dès lors décidé à bon droit que l’employeur était tenu de la priorité de réembauchage*” (6).

(2) Cass. soc. 24 avril 1990, n° 1648 P, RJS 6/90 n° 481, Dr. Ouv. 1990 p. 490.

(3) Cass. soc. 17 février 1998, n° 835 P, RJS 4/98 n° 434.

(4) Cass. soc. 31 mars 1998, n° 1802 P, RJS 5/98 n° 578.

(5) Cass. soc. 12 mai 1998, n° 2330 P, RJS 6/98 n° 712. L’attendu principal illustre bien la confusion entre la cause qualificative et la cause justificative “attendu que la Cour d’appel, à laquelle il

appartient d’apprécier le caractère réel et sérieux du motif économique du licenciement invoqué, a estimé que les difficultés économiques dont l’employeur faisait état ne justifiaient pas la suppression de l’emploi du salarié; qu’elle a, par ce seul motif, pu décider que le licenciement n’avait pas de cause économique”.

(6) Cass. soc. 13 avril 1999, n° 1741 P ; dans le même sens, Cass. soc. 6 juillet 1999.

Malheureusement, la Cour de cassation oublie très vite cette distinction essentielle entre les deux acceptions de la cause économique et rend en 2001 plusieurs arrêts dont la motivation repose sur la confusion habituellement faite par les juges. L'arrêt *Société le Royal Printemps* est particulièrement significatif ; pour juger que la cessation d'activité de l'entreprise peut être une cause économique de licenciement, la Cour de cassation utilise la formule suivante : *"la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constitue un motif économique au sens de l'article L. 321-1"* (7). En d'autres termes, lorsque la cessation d'activité résulte de la légèreté blâmable de l'employeur, le licenciement n'est pas un licenciement pour motif économique (8). Ces décisions qui peuvent surprendre sont dans la droite ligne de l'analyse présentée par le Conseiller doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation. Celui-ci n'affirmait-il pas, dans un article publié en juillet 2001, que *"c'est le législateur qui, par la loi du 2 août 1989, a défini dans quels cas des licenciements pour motif économique pourraient légalement intervenir"* (9).

Il n'est pas étonnant que les parlementaires, influencés par les interprétations jurisprudentielles, aient commis la même confusion entre les deux sens de l'expression "cause économique". Les travaux parlementaires sont significatifs à cet égard. Dans la deuxième séance du 11 janvier 2001, Mme Muguette Jacquaint déclarait à l'Assemblée nationale en faisant référence à la définition légale du licenciement pour motif économique : *"L'utilisation de l'adverbe notamment ne permet pas de préciser suffisamment les causes légales du licenciement économique et fait peser sur le juge une responsabilité trop lourde dans l'appréciation de la réalité et du sérieux du motif invoqué par l'employeur... Seuls trois motifs peuvent justifier le licenciement économique"*. Le 23 mai 2001, Mme Marie-Hélène Aubert soutenait devant l'Assemblée nationale (deuxième séance) l'amendement qui *"tend à préciser la notion de "motif économique" qui permet en effet au juge, quand il est saisi, de se prononcer sur le sérieux de ce motif économique"*. Dans la même séance, Mme la députée affirmait : *"Aujourd'hui, la définition du motif économique est à notre avis trop floue... C'est au législateur que nous sommes de préciser la loi pour permettre au juge... d'apprécier s'il y a une cause réelle et sérieuse au licenciement économique"*. Ces interventions montrent que l'on confond totalement la cause qui permet de définir le licenciement et la cause justificative.

Quelles sont les conséquences de cette définition ?

3. Conséquences de cette définition.

Cette définition entraîne plusieurs conséquences néfastes.

Première conséquence. Cette définition limite considérablement le champ d'application du régime des licenciements pour motif économique. Le nouvel article L. 321-1 du Code du travail précise que *"les dispositions du chapitre intitulé "Licenciement pour motif économique" sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des trois causes énoncées à l'alinéa précédent"*. En d'autres termes, toutes les ruptures du contrat qui ne résultent pas de l'une des trois causes énumérées échappent aux règles particulières du licenciement pour motif économique. Lorsqu'un employeur cesse son activité ou lorsqu'il ferme un établissement pour améliorer la compétitivité de l'entreprise, il n'a pas à respecter la procédure de consultation des représentants du personnel organisée par le Livre III du Code du travail ; il n'a pas à élaborer un plan social ; il n'est pas lié par une obligation de veiller au reclassement des salariés licenciés ou de procéder par priorité au réembauchage de ces salariés si de nouveaux emplois sont disponibles dans l'entreprise. Il lui suffira de convoquer les salariés à un entretien individuel, de les recevoir en présentant les motifs qui lui font envisager leur licenciement et de le notifier par écrit en indiquant dans la lettre de licenciement les motifs de celui-ci.

Cette conséquence qui permet à l'employeur de licencier 100 ou 200 salariés en organisant de simples entretiens individuels est tellement surprenante que certains juristes affirment que ces licenciements ne sont pas des licenciements pour motif personnel, qu'ils sont des licenciements d'un troisième type soumis à un régime original. Cette affirmation ne repose sur aucun fondement. Il n'existe en droit français que deux types de licenciement : les licenciements pour motif personnel et les licenciements pour motif économique. Tout licenciement qui n'est pas un licenciement pour motif économique est un licenciement pour motif personnel. Au surplus, le législateur a pris soin de préciser expressément que seules les ruptures de contrat relevant d'une des trois causes énumérées limitativement par l'article L. 321-1 étaient soumises aux dispositions du chapitre organisant la procédure spéciale de consultation des représentants du personnel, l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, les obligations de reclassement et de priorité de réembauchage. On ne peut pas, sans violer ouvertement la loi, soumettre à la procédure spécifique des licenciements pour motif économique des licenciements qui ne sont pas motivés par une des trois causes limitativement énumérées par le législateur.

(7) Cass. soc. 16 janvier 2001, n° 114 FS-PB, RJS 3/01 n° 294.

(8) Autre exemple d'arrêt reprenant la confusion entre les deux causes : Cass. soc. 29 mai 2001, n° 2437 FS-D, RJS 8-9/01 n° 1002.

(9) RJS 7/01 p. 570.

Deuxième conséquence. En donnant une définition aussi étroite des licenciements pour motif économique, le législateur français viole la règle de droit communautaire qui lui est supérieure. La directive communautaire du 20 juillet 1998 donne en effet une définition très large du licenciement pour motif économique : *“Aux fins de l’application de la présente directive, on entend par licenciement collectif les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs lorsque le nombre de licenciements intervenus...”* (10). Il suffit donc que le licenciement ne soit pas inhérent à la personne du salarié pour qu’il soit qualifié licenciement pour motif économique. La directive précise que, lorsque le licenciement est collectif, l’employeur doit consulter les représentants des travailleurs en vue d’aboutir à un accord ; cette consultation porte au moins sur les possibilités d’éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d’en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d’accompagnement visant notamment l’aide au reclassement et la reconversion des travailleurs licenciés. Par application de la définition du licenciement économique retenue par l’assemblée nationale le 19 décembre 2001, de nombreux licenciements de 70, 100, 200 personnes ne relèveront pas de la procédure de consultation du

Livre III qui impose à l’employeur de rechercher avec les représentants du personnel les mesures qui permettent de limiter le nombre de licenciements envisagés et de faciliter le reclassement ou la reconversion des salariés. Le droit français n’est donc plus en conformité avec le droit communautaire ; l’Etat français est exposé à une poursuite devant la Cour de justice des communautés européennes. Il est assez surprenant que cet aspect de la réforme législative n’ait pas été évoqué au cours des débats parlementaires.

Dernière conséquence regrettable de la définition retenue. Le législateur a omis de régler un problème pratique posé par le concours d’une cause personnelle et d’une cause économique à l’occasion d’un même licenciement. L’employeur a-t-il le libre choix de la cause qu’il entend invoquer pour justifier le licenciement ou doit-il faire prévaloir l’une de ces deux causes ? Cette question qui a été posée à plusieurs reprises aux juges n’est toujours pas réglée par la loi.

Il apparaît que la définition légale de la cause économique permettant de classer un licenciement dans la catégorie “licenciement pour motif économique” est incomplète, maladroite et dangereuse. Doit-on également émettre des réserves au regard de la cause économique, envisagée comme cause justificative du licenciement ?

II.

La justification des licenciements pour motif économique

Voulant limiter le nombre de licenciements pour motif économique, le législateur a pris la décision d’énumérer les causes économiques pouvant justifier un licenciement. Il existe désormais une différence fondamentale entre les licenciements pour motif personnel et les licenciements pour motif économique au regard de la justification du licenciement

Lorsque le licenciement a un motif personnel, il doit, pour être justifié, avoir une cause réelle et sérieuse. La notion est une notion cadre dont les juges vont, espèce après espèce, préciser le contenu. L’insuffisance professionnelle, l’absence prolongée, les absences courtes et répétées, l’insolence vis-à-vis d’un supérieur hiérarchique ou d’un client, un acte de malhonnêteté ne sont pas, par nature, une cause réelle et sérieuse de licenciement. Le comportement du salarié sera ou ne sera pas, eu égard aux circonstances, une cause réelle et sérieuse .

Lorsque le licenciement est un licenciement pour motif économique, les juges ne peuvent plus rechercher librement si une cause non inhérente à la personne du salarié peut être une cause réelle et sérieuse de licenciement. Seules trois causes énumérées limitativement par le législateur peuvent être des causes

sérieuses de licenciement. Ainsi lorsqu’un chef d’entreprise décide de cesser son activité professionnelle et qu’il ne trouve pas d’acquéreur de son entreprise, la fermeture de l’entreprise ne sera pas une cause économique sérieuse.

L’existence d’une cause sérieuse légalement définie ne suffit pas, à elle seule, pour justifier le licenciement. La nouvelle loi impose une condition supplémentaire ; le licenciement n’est justifié que si l’employeur a été dans l’impossibilité de reclasser le salarié et s’il a réalisé tous les efforts de formation et d’adaptation. C’est cette double exigence qu’il convient d’apprécier.

1. Existence d’une des trois causes énumérées par la loi.

1.1. Les difficultés économiques sérieuses n’ayant pu être surmontées par tout autre moyen.

Cette première cause suppose elle-même la réunion de deux éléments.

Il faut tout d’abord qu’il existe des difficultés économiques sérieuses. La jurisprudence exige actuellement des difficultés importantes et durables.

(10) Art. 1 de la directive.

Sous cet aspect, la formule légale n'entraînera pas de changements significatifs. Mais la loi ne précise pas dans quel cadre il faut apprécier l'existence de ces difficultés : dans l'établissement, dans l'entreprise, ou dans le groupe ? Pour les autres causes économiques retenues par la loi, le législateur fixe comme cadre d'appréciation l'entreprise. Faut-il en déduire que les difficultés doivent être appréciées dans l'entreprise et non dans un établissement déterminé ? C'est la solution actuellement retenue par la jurisprudence, mais cette solution est assez surprenante au regard des règles de gestion d'une entreprise. Selon cette jurisprudence, une entreprise doit maintenir l'activité d'un établissement qui génère chaque année des pertes de plusieurs millions au motif que l'entreprise elle-même réalise dans l'ensemble du pays des bénéfices importants ! Il est certain que l'entreprise violera la règle juridique qui est en contradiction flagrante avec la loi économique. Il sera certes condamné à verser des indemnités, mais est-il raisonnable d'imposer des règles qui ne peuvent qu'être violées. Le droit et l'autorité de l'Etat n'en sortent pas grandis.

Il faut ensuite que ces difficultés économiques sérieuses n'aient pu être surmontées par d'autres moyens. Cette condition est nouvelle. Le licenciement est, légalement, l'ultime remède aux difficultés de l'entreprise. Celle-ci doit recourir à tout autre moyen pour faire face aux difficultés économiques : vendre du matériel, un ou plusieurs immeubles, un brevet... Cette exigence signifie que le juge doit apprécier les choix économiques et stratégiques de l'employeur. Il vérifiera que celui-ci a utilisé toutes les possibilités économiques qui permettaient d'éviter les licenciements pour motif économique ou d'en limiter le nombre et il sera en droit de condamner l'employeur qui n'a pas pris telle ou telle décision qui aurait permis de surmonter les difficultés économiques. L'employeur est placé sous contrôle et sous contrôle strict du juge judiciaire.

1.2. Les mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise.

Une interprétation littérale de cette deuxième cause légale de licenciement économique entraînera des conséquences curieuses. La loi vise en effet des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise. Il ne s'agit donc pas de changements technologiques introduits volontairement par le chef d'entreprise pour améliorer les performances de l'entreprise. Il s'agit de changements technologiques qui mettent eux-mêmes en cause la pérennité de l'entreprise. Par exemple, un changement brutal d'outil de fabrication rend obsolète tout le matériel de l'entreprise ; celle-ci ne peut pas financer de nouvelles installations. Le changement technologique met en cause la pérennité de l'entreprise ; les licenciements sont justifiés.

Cette interprétation littérale entraînerait des effets redoutables. Les licenciements prononcés à la suite de l'introduction de nouvelles technologies permettant de

sauvegarder la compétitivité de l'entreprise n'auraient pas de cause réelle et sérieuse puisqu'il ne répondraient pas aux exigences légales. Même les licenciements prononcés à la suite d'une mutation technologique ne seraient pas justifiés s'ils intervenaient seulement pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Seuls les licenciements prononcés pour assurer la pérennité de l'entreprise peuvent être justifiés. Cette deuxième cause de licenciement se confond pratiquement avec la première : il faut que des difficultés sérieuses ne pouvant pas être surmontées par d'autres moyens justifient les licenciements.

1.3. Les nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité.

Cette troisième et dernière cause justificative de licenciement reprend, en la modifiant, une cause qui avait été dégagée par la jurisprudence. La jurisprudence retenait comme cause sérieuse de licenciement les mesures de réorganisation, indispensables à la sauvegarde de la compétitivité ; la loi vise les mesures indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise. La solution légale est beaucoup plus exigeante pour les chefs d'entreprise. La solution jurisprudentielle permettait d'anticiper : un chef d'entreprise pouvait prendre des mesures entraînant des licenciements alors que l'activité de l'entreprise n'était pas immédiatement menacée ; il avait le droit pour rester compétitif de procéder à des suppressions d'emplois. Désormais, il lui faut attendre d'être au bord du gouffre. C'est seulement lorsque l'activité de l'entreprise sera en péril qu'il pourra procéder à des licenciements.

Le domaine des licenciements économiques justifiés devient très limité d'autant plus que l'existence d'une des trois causes limitativement énumérées n'est pas à elle seule suffisante. Encore faut-il que les licenciements n'aient pas pu être évités par des mesures de reclassement ou de formation.

2. Effort de formation et impossibilité de reclassement.

Le projet de loi adopté le 19 décembre 2001 complète l'article L. 321-1 du Code du travail : *"Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé... ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient"*.

L'exigence relative au reclassement du salarié menacé de licenciement s'inspire de très près de la règle qui avait été dégagée par la jurisprudence. Le reclassement doit avoir lieu sur un emploi relevant de la même catégorie ou sur un emploi équivalent ou, à défaut et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure. Le reclassement

peut être réalisé dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel appartient l'entreprise. La seule différence importante entre la règle légale et la règle jurisprudentielle tient à ce que le reclassement dans le groupe n'était envisagé que dans les entreprises du même secteur d'activité par la règle jurisprudentielle ; la loi ne contient pas cette précision.

La disposition relative aux efforts de formation et d'adaptation s'inspire aussi de la jurisprudence antérieure, mais sa formulation va soulever des difficultés d'application. Que faut-il entendre par *tous les efforts de formation et d'adaptation* ?

A quel moment ces efforts d'adaptation et de formation doivent-ils avoir eu lieu ? Les juges vont-ils seulement rechercher si ces efforts ont été réalisés au moment où les suppressions d'emplois interviennent ou vont-ils analyser les efforts de l'employeur au cours des années précédentes ? La gestion prévisionnelle des emplois impose normalement à l'employeur d'anticiper les évolutions de postes et d'emplois et de mettre en place, chaque année, des formations permettant aux salariés d'évoluer dans leur emploi. Une négligence de l'employeur au cours des années précédant le licenciement pourrait conduire le juge à décider que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse.

Quelle est par ailleurs l'ampleur des efforts qui doivent être réalisés par l'employeur ? L'expression "tous les efforts" conduit à penser que les juges exigeront de l'employeur des efforts qui peuvent être coûteux ; à partir du moment où le salarié est capable de suivre une formation appropriée qui peut le conduire à occuper un poste disponible, l'employeur serait obligé d'organiser cette formation ou, en tout cas, d'en couvrir le coût.

* * *

L'analyse de la définition et de la justification des licenciements pour motif économique révèle que la rédaction du texte est maladroite. Elle risque d'engendrer un contentieux important. Elle risque surtout de supprimer des garanties pour les salariés menacés de licenciement alors que l'objectif était au contraire de mieux protéger les salariés contre des licenciements prononcés trop aisément au nom de l'amélioration du profit de l'entreprise.

En se situant dans l'optique qui était celle du gouvernement et de l'assemblée nationale, la réforme aurait dû comporter deux articles traitant respectivement de la classification des licenciements et de la justification de ceux-ci.

Un premier article, très bref, aurait pu donner la définition suivante des licenciements pour motif économique :

"Le licenciement économique est un licenciement prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié".

Cette règle a l'avantage de la simplicité ; tout licenciement qui n'est pas prononcé pour un motif inhérent à la personne du salarié est un licenciement pour motif économique. Elle a aussi le mérite d'être en pleine conformité avec la définition retenue par la directive communautaire concernant les licenciements collectifs. Elle présente enfin l'intérêt non négligeable d'exprimer une règle de bon sens. Si des traitements différents doivent être réservés à deux catégories de licenciements, il semble que la distinction passe obligatoirement par la frontière séparant le domaine où c'est la situation ou le comportement personnel du salarié qui entraîne la perte de l'emploi et celui où le licenciement est lié à la vie et aux risques de l'entreprise. Dans la seconde hypothèse, il est nécessaire de prévoir des garanties de procédure et de fond pour que l'exercice du pouvoir de direction dans le cadre d'une économie libérale ne se transforme pas en une pratique arbitraire généralisée.

Le second article relatif à la justification des licenciements pour motif économique aurait pu comprendre trois dispositions et être rédigé de la façon suivante :

"Un licenciement pour motif économique ne peut intervenir que

- *si la compétitivité de l'entreprise est en jeu ;*
- *si les suppressions d'emploi sont nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ; le nombre des suppressions d'emploi sera limité à celui qui est imposé par la sauvegarde de la compétitivité ;*
- *si le reclassement des salariés occupant un poste supprimé ou modifié est impossible dans l'entreprise ou dans une entreprise du groupe auquel appartient l'entreprise".*

Si le texte adopté par le Parlement devait être censuré par le Conseil constitutionnel, ces quelques réflexions pourraient permettre de remettre sur le chantier un texte mieux adapté au souci de protection des salariés contre des décisions d'entreprises qui se préoccupent trop des résultats financiers et insuffisamment des intérêts légitimes des salariés.

Jean Pélissier