

Section 2 : Nullité et poursuite du contrat de travail

■ Article L. 321-4-1 ■

« Dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité, notamment des salariés âgés ou qui présentent des caractéristiques sociales ou de qualification rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile.

« La procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés.

« Ce plan doit prévoir des mesures telles que par exemple :

- des actions en vue du reclassement interne des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emplois ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou, sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure ;
- des créations d'activités nouvelles par l'entreprise ;
- des actions favorisant le reclassement externe à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi ;
- des actions de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés ;
- des actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion de nature à faciliter le reclassement interne ou externe des salariés sur des emplois équivalents ;
- des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail ainsi que des mesures de réduction du volume des heures supplémentaires effectuées de manière régulière lorsque ce volume montre que l'organisation du travail de l'entreprise est établie sur la base d'une durée collective manifestement supérieure à trente-cinq heures hebdomadaires ou 1 600 heures par an et que sa réduction pourrait préserver tout ou partie des emplois dont la suppression est envisagée.

« En l'absence de comité d'entreprise ou de délégués du personnel, ce plan ainsi que les informations visées à l'article L. 321-4 doivent être communiqués à l'autorité administrative compétente lors de la notification du projet de licenciement prévue au premier alinéa de l'article L. 321-7. En outre, ce plan est porté à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur les lieux de travail.

« La validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe. »

■ Article L. 122-14-4, premier alinéa ■

« Si le licenciement d'un salarié survient sans observation de la procédure requise à la présente section, mais pour une cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ; si ce licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal

octroie au salarié une indemnité. Cette indemnité, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité prévue à l'article L. 122-9. Lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 321-4-1, il peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner, à la demande du salarié, la poursuite de son contrat de travail, sauf si la réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié. Lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de son contrat de travail ou lorsque la réintégration est impossible, le tribunal octroie au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois. »

Commentaire

1. La jurisprudence *Samaritaine* (104) a immédiatement provoqué une fixation obsessionnelle du patronat. Sa sauvegarde constitue en même temps un enjeu essentiel, comme l'ont montré les réactions syndicales lors de la discussion du projet.

Bien que la réintégration n'ait finalement été prononcée que dans un nombre de cas limités, la crainte qu'a inspiré cette sanction a conduit à une amélioration sensible de la qualité des plans de sauvegarde de l'emploi et, en particulier, des efforts de reclassement. On se souviendra seulement ici par contraste que pendant la période durant laquelle les plans sociaux ont été soumis au seul contrôle administratif (du 3 janvier 1975 au 31 décembre 1986), le Conseil d'Etat n'a annulé aucune autorisation de licenciement sur le fondement d'une insuffisance ou même d'une absence de plan social.

La loi du 18 janvier 2005 n'a pas modifié l'article L 321.4.1 alinéa 2 (amendement dit "Aubry" du 27 janvier 1993) selon lequel : *"la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel qui doivent être réunis, informés et consultés"*.

Au-delà du principe fort de nullité édicté par ce texte, le mot clé de la phrase est ce *"tant que"* qui permet de suspendre les effets d'un licenciement jusqu'à ce que la procédure soit régulière. Il s'agit donc plus dans l'esprit du législateur d'un moyen de contrainte, d'une paralysie en principe provisoire de la procédure, que d'une sanction.

En 2002 la loi de modernisation sociale consacrait le droit à réintégration en l'intégrant dans l'article L 122.14.4.

De son côté, la Chambre sociale de la Cour de cassation maintenait fermement la jurisprudence *Samaritaine*, rappelant encore récemment que *"si l'absence d'un plan social ou la nullité de celui-ci entraîne la nullité de la procédure de licenciement, la nullité est également encourue lorsque, le comité d'entreprise n'ayant pas été valablement saisi, l'irrégularité a été soulevée avant le terme de la procédure, à un moment où elle pouvait encore être suspendue et reprise et que l'employeur a néanmoins notifié les licenciements"* (105).

2. Ces principes ne sont pas remis en cause par la loi du 18 janvier 2005. Seule la sanction de la nullité de la procédure a fait l'objet de tempéraments par une réécriture de l'article L 122.14.4 qui vise à assouplir l'appréciation faite jusqu'à présent par la jurisprudence des cas d'impossibilité de réintégration.

Désormais, lorsque la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, conformément au deuxième alinéa de l'article L 321.4.1, le juge peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner à la demande du salarié la poursuite de son contrat de travail, sauf, et c'est ici qu'intervient la modification, si *"la réintégration est devenue impossible notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié"*.

(104) Cass. Soc. 13 février 1997 *Benoit et Guglielmi c/ Samaritaine* Dr. Ouv. 1997 p. 94 n. P. Moussy.

(105) Cass. Soc. 14 janvier 2003, *Euridep c/ CCE UES Kalon France*, Bull. civ. V n° 5, Dr. Ouv. 2003 p.152 n. M. Cohen.

3. Ecartons d'emblée la crainte exprimée par certains que le "peut" n'ait rendu la réintégration facultative pour le juge hors des hypothèses où elle est devenue impossible au sens du texte. Le "peut" signifie ici non pas que le juge détiendrait le pouvoir discrétionnaire de ne pas ordonner la réintégration, mais au contraire qu'ayant le pouvoir de l'ordonner, il sera tenu de le faire si les conditions de la loi sont réunies. La même formulation se retrouve par exemple dans l'article L 122.43 alinéa 2 : il va de soi que si la sanction est irrégulière en la forme ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise, le juge devra l'annuler.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs répondu à l'argument selon lequel le texte laisserait au juge un pouvoir d'application en opportunité : "...il appartiendra au juge, saisi d'une demande en ce sens (de réintégration), s'il constate la nullité de la procédure de licenciement... d'ordonner la réintégration du salarié, sauf si..." (106).

4. "Sauf si ... la réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié". Là est le coin enfoncé dans la notion d'"impossibilité matérielle" au sens où la jurisprudence l'entend. Rappelons que jusqu'à présent, seul l'exercice d'une activité concurrente déloyale par un ancien salarié pouvait rendre sa réintégration impossible en cas d'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi (107). Cette jurisprudence est d'ailleurs atypique puisque la Cour de cassation n'admet, lorsque la réintégration est de droit, que l'hypothèse d'une "impossibilité matérielle" entendue restrictivement (ainsi pour des grévistes dont l'emploi avait entre-temps disparu et qui devaient se voir proposer un retour dans leur emploi ou un emploi équivalent (108)).

Cette notion d'impossibilité matérielle est même poussée jusqu'à une notion d'impossibilité quasi absolue dans le cas des représentants du personnel (109).

Le texte de l'article 77.V visait, selon le Ministre, à prendre en compte la notion d'"impossibilité matérielle", mais en lui donnant une acception assouplie : il s'agissait initialement de la disparition de l'entreprise ou de l'absence d'emploi disponible.

Du côté du gouvernement comme des parlementaires de la majorité, chacun avait en tête l'exemple de Wolber où le droit à réintégration a été poussé jusqu'au terme d'une logique un peu absurde, en tout cas pour ce qui concerne la demande de "relocalisation" de la production. L'entreprise, Michelin, offre cependant des possibilités de réintégration sur d'autres sites et il est donc fâcheux que le texte voté ait finalement retenu comme hypothèse d'impossibilité de réintégration, non pas la disparition de l'entreprise, mais la fermeture de l'établissement ou du site, paraissant ainsi restreindre le droit à réintégration à un périmètre géographique étroit (110).

Les observations du gouvernement devant le Conseil constitutionnel soulignaient, pour justifier cette rédaction, que la réintégration sur un autre site ou pour une autre qualification, reviendrait à imposer une modification d'éléments substantiels (on croyait cette notion abandonnée !!) du contrat de travail. Cette analyse, outre qu'elle n'est pas toujours exacte puisque deux sites peuvent se trouver dans un même secteur géographique, se conjugue mal avec la définition plus large de l'obligation de reclassement et avec le fait que le salarié doit normalement être le seul juge de l'opportunité d'accepter une modification de son contrat de travail. Le Conseil constitutionnel a répondu sur cette question que la règle édictée était suffisamment claire et précise, laissant au juge le soin de la "mettre en œuvre", ce qui laisse à ce dernier une marge d'appréciation, même en cas de fermeture de l'établissement ou du site.

5. La seconde illustration de ce qui peut désormais constituer une impossibilité de réintégration, est l'absence d'emploi disponible. Il ne s'agit d'ailleurs pas, à proprement parler, d'un autre cas d'impossibilité, la fermeture de l'établissement ou du site est citée parce qu'elle caractérise l'absence d'emploi disponible, mais d'un élargissement au site, à l'établissement ou à l'entreprise de la notion d'indisponibilité de l'emploi en l'absence de toute fermeture. Le véritable enjeu du texte se joue ici. Le sort de la jurisprudence *Samaritaine* dépendra de l'application de cette notion d'"emploi disponible" par le juge.

(106) Cons. const. décision n°2004-509 DC du 19 janvier 2005 considérant n° 26.

(107) Cass. Soc. 25 juin 2003 n° 01-46.479 P.

(108) Cass. Soc. 2 février 2005 Bull. civ. V.

(109) Soc. 24 juin 1998 *Vanderghote* RJS août-sept. 1998 n° 1020.

(110) comp. la motivation retenue par la Cour de cassation dans cette même affaire *Wolber* : Cass. Soc. 15 juin 2005, PBRI.

On observera que la plupart des licenciements économiques rendent indisponibles les emplois supprimés ou transformés puisqu'il s'agit d'un élément de la définition du licenciement économique. Par conséquent, toute réintégration crée un sureffectif. Considérée de ce point de vue, toute demande de réintégration pourrait se heurter à une impossibilité au sens du texte. Il est cependant peu probable que la jurisprudence consacre une interprétation aussi laxiste qui ferait de l'exception à la règle le principe général.

Il faut ici faire un retour au texte de l'article L 321.4.1, inchangé, qui frappe d'inefficacité juridique la procédure de licenciement tant qu'un plan visant au reclassement... Le licenciement subit, en tant qu'acte subséquent de la procédure, la neutralisation encourue par celle-ci. La volonté du législateur a été de permettre au juge de suspendre les effets d'un plan de sauvegarde de l'emploi déficient, décision qui n'a d'utilité réelle que si ses effets, c'est-à-dire les licenciements, sont également suspendus, au moins le temps de permettre à l'employeur de remédier aux déficiences constatées. La sanction de la nullité, dont le principe est contenu dans l'article L 321.4.1, n'est pas tant de créer un nouveau cas de nullité ouvrant droit à réintégration, que de permettre à un juge de contraindre une entreprise à élaborer un PSE ou à l'améliorer, en particulier lorsque la recherche de reclassements utiles n'a pas été menée avec une volonté suffisante. Dans cette perspective, la notion d'"emploi disponible" apparaît comme un concept relatif qui doit s'apprécier au regard de la finalité du dispositif de l'article L 321.4.1 alinéa 2. En ce sens, l'emploi devra être considéré comme disponible, si

l'action en nullité est engagée avec diligence (le pouvoir du juge des référés est à cet égard consacré par la nouvelle loi), tant que, c'est-à-dire aussi longtemps que l'employeur n'aura pas élaboré et soumis aux institutions représentatives du personnel un plan de sauvegarde de l'emploi adéquat. On pourrait ainsi dire que l'emploi est réputé disponible tant que le droit de licencier est indisponible.

Il est cependant certain qu'en négligeant d'agir avec célérité, les élus ou les salariés verront l'emploi concerné devenir peu à peu réellement indisponible soit en raison de la fermeture du site ou de l'établissement soit en raison de la mise en œuvre de la restructuration décidée.

6. Il resterait à s'interroger sur la portée de l'adverbe "*notamment*" qui donne au juge le pouvoir d'amplifier les effets d'un texte qui lui laisse déjà une grande latitude pour apprécier la notion d'absence d'emploi disponible qui recouvre toutes les causes objectives envisageables d'impossibilité créant de ce fait une incertitude juridique importante. Le Conseil constitutionnel, répondant à cette critique, a jugé que le législateur avait opéré une conciliation exempte d'erreur manifeste entre le droit de chacun d'obtenir un emploi dont le droit au reclassement découle directement et la liberté d'entreprendre. C'est aussi par ce rappel que le juge devra se laisser guider en gardant à l'esprit qu'une nullité promptement ordonnée n'entame pas la liberté du chef d'entreprise, libre de faire cesser la nullité de la procédure en se conformant aux exigences de la loi.

Michel Henry,

Avocat au Barreau de Paris