

Jurisprudence *Framatome-Majorette* : à quoi joue le législateur ?

par Hervé Tourniquet, Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine

PLAN

I. Dix ans de controverse : textes et contextes

II. La réforme au regard de ses justifications

- A. Première justification : mettre fin à une jurisprudence dénoncée comme *contra legem*
- B. Mettre fin à une jurisprudence "anxiogène" pour... les salariés
- C. Ouvrir des espaces de négociation et casser le "carcan" résultant de cette jurisprudence

III. La réforme, au regard de ses non-dits

- A. Quid du contrôle du comité d'entreprise sur le franchissement du seuil de déclenchement ?
- B. Quid des moyens d'intervention et de contrôle du comité ?
- C. Exit la "contrainte" de la détermination de l'ordre des licenciements
- D. Quid des "petits licenciements" (de deux à neuf sur une période de trente jours) ?
- E. Du plan de sauvegarde de l'emploi au plan d'accompagnement des licenciements

IV. La réforme au regard de ses promesses : GPEC contre PSE ?

- A. La négociation obligatoire de la GPEC fait son entrée dans le Code du travail
- B. L'articulation GPEC-PSE : prévention ou moyen de défense ?

I. Dix ans de controverse : textes et contextes

Que n'a-t-on lu ou entendu sur la célèbre jurisprudence *Framatome et Majorette*, du 3 décembre 1996 (1) ?

Le retentissement de cette décision, autant que la vivacité de la controverse qu'elle a suscitée ne peuvent se comprendre sans les replacer dans le contexte législatif de l'époque. Rappelons que la loi du 29 juillet 1992 avait introduit dans le Code du travail un article L 321-1-2 nouveau, qui deviendra plus tard l'article L 321-1-3 :

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

Quelques mois plus tard, était adopté par amendement à la loi dite DDOS du 27 janvier 1993, un nouveau dispositif renforçant le contenu et la portée du plan social :

« Art. 60. - I. - Après le premier alinéa de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, sont insérés six alinéas ainsi rédigés :

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

Ce plan doit prévoir des mesures autres que les dispositions concernant les conventions de conversion visées à l'article L. 321-5, telles que par exemple :

- des actions de reclassement interne ou externe à l'entreprise ;
- des créations d'activités nouvelles ;
- des actions de formation ou de conversion ;
- des mesures de réduction ou d'aménagement de la durée du travail."

II. - Après le deuxième alinéa de l'article L. 321-7 du Code du travail, est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« En l'absence de plan social au sens de l'article L. 321-4-1, l'autorité administrative constate cette carence par notification à l'entreprise dès qu'elle en a eu connaissance et au plus tard dans les huit jours suivant la notification prévue à l'alinéa précédent" ».

La sanction de nullité, précisée dans sa portée par le non moins célèbre arrêt *Samaritaine* (2) outre le fait qu'elle venait, pour la première fois, donner une véritable consistance à la responsabilisation, jusque là très formelle, des employeurs s'engageant dans la voie des restructurations, devenait une réelle menace qu'il convenait impérativement de circonscrire à défaut d'être en mesure de l'abroger.

La suite allait démontrer que cette stratégie n'a depuis lors pas varié mais nous y reviendrons.

(1) Cass. Soc. 3 déc. 1996, *CFDT c. Framatome*, Bull. civ. V n° 411, Dr. Ouv. 1997 p.179 n. M.-F. Bied-Charreton.

(2) Cass. Soc. 13 février 1997, n° 96-41874 et 96-41875, Dr. Ouv. 1997 p.94 n. P. Moussy.

C'est sur cette base textuelle que furent rendus les arrêts du 3 décembre 1996, répondant à la question qui était alors posée par l'auteur du pourvoi : lorsque l'employeur envisage de modifier, pour motif économique, les contrats d'au moins dix salariés sur une période de trente jours, à quel moment naît l'obligation de consultation du comité d'entreprise sur un projet de plan social et de mise en œuvre de ce dernier ? Avant l'envoi des propositions ou après la réponse négative des salariés ? (3)

La réponse apportée par la Chambre sociale de la Cour de cassation fut la suivante :

« Mais attendu que, dans les entreprises ou professions visées à l'article L. 321-2 du Code du travail et où sont occupés habituellement au moins cinquante salariés, les employeurs, qui projettent d'y effectuer un licenciement pour motif économique, sont tenus, lorsque le nombre de licenciements envisagés est au moins égal à dix dans une même période de trente jours, non seulement de réunir et de consulter le comité d'entreprise mais d'établir et mettre en œuvre un plan social pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre ; qu'en outre, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 321-1 du Code du travail, ces dispositions sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique ;

Et attendu qu'en l'espèce, les juges du fond ont constaté que la restructuration décidée par la société Framatome conduisait à proposer à vingt-quatre salariés la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail et par conséquent à envisager le licenciement de ces salariés ou à tout le moins la rupture de leurs contrats de travail pour motif économique ;

D'où il suit qu'en décidant que l'employeur était tenu d'établir et de mettre en œuvre un plan social, la Cour d'appel a exactement appliqué les dispositions des articles L. 321-1-2, L. 321-1-3, L. 321-2, L. 321-4 et L. 321-4-1 du Code du travail ; que le moyen n'est pas fondé » (4).

L'engagement de la controverse fut immédiat, la critique empruntant à la fois au politique : une nouvelle réglementation, une nouvelle obligation pesant sur nos entreprises alors que celles-ci sont engagées dans une concurrence mondialisée, trop de protection de l'emploi tue l'emploi etc., et au juridique : pourquoi imposer une procédure propre aux licenciements à un moment où, par définition, ceux-ci ne sont pas à l'ordre du jour puisque les

salariés n'ont pas encore refusé une modification qui ne leur est pas encore proposée.

Les attaques et, pour être plus clair, le lobbying contre cette jurisprudence, sont venus d'endroits attendus et d'autres, qui l'étaient un peu moins.

Attendue l'offensive du Medef qui, en octobre 2003, alors engagé dans la négociation appelée de ses vœux par la loi *Fillon*, insérait clairement la remise en cause de cette jurisprudence dans un train de mesures destinées à libéraliser le recours au licenciement économique et, réduire le contrôle des représentants du personnel et du juge (5).

Attendue également l'offensive de l'actuelle majorité parlementaire qui, dans l'opposition et notamment lors du débat sur le projet de loi de modernisation sociale, n'avait pas fait mystère de son intention de faire sauter ce verrou et beaucoup d'autres une fois revenue aux affaires.

Moins attendue, c'est moins que l'on en puisse dire, était l'annonce, par le président de la Chambre sociale de la Cour de cassation, lors d'un débat, le 1^{er} juillet 2003, parmi les grands arrêts à venir, d'une remise à plat du système en des termes dépourvus de toute ambiguïté : « La jurisprudence très controversée *Framatome et Majorette*, qui impose à l'employeur de déclencher la procédure de plan social dès lors que plus de dix modifications du contrat pour motif économique sont envisagées (et non refusées), est sur la sellette ou, à tout le moins, en débat. La question va être posée à la chambre d'imposer le déclenchement d'un plan social lorsque dix modifications du contrat pour motif économique sont refusées par les salariés (et non plus envisagées). Solution que la Chambre sociale réserverait à l'hypothèse où l'employeur ne prévoit que des modifications du contrat, à l'exclusion de suppressions ou transformations d'emploi » (6).

Las, la Chambre sociale ne suivra pas (7)...

Une certaine forme de répit pouvait être espérée à la lecture du rapport de la commission de *Virville* sur la « simplification du droit » qui laissait en l'état l'avancée jurisprudentielle en question tout en faisant obligation à l'employeur de préciser « la nature de la modification proposée et les conséquences qu'il entend tirer d'un éventuel refus du salarié » (8).

(3) Sur cette question : I. Meyrat "Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique" Dr. Ouv. 2005 p. 296.

(4) Cass. Soc. 3 déc. 1996 préc.

(5) Semaine sociale Lamy n° 1140, 20/10/2003, restructurations, les préconisations du Medef.

(6) Semaine sociale Lamy n° 1130, 7/7/2003 ; sur cette annonce v. R. Encinas de Munagorri "Faut-il annoncer les revirements de jurisprudence par voie de presse ?", RTD civ. 2005, p. 591.

(7) G. Lyon-Caen "Les pochettes-surprises de la Chambre sociale", Semaine sociale Lamy, n° 1154, 2/2/2004.

(8) Rapport de *Virville*, janvier 2004, *Liais. soc.*, Projets économiques et sociaux, V, 761, n° 3/2004, disponible sur le site Internet du ministère du Travail ; v. les analyses critiques de ce rapport par M.F. Bied-Charreton et P. Rennes Dr. Ouv. 2004 p. 161.

Les voies conventionnelles et jurisprudentielles s'étant refermées, c'est finalement le législateur qui se chargera de l'abrogation inscrite, non pas dans le projet initial de loi de cohésion sociale mais dans une lettre rectificative, prenant acte de l'échec des négociations dans le délai imparti par la loi du 3 janvier 2003, dite loi *Fillon*.

Cette lettre rectificative contient un article 37-3 dont l'exposé des motifs est des plus sommaires :

« Cet article clarifie et sécurise les principales dispositions qui régissent le déroulement de la procédure de licenciement économique.

Le III procède ainsi à la réécriture du premier alinéa de l'article L. 321-1 qui définit le champ de la procédure de licenciement pour motif économique. Il précise que, pour apprécier le nombre de salariés concernés par une telle procédure, il convient de prendre en compte les salariés dont le licenciement est effectivement envisagé et non ceux qui se sont vu proposer, pour un motif économique, une modification de leur contrat de travail qu'ils ont acceptée. »

Quant au texte lui-même, il dispose dans son article 37-3 : « I. - Au premier alinéa de l'article L. 321-1 du Code du travail, les mots : « d'une modification substantielle du contrat de travail » sont remplacés par les mots : « d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail ».

II. - Le premier alinéa de l'article L. 321-1-2 du Code du travail est ainsi rédigé :

« Lorsque l'employeur, pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1, envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. »

III. - L'article L. 321-1-3 du Code du travail est ainsi rédigé :

« Art. L. 321-1-3. - Lorsqu'au moins dix salariés refusent la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique. »

L'accent est ainsi mis, sans la moindre ambiguïté, sur le refus du salarié comme élément d'assimilation au licenciement et, par voie de conséquence, déclencheur de la mise en œuvre de la procédure y afférente.

La loi est promulguée le 18 janvier 2005 (9). Les retombées « sociales » de cette réforme ne sont pas encore précisément mesurables. Il est, en revanche, intéressant d'analyser cette réforme au regard de ses justifications, de ses non-dits et, également, de ses promesses.

II. La réforme au regard de ses justifications

A. Première justification : mettre fin à une jurisprudence dénoncée comme *contra legem*

De décembre 1996 jusqu'à et y compris plusieurs semaines après l'adoption de la loi *Borloo* (10) la Cour de cassation tiendra la ligne *Framatome-Majorette* malgré les critiques d'une partie de la doctrine et, même, les suggestions venues de son sein même comme on l'a vu plus haut.

Les juges se voyaient ainsi reprocher d'avoir imposé l'engagement d'une procédure d'information-consultation et l'élaboration d'un plan social dès l'acte de proposition alors que la possibilité d'un licenciement n'intervient qu'à compter du refus de cette proposition.

Et de souligner que le législateur de 1992 avait lui-même précisé que l'obligation de respecter la réglementation relative aux licenciements n'existe que si l'employeur « envisage le licenciement de plusieurs

salariés ayant refusé une modification substantielle de leur contrat de travail ».

Rien ne justifiait donc, selon les mêmes auteurs, que soit appliquée la législation relative aux licenciements puisque l'on se situe à un moment où celui-ci n'est pas même envisagé puisque le salarié n'a pas encore pris position.

Le rejet de cette critique qui n'avait que l'apparence du bon sens, garde, dix ans après, toute sa pertinence.

D'abord parce que le législateur de 1992 avait aussi, en modifiant le premier alinéa de l'article L. 321-1 du Code du travail, élargi la notion même de licenciement économique en lui assimilant la transformation ou la modification du contrat de travail consécutives à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. Parler de décision *contra legem* alors que la loi elle-même procédait à cette assimilation par ailleurs reprochée aux juges était pour le moins audacieux.

(9) V. le numéro spécial du Droit Ouvrier *La loi du 18 janvier 2005 en questions*, juillet-août 2005, et celui de la RPDS, *Le licenciement économique après la loi du 18 janvier 2005*, août-sept. 2005.

(10) Cass. Soc. 22 fév. 2005 n° 03-45.524, la Cour statuant sur la base des textes applicables à l'époque.

Mais cette critique révèle aussi une conception d'autant plus inquiétante qu'elle a fini par triompher. Considérer en effet que l'élaboration de mesures alternatives au licenciement ne deviendrait une obligation qu'avec le refus du ou des salariés revient à faire porter par ce dernier une responsabilité qui n'est pas la sienne et à conférer à l'employeur une liberté de manœuvre à l'intérieur du cadre contractuel. Curieuse démarche de la part de ceux-là même qui ne cessent d'en appeler à la primauté du contrat contre le collectif, mais qui, pour les besoins de la cause, en viennent à oublier ce principe basique selon lequel c'est à celui qui entend rompre l'équilibre contractuel d'en assumer les conséquences...

Cette dangereuse approche rejoignait celle qui, quelques années plus tôt, suggérait de réduire à néant le contrôle des motifs d'un licenciement économique faisant suite à une proposition de modification refusée en soutenant que le fait générateur du licenciement était le refus du salarié et non la proposition elle-même, transformant ainsi un licenciement pour motif économique en licenciement pour motif individuel.

Ce transfert de responsabilité, cette marge de manœuvre considérable accordée à l'employeur, ont aujourd'hui force de loi.

Seule satisfaction, toute platonique, pour ceux qui ont défendu les arrêts *Framatome-Majorette* comme étant d'une stricte conformité à la loi, le législateur de 2005 met fin, en amendement l'article L 321-1, à l'assimilation « modification-licenciement », reconnaissant ainsi que cette assimilation justifiait pleinement la solution retenue par les juges.

B. Mettre fin à une jurisprudence « anxigène » pour... les salariés

Ceux qui avaient cru comprendre, à la lecture des positions des uns et des autres distillées à longueur de revues et de colloques, que la jurisprudence *Framatome-Majorette* était surtout protectrice des salariés (et défendue à ce titre par leurs organisations) et préjudiciable aux employeurs (et combattue à ce titre par le Medef), n'avaient rien compris.

La lecture des travaux parlementaires, souvent instructive, éclaire cette controverse d'un jour nouveau. Répondant à un amendement de suppression lors de la première lecture devant le Sénat (séance du 5 novembre 2004), le ministre Larcher exposait :

« Elle (cette jurisprudence) est aussi déstabilisante, anxigène pour les salariés qui se voient conduits à

assimiler toute évolution, à l'intérieur de l'entreprise, à un licenciement potentiel. »

Ce n'est pas ici le lieu d'un tel débat mais on se contentera de poser la question suivante : est-il plus « anxigène » pour les salariés de pouvoir, avant même d'avoir à répondre sur une proposition de modification de leur contrat de travail, inscrire leur réflexion et leur réaction dans un cadre collectif s'accompagnant d'un débat avec les représentants du personnel, dotés des moyens qui leurs sont conférés par la loi et associant les organisations syndicales dans le cadre de l'examen d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou bien de recevoir à domicile une lettre posant comme alternative, au terme d'une motivation univoque, la modification ou le licenciement sans savoir si l'on est le seul concerné et qui d'autre pourrait l'être et se retrouver seul face à l'employeur ?

Cette « justification » ne témoigne pas seulement du plus profond mépris pour les réalités, elle tend à révéler (mais est-ce une surprise ?) que les promoteurs de la réforme, nonobstant leurs déclarations lénifiantes, cherchent par tous les moyens à remettre en cause le caractère protecteur des lois sociales et à individualiser les rapports entre deux parties en situation d'inégalité.

C. Ouvrir des espaces de négociation et casser le « carcan » résultant de cette jurisprudence

Présenter la jurisprudence *Framatome-Majorette* comme un obstacle à toute évolution des contrats hors procédure de licenciements collectifs est un mensonge pur et simple.

D'abord parce qu'il convient de rappeler que celle-ci ne concerne que les entreprises de plus de cinquante salariés procédant à la modification de dix contrats de travail sur une période de moins de trente jours. Or, selon les chiffres communiqués par le rapporteur de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale lors de l'examen du projet de loi de cohésion sociale, 42,2 % des salariés sont employés par des entreprises de moins de cinquante salariés et, globalement, les licenciements économiques relevant de l'obligation de PSE représentent à peine plus de 15 % du total des licenciements économiques.

Ensuite parce que dans l'affaire *IBM* (11), la Cour de cassation ouvre une porte et utilise une formule qui fera florès :

« Mais attendu que, si l'employeur qui envisage de procéder dans une même période de trente jours au licenciement ou à la rupture du contrat de travail pour motif économique d'au moins dix salariés est tenu de

(11) Cass. Soc. 12 janv. 1999, *IBM*, n° 97.12962, Dr. Ouv. 1999 p. 427 en annexe de Y. Chauvy "La consultation du comité

d'entreprise sur la modification collective des contrats de travail avant licenciement".

consulter le comité d'entreprise en lui soumettant notamment un plan social, le projet qui consiste à rechercher parmi les salariés ceux qui seraient candidats à des mesures n'entraînant pas la rupture du contrat de travail, telles que temps partiel indemnisé, congé sans solde indemnisé, préretraite progressive, mise en disponibilité, constitue une **mesure de gestion prévisionnelle du personnel** qui ne donne lieu qu'à la consultation prévue par l'article L. 432-1 du Code du travail ;

Et attendu, dès lors, que c'est à bon droit que la Cour d'appel, qui a constaté qu'aucune proposition de modification du contrat de travail au sens de l'article L. 321-1-2 du Code du travail n'avait été formulée, a décidé que le projet "emploi pour 1996" n'avait pas à être soumis à la procédure prévue aux articles L. 321-2 et suivants du Code du travail ; que le moyen n'est pas fondé. »

La logique contractuelle qui avait prévalu dans l'affaire *Framatome-Majorette* est strictement respectée puisque l'employeur se contente de lancer un appel aux candidats et que, formellement, la proposition de modification vient du salarié, lorsque, par sa candidature, il devient celui qui propose la modification, excluant par là même l'application des dispositions relatives aux modifications à l'initiative de l'employeur.

Raisonnement juridiquement imparable, même s'il aboutit à dispenser de plan social les sociétés qui ont à la fois le temps et les moyens...

La seconde voie sera ouverte par le législateur, dans le cadre de la loi *Aubry II* du 19 janvier 2000 dont l'article 30, inséré dans le chapitre « Sécurité juridique » (déjà...) précisait : « Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification de leur contrat de travail en application d'un accord de réduction de la durée du travail, leur licenciement est un licenciement individuel ne reposant pas sur un motif économique et est soumis aux dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-17 du Code du travail. »

Et comme ce même article 30 introduisait un nouvel article L. 212-3 prévoyant que « La seule diminution du nombre d'heures stipulé au contrat de travail, en application d'un accord de réduction de la durée du travail, ne constitue pas une modification du contrat de travail » le message était on ne peut plus clair : la négociation des accords de RTT devenait un moyen de soustraire les modifications résultant de cet accord à la jurisprudence *Framatome-Majorette*.

Appel à candidatures ou négociation dans le cadre de la loi *Aubry II*, le « carcan » tant décrié s'était déjà considérablement desserré, mais pas assez, bien évidemment...

III. La réforme, au regard de ses non-dits

Présentée comme s'inscrivant dans une démarche tendant à renforcer la sécurité juridique pour les employeurs et à combattre les inégalités entre salariés (suivant la taille de l'entreprise dans laquelle ils travaillent), la loi du 18 janvier 2005 permet, aussi et surtout, d'atteindre des objectifs beaucoup moins présentables et qui n'ont guère été débattus devant le parlement, le gouvernement restant muet ou, au mieux, sibyllin, devant les questions qui lui étaient parfois posées à ces sujets.

A. **Quid du contrôle du comité d'entreprise sur le franchissement du seuil de déclenchement ?**

Bien que l'on ait juré la main sur le cœur que l'intention n'était aucunement de réduire les prérogatives du comité d'entreprise, aucun dispositif n'a été prévu pour garantir l'information du comité d'entreprise lorsque le seuil de dix refus, devant déclencher la procédure de consultation livre III, est franchi.

Dans le contexte déjà décrit, il est difficile de croire que cette omission soit involontaire.

La question sera posée lors du débat devant l'Assemblée nationale par un amendement (12). Le ministre Larcher en obtiendra le rejet en répliquant :

« Nous partageons l'analyse du rapporteur. L'article L. 321-4 du code dispose : "L'employeur est tenu d'adresser aux représentants du personnel, avec la convocation aux réunions prévues à l'article L. 321-2, tous renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif". La simple application de cet article permet de répondre aux préoccupations exprimées. »

Le serpent se mord la queue puisque nous ne sommes plus, justement, dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif...

Certes, le comité est informé de la restructuration en cours par la voie de la consultation « livre IV » mais rien, dans l'état actuel du texte, n'oblige l'employeur à l'informer du fait qu'au moins dix salariés ont refusé la proposition et rien ne permet de garantir que le premier réflexe du salarié venant de refuser une modification de son contrat sera de s'en ouvrir à un membre du comité.

Cette question du droit à l'information du comité sur le moment à partir duquel il doit être consulté sur la base

(12) Amendement 82 du groupe communiste, séance du 2 décembre 2004.

d'un PSE doit-elle être négociée dans le cadre d'un accord de méthode ?

La réponse est, au regard des dispositions du premier alinéa de l'article L 320-3 telles qu'elles résultent de la loi du 18 janvier 2005, négative :

« *Des accords d'entreprise, de groupe ou de branche peuvent fixer, par dérogation aux dispositions du présent livre et du livre IV, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables **lorsque l'employeur projette de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours.*** »

Or, nous nous trouvons alors dans un cas de figure où, précisément, effet de la disparition de la jurisprudence *Framatome-Majorette*, l'employeur ne projette pas encore de prononcer le licenciement économique.

A défaut d'une telle information, le comité ne sera informé, si il l'est, qu'avec retard, et ne pourra donc agir qu'avec ce même retard, ce qui est, au regard de l'objectif de sécurisation juridique par ailleurs revendiqué, pour le moins surprenant.

B. Quid des moyens d'intervention et de contrôle du comité ?

La loi du 18 janvier 2005 ne se réduit pas à un bouleversement de la chronologie procédurale. Elle porte également atteinte au rôle même du comité d'entreprise dont on voudra bien convenir que son intervention sera d'autant plus utile qu'elle est précoce et assise sur une information complète et éclairée.

Ainsi en est-il du recours à l'expert qui n'intervient, s'agissant d'un projet de restructuration portant sur au moins dix licenciements sur moins de trente jours, que si une procédure de consultation pour licenciement est déclenchée.

Rappelons en effet que, selon les dispositions de l'article L 434-6 du Code du travail : « *Il (le comité) peut également se faire assister d'un expert-comptable dans les conditions prévues aux articles L. 432-1 bis et L. 432-5 et lorsque la procédure de consultation prévue à l'article L. 321-3 pour licenciement économique doit être mise en œuvre.* »

Donc, en résumé, au moment où les salariés reçoivent leur lettre de proposition de modification, ils ne disposent, pour se faire une opinion sur la justification économique de ladite modification, que des seuls éléments que l'employeur aura bien voulu distiller au comité dans le cadre de la consultation livre IV et aux salariés eux-mêmes, de façon généralement encore plus synthétique, par la lettre de notification.

C. Exit la « contrainte » de la détermination de l'ordre des licenciements

Le recours à la procédure de modification du contrat de travail permet également à l'employeur, seul décideur du choix des destinataires des propositions de modification, de s'affranchir du respect de critères déterminant l'ordre des licenciements comme il y est tenu dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Sera-t-on taxé de mauvais esprit si l'on y voit un énième moyen de fraude à des principes que les promoteurs de cette loi affirment ne pas vouloir remettre en cause ?

Sera-t-on taxé de juridisme étroit si l'on soutient que cette remise en cause de l'application de critères qui, rappelons-le, devaient être soumis pour avis au comité d'entreprise et dont le non-respect est sanctionné, se trouve en contradiction avec la définition même du motif économique qui demeure théoriquement, selon l'article L. 321-1, « *non inhérent à la personne du salarié* » ?

Chacun aura compris que la question est majeure au regard des données statistiques qui font apparaître un recours de plus en plus important au licenciement pour motif personnel, évidemment moins contraignant pour l'employeur, et de moins en moins important au licenciement pour motif économique.

D. Quid des « petits licenciements » (de deux à neuf sur une période de trente jours) ?

Les commentateurs de la loi du 18 janvier 2005, qu'ils se félicitent de l'abandon de la jurisprudence *Framatome-Majorette* (13) ou qu'ils le déplorent (14), n'ont pas manqué de relever le sort réservé aux petits licenciements économiques, de deux à neuf sur une période de trente jours, qui n'étaient pas concernés, et pour cause, par la jurisprudence *Framatome-Majorette*.

En effet, l'ancienne version de l'article L.321-1-3 rendait obligatoire l'application de la législation relative aux licenciements collectifs (deux à neuf ou plus de dix), le licenciement de « *plusieurs salariés* ».

La nouvelle version ne prévoit cette application qu'à partir de dix refus, précédés donc, d'au moins dix propositions.

Conséquence : un employeur qui aura décidé de modifier le contrat de deux à neuf salariés ne sera pas tenu, même si tous refusent, d'engager autre chose que neuf procédures individuelles.

En d'autres termes, il sera aisé pour un employeur désireux de licencier pour motif économique entre deux et neuf personnes, en lieu et place de la procédure prévue à cet effet par le Code du travail (article L 321-2-1°), qui

(13) Christophe Radé, Droit social avril 2005 p. 386.

(14) Isabelle Meyrat, Dr. Ouv. juillet-août 2005 p. 296.

prévoit notamment la consultation (certes allégée) du comité, de choisir la voie de la proposition de modifications inacceptables générant un très probable refus.

L'on connaissait déjà les fraudes résultant du découpage en plusieurs plans de « petits » licenciements pour éluder l'obligation de plan social.

La loi du 18 janvier 2005, de la façon la plus discrète qui soit, sort tout simplement du champ de la législation sur les licenciements collectifs les « petits licenciements » qu'ils soient petits dès l'origine ou qu'ils soient le produit d'un découpage. Nous parlons ici de la plus grande partie des licenciements pour motif économique prononcés en France.

E. Du plan de sauvegarde de l'emploi au plan d'accompagnement des licenciements

Alors que l'article L 321-4 du Code du travail persiste à définir le plan de sauvegarde de l'emploi comme étant un ensemble de mesures destinées à *éviter les licenciements ou en limiter le nombre et faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne*

pourrait être évité, les nouvelles dispositions ne font apparaître ce plan qu'au moment où, partant du refus opposé par les salariés, il n'est plus question **que** de licenciements que le PSE n'aura donc plus vocation que d'accompagner.

Cette évolution, qui n'est évidemment pas sémantique, est relevée y compris par les commentateurs critiques de la jurisprudence *Framatome-Majorette* (15).

Trouvera-t-on une substitution à cette mission de prévention ou à tout le moins d'alternative, dans l'instauration à grands renforts de cuivres de la désormais célèbre « *Gestion prévisionnelle des emplois* » ? On y reviendra ci-dessous mais force est tout de même de constater que l'instance qui dispose des moyens de contrôle et d'action les plus efficaces, à savoir le comité d'entreprise, pourrait fort bien se retrouver cantonnée dans la cogestion de la crise, dépourvue de marge de manœuvre à un moment où sera franchi le seuil de l'irréversible. Ce que Pascal Rennes définit fort justement de glissement « *de l'unilatéral discuté au déguisement contractuel étouffant* » (16).

IV. La réforme au regard de ses promesses : GPEC contre PSE ?

A. La négociation obligatoire de la GPEC fait son entrée dans le Code du travail

Lors du débat devant le Sénat (17), le ministre Larcher formulait, à l'encontre de la jurisprudence *Framatome-Majorette*, cette critique péremptoire : « *Elle va en fait à l'encontre d'un objectif de gestion prévisionnelle des emplois en dissuadant les entreprises de procéder à une telle gestion, en leur imposant, quels que soient les efforts fournis en la matière, l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi* ». Aussi n'est-il pas surprenant de voir la gestion prévisionnelle des emplois devenir la « vitrine » de la loi du 18 janvier 2005, assise sur le double objectif de négociation et d'anticipation.

De fait, la gestion prévisionnelle y est présentée comme l'alternative négociée, « à tête reposée et avec le recul nécessaire » de préférence à la gestion de crise...

Tirant un bilan selon lui positif des accords de méthode légalisés par la loi *Fillon* (17 bis), le législateur modifie l'article L 320-3 relatif aux accords de méthode :

– en permettant, non plus de manière expérimentale, la conclusion d'accords à durée indéterminée ou déterminée ;

– en étendant la négociation de tels accords à tous niveaux (entreprise, groupe, branche) ;

– en supprimant la condition majoritaire pour revenir au droit commun de l'opposition ;

– en supprimant la référence à la consultation spécifique du comité d'entreprise ;

– en ouvrant le champ de la négociation au contenu du plan social lui-même, par une formule au demeurant assez « alambiquée » : « *Ces accords peuvent aussi déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article L. 321-4-1 fait l'objet d'un accord, et anticiper le contenu de celui-ci* » (17 ter).

Mais dans la mesure où il s'agit surtout ici d'évoquer les conséquences de l'abandon de la jurisprudence *Framatome-Majorette*, la montée en charge de la gestion prévisionnelle des emplois et des carrières étant présentée comme une alternative, c'est surtout sur cette dernière et son articulation avec les vestiges du PSE que l'on insistera...

La directive européenne du 11 mars 2002 (18) rappelle qu'il *importe de renforcer le dialogue social afin de*

(15) Voir J.E. Ray et C. Radé, *Droit Social* avril 2005 p. 359 et 386.

(16) Dr. Ouv. juillet-août 2005 p. 317.

(17) Séance du 5 novembre 2004.

(17 bis) C. Baumgarten "Accords de méthodes : un marché de dupes", *Dr. Ouv.* 2003 p. 358.

(17 ter) Sur le nouvel article L. 320-3, v. les contributions de E. Gayat, S. Nadal et P. Rennes dans le *Dr. Ouv.* juil.-août 2005.

(18) Reproduite au *Dr. Ouv.* 2002 p. 492.

favoriser l'anticipation des risques... (et) de sensibiliser les travailleurs au besoin d'adaptation...

Le nouvel article L 320-2 dispose :

« Dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens du II de l'article L. 439-1 qui occupent au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes de dimension communautaire au sens des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 439-6 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France, l'employeur est tenu d'engager tous les trois ans une négociation portant sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ainsi que sur les salaires. La négociation porte également sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés. Elle peut porter également, selon les modalités prévues à l'article L. 320-3, sur les matières mentionnées à cet article.

Si un accord de groupe est conclu sur les thèmes inclus dans le champ de la négociation triennale visée à l'alinéa précédent, les entreprises comprises dans le périmètre de l'accord de groupe sont réputées avoir satisfait aux obligations du même alinéa » (18 bis).

Première observation : la négociation n'est obligatoire que dans les entreprises d'au moins trois cents salariés (pour mémoire, selon les chiffres communiqués par le rapporteur devant l'Assemblée nationale, 39,9 % des salariés travaillent dans des entreprises de deux cent cinquante salariés et plus). Le « remplacement » de la jurisprudence *Framatome-Majorette* n'est donc que partiel.

Seconde observation, l'obligation porte à la fois sur la négociation de méthode et sur le contenu du dispositif de gestion prévisionnelle des emplois.

B. L'articulation GPEC-PSE : prévention ou moyen de défense ?

L'établissement d'un lien :

Par un communiqué désormais célèbre, suivant de quelques jours les non moins célèbres arrêts *Pages jaunes* (19), la Chambre sociale de la Cour de cassation laissait entrevoir un lien entre le respect de cette obligation par l'employeur et la rigueur du contrôle des juges.

La formule mérite d'être citée : « On peut d'ailleurs se demander si, dans les entreprises où l'article L. 320-2 s'applique, la nouvelle obligation de négocier sur la gestion prévisionnelle de l'emploi (...) ainsi que sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires, ne devrait pas conduire à une approche plus rigoureuse des mesures de licenciement économique qui interviendraient par la suite notamment lorsque la gestion prévisionnelle aura été défailante ». Fallait-il entendre par là un contrôle plus rigoureux sur le motif du licenciement, notamment s'agissant de la sauvegarde de la compétitivité, ou bien sur les procédures elles-mêmes ?

En tout état de cause, si la critique commence à poindre ici et là à l'encontre de comités d'entreprise ou de syndicats qui se voient reprocher de n'aborder la GPEC que comme un moyen, lorsqu'elle n'a pas été négociée ou qu'elle est défailtante, au soutien de procédures de suspension de consultation livre IV-livre III, force est de constater que ces plaideurs n'ont pas inventé le lien dont ils tentent de tirer le bénéfice dans l'intérêt des salariés qu'ils représentent.

Premières décisions :

Les quelques premières décisions de juges des référés dont nous disposons permettent de se faire une première opinion sur le sort du moyen consistant à faire de la GPEC un préalable au plan de sauvegarde de l'emploi, étant précisé que la loi du 18 janvier 2005 est d'application d'immédiate et que le délai triennal accordé aux employeurs concernés pour engager les négociations n'expire qu'en janvier 2008.

Justement, **le fait que le délai en question ne soit pas encore expiré entraîne-t-il des conséquences sur les décisions des juges des référés ?**

Selon le TGI de Paris (27 juin 2006 - *Cetelem*) aussi longtemps que le délai n'est pas expiré, les entreprises ne sont nullement tenues à l'engagement de discussions. Le juge des référés du TGI de Brest statue dans le même sens (CE Jabil Circuit et CGT contre SAS Jabil Circuit 27/10/2006).

Toutefois, dans une affaire CGT contre EDF et autres, le juge des référés de Nanterre considère que « ce texte, (article L 320-2) dont la vocation est purement préventive puisque la négociation doit porter sur les effets prévisibles sur l'emploi et sur la gestion prévisionnelle des emplois, suppose qu'un employeur qui envisage, avant l'expiration du délai de trois ans, une modification de la stratégie de l'entreprise qui risque d'avoir des effets sur l'emploi

(18 bis) Sur l'art. L. 320-2, v. les contributions de M.-F. Bied-Charreton et T. Katz dans Dr. Ouv. juil.-août 2005.

(19) L'ensemble reproduit en annexe à M.-F. Bied-Charreton "Au nom de la liberté d'entreprendre (Les arrêts "Pages jaunes")", Dr. Ouv. 2006 p. 369.

pourrait se voir imposer d'engager la négociation sur la GPEC avant l'expiration dudit délai, sauf à voir priver de tout effet l'intention du législateur au regard de la prévention des licenciements, la négociation sur la GPEC n'ayant d'intérêt que si elle est faite en amont de toute prise de décision entraînant des licenciements économiques » (18 janvier 2006).

La seconde question posée est de savoir si l'absence ou la défaillance de la GPEC peut avoir un effet suspensif sur l'engagement d'une procédure d'information-consultation livre IV-livre III, ce que la décision susvisée du 18 janvier 2006 du juge des référés de Nanterre laisse entrevoir.

Il convient de distinguer entre l'absence d'accord de GPEC et la défaillance dans la mise en œuvre de l'accord.

En l'absence d'accord, le juge des référés de Paris, adoptant une position sensiblement différente de celle qu'il avait adoptée dans l'affaire *Cetelem*, décide, par une récente ordonnance, après avoir reproché à l'employeur de ne pas avoir engagé de négociation sur la GPEC et d'avoir manqué à son obligation de consultation du CCE sur la GPEC (article L 432-1-1) que « *le CCE ne peut continuer d'être consulté au titre des livres IV et du livre III tant que les négociations susvisées n'auront pas été entamées et tant que la procédure d'information-consultation du CCE sur la GPEC n'aura pas abouti* » (20).

Dans un autre cas d'absence d'accord sur la GPEC, le juge des référés de Nanterre rejette les demandes de suspension en faisant reproche aux organisations syndicales de ne pas avoir « *jugé utile de solliciter l'ouverture immédiate des négociations sur la GPEC alors qu'elles ne pouvaient ignorer, depuis la fin juin 2006, le projet de fermeture du site de Resson et les deux cents licenciements pour motif économique envisagés, puisque ce projet a été porté à la connaissance du secrétaire du CCE le 22 juin 2006* » (affaire Yoplait TGI Nanterre ord. (référé) 28/9/2006). La solution eut-elle été différente si les organisations syndicales avaient sollicité une telle négociation et s'étaient vues opposer un refus ?

En revanche, d'autres décisions rejettent le moyen en se fondant sur des approches diverses.

Ainsi le juge des référés du TGI de Meaux rejette l'action en référé suspension d'une fédération syndicale qui arguait de l'absence de négociation sur la GPEC en retenant, concernant ladite négociation « *qu'il s'agit d'un droit collectif particulier autonome* » et que « *l'obligation de son respect apparaît devoir être considérée de manière également distincte des autres procédures d'information et de consultation* » (TGI Meaux (référé) 31/10/2006, FO Communication contre UPC France).

Dans sa décision susvisée, le juge des référés du TGI de Brest retient un moyen qui même s'il conduit au rejet de la demande, n'en est pas moins illustrant en ce qu'il a le mérite de remettre les choses à leur place quant à ce que l'on peut attendre de la GPEC comme moyen de substitution au régime *Framatome et Majorette* :

« que même si la finalité de cette procédure de GPEC est celle de la prévention des licenciements, il n'existe aucune obligation de résultat en la matière par le recours obligatoire à cette procédure, puisque la nature même des dangers qui pèsent sur les emplois dans l'entreprise est diverse et ne se rattache pas systématiquement aux solutions qui peuvent être mises en œuvre dans le cadre de la procédure prévue à l'article L 320-2 précité ».

A l'autonomie des procédures retenues par le juge de Meaux s'ajoute celle des matières selon le juge de Brest dont la décision a le mérite de confirmer, s'il en était encore besoin, que la GPEC ne peut couvrir toutes les hypothèses de dangers menaçant l'emploi et que le retour à la procédure « classique » mais aujourd'hui allégée, de consultation livre IV-livre III, sera difficilement contournable. Où l'on s'écarte du prospectus publicitaire de départ...

La GPEC défaillante, c'est-à-dire l'accord non respecté, semble en revanche devoir être sanctionnée plus efficacement, notamment par la suspension de la procédure de licenciements.

Tel est en tout cas le sens de la décision très commentée *Capgemini* dans un cas où les partenaires sociaux avaient « *entendu soumettre la mise en œuvre des titres II et III de l'accord, correspondant aux livre IV et III du code du travail, à la défaillance constatée de la GPEC qui doit être un préalable* ». Le juge ordonne la mise en œuvre de la GPEC avant d'envisager la poursuite des procédures livre IV et III qui sont suspendues dans l'attente (21).

Tel est également le sens d'une ordonnance rendue très récemment par le juge des référés du TGI de Créteil dans une affaire d'autant plus intéressante que la société concernée n'atteignait pas le seuil d'effectif de trois cents mais où un relevé de conclusions faisait apparaître un engagement commun de la direction et des organisations syndicales de négocier les termes d'un accord d'entreprise relatif à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, négociations repoussées jusqu'au jour où l'employeur engage une procédure d'information-consultation livre IV-livre III sur la fermeture d'un site. Les syndicats réclament alors, en vain, l'ouverture de négociations sur la GPEC. Le juge des référés fera alors droit à leur demande de suspension de la procédure d'information-consultation, balayant du même coup l'argument du délai de trois ans non expiré et soulignant

(20) TGI Paris (référé) 5/10/2006 n° 06/57817, décision reproduite ci-après p. 183 n. T. Katz ; la Cour d'appel a confirmé cette décision par un arrêt du 7 mars 2007, *infra* p. 187.

(21) TGI Nanterre (référé) 5/9/2006, 06/01923, décision reproduite ci-après p. 182 n. T. Katz.

« que si le texte n'a pas imposé de date à partir de laquelle devait s'organiser cette négociation, la raison d'être de celle-ci montre assez clairement que les partenaires sociaux devaient l'organiser dès que possible s'ils entendaient être respectueux du texte et soucieux d'aboutir au résultat visé par celui-ci » (TGI Créteil (référé) 29/11/2006 CE Tenovis et CGT contre Tenovis).

Ces décisions sont d'autant plus intéressantes qu'elles permettent d'établir un lien entre l'article 1134 du Code civil, qui justifie l'action des partenaires à la négociation d'un accord non respecté, et les dispositions des livres IV et III du Code du travail.

Même si ces premières décisions laissent entrevoir des possibilités d'action pour les représentants du personnel décidés à prendre au mot les annonces gouvernementales, il n'en demeure pas moins que, très spontanément, ces représentants conçoivent la GPEC comme un moyen de défense, mais est-ce critiquable au regard de leur vocation ?

Quelques suggestions...

Sauf à obtenir du législateur un retour, non pas forcément à l'identique, mais en tout cas dans l'inspiration, à la législation antérieure aux lois *Fillon* et lois *Borloo*, dont il n'est pas démontré qu'elle aurait engendré une fuite des investisseurs, la négociation des accords prévus par les articles L 320-2 et L 320-3 nouveaux pourrait être l'occasion de tenter d'obtenir, par la voie conventionnelle, dont on a vu que le juge des référés n'hésitait pas à se faire le gardien vigilant, des garanties sur les points qui ont été évacués par le législateur concernant notamment

l'information du CE, les « petits » licenciements, le moment du recours à l'expert.

Cette question n'est évidemment pas sans lien avec celle, actuellement en débat, de la représentativité des syndicats puisque le critère de majorité a été abandonné s'agissant des accords de méthode.

De la même manière, une bataille jurisprudentielle ne pourrait-elle pas être envisagée, sur le terrain du respect des critères de l'ordre des licenciements, dans les entreprises couvertes par une convention collective déterminant lesdits critères et, plus généralement, en se fondant sur les critères définis par la loi (L 321-1-1 1^{er} et deuxième alinéa).

Un autre « front jurisprudentiel » pourrait également être ouvert en posant la question de savoir si l'accord de GPEC ne pourrait être considéré comme l'une des mesures alternatives au licenciement (article L 321-4-1) dont le défaut priverait le PSE de consistance, entraînant par là même la nullité des licenciements subséquents.

Dans le même esprit, prenant le législateur au mot, l'absence de consultation du comité sur la GPEC, serait de nature à entacher les licenciements intervenant postérieurement à la période au cours de laquelle cette consultation aurait dû être engagée et ne l'a pas été.

Enfin, la nouvelle législation rend d'autant plus nécessaire la communication des représentants du personnel en direction des salariés dans une entreprise en restructuration afin de tenter de combler le vide législatif sur l'information du comité sur le moment du franchissement du seuil de dix.

Hervé Tourniquet

DEVELOPPEMENTS RECENTS EN DROIT EUROPEEN DU TRAVAIL

Académie de Droit Européen

Trèves, 3-4 mai 2007

Ce séminaire a pour but principal de répondre aux attentes des juristes en droit social, qui doivent se tenir informés régulièrement de ses évolutions. Les principaux et nouveaux développements de la législation et de la politique communautaires en droit social seront présentés, notamment les projets de la Commission CE en matière de "flexicurité" ; les nouvelles formes d'organisation du travail et la conciliation entre vie privée et vie professionnelle ; l'application dans les Etats membres de la directive 2001/23/CE sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise et les derniers arrêts de la CJCE dans ce domaine ; la jurisprudence récente et les initiatives et projets de la Commission CE en matière d'égalité de traitement et de non discrimination ; les acquis et les avancées du dialogue social européen.

Cette année, le séminaire accordera une place importante à la jurisprudence communautaire la plus récente, notamment en matière d'égalité de traitement et de non-discrimination, de transferts d'entreprises, de temps de travail et de contrats atypiques de travail.

Pour plus d'informations : E-mail : ndessert.era.prog4@era.int Inscription en ligne : www.era.int