

# Les plans de départs volontaires (1)

par Michèle BONNECHERE, Professeur à l'Université d'Evry, Val d'Essonne

## PLAN

### I. Un plan de départ volontaire peut-il être un plan de gestion volontaire d'une réduction des effectifs ?

- A. L'obligation de respecter la procédure, règle substantielle
- B. Les risques du « volontariat contraint » (1) et de la discrimination dans la définition des bénéficiaires

### II. Un plan de départs volontaires peut-il réduire les obligations de l'entreprise en matière d'adaptation et de reclassement ?

- A. Les fraudes consécutives à la loi du 25 juin 2008
- B. Plans de départs volontaires et droits des salariés à la formation, à l'adaptation et au reclassement : ou comment s'articulent « PDV », « GPEC » et « PSE ».

**Il faut d'abord constater une extraordinaire équivoque. Une entreprise entend réduire une activité ou la supprimer, elle fait face à une situation économique dégradée (Renault, Peugeot), à une crise plus ou moins exceptionnelle (Air France, Altran technologie, Arcelor Mittal...) et elle juge nécessaire de réduire ses effectifs. A cette fin, elle « initie » (2) un « plan de départs volontaires », elle propose à son personnel de quitter « volontairement » l'entreprise et de lui verser une prime de départ. Pour le juriste du travail, un départ volontaire implique une volonté individuelle claire et non équivoque du salarié de mettre librement un terme au contrat de travail. Comment parler de volonté libre, de projet individuel à réaliser, alors que celui-ci devra être élaboré dans les délais fixés par ledit plan, que dans certains cas le montant de la prime sera d'autant plus élevé que la candidature sera vite présentée ? Sans parler des aspects psychologiques (la peur de l'avenir, le doute) : ce sont bien là des éléments de pression.**

**Les « PDV » ne sont pas un phénomène nouveau. La Chambre sociale de la Cour de cassation a précisé dès 1979 que ladite prime est une indemnité convenue forfaitairement pour compenser le préjudice résultant de la perte de l'emploi (3). Le « départ volontaire » est un accord amiable de rupture bien connu de la jurisprudence. Mais l'on aurait tort de ne voir là que pratique d'entreprise relevant d'une forme de plus d'autoréglementation patronale.**

**La loi et les juges, après avoir ramené vers le droit du licenciement le plus grand nombre de ruptures dont l'employeur est responsable (4) pourraient avoir inversé la tendance. Désormais, nouveauté introduite par la loi du 25 juin 2008, l'article L. 1231-1 du Code du travail vise la rupture du contrat de travail à durée indéterminée d'un commun accord, à côté de celle qui intervient à l'initiative de l'employeur ou du salarié (5). Changement de perspective ? Soyons prudents ; le fait que le législateur ait (finalement !) modifié l'article L. 1233-3 §2 (6) uniquement pour la nouvelle rupture conventionnelle renforce l'obligation de respecter le chapitre III sur la procédure de licenciement économique pour les autres ruptures d'un commun accord (qui seraient encore possibles), et empêche a priori d'écartier certaines règles, sauf justification incontestable.**

**Cela ne supprime pas la contradiction évoquée entre la nature volontaire supposée du départ du salarié et l'existence d'un plan de réduction d'effectifs. Là résident de nombreuses incertitudes. Cet exposé s'efforcera précisément d'explorer les bases juridiques des plans de départs**

(1) Version écrite de l'exposé présenté le 22 février 2010 lors d'une conférence organisée par la Commission de droit social (formation continue) du Barreau de Paris à l'auditorium du Harlay, d'où la forme.

(2) Selon l'expression du Tribunal de grande instance de Toulouse dans l'affaire Altran Technologies, jugement n° 09/02619 du 15 octobre 2009.

(3) Soc. 28 juin 1979, B. V n° 592.

(4) Ph. Waquet, « Les ruptures du contrat de travail et le droit du licenciement », RJS 10/04, p. 675

(5) G. Couturier, « Les ruptures d'un commun accord », Dr. soc. 2008 p. 923.

(6) L'on sait que l'article L. 321-1 §2 du Code du travail avait disparu dans l'ordonnance de recodification du 12 mars 2007, puis fut réintroduit dans la loi du 21 janvier 2008 (article 3, 17°) ratifiant l'ordonnance, d'où l'article L. 1233-3 §2 : « Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et s., résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa ».

**volontaires, dont il ressort qu'en matière de réduction d'effectifs la procédure garantit une fois de plus (7) les droits des salariés.**

**Ceci oblige aussi à rechercher comment s'articulent les « plans de départ volontaires » avec les accords de GPEC ou les plans de sauvegarde de l'emploi, leur rapport avec la rupture conventionnelle 2008. L'on n'oubliera pas ensuite le contenu de ces PDV et le contentieux qui leur est propre.**

## **I. Un plan de départ volontaire peut-il être un plan de gestion volontaire d'une réduction des effectifs ?**

Se posent les problèmes de la procédure d'une part, de la définition des bénéficiaires d'autre part. Si le Code du travail parle désormais de la rupture conventionnelle du CDI, il ignore toujours les plans de départ volontaires. Notons cependant qu'en excluant les nouvelles ruptures conventionnelles des accords de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) et de plans de sauvegarde de l'emploi (PSE), la loi du 25 juin 2008 (article 1237-16) est loin d'avoir clarifié le régime des départs volontaires. Bien que la question ait rarement été posée explicitement, il ressort de premières décisions des juges du fond qu'il y a place dans le cadre des accords de GPEC et des PSE pour des accords de rupture autres que la rupture conventionnelle (v. infra).

Le régime des plans de départs volontaires reste à trouver, mais des points de repère existent. Le premier est clair : les départs volontaires ne sauraient servir à contourner le droit du licenciement économique, comme l'ont dit en substance l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (8) et le ministère du Travail dans ses circulaires (9). Le second est certainement l'élément tant vanté et mis en valeur : le volontariat. Toutes les implications, les conditions doivent en être soulignées.

Dans les développements qui suivent, certaines solutions apparaîtront acquises, ce qui ne les rend pas incontestables ; l'on verra aussi que des problèmes, voire des contradictions juridiques, restent à résoudre.

### **A. L'obligation de respecter la procédure, règle substantielle**

La jurisprudence et l'article L. 1233-3 §2 CT ne laissent aucun doute : l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan

de départs volontaires relève des règles énoncées au chapitre III (« licenciement économique »), du titre III, livre II du Code du travail.

La proposition doctrinale (P. Morvan (10)) de s'en tenir au droit civil des obligations pour offrir aux travailleurs une « protection adaptée » à un mode de rupture consensuel se heurte, et c'est heureux, au maintien par les textes et la jurisprudence de l'obligation pour l'entreprise de consulter les représentants du personnel (et de leur soumettre un PSE). La Chambre sociale est claire depuis longtemps : « *l'employeur qui envisage de supprimer de nombreux emplois pour motif économique est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des articles L. 321-1 et suivants [L. 1233-3 s.] peu important que ces emplois ne soient supprimés que par la voie des départs volontaires dans le cadre d'un accord collectif d'entreprise* » énonçait l'arrêt IBM de 1995 (11). La décision rendue le 10 avril 1991 dans l'affaire CEPME (12) allait dans le même sens à propos d'un plan de suppression de 400 emplois d'abord par la voie du volontariat, puis par la voie du licenciement si cela était nécessaire pour atteindre l'objectif. « *La règle est maintenant des plus claires : dès qu'une initiative de l'employeur intervenant dans le domaine de la gestion des effectifs tend à la suppression d'emplois, le chef d'entreprise doit assurer une information complète et précise ainsi qu'une discussion avec les représentants du personnel sur l'origine et la justification de cette initiative* », soulignait un commentateur (13). La loi du 29 juillet 1992, désormais article L. 1233-3 §2 cité, avait consacré cette jurisprudence. Ceci s'ajoute à l'obligation d'informer et consulter le CE sur les mesures de nature à

(7) « *Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des catégories énoncées au premier alinéa, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants* » (vérifier)

(8) Selon l'article 12 de l'ANI du 11 janvier 2008, « *la rupture conventionnelle ne devait ni remettre en cause les modalités de rupture existantes du CDI, ni porter atteinte aux procédures de licenciements collectifs pour cause économique* ».

(9) Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, §1.4 : « *il convient d'être particulièrement vigilant sur les ruptures conventionnelles qui seraient conclues en vue de contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs* ».

(10) P. Morvan, « Libérer le départ volontaire pour motif économique », Dr. soc. 2005, 59 s. « *...les dispositions du livre II du Code du travail qui embrassent de façon globale le phénomène des licenciements économiques ne se soucient ni de la qualité du consentement qu'un salarié est conduit à donner sur la rupture amiable de son contrat de travail, ni de l'importance de la contrepartie fournie par l'employeur. Le droit civil, au contraire, y pourvoit.* » (p. 66, § 27).

(11) Soc. 22 février 1995, IBM, Bull. V n° 68 ; JCP G 1995. II. 22433, concl. Y. Chauvy.

(12) Soc. 12 avril 1991, CEPME, Dr. Ouv. 1991 p. 208.

(13) P. Moussy, note sous Soc. 12 avril 1991 précité, Dr. Ouv. 1991 p. 209.

affecter le volume ou la structure des effectifs énoncée par l'article L 2323-6 (ancien livre IV).

## 1° Une approche sélective ?

Où en sommes-nous actuellement ? A une interprétation un peu étonnante de l'article L 1233-3 §2, qui, selon une thèse répandue, en déclarant applicables quelque 91 articles du Code du travail à toute rupture du contrat de travail procédant d'un motif économique (sauf la nouvelle rupture conventionnelle) imposerait une identification sélective des dispositions devant concerner effectivement les départs négociés (14).

L'idée que, par nature, la rupture d'un commun accord ne peut relever de toutes les règles du licenciement économique est loin de s'imposer. Même l'exclusion de la notification du licenciement par lettre motivée (Soc. 2 décembre 2003) est peut-être à discuter (*v. infra*) après un arrêt rendu par la Chambre sociale le 28 mai 2009 (n° 08-43137). Si la Cour de cassation a inclus dans la sélection des règles applicables aux départs volontaires celle de la priorité de réembauchage (15), elle a écarté radicalement les dispositions relatives à l'ordre des licenciements.

Cette dernière option mérite un examen critique. La solution paraît certes bien définie : « les dispositions légales ou conventionnelles relatives à l'ordre des licenciements ne sont pas applicables aux candidats à un départ volontaire prévu par un plan social, sauf engagement de l'employeur de s'y soumettre » (Soc. 10 mai 2005 (16), après Soc. 12 juillet 2004) : « l'employeur qui n'envisage pas de prononcer de licenciements pour motif économique n'est pas tenu de consulter le CE sur des critères d'ordre des licenciements » (17).

Cette jurisprudence n'en est pas moins discutable. A l'appui de choix, il est soutenu que l'employeur n'a pas à choisir les salariés qui perdent leur emploi puisqu'il n'y a pas licenciement. Or cela est inexact. Il suffit, sans être spécialiste, de lire les prévisions d'un PDV pour voir apparaître des mots tels que « périmètre », « éligibilité », renvoyant à des conditions opposables aux « candidats ». En règle générale, d'autre part, l'employeur se réserve une faculté d'acceptation des candidatures, le cas échéant un droit « d'opposition » après l'examen par un « comité »

*ad hoc*. Si l'on s'accorde pour estimer que des critères objectifs d'éligibilité doivent être annoncés dans le plan, quel sens a le rejet des règles relatives aux critères d'ordre, *a fortiori* si un salarié s'en prévaut (18) ? Cette question semble d'ailleurs se poser, le cas échéant, dans un contexte où un plan de départs volontaires « remplace », parfois à la suite d'un conflit, un plan de licenciements.

## 2° Les départs volontaires peuvent-ils faire l'objet d'un accord collectif ?

On se rappelle la formule de l'arrêt *Crédit Lyonnais* du 2 décembre 2003 : « La rupture d'un contrat de travail pour motif économique peut résulter d'un départ volontaire dans le cadre d'un accord collectif mis en œuvre après consultation du comité d'entreprise » (18 bis). En fait consultation avant la signature, dès lors que l'on est dans le domaine de compétence du CE (19). Une jurisprudence assez ancienne porte sur des départs volontaires intervenant dans le cadre d'un accord collectif (20), mais sa portée doit être située par rapport aux réformes intervenues.

a) Il est possible de négocier des départs volontaires dans les accords de GPEC (à condition de les respecter ensuite), mais des conditions précises s'imposent.

L'originalité de l'obligation de négociation triennale introduite par la loi du 3 janvier 2005 (articles L. 2242-15 s.) était de porter sur des mesures d'anticipation, présentées comme indépendantes de toute perspective de licenciement économique. En affirmant que cette négociation n'est pas un préalable nécessaire à l'élaboration d'un PSE, la Chambre sociale paraît appuyer cette vision (21).

Vision idéale car la réalité est bien différente. La loi du 21 décembre 2006 a permis aux entreprises de négocier le départ de salariés alors qu'elles se trouvent dans une situation qui ne les autorise pas à mettre en œuvre des licenciements économiques, en bénéficiant d'exonérations fiscales et sociales. Pour cela plusieurs éléments sont à réunir. D'abord la conclusion d'un accord collectif de GPEC, qui doit porter sur la « qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques » (sous le contrôle du

(14) notamment P. Bailly, SSL du 3 février 2009, L'actualité jurisprudentielle des licenciements économiques.

(15) Soc. 13 septembre 2005, n° 04-40135, Bull. V n° 252, Dr. Ouv. 2006 p. 360.

(16) N° 02-45.237 ; auparavant Soc. 10 mai 1999, Bull. V n° 202.

(17) Soc. 12 juillet 2004, RJS 2004, n° 1014.

(18) C'était le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 20 mai 2005, concernant deux plans sociaux successifs prévoyant la possibilité de départs volontaires « sous condition d'acceptation des candidatures par l'employeur ». Une salariée (caissière principale de la banque employeur) figurait

parmi les salariés susceptibles d'être licenciés vit sa candidature au départ volontaire refusée.

(18 bis) Soc. 2 déc. 2003, Dr. Ouv. 2004 p. 237 n. F. Héas.

(19) Soc. 5 mai 1998, Dr. Ouv. 1998 p. 350 n. D. Boulmier, *Grands arrêts du droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd. Dalloz n° 159.

(20) V. not. Soc. 22 févr. 1995, *IBM France*, Bull. V n° 68 ; Soc. 7 déc. 2004, 02-44248 ; Soc. 23 févr. 2005, n° 02-47010.

(21) Soc. 30 septembre 2009, 07-20525, Dr. Ouv. 2010 p.147 n. T. Katz, obs. F.C. in SSL 1416 du 12 oct. 2009, p. 11.

Préfet, art. D. 2241-3 et 4). Ensuite le salarié doit, à la date de rupture, avoir retrouvé auprès d'un nouvel employeur un emploi (CDI ou contrat précaire de six mois) ou avoir créé ou repris une entreprise. Enfin un comité de suivi doit être mis en place, et il reconnaît notamment le caractère « stable » des emplois de reclassement (art. D 2241-6 CT).

La circulaire ministérielle du 7 mai 2007 s'est prononcée logiquement pour l'application de la procédure de licenciement. Cela implique l'élaboration d'un PSE et la doctrine a souligné qu'on sortait de l'objectif initial de la GPEC, et que le contenu respectif d'un accord GPEC et d'un PSE, dont la pertinence dépend des moyens disponibles, n'était pas évident (22).

b) *Des accords collectifs autres que les accords de GPEC peuvent-ils, après la loi du 25 juin 2008, mettre en place un plan de départs volontaires ?*

Compte tenu de la rédaction de l'article L. 1231-1 (renvoi au « dispositions du présent titre »), et de l'article L. 1237-16 (le régime de la rupture conventionnelle ne s'applique pas aux ruptures résultant : 1° des accords de GPEC, 2° des PSE), il peut être soutenu qu'un accord collectif autre que de GPEC ou relatif à un PSE ne saurait prévoir des résiliations amiables de contrats de travail en dehors de la nouvelle rupture conventionnelle. Ce qui limite alors le PDV à moins de dix « départs volontaires » (v. *infra* l'articulation avec le PSE).

A noter la prudence de la doctrine, qui s'interroge (23), rappelle le principe général du *mutuus dissensus* (24) mais souligne, comme Gérard Couturier, le caractère général du régime de la nouvelle rupture conventionnelle (25). Reste à vérifier bien sûr le caractère « volontaire » du départ.

## **B. Les risques du « volontariat contraint » (!) et de la discrimination dans la définition des bénéficiaires**

Le « volontariat » n'est-il pas dévoyé en autonomie de la volonté patronale, affranchie des critères d'ordre, avec ensuite la seule limite de l'abus dans le rejet d'un candidat ? Comment justifier, comme l'a fait la Chambre sociale dans l'espèce du 10 mai 2005 (*supra*) qu'une banque ayant engagé en 1993 et 1995 des procédures de licenciement collectif, avec des plans sociaux prévoyant la possibilité de départs volontaires puisse

refuser la candidature d'une employée qui figurait parmi les salariés susceptibles d'être licenciés par référence aux critères d'ordre des licenciements, cela sans doute parce qu'elle était la caissière principale (l'intéressée ayant finalement été mise à la retraite quelques années plus tard) ?

Dans la foulée, certains remettent en cause la notion de catégorie professionnelle. Celle-ci est définie par la Chambre sociale pour la mise en œuvre des critères d'ordre comme « l'ensemble des salariés qui exercent dans l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune » (26). Définition inapplicable aux départs volontaires est-il soutenu (27). Dans un PDV, la définition des salariés concernés (quel établissement (site), quel service, quelle catégorie, etc.) est indispensable, les « éligibles » devant être connus. Cette démarche relèverait d'une libre utilisation par l'employeur de ses « outils de gestion du personnel ». Une telle position contredit l'obligation qu'a l'employeur d'adresser aux représentants du personnel les « renseignements utiles » (article L. 1233-31) prévus en matière de licenciement économique (parmi lesquels les catégories professionnelles concernées). Il n'y a pas place pour deux interprétations d'un même texte. Et l'on sait que la référence à une même catégorie professionnelle tend à assurer un traitement égalitaire à tous les salariés de l'entreprise.

Dans l'affaire *PPG AC France* (ex-Sygmakalon) la Cour d'appel de Versailles, le 10 avril 2009, a jugé discriminatoire le plan de volontariat présenté comme un « volet » d'un PSE, qui réservait au seuls salariés d'un établissement les mesures d'accompagnement de départs volontaires. L'arrêt relève que les salariés rattachés à la production de cet établissement n'appartenaient pas à une catégorie professionnelle distincte de celles existant dans les autres sites : aucun élément objectif ne permettait une différence de traitement (28).

Un contexte différent a conduit le 16 janvier 2009 le TGI de Nanterre (29), en référé, à ordonner la suspension d'un plan de transformation d'activité d'un département de Capgemini outsourcing et d'interdire la mise en œuvre des mesures de volontariat qu'il contenait. L'ordonnance rejette notamment la prétention de la société de « tirer de son pouvoir d'organisation de l'entreprise le droit de définir le périmètre du plan de

(22) G. Couturier, « Le motif économique des départs volontaires », Dr. soc. 2007. 978 ; P. Lokiec, « Départs volontaires, GPEC et licenciement pour motif économique » Dr. soc. 2008, 1238.

(23) Débat entre J. Pélissier et G. Couturier, SSL n° 1407

(24) F. Gaudu, « Les ruptures d'un commun accord » Dr. Ouv. 2008 p. 594 s., spéc. p. 597

(25) G. Couturier, Dr. social 2008 précité 923 s.

(26) Soc. 13 févr. 1997, Bull. V n° 63.

(27) S. Niel, « Comment élaborer un plan de départs volontaires pour motif économique ? » Cahiers du DRH, n° 155 juin 2009 et 156 juill. 2009.

(28) CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch, *PPG AC France* (ex *Sygmakalon Euridep*), Dr. Ouv. 2009 p. 562, et la note P. Cao.

(29) TGI Nanterre, référé, 16 janvier 2009, *Capgemini outsourcing services*.

volontariat au seul bénéfice de salariés dont la présence n'est pas indispensable pour assurer la survie » du département concerné.

Il peut arriver qu'après un contentieux sur un PSE soit conclu un accord collectif relatif à des départs volontaires : l'on pense à l'affaire Teleperformance dans laquelle quatre syndicats sur six ont signé des accords « vidant » semble-t-il de départs contraints le PSE. Il serait intéressant d'analyser la définition des éligibles dans ces accords.

Mais attention, l'obligation de présenter au CE les critères d'ordre et de le consulter réapparaît si la direction de l'entreprise n'exclut pas des licenciements. Un arrêt du 13 janvier 2009 (30) concerne la notification d'un licenciement postérieure à l'adhésion volontaire à une convention de préretraite d'entreprise. Cela doit intervenir au tout début de la procédure, sans qu'il y ait lieu

d'attendre une prétendue date où sont décidés les licenciements (31). C'est l'employeur qui « envisage » de procéder à un licenciement collectif que visent les textes (article L. 1233-8 pour le petit licenciement, L. 1233-28 pour le grand licenciement) et la jurisprudence communautaire renforce cette règle (CJCE 10 septembre 2009) (32) : l'obligation d'information-consultation existe dès qu'une décision stratégique conduit l'employeur à envisager des licenciements.

Importance donc du respect de la procédure de licenciement économique pour l'élaboration et la mise en œuvre d'un plan de départs volontaires. Dès 1984 la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait retenu le délit d'entrave au comité d'entreprise pour sanctionner l'absence de consultation des représentants du personnel sur des départs négociés (33).

## II. Un plan de départs volontaires peut-il réduire les obligations de l'entreprise en matière d'adaptation et de reclassement ?

En prévoyant des résiliations amiables, l'entreprise recherche, dit-on, à « sécuriser » les ruptures, à éviter la violence des licenciements. Elle voudrait aussi, et peut-être surtout, éviter d'avoir à élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi et choisir les voies les plus souples. Des risques de fraude sont à souligner (A). L'articulation des PDV avec les PSE est à préciser (B) et surtout les liens entre départs volontaires et reclassements (C).

### A. Les fraudes consécutives à la loi du 25 juin 2008

Avec la loi du 25 juin 2008, une même entreprise peut mettre en œuvre, à côté des départs volontaires liés à un accord de GPEC, des ruptures conventionnelles nouvelle formule.

Le plus grand risque de fraude résulte de la tentation d'utiliser la rupture conventionnelle pour éviter l'élaboration d'un PSE. La loi exclut des PSE la rupture conventionnelle, mais cela ne signifie nullement que les ruptures conventionnelles excluent le PSE ! Dès lors qu'une réduction d'effectifs pour motif économique concerne au moins dix salariés sur une période de trente jours, le recours à la rupture conventionnelle est

impossible et un PSE s'impose si l'entreprise occupe cinquante salariés.

Un exemple nous est donné avec le problème posé par la pratique suivie chez IBM, et le refus par la DDTEFP des Hauts-de-Seine, en décembre 2009, d'homologuer une douzaine de ruptures conventionnelles, correspondant manifestement à des suppressions d'emplois (34). Ce type de tentative rappelle l'utilisation frauduleuse du licenciement pour motif personnel pour contourner la législation sur le PSE (35). On sait que l'accord national interprofessionnel de janvier 2008 avait expressément exclu cette utilisation de la rupture conventionnelle, et la position du ministère du Travail a été exprimée : « Il convient d'être particulièrement vigilant sur les ruptures conventionnelles qui seraient conclues en vue de contourner les garanties en matière de licenciements économiques et collectifs » (circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée).

On notera que les départs volontaires dans le cadre de l'accord GPEC contournent le « formalisme » protecteur prévu pour la rupture conventionnelle, sans que la fraude puisse directement être invoquée compte tenu de l'exclusion déclarée par la loi du 25 juin 2008, qui prive

(30) Soc. 13 janv. 2009, *Ericsson*, n° 07-44398, Bull. V n° 5. Une salariée avait adhéré volontairement à un dispositif de préretraite puis avait fait l'objet d'un licenciement économique ; elle put prévaloir avec succès du non-respect de l'ordre des licenciements.

(31) Pour la Cour de cassation « l'ordre des licenciements n'est dressé qu'au moment où les licenciements, qui sont seulement envisagés dans le plan social, sont décidés et mis en œuvre », Soc. 7 oct. 1998, Bull. V n° 404.

(32) CJCE 10 septembre 2009, aff. C44/08, *Akavan (AEK)*, Europe nov. 2009, n° 417, commentaire L. Driguez, Dr. Ouv. 2010, p. 159 obs. M. Bonnechère.

(33) V. par exemple Crim. 28 septembre 1993, n° 92-86615.

(34) Crim. 28 nov. 1984, Bull. V n° 375.

(35) Ceci a fait l'objet de brèves informations dans la presse.

(36) CA Versailles, 9 nov. 2004, *Alcatel Cable France*, Dr. Ouv. 2004 p. 497 et la chronique.

ainsi le salarié de certaines garanties, dont le délai de rétractation.

Il y a dans la loi même une contradiction (voulue ?). Finalement seuls les « petits » plans de départs volontaires, hors accords de GPEC et PSE, peuvent être construits sur la nouvelle rupture conventionnelle.

Dans les « grands » plans de départs volontaires, le formalisme et les garanties de celle-ci sont inapplicables. Cette situation ne pourrait être évitée qu'en excluant toute autre rupture d'un commun accord que la nouvelle rupture conventionnelle, ce que la loi elle-même empêche, à propos des accords de GPEC. Il faut donc examiner comment s'articulent les plans de départs volontaires avec ceux-ci et, dans le prolongement, avec les plans de sauvegarde de l'emploi.

## **B. Plans de départs volontaires et droits des salariés à la formation, à l'adaptation et au reclassement : ou comment s'articulent « PDV », « GPEC » et « PSE »**

Le « plan » de départs volontaires doit préciser l'importance de la réduction d'effectifs : c'est l'information obligatoire du comité d'entreprise sur le nombre d'emplois supprimés (art. L. 1233-31). Si le chiffre de dix ruptures est envisagé, l'employeur est donc tenu d'établir et présenter un plan de sauvegarde de l'emploi. Cette obligation est indépendante de la nature juridique de la rupture et, inversement, si plan de sauvegarde de l'emploi il y a, les salariés qui partent volontairement doivent en bénéficier (36).

Plusieurs questions surgissent à propos de l'articulation des départs volontaires et du plan de sauvegarde de l'emploi.

### **1° Les mesures d'incitation au départ ne suffisent pas**

Selon une très importante décision (37) l'incitation au départ volontaire n'est pas considérée comme une des « mesures propres à assurer le maintien de l'emploi et le reclassement des salariés » que doit contenir tout plan de sauvegarde de l'emploi à peine de nullité. Cela signifie que le plan présenté ne saurait se résumer à une série de mesures d'incitations au départ. Un auteur a parlé « d'impasse logique » et soutenu qu'il faudrait pour l'éviter limiter la consultation du CE au seul cadre de l'ex-livre IV (art L. 2323-6) (38). En réalité nous sommes renvoyés non à une impasse, mais à ce qui a représenté

une avancée majeure du droit du travail : l'obligation d'établir un plan de reclassement dès lors qu'existe un plan de réduction d'effectifs, quel que soit le mode de rupture utilisé. Il n'est pas question d'attendre de savoir si les départs volontaires sont en nombre insuffisants et si des licenciements doivent être projetés pour la mise en œuvre de cette obligation. L'article L. 1233-3 §2 et la jurisprudence sont clairs, on l'a vu. La conclusion est limpide : **pas de plan de départs volontaires sans plan de reclassement !**

On notera qu'un problème pratique peut se poser en cas de réponse massive aux propositions de départ volontaire, car le dépassement du PSE équivaut à une absence de plan, ce qui (jurisprudence *Dassault*, Soc. 2 mars 1999) rend la procédure nulle et de nul effet. Il faut donc que le comité d'entreprise soit saisi de cet éventuel dépassement (38 bis).

### **2° La deuxième grande question est évidemment celle des mesures de reclassement**

Les ruptures de contrat de travail prévues par un plan de départs volontaires impliquent la présentation aux représentants du personnel d'un plan de sauvegarde de l'emploi comportant des engagements précis (jurisprudence *Everite* (39)), et proportionnés aux moyens de l'entreprise de l'UES ou du groupe (article L. 1235-10). L'on pourrait dire que, depuis la fixation d'un contenu minimum du plan de sauvegarde de l'emploi par la loi du 27 janvier 1993, une idée s'est imposée : ce qui fait la validité du plan, ce sont les moyens concrets mis en œuvre. Les textes (article L. 1233-62) et la jurisprudence distinguent le reclassement interne, évitant le licenciement, et le reclassement externe, qui lui est consécutif tout en garantissant la sécurité de l'emploi.

La Cour d'appel de Versailles a contribué d'une manière importante et en partie très discutable à préciser le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi venant à l'appui d'un plan de départs volontaires.

D'abord à propos du groupe Sygmakalon (nouvellement dénommé PPG ACE) avec l'arrêt du 10 avril 2009 (40). Le plan de volontariat déjà évoqué a été jugé discriminatoire parce que réservé aux salariés d'un établissement, à l'exclusion des salariés de la même catégorie professionnelle dans l'entreprise (*supra*). Les juges ont considéré aussi que cette mesure restrictive injustifiée portait atteinte à l'efficacité des mesures de reclassement du plan, parce que cela faisait moins de postes « libérés » par d'éventuels départs volontaires utilisables pour le reclassement des licenciés. Et surtout

(36) Soc. 11 juin 2008, n° 07-40414, Dr. Ouv. 2008 p. 620 n. D. Joseph.

(37) Soc. 28 mars 2000, Bull. V n° 63.

(38) P. Morvan, « Libérer les départs volontaires » précité.

(38 bis) V. Crim. 28 nov. 1984 précité.

(39) Soc. 17 mai 1995, *CCE de la société Everite*, D. 1995 p. 436, Dr. Ouv. 1995 p. 286, concl. P. Lyon-Caen n. P. Rennes.

(40) CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch, 10 avril 2009, *PPG AC France (ex Sygmakalon Euridep)*, Dr. Ouv. 2009 p. 562.

ils ont censuré un mécanisme du plan de sauvegarde de l'emploi subordonnant la recherche d'un reclassement non seulement à un acte de candidature du salarié (!), mais à l'obtention par celui-ci d'un reclassement effectif : entretien d'embauche réussi, période d'essai concluante. Bref, ils ont rappelé que le reclassement est une obligation de l'employeur, pas une charge pesant sur le salarié. On voit le glissement : à côté des départs volontaires, il y aurait les reclassements volontaires des salariés licenciés (41).

Mais un autre arrêt rendu quelques jours avant par la Cour de Versailles a surtout retenu l'attention (42). L'espèce concernait le plan de départs volontaires élaboré par la société Renault recherchant, pour un motif économique, la suppression de plusieurs milliers d'emplois et visant au départ volontaire de trois mille salariés appartenant au « personnel de structure » dans l'ensemble de l'entreprise, et mille salariés de l'établissement de Sandouville, y compris ceux dans la production. Selon l'arrêt rendu le 1<sup>er</sup> avril 2009, un tel plan n'avait pas à comporter de mesures de reclassement interne, puisque tous les départs devaient être volontaires.

Citons le considérant clé à propos de l'objectif impérieux de maintien du salarié dans l'entreprise auquel répond l'obligation de reclassement : « *Il est nécessairement satisfait à cet impératif dès lors que le départ ne peut être imposé à un salarié et que son défaut de maintien dans l'entreprise résulte de sa volonté de mettre un terme à la relation de travail, volonté dont il ne peut être fait abstraction lorsqu'il n'existe, comme en l'espèce, aucun élément de nature à établir que des pressions sont exercées sur les salariés* ». Cette analyse n'est pas exacte. Dans le dossier Renault, la direction, par la voix de M. Sciberras, avait pourtant été claire : « *Nous considérons que les causes de la rupture relèvent de l'entreprise. C'est pourquoi nous appelons cela un licenciement économique ; le salarié, même s'il est volontaire, n'a aucune responsabilité dans la cause amont de la rupture de son contrat de travail ; sa décision à lui d'être volontaire et de trouver une solution est une solution aval* » (déclaration devant l'un des comités d'établissement, citée par la CGT et reprise dans l'arrêt).

La position adoptée par la Cour de Versailles n'est donc pas liée à la présentation qu'a faite l'employeur du plan, mais à une analyse contestable de ce qu'est le volontariat. Celui-ci, pour relever de règles distinctes du licenciement économique, devrait impliquer une volonté libre et non équivoque (l'on songe à la démission) de quitter l'entreprise. Or l'équivoque est inhérente aux plans de départs volontaires.

Une autre critique fondamentale peut être faite à cette jurisprudence (également celle du tribunal de Toulouse (43)) : elle ignore le lien inéluctable entre vacance d'un poste et offre de mobilité dans un véritable plan de départs « volontaires » (rester ou ne pas rester dans l'entreprise). Tout poste devenant vacant du fait de la « validation » d'un départ doit pouvoir être proposé pour une mobilité interne, ce qu'avait souligné un courrier de la DDTEFP des Hauts-de-Seine du 6 juillet 2009, cité par l'ordonnance de référé du 17 septembre 2009 dans l'affaire *Altran* (44) se référant à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de contenu du plan social (caractère précis et concret et individuel des offres de reclassement). L'on peut affirmer, à l'inverse de l'arrêt *Renault* de la Cour de Versailles, que le volontariat implique des offres de reclassement interne. Pour permettre une liberté réelle de choix du salarié, il doit avoir une connaissance précise et détaillée des possibilités de reclassement interne (45).

Là où il existe (46) (il n'y en a pas tellement) l'accord de GPEC est à cet égard d'une grande importance : les engagements pris en matière de formation, de mobilité interne, de bilan à présenter aux représentants du personnel doivent être respectés. L'ordonnance précitée concernant Capgemini est significative là aussi. Le juge a relevé une contradiction flagrante entre l'objectif d'adaptation permanente des compétences des salariés aux orientations stratégiques de l'entreprise, avec comme corollaire l'obligation pour celle-ci d'assurer formation et adaptation à l'emploi, inscrite dans l'accord, et l'utilisation, dans le « plan de transformation », de critères sélectifs ciblant les postes jugés à risque occupés par des salariés ne maîtrisant pas des technologies stratégiques, ceci permettant de définir le périmètre du pseudo-volontariat. Sur ces bases le juge de Nanterre ordonna la suspension du plan de transformation d'activité et interdit la mise en œuvre des mesures de volontariat (47).

(41) Se reporter au commentaire de Paul Cao, Dr. Ouv. 2009 précité, p. 566.

(42) CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch. 1<sup>er</sup> avril 2009, *Féd. CGT des trav. de la métallurgie et a. c. SAS Renault et a.*, Dr. Ouv. 2009.548, et le commentaire I. Meyrat, p. 543.

(43) TGI Toulouse, 1<sup>er</sup> ch. 15 octobre 2009, *CE Altran sud-ouest*, n° 09/2619.

(44) TGI Toulouse, référé, 17 septembre 2009, *SA Altran technologies*, n° 09/01381.

(45) Se reporter au débat entre M<sup>e</sup> Marie-Laure Dufresne-Castet et M<sup>e</sup> Yasmine Tarasewicz, Rev. Dr. Trav. 2009.280 s.

(46) Le Bilan 2008 de la négociation collective (doc. fr. 2009) recense quelque 680 textes négociés au niveau de l'entreprise en 2008, pour 550 en 2007, progression liée à l'obligation triennale de négocier instaurée par la loi du 18 janvier 2005, accords GPEC (bilan, p. 411).

(47) Il semble que cette procédure évoquée ait été suivie de la conclusion d'un nouvel accord de GPEC, sans inclusion de départs volontaires.

On peut affirmer que l'existence d'un accord de GPEC n'est pas compatible avec un plan de départs volontaires s'inscrivant dans un plan de sauvegarde de l'emploi sans offres de reclassement interne.

Quant aux mesures de reclassement externes telles que aides pour la formation, la création ou reprise d'activités, etc., qui doivent figurer dans le plan de sauvegarde de l'emploi, il est logique qu'elles concernent à la fois les salariés licenciés et ceux qui « optent pour un départ volontaire ». Rappelons que les mesures d'incitation au départ ne répondent pas aux exigences du droit positif quant au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (Soc. 28 mars 2000, cité *supra*).

Dans l'affaire *Altran*, le Tribunal de grande instance de Toulouse, après avoir estimé que le plan de départs volontaires n'avait pas à comporter de mesures de reclassement interne (*supra*), a par contre jugé très insuffisantes les mesures de reclassement externe. Les « offres valables d'emploi » en nombre insuffisant compte tenu des moyens de la société Altran, ne correspondaient d'ailleurs qu'à des offres d'entretien d'embauche. Le jugement mérite une citation : « *Un plan de départ volontaire digne de ce nom suppose une réelle chance de réemploi pour les salariés quittant l'entreprise, afin d'éviter qu'ils ne se retrouvent au bout du compte au chômage. Il faut que l'employeur explore des pistes de reclassement externe dans les entreprises travaillant dans le même secteur, que le sérieux des entretiens d'embauche puisse être vérifié, voire que l'on ne laisse partir les salariés que titulaires d'une offre d'emploi* » (48).

Mais il ne faut pas oublier la jurisprudence du 16 décembre 2008 (n° 07-15019) : l'employeur doit proposer aux partants volontaires ce qui remplace le dispositif dit « pré-PARE » : la convention de reclassement personnalisé (art. L. 1233-65 s.), comme l'a relevé le conseiller Bailly. L'originalité est qu'alors le contrat de

travail est réputé rompu d'un commun accord, mais avec possibilité pour le salarié de contester ultérieurement les formes et la cause de cette rupture (49).

Un arrêt du 27 mai 2009 (08-43137) a ajouté que l'appréciation du motif ne peut résulter que des motifs énoncés par l'employeur : obligation d'énoncer dans un document écrit le motif économique de la rupture, faute de quoi le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse ! La rupture d'un commun accord, réputée sans motivation nécessaire, retrouverait donc le motif économique réel et sérieux.

L'actualité est faite parfois de suspension, voire d'annulation, d'un plan de sauvegarde de l'emploi insuffisant, accompagnant un projet de licenciements collectifs remplacé parfois *in extremis* par un accord collectif sur des départs volontaires. Savoir ce qui est préférable sur le plan humain est une chose, d'ailleurs complexe, mais sur le plan de la technique juridique, seul le mode de la rupture du contrat de travail intervenant au bout du processus diffère de l'acte unilatéral de licenciement. Si l'on veut éviter véritablement que la multiplication des « PDV » ne conduise, malgré les affirmations de principe, à un contournement, un évitement, du droit du licenciement économique, des questions telles que l'abandon des critères d'ordre (remplacés par quel type de règle ?) (50), le contenu et la nature des mesures de reclassement (le volontariat n'existe pas si le reclassement interne est *a priori* exclu), voire celle de la motivation de la rupture (quelles seront les suites de l'arrêt précité du 28 mai 2009 ?) apparaissent comme des enjeux essentiels.

Le régime juridique des plans de départs volontaires reste à définir par la Cour de cassation : ce qui souligne la responsabilité des praticiens !

**Michèle Bonnechère**

(48) TGI Toulouse, 15 oct. 2009, précité note 43.

(49) Soc. 5 mars 2008, n° 07-41.964, Dr. Ouv. 2008 p. 305 n. A. Guyon.

(50) Il existe un contentieux des refus de candidatures. La jurisprudence se réfère à la théorie de l'abus de droit (Soc. 31 mai 2006, *BNP*) tout en faisant peser la charge de la preuve sur l'employeur (article L 1315 §2 du Code civil). Les motifs de refus doivent être prévus dans le plan (ce sont les fameuses conditions d'éligibilité sur des bases objectives (Soc. 11 oct. 2005, inédit, n° 03-44985). A noter que dans le cas où la

résiliation amiable est intervenue dans le plein respect d'un accord collectif, le salarié ne peut obtenir la requalification de la rupture en licenciement (Soc. 7 déc. 2004, n° 02 44 248). Mais ceci n'efface pas les conditions générales de validité de la convention de résiliation amiable (absence de tout litige entre les parties), existence d'un véritable accord (ce n'est pas le cas si la rupture est présentée comme inéluctable). L'action en nullité de la convention de rupture (pour vice du consentement) peut s'envisager (v. Soc. 23 févr. 2005, inédit, n° 02-47010).