

13 TROIS QUESTIONS/ RÉPONSES AUTOUR DES NOUVEAUX OUTILS D'ANTICIPATION POUR L'ENTREPRISE

1. L'accord de performance collective répond-il enfin quant à son contenu et à ses modalités de conclusion au besoin de souplesse revendiqué par les entreprises ? Répond-il aussi au besoin de sécurisation des relations professionnelles ?



Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

Au sein du chapitre relatif aux « rapports entre conventions et accords collectifs de travail », des dispositions régissent successivement les conventions et accords collectifs de travail (*C. trav.*, art. L. 2254-1) et les accords de performance collective (APC) (*C. trav.*, art. L. 2254-2). Tandis que les premiers peuvent porter sur l'ensemble des matières relevant du droit social (*C. trav.*, art. L. 2221-1), les seconds sont conclus pour une série de motifs que le Conseil constitutionnel tient pour « spécifiques » (1).

De fortes incertitudes persistent cependant quant aux causes de recours aux APC. Aux termes de l'article L. 2254-2, l'accord peut être conclu « afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi ». Si les deux derniers objectifs peuvent être identifiés sans difficulté majeure, celui tiré des « nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » nourrit en revanche la perplexité. Empruntée à l'article 4 de la Convention OIT n° 158 et à l'article 24 de la Charte sociale européenne, cette terminologie peut se comprendre de deux façons : soit qu'elle renvoie à l'exigence d'une contrainte objectivable ; soit qu'elle se réfère au contraire à la seule volonté des parties.

À ce sujet, le Conseil constitutionnel met en avant le pouvoir des partenaires sociaux « de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité » (2). Ces motifs paraissent en première analyse accréditer la thèse d'un contrôle judiciaire de faible intensité.

Mais en quoi le motif serait-il « spécifique » s'il suffisait aux négociateurs de le consigner comme tel dans l'acte ? L'enjeu de la discussion n'est pas seulement d'ordre terminologique : en plaçant l'article L. 2254-1 en tête des dispositions consacrées aux rapports entre conventions et accords collectifs et contrat de travail, le législateur assigne à l'article L. 2254-2 une place de second rang. Il en fait donc un *texte dérogatoire* qui ne saurait autoriser la modification des contrats individuels de travail que dans le champ qui lui est assigné.

Cette donnée de structure conduit à penser que le juge devrait à tout le moins s'assurer, d'une part, que l'accord est conclu en vue de la réalisation d'un objectif identifié et vérifiable (gagner des parts de marché, faire face à la concurrence, améliorer la productivité, etc.) et, d'autre part, que les mesures sont pertinentes, c'est-à-dire qu'elles sont *en rapport* avec l'objectif affiché. Au reste, si le Conseil met en avant la liberté des parties à l'accord, c'est pour réfuter le grief d'imprécision de la loi, non pour fermer tout contrôle judiciaire. On en veut d'ailleurs pour preuve qu'il autorise expressément un contrôle judiciaire de « pertinence des motifs ayant justifié l'accord » (3).

Le juge ne saurait pour autant contrôler ni la justification ni la proportionnalité même des mesures. Ce serait en effet manquer à la doctrine du fameux arrêt SAT qui proscrie toute appréciation judiciaire de l'opportunité même des mesures arrêtées (4).

Un autre foyer de contestation pourrait concerner la mise en œuvre des APC. Le législateur dit, à quelques lignes d'écart, que leurs stipulations « se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail » et que le salarié peut faire connaître « son refus par écrit » dans le mois suivant la date à laquelle il a été informé de l'existence du contenu de l'accord et de son « droit (...) d'accepter ou de refuser l'application à son contrat de travail de cet accord » - formule d'autant plus significative que la version du texte antérieure à la loi du 29 mars 2018 se bornait à prévoir que le salarié « peut refuser la modification » de son contrat.

Qu'est-ce donc qu'un effet de « *plein droit* » qui dépend de la décision du salarié d'accepter ou de refuser l'*application* de l'accord - et non pas seulement la modification du contrat ? Au-delà de sa dimension théorique, ce sont les incidences pratiques du problème qui doivent être mieux maîtrisées. Si c'est son consentement qui devait déclencher l'application de l'accord, le salarié devrait en toute rigueur pouvoir invoquer et démontrer l'existence d'un éventuel vice du consentement ; il pourrait aussi, par son refus, s'opposer à l'application de l'accord y compris pendant la période d'exécution du préavis consécutive à son éventuel licenciement. Mais peut-être les dispositions signifient-elles simplement que l'accord s'applique automatiquement *en principe* au terme du délai d'un mois sauf opposition expresse du salarié. Quoi qu'il en soit, on le vérifie en cette matière aussi : l'objectif de sécurisation poursuivi par le législateur est tributaire d'indispensables réglages jurisprudentiels.



Par Safia BENLAKHAL, Labor & Employment Counsel Manager France BENELUX Maurice chez Accenture

Il est difficile de donner une réponse tranchée d'autant que peu d'accords ont été conclus à ce jour et qu'il n'y a pas beaucoup de retours d'expériences sur la mise en œuvre des APC. Nous n'avons pas envisagé de mettre en œuvre ce type d'accord au sein de notre entreprise. À mon sens, l'intérêt de mettre en œuvre un APC dépend du contexte de l'entreprise et de la manière dont les négociations sont appréhendées par les partenaires sociaux.

Sur le papier, l'APC paraît un outil intéressant, en particulier pour des entreprises qui ont besoin de s'adapter rapidement et avec plus d'agilité à l'évolution de l'activité économique en dehors de tout contexte de difficultés économiques. Ceci est notamment vrai dans le secteur du numérique et du conseil dont les métiers évoluent très rapidement. L'APC pourrait s'inscrire dans (mais non remplacer) la mise en place d'une politique de gestion prévisionnelle des emplois et compétences afin d'anticiper l'évolution des métiers du numérique et assurer l'employabilité des salariés du secteur.

Je reste quand même assez réservée à ce stade sur la mise en œuvre de ce type d'accord. La principale difficulté de l'APC réside dans l'adhésion des organisations syndicales qui y verront certainement plus un outil visant à contourner les règles protectrices sur le licenciement pour motif économique et le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Il existe un risque de surenchères des syndicats qui n'hésiteront pas à demander des mesures d'accompagnement significatives pour encadrer les départs des salariés.

C'est aussi l'adhésion des salariés eux-mêmes qui peut constituer un frein à la mise en œuvre d'un APC. La mise en œuvre de changements importants (telles que des mesures d'aménagement du temps de travail) nécessite souvent pour les DRH de mettre en place une vraie politique de conduite du changement et de communication pour obtenir l'adhésion des salariés à tous les niveaux de l'entreprise, notamment au niveau de l'encadrement, et leur permettre de mieux vivre lesdits changements. L'APC ne semble pas être adapté dans ce cadre et pourrait avoir l'effet inverse de celui recherché. Les salariés de l'entreprise pourraient mal vivre la menace d'un « licenciement » et avoir le sentiment de ne pas avoir le choix.



Par Maxime AUNOS et Emilie DUTRAIN, avocats associés du cabinet Versant Avocats

L'APC répond à l'objectif d'unifier quatre dispositifs dont le succès avait été plus que relatif (accord de mobilité interne, accord de préservation et développement de l'emploi, accord d'aménagement du temps de travail et de maintien de l'emploi et accord de réduction du temps de travail). Comme certains auteurs ont pu le relever, c'est du « 4 en 1 » (5).

Sans doute ce nouveau dispositif poursuit-il également la volonté d'accorder plus de souplesse aux entreprises en leur offrant un outil de flexibilité interne leur permettant d'agir sur la masse salariale. Mais encore faut-il que les partenaires sociaux acceptent de conclure un accord qui pourrait avoir des répercussions très contraignantes pour les salariés comme par exemple une baisse de salaire puisque l'APC autorise le contournement du contrat de travail et de l'accord du salarié pour procéder à sa modification. Ces mesures contraignantes ne nous semblent pouvoir être acceptées que si elles sont comprises et si elles se justifient par des données économiques et financières fiables. On aurait d'ailleurs pu douter de la constitutionnalité d'un tel dispositif dont les conséquences semblent méconnaître la liberté contractuelle pour « répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise » : un motif dont le caractère imprécis pourrait laisser la possibilité d'avoir recours à l'APC dans des conditions qui ne le justifieraient pas. Le Conseil constitutionnel a toutefois considéré qu'il « appartient aux partenaires sociaux de déterminer, lors de la négociation de l'accord, les motifs liés au fonctionnement de l'entreprise justifiant d'y recourir et, à ce titre, de s'assurer de leur légitimité et de leur nécessité » (6).

Ainsi, les entreprises disposent-elles d'un véritable outil de flexibilité négocié leur permettant par exemple de mieux réagir sur un marché concurrentiel, d'harmoniser le statut collectif après avoir procédé à une ou plusieurs fusions ou encore de gérer les conséquences d'un déménagement ou d'un changement de siège social lorsque plusieurs salariés s'y opposent, sans nécessairement avoir recours à la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

On reste cependant plus réservé quant à la sécurisation des relations professionnelles que recherche le dispositif.

D'une part, l'APC pourra faire l'objet d'une contestation devant le tribunal de grande instance aux fins de démontrer qu'il ne répond pas aux conditions légales autorisant sa conclusion. Il reviendra ainsi au juge d'apprécier la pertinence des motifs invoqués à l'origine de la conclusion de l'accord et des objectifs qu'il poursuit ce qui pourrait le conduire à s'immiscer dans les choix et les décisions arbitrés par les partenaires sociaux.

Par ailleurs, en application de l'article L. 2262-14 du Code du travail, si l'on sait que les accords collectifs ne peuvent désormais faire l'objet d'une action en nullité que dans un délai de 2 mois à compter de leur notification ou de leur publication, il faut rappeler que les APC ne font pas l'objet d'une publication (C. trav., art. L. 2231-5-1). Le Conseil constitutionnel a, quant à lui, précisé que ce délai d'action ne saurait « courir à l'encontre des autres personnes qu'à compter du moment où elles en ont valablement eu connaissance » (7).

On comprend dès lors que le point de départ du délai de contestation de l'APC pourrait être décalé dans le temps pour tenir compte du moment où les salariés auront eu connaissance de l'accord. On ne peut par conséquent que suggérer aux entreprises de procéder systématiquement à la publication des APC sur la base de données nationale afin de limiter le risque de contentieux portant sur le point de départ du délai d'action en nullité.

L'APC pourrait également être indirectement contesté, par voie d'exception, à l'occasion de la saisine du conseil de prud'hommes par chaque salarié qui entendrait critiquer la modification de son contrat de travail ou la cause réelle et sérieuse de son licenciement. Le juge prud'homal pourrait ainsi devoir examiner de façon accessoire les conditions de recours et de conclusion de l'accord sans qu'il soit d'ailleurs certain qu'il adopte systématiquement le même raisonnement ou la même solution selon la juridiction ou la section du conseil de prud'hommes saisie.

(1) V. Cons. const., déc. 21 mars 2018, n° 2018-761 DC, consid. 25.

(2) V. Cons. const., déc. 21 mars 2018, préc.

(3) V. Cons. const., déc. 21 mars 2018, préc., consid. 27.

(4) V. Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219 : JurisData n° 2000-007299 ; Bull. ass. plén. 2000, n° 11.

(5) V. J.-E. Ray, *Droit du travail droit vivant 2019. La relation individuelle de travail* : Wolters Kluwer, coll. Broché, 27^e éd., n° 427.

(6) V. Cons. const., déc. 21 mars 2018, préc.

(7) V. Cons. const., déc. 21 mars 2018, préc.

2. La RCC peut-elle être perçue comme un nouveau moyen de procéder à un licenciement économique sans pour autant appliquer les règles du plan de sauvegarde de l'emploi ?



Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

Alors que la rupture conventionnelle collective (RCC) était censée remédier aux insuffisances du plan de départs volontaires sans licenciements contraints (le PDV « autonome »), l'administration soutient non sans paradoxe que le nouveau dispositif n'aurait pas vocation à absorber ces modes de rupture nés de la pratique (1). Trois arguments sont invoqués au soutien de cette analyse : la RCC doit être conclue par convention collective ; elle n'est pas conditionnée par l'existence d'un motif économique ; elle échappe à une logique de seuil d'effectif.

Les deux derniers arguments laissent entendre que la RCC ne recouperait pas le même champ d'application que le PDV autonome. Cette thèse appelle cependant quelques précisions. Sans doute la RCC est-elle conçue comme un outil de restructuration « à froid » ce qui l'autorise à prévoir des mesures détachées de toute difficulté économique avérée ou de menace sur la compétitivité de l'entreprise. Rien toutefois n'interdirait a priori de conclure un accord de RCC, dans un tel contexte économique, dès lors que l'employeur s'engagerait à maintenir les emplois pour exclure tout licenciement « contraint » (2). La RCC peut donc bien potentiellement recouper dans certains cas de figure le champ du PDV autonome. Quant aux seuils d'effectifs, ils sont effectivement sans application en matière de RCC. Mais c'est dire aussi que la RCC est d'application plus large que le PDV et qu'elle peut donc à nouveau se concevoir, ces seuils franchis, comme une alternative à ce dernier.

En bref, ce que l'employeur peut faire par PDV autonome, il pourrait le faire par RCC. Il se vérifie que les deux dispositifs ont bien vocation à se concurrencer au croisement de leurs zones communes d'application.

Faut-il alors maintenir - c'est le premier argument du ministère - la pratique des PDV allégés parce qu'ils peuvent être édictés sans négociation collective ? Le choix en faveur de la souplesse a sa part de légitimité (3) mais il ne saurait être entériné sans un examen préalable des garanties associées aux dispositifs concurrents.

Quant à son contenu, on peut dire que le PDV autonome, outre qu'il donne lieu à consultation du CSE (C. trav., art. L. 1233-3, dernier al.) - seulement informé en cas de RCC (4) -, s'avère au moins aussi protecteur que la RCC (5). Il est vrai toutefois, au stade du contrôle opéré par l'administration, que la substance de ces garanties est mieux assurée par la RCC que par un PDV résultant d'un accord collectif. L'administration « valide » le PSE négocié sans examen au fond des mesures de reclassement externe, lorsqu'elle s'assure au contraire du caractère précis et concret de telles mesures prévues par l'accord de RCC (C. trav., art. L. 1237-19-3). En revanche, lorsqu'il est adopté unilatéralement, le PDV est bien soumis à une procédure approfondie d'homologation qui vérifie le caractère suffisant des mesures mises en place.

Tout compte fait, l'accord de RCC ne se révèle à coup sûr plus protecteur qu'en tant qu'il fait l'objet d'une négociation (avantage sur le PDV unilatéral) et qu'il est soumis à un contrôle approfondi (avantage sur le PDV négocié). Ce n'est peut-être pas suffisant pour condamner le recours aux PDV autonome (6). Il convient en effet de tenir à l'esprit que lorsque le PDV s'avère moins protecteur, c'est précisément par application du régime du PSE commun aux grands projets de licenciements collectifs comme aux PDV autonomes ou mixtes. Il serait dans ces conditions paradoxal de condamner le recours au PDV autonome en raison de caractéristiques qui ne lui sont pas spécifiques : elles se retrouveront de toute façon au stade d'un éventuel plan prévoyant des licenciements contraints.



Par Safia BENLAKHAL, Labor & Employment Counsel Manager France BENELUX Maurice chez Accenture

Je ne pense pas que la RCC puisse vraiment être appréhendée comme un « outil d'évitement » du PSE. Il peut être en effet tentant pour une entreprise d'envisager la RCC comme une alternative à la mise en place d'un licenciement économique avec PSE mais cette stratégie demeure risquée compte tenu des incertitudes qui existent encore sur la RCC et la manière dont elle sera appréciée par les juges. Il est indéniable que la RCC peut apporter plus de simplicité en permettant de faire l'économie de la démonstration du motif économique du licenciement surtout dans un groupe dont la situation est globalement profitable. Dans ce cadre, elle peut permettre de gagner du temps lorsqu'il s'agit de faire face à une situation d'urgence.

Mais elle n'est pas pour autant exempte de difficultés. Basée sur le principe du volontariat, elle se heurte, d'une part, aux mêmes limites que nous pouvions rencontrer s'agissant du PDV et tout particulièrement le risque lié aux départs des « talents » que l'employeur ne souhaite pas voir partir. D'autre part, le recours à la RCC n'est pas forcément plus économe pour l'entreprise. Les syndicats auront en effet tendance à solliciter *a minima* les mesures sociales dont les salariés auraient bénéficié dans le cadre d'un PSE. De même, les Direcctes sont particulièrement attentives aux mesures sociales qui seront prévues dans la RCC (notamment la mise en œuvre du congé mobilité qui peut être assez coûteux).

Le recours à la RCC doit à mon sens être mûrement réfléchi et anticipé. La décision dépendra de nombreux facteurs propres à chaque entreprise : secteur d'activité, contexte économique, passif social et historique, relation avec les organisations syndicales, employabilité des salariés, ampleur des suppressions d'emploi et objectif poursuivi (gestion d'une situation ponctuelle ou de difficultés structurelles). Une entreprise ayant opté pour la mise en œuvre d'une RCC pourrait en effet se retrouver dans une posture délicate si l'objectif de suppression d'emplois n'est pas atteint par ce moyen ou si les suppressions d'emploi ne permettent pas d'endiguer des difficultés qui s'avèrent structurelles.



Par Maxime AUNOS et Emilie DUTRAIN, avocats associés du cabinet Versant Avocats

Le législateur a au contraire conçu le dispositif de RCC comme un outil de gestion prévisionnelle des emplois « à froid » reposant exclusivement sur le principe du volontariat et déconnecté du régime du licenciement pour motif économique.

Il ne fait pas de doute que le dispositif de RCC, en ce qu'il exclut tout licenciement pour atteindre les objectifs fixés en termes de suppressions d'emplois, n'est pas adapté à une situation nécessitant d'atteindre impérativement un certain nombre de suppressions d'emplois comme, par exemple, une fermeture de site. L'engagement de maintien de l'emploi est d'ailleurs au cœur de ce dispositif et doit expressément figurer dans l'accord. Il s'agit d'un point de vérification obligatoire auquel la Direccte est attentive lors de la demande de validation (*C. trav., art. L. 1237-19*).

D'ailleurs, le ministère ne manque pas de préciser qu'une entreprise, qui détournerait le dispositif de RCC de sa finalité afin de contourner l'obligation de mettre en place un PSE, s'exposerait à ce que les juges considèrent qu'il s'agit d'un licenciement économique déguisé et condamnent l'employeur à des sanctions civiles (nullité des licenciements) et pénales (amende de 3 750 euros prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par application de l'article L. 1238-4 du Code du travail) (7).

Il est toutefois possible de relativiser les risques de fraude qui auraient pour objet la réalisation d'économies en fonction du dispositif choisi. D'une part, il faut rappeler que la RCC se trouve au moins soumise à une procédure d'information du CSE et à la conclusion d'un accord collectif majoritaire qui donnera lieu à un contrôle de la Direccte. D'autre part, les mesures d'accompagnement contenues dans l'accord de RCC devront nécessairement apparaître suffisantes aux yeux des partenaires sociaux si l'entreprise espère obtenir leur adhésion.

La RCC, si elle se rapproche davantage des plans de départs volontaires autonomes, n'en reste pas moins différente dès lors que ceux-ci obéissent à une logique de seuil et s'inscrivent nécessairement dans une situation où il est indispensable de faire la démonstration de l'existence d'un motif économique à l'origine des ruptures de contrats.

En pratique, un an après l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (8) qui a créé le dispositif de RCC, 43 ruptures conventionnelles collectives ont été validées sur les 69 initiées sur la période du 1^{er} janvier 2018 à fin août 2018. En parallèle, sur le premier semestre 2018, il y a eu 236 PSE validés/homologués. Si ce nombre recule depuis début 2015, cette tendance à la baisse ne semble pas cependant s'être accélérée au 1^{er} semestre 2018 ce qui viendrait corroborer la position selon laquelle le dispositif ne serait pas appliqué en substitution d'un PSE (9).

Si la RCC est bien distincte du licenciement pour motif économique et ne saurait lui être substituée, il n'en reste pas moins qu'un accord de RCC peut être conclu lorsqu'il existe un motif économique de licenciement au sens de l'article L. 1233-3 du Code du travail (10). Le juge administratif, dans ce jugement du 16 octobre 2018, a considéré que le fait que des suppressions de postes envisagées par un accord reposent sur un motif économique n'est pas de nature à imposer la mise en œuvre d'un PSE dès lors que l'accord de RCC prévoit une clause selon laquelle l'employeur s'engage à ne pas procéder à des licenciements économiques pendant un délai de 12 mois suivant les premiers départs. Ce délai a été jugé raisonnable et de nature à établir l'absence de contournement des règles relatives au licenciement pour motif économique.

À l'heure où nous écrivons ces lignes, la cour administrative d'appel de Versailles vient de valider, dans un arrêt du 14 mars 2019 (11), l'approche du tribunal administratif de Cergy-Pontoise en précisant que l'existence de suppressions de postes envisagées reposant sur un motif économique ne fait pas obstacle à la mise en œuvre d'une RCC.

En revanche, si la cour administrative d'appel ne reprend pas à son compte la notion de « délai raisonnable » séparant la RCC d'éventuels licenciements pour apprécier un contournement des règles applicables au PSE, elle considère, à l'instar du premier juge, qu'un délai de 12 mois séparant d'éventuels licenciements de la mise en œuvre des premiers départs ne permet pas de caractériser une fraude au PSE, à plus forte raison lorsqu'elle relève que la société a reçu, avant le terme de l'accord, un nombre de demandes de départ volontaire supérieur à celui des postes ouverts à la suppression.

Ces décisions illustrent le contrôle attentif et étroit du juge sur l'éventuel détournement qui pourrait être fait de la RCC et la caractérisation d'une fraude éventuelle aux règles relatives au PSE.

L'arrêt rendu par la cour administrative d'appel doit être approuvé sur le fond, d'autant que nous nous interrogeons déjà à l'occasion du jugement rendu par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise sur la pertinence de la notion de « délai raisonnable » pendant laquelle aucun licenciement ne devait intervenir dès lors que celle-ci ne figurait pas dans les articles L. 1237-19 et suivants du Code du travail et aurait inévitablement été une source de contentieux et d'insécurité juridique. En tout état de cause, à suivre le raisonnement des juges du fond, la mise en œuvre d'un dispositif de RCC limiterait finalement considérablement, pour l'avenir, la liberté des entreprises de recourir à des licenciements économiques. Celles-ci pourraient ainsi être tentées d'y réfléchir à deux fois avant de se lancer dans une procédure de RCC qui, bien qu'attrayante de prime abord, limiterait leur marge de manœuvre future pour faire face à d'éventuelles fluctuations économiques.

(1) V. *Min. du Travail, Questions-réponses, 19 avr. 2018, Usage de la RCC, question 5, p. 3.* - V. égal., C. Chevrier, *La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois : Semaine sociale Lamy*, n° 1803, p. 23.

(2) En ce sens, V. *TA Cergy-Pontoise, 16 oct. 2018, n° 18-07099.*

(3) D'autant que le législateur n'a pas manifesté son souhait de supprimer les PDV autonomes.

(4) Selon les modalités prévues à l'accord conformément aux dispositions de l'article L. 1237-19-1, 1° du Code du travail, et sauf à réserver la consultation sur « les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs », conformément aux dispositions de l'article L. 2312-8, 1° du Code du travail.

(5) V. G. Loiseau, *Quelques observations sur les ruptures collectives d'un commun accord : Semaine sociale Lamy* n° 1788, p. 9.

(6) V. *contra*, A. Fabre, *Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : de faux jumeaux : Semaine sociale Lamy* n° 1800, p. 3 et s.

(7) V. *Min. du Travail, Questions-réponses, préc., question 3, p. 3.*

(8) *JO 23 sept. 2017, texte n° 33.*

(9) V. *Rapp. du comité d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017, 18 déc. 2018.*

(10) V. *TA Cergy-Pontoise, 16 oct. 2018, préc.*

(11) V. *CAA Versailles, 4^e ch., 14 mars 2019, n° 18VE04158*

3. Est-ce que la modification du périmètre d'appréciation du motif économique d'une part et de l'obligation de reclassement d'autre part a réellement modifié les pratiques et les obligations des employeurs ?



Par Fabrice ROSA, professeur à l'Université de Reims

Pour l'appréciation de la cause économique du licenciement, l'article L. 1233-3 du Code du travail se réfère désormais aux textes du Code de commerce qui définissent le groupe à partir de la notion de contrôle. Le groupe est caractérisé lorsqu'une entreprise détient plus de la moitié du capital social d'une autre (*C. com., art. L. 233-1*), ou bien lorsqu'elle détient une fraction du capital ou des droits de vote selon les modalités définies aux I et II de l'article L. 233-3 ou à l'article L. 233-16 du Code de commerce. La loi ne reprend plus en revanche la notion d'« influence dominante » qui était également employée par la jurisprudence antérieure (1).

L'article L. 1233-3 précise en outre que l'existence de la cause économique s'apprécie au niveau du secteur d'activité commun à l'entreprise et aux entreprises du groupe « établies sur le territoire national » auquel elle appartient et ceci, précise le texte, « sauf fraude ». Enfin, l'avant-dernier alinéa liste les éléments caractéristiques du secteur d'activité.

Le groupe et le secteur d'activité recevant ainsi une définition précise, les difficultés devraient se concentrer sur l'identification d'une éventuelle situation de fraude. La plasticité que lui donne la théorie générale du droit privé ouvre à la notion de fraude une certaine fortune contentieuse. De fait, le Conseil constitutionnel a précisé « qu'il résulte des termes mêmes de la loi que l'appréciation cantonnée au territoire national ne s'applique pas en cause de fraude, **quelle que s'en soit la forme**, notamment l'organisation artificielle de difficultés économiques au sein d'une filiale » (2). Il reste cependant à identifier l'élément matériel et l'élément intentionnel de la fraude.

L'élément matériel pourrait, tout d'abord, tenir à la constitution de la cause économique, comme par exemple en cas de création artificielle de difficultés économiques au sein d'une filiale française. Il pourrait aussi se loger, comme cela a été suggéré, dans la structuration et/ou le fonctionnement du groupe (3).

Quant à l'élément intentionnel, il faudrait selon toute logique le définir au regard de l'effet juridique que la loi se propose de neutraliser. Comme le souligne le juge constitutionnel, c'est la règle de « cantonnement » de l'appréciation sur le territoire national qui peut être évincée. D'où il s'infère que l'élément intentionnel ne s'entend pas ici de la volonté de constituer artificiellement une cause économique (4) (sans quoi le licenciement aurait été réputé injustifié) mais de caractériser « artificiellement au niveau national » une cause économique qui ne l'aurait pas nécessairement été au regard « de l'ensemble du groupe ».

Parallèlement, la loi restreint le « groupe de reclassement » aux emplois disponibles, sur le seul territoire national, au sein de l'espace de permutableté du personnel (*C. trav., art. L. 1233-4*). Mais elle situe cet espace parmi les entreprises composant un groupe au sens que lui donne le droit commercial puisqu'elle renvoie à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce. Il ne sera donc plus possible d'identifier un éventuel espace de permutableté au sein d'un réseau de contrats.

On relèvera enfin que cette localisation nationale du groupe de reclassement devrait rester sans incidence sur le groupe de « moyens » au regard duquel est apprécié le caractère suffisant des mesures du PSE établi par document unilatéral (*C. trav., art. L. 1233-57-3*). Le Conseil d'État a précisé « que les moyens du groupe s'entendent des moyens, notamment financiers, dont disposent l'ensemble des entreprises placées, ainsi qu'il est dit au I de l'article L. 2331-1 du code du travail, sous le contrôle d'une même entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce, ainsi que de ceux dont dispose cette entreprise dominante, *quel que soit le lieu d'implantation du siège de ces entreprises* ». Bien que rendue sous l'empire des dispositions antérieures, cette solution est appelée à perdurer dans la mesure où les ordonnances de 2017 ne régissent pas la notion de groupe de moyens (5).



Par Safia BENLAKHAL, Labor & Employment Counsel Manager France BENELUX Maurice chez Accenture

Fort heureusement, nous n'avons pas vraiment été impactés par ce volet des ordonnances *Macron*. Si je devais néanmoins faire un commentaire sur cette partie de la réforme, je dirais que c'est un très bon début sans être une vraie révolution. Il n'est pas évident que cela ait modifié en profondeur les pratiques et obligations des entreprises en la matière.

Le fait de recentrer le périmètre de l'obligation de reclassement et de l'appréciation du motif économique sur le territoire français a certainement permis de simplifier en pratique le travail des DRH appartenant à un groupe de dimension internationale lorsque la ou les filiales françaises du groupe font face à de réelles difficultés économiques ou une réelle baisse d'activité par rapport au reste du groupe.

Dans le cas inverse, c'est-à-dire si la situation économique du groupe sur le territoire français est positive, les DRH, qui se verraient contraints de mettre en œuvre un projet de réorganisation dicté par le groupe au niveau international, se retrouveront limités par la définition du motif économique comme c'était le cas auparavant. Dans ces situations, il pourrait rester pertinent de quand même prendre en compte le périmètre de consolidation du groupe (incluant les filiales étrangères) pour appuyer le motif économique de licenciement. Par ailleurs, en pratique, dans un groupe consolidé, il peut être plus difficile d'obtenir des éléments financiers tangibles au niveau local de nature à appuyer la justification économique du licenciement en dehors des éléments de comptes consolidés.

S'agissant du reclassement, dans le cadre des « grands licenciements » avec mise en place d'un PSE, les entreprises disposant d'une vraie politique de mobilité internationale pourraient avoir tout intérêt à quand même proposer des offres de reclassement à l'étranger dans le cadre du plan de reclassement interne afin de renforcer les mesures d'accompagnement contenues dans le PSE et limiter le nombre de licenciements.



Par Maxime AUNOS et Emilie DUTRAIN, avocats associés du cabinet Versant Avocats

On serait naturellement tenté de répondre, de prime abord, que les nouveautés introduites par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 modifient sensiblement, en les allégeant, les obligations de l'employeur en matière de licenciement pour motif économique.

Pourtant, à ce stade, selon le comité d'évaluation des ordonnances, 64 % des dirigeants d'entreprises de 11 à 300 salariés n'imaginent pas un changement de leurs pratiques à la suite de l'entrée en vigueur des ordonnances, surtout dans les plus petites entreprises (6).

L'intention du législateur est sans doute louable et les évolutions conduites à l'égard du périmètre d'appréciation du motif économique du licenciement répondaient à une préoccupation croissante des entreprises et de leurs conseils.

Il n'était pas rare qu'une entreprise française, bien qu'impactée par de réelles difficultés économiques, se retrouve contrainte ou limitée dans la possibilité de mettre en place des licenciements pour motif économique puisque dans le même temps les sociétés étrangères évoluant sur le même secteur d'activité et appartenant au même groupe justifiaient d'une bonne santé financière.

Restait alors possible, dans cette hypothèse, d'invoquer un motif économique tiré de la nécessité d'avoir recours à une réorganisation pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, en soulignant l'impact que pouvaient représenter, à l'échelle du groupe, les pertes enregistrées par les entités françaises.

Le législateur offre désormais la possibilité aux entreprises de procéder à un licenciement indépendamment de la situation économique des sociétés du groupe implantées à l'étranger appartenant au même secteur d'activité. De ce fait, dans certains cas, les sociétés françaises délaissées peuvent être le motif tiré de la sauvegarde de la compétitivité au profit d'un motif essentiellement assis sur la réalité des difficultés économiques rencontrées. Cette évolution nous semblerait d'ailleurs en adéquation avec la modification de la lettre de l'article L. 1233-3 du Code du travail qui, depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, intègre de façon didactique une illustration de ce qui peut caractériser des difficultés économiques.

Peut-on pour autant considérer, sans risquer de raisonner un peu naïvement, que ce nouveau dispositif facilite nécessairement la démonstration de la réalité et du sérieux du motif économique ?

Certes, il faut probablement convenir, qu'hier comme aujourd'hui, justifier de la réalité du motif économique au niveau d'un groupe de dimension internationale peut confiner à l'aporie lorsque l'on sait les difficultés qui accompagnent parfois la collecte des informations économiques et des données financières relatives aux sociétés étrangères.

Mais le problème ne demeure-t-il pas similaire à l'égard d'un groupe très consolidé au sein duquel il serait par hypothèse extrêmement compliqué de tenter d'isoler des données financières concernant l'activité française et de les rendre intelligibles ?

Du reste, la réduction du périmètre d'appréciation du motif économique pourrait contrevenir aux velléités de restructuration, dans plusieurs pays, exprimées par un groupe qui connaîtrait un motif économique au niveau global sans pour autant pouvoir en justifier à l'égard de ses entités françaises. Dans une telle hypothèse, le recours au mécanisme de la RCC ou à un APC pourrait être envisagé, pour autant que les conditions afférentes à chacun de ces deux dispositifs soient réunies.

Par ailleurs, cette redéfinition du périmètre d'appréciation du motif économique n'empêcherait pas pour autant le juge de faire acte de résistance ou, à tout le moins, de tenter de se libérer d'une approche exclusivement nationale du périmètre d'appréciation de la cause économique, en ayant recours à des mécanismes tirés de la fraude.

Ainsi, l'augmentation des contentieux initiés par des salariés qui entendraient faire la démonstration de difficultés économiques artificiellement construites et organisées ne devrait pas nous surprendre.

Il ne faudrait pas non plus s'étonner que la Haute juridiction fasse de plus en plus souvent appel au mécanisme de la responsabilité civile pour juger que le licenciement pour motif économique est sans cause réelle et sérieuse en raison des agissements fautifs de l'employeur (7). En ce qui concerne l'obligation de reclassement interne, la réponse pourrait être plus évidente. Sans nul doute la nouvelle rédaction de l'article L. 1233-4 et l'abrogation de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail ont-elles pour effet de simplifier les obligations de l'employeur en matière de reclassement mais aussi de renforcer la portée des propositions soumises au salarié en les rendant plus concrètes et efficaces. Le propos mérite peut-être d'être nuancé s'agissant des grands groupes ayant de multiples établissements et implantations sur le territoire national pour lesquels le respect de l'obligation de reclassement demeure particulièrement contraignant, à plus forte raison lorsqu'ils doivent observer un gel des embauches et actualiser régulièrement les offres d'emploi disponibles.

Bien que plus simplifiée, l'obligation de reclassement n'a pas pour autant été vidée de son sens et il ne saurait être considéré qu'elle se réduise à peau de chagrin.

Du reste, ce nouveau dispositif ne fait pas obstacle à ce que l'employeur s'engage, excédant ainsi ses obligations légales, à proposer aux salariés concernés par un éventuel licenciement pour motif économique des offres de reclassement dans les sociétés du groupe implantées à l'étranger. Il n'interdit pas non plus au contrat de travail ou à un accord collectif de comporter des dispositions plus favorables.

À l'instar de ce que nous exprimions s'agissant du motif économique, il ne faudrait pas davantage ici s'émouvoir de voir se multiplier les arguments tirés de l'existence d'une fraude.

On pourrait y voir un moyen de combattre la tentation des employeurs qui imagineraient pouvoir supprimer des postes en France, les délocaliser à l'étranger et se réfugier derrière l'abrogation de l'article L. 1233-4-1 du Code du travail pour se dispenser de les proposer aux salariés visés par un licenciement économique.

(1) Hors le cas où cette influence résulte d'un contrat ou de clauses statutaires conformément aux dispositions de l'article L. 233-16, II, 3° du Code de commerce.

(2) V. *Cons. const.*, 21 mars 2018, *préc.*

(3) En ce sens, V. G. Auzero, D. Baugard, E. Dockes, *Droit du travail : Précis Dalloz*, 32^e éd., 2019, p. 728.

(4) Ce que précise à juste titre S. Tournaux in *Droit du licenciement : les derniers ajustements issus de la loi du 29 mars 2018* : *Dr. soc.* 2018, p. 520.

(5) V. D. Piveteau, *Des frontières encore à préciser pour le juge du PSE* : *Semaine sociale Lamy* n° 1846, p. 7.

(6) V. *Rapp. du comité d'évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017*, *préc.*

(7) V. not. *Cass. soc.*, 24 mai 2018, n° 17-12.560 : *JurisData* n° 2018-008648.