HAL
open science

Le licenciement économique “ bien fondé ” après la loi de modernisation sociale de janvier 2002

Serge Farnocchia

▶ To cite this version:

Serge Farnocchia. Le licenciement économique “ bien fondé ” après la loi de modernisation sociale de janvier 2002. Revue juridique de l'Océan Indien, 2002, 02, pp.269-300. hal-02541595

HAL Id: hal-02541595
https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541595v1

Submitted on 14 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE LICENCIEMENT ECONOMIQUE « *BIEN FONDE* » APRES LA LOI DE MODERNISATION SOCIALE DE JANVIER 2002

Par Serge FARNOCCHIA
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

INTRODUCTION

Le Droit du licenciement économique après la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, c'est un sujet qui doit faire l'objet d'un double bref historique : sur la loi de modernisation sociale (B) et sur le licenciement pour motif économique (A).

A/ L'histoire du licenciement économique

La notion est réellement apparue à la fin des « *30 glorieuses* »[1], lors du choc pétrolier de 1973, époque où les employeurs ont commencé à procéder à des licenciements massifs. Un avenant à l'accord national interprofessionnel sur la sécurité de l'emploi de 1969 fut conclu en novembre 1974, instituant l'ASA[2] et créant le plan social. La loi du 3 janvier 1975 mettant en oeuvre l'autorisation administrative préalable à tout licenciement pour motif économique, n'a pas repris la dénomination de plan social, tout en reprenant la règle de l'avenant de 1974.

Au cours de ces quinze dernières années, le droit du licenciement économique a été profondément remanié par le législateur. Voici quelques points de repère.

- La loi du 3 juillet 1986 a supprimé l'autorisation administrative de licenciement.

- La loi du 30 décembre 1986 a entériné un ANI du 20 octobre 1986 renforçant la consultation du comité d'entreprise, créant un dispositif de convention de conversion et prévoyant, sous certaines conditions, l'obligation de présenter un plan social.

- La loi du 2 août 1989 a donné pour la première fois une définition du licenciement pour motif économique et a généralisé le droit à la conversion de tout salarié menacé par un licenciement économique.

- La loi du 29 juillet 1992 a élargi le champ d'application de la procédure de licenciement pour motif économique à toute rupture du contrat de travail reposant

[1] C'est le nom donné par Jean Fourastier aux 30 années de croissance économique en France, à partir de la fin de la 2nde guerre mondiale (*Les 30 Glorieuses ou la révolution invisible*).

[2] L'allocation supplémentaire d'attente, assurant à un salarié licencié pour motif économique un régime d'indemnisation du chômage beaucoup plus favorable que celui applicable, à l'époque, à un salarié licencié pour motif personnel.

sur un motif économique[1] (actuel art. L 321-1 alinéa 2 du Code du travail) et a affirmé le caractère collectif des licenciements effectués suite à un refus de la part des salariés d'une proposition de modification « substantielle » de leurs conditions de travail[2] (actuel art. L 321-1-3 du code du travail).

- La loi du 27 janvier 1993 a provoqué les changements les plus marquants : c'est l'apparition d'un contrôle judiciaire sur la « validité » du plan social et donc d'un nouveau contentieux : celui de la nullité du plan social et des licenciements qu'il contient.

De nombreux arrêts rendus depuis 1995, par la chambre sociale de la Cour de cassation ont contribué à forger le droit du licenciement économique. La loi de modernisation sociale de janvier 2002 suscite une interrogation chez tous les auteurs : quelles positions prétoriennes sont remises en cause par la loi nouvelle ?

B/ L'histoire de la loi de modernisation sociale

C'est le fruit d'un projet de loi enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale en mai 2000 et qui avait pour ambition d'apporter « une nouvelle donne sociale » (avec les 35 heures et la CMU).

C'est un texte législatif qui fut discuté pendant vingt mois de débats acharnés, débats alimentés par les plans sociaux chez Michelin[3], Danone[4], et Mark et Spencer[5], à une époque où la notion de licenciement boursier émergea dans les mass médias ; notion dont le corollaire est sans doute le principe de bonne gouvernance d'entreprise, qui exige du dirigeant qu'il crée de la valeur et offre aux actionnaires un retour sur investissement[6] ; notion que le parti communiste avait décidé de combattre en proposant de nombreux amendements au projet de loi de modernisation sociale tendant à « durcir » le droit du licenciement pour motif économique.

Le Premier ministre ayant largement cédé à ses partenaires de la « Gauche plurielle », la version définitive du texte suscita une très vive opposition de la part du patronat ; cette opposition fut relayée par la droite parlementaire[7] qui saisit le Conseil constitutionnel.

Les magistrats de la rue de Montpensier ont partiellement invalidé cette loi[8]. Mais la plupart des dispositions de la loi de modernisation sociale ont survécu. Elles

---

[1] Confirmant une jurisprudence du 10 avril 1991, n° 89-18.485.

[2] Infirmant une jurisprudence du 9 octobre 1991, n° 89-45.295.

[3] L'entreprise annonce quasi simultanément 5 milliards de francs de bénéfices et un plan social concernant 5000 salariés !

[4] Un plan social touchant l'entreprise la plus paternaliste de France !

[5] Une « charrette » préparée de longue date et annoncée au dernier moment aux représentants du personnel… par la presse !

[6] Le chiffre magique de 15% a disparu depuis les événements du 11 septembre.

[7] *Cf. Les Echos* du 24 octobre 2001 et *Le Monde* du 13 janvier 2002.

[8] Décision du 12 janvier 2002, *J.O.R.F.* du 18 janvier 2002, p. 1053.

remanient largement le droit du licenciement pour motif économique : les procédures sont allongées, le comité d'entreprise est doté de nouvelles prérogatives, en particulier celle de faire nommer un médiateur ; l'administration du travail va exercer un contrôle encore plus attentif sur le désormais nommé « plan de sauvegarde de l'emploi »…

Nous n'entrerons pas dans le détail des 31 articles[1] de la loi de modernisation sociale qui traitent du licenciement pour motif économique. Nous n'aborderons ici que la notion de licenciement économique bien fondé.

Pour cela, il faut revenir sur les enjeux de la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002 (1ère partie) ; puis, analyser au plus près les obligations patronales d'adaptation et de reclassement dont l'inexécution est de nature à rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse (2nde partie).

1ERE PARTIE : LES ENJEUX DE LA DECISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU 12 JANVIER 2002

Si la définition du licenciement économique, issue d'une loi du 2 août 1989, n'a pas changé, c'est grâce à (ou à cause de ! Le lecteur choisira…) l'intervention du Conseil constitutionnel (décision du 12 janvier 2002) qui a invalidé l'article 107 de la loi de modernisation sociale, lequel article modifiait profondément les données du problème.

Le premier alinéa de l'article L 321-1 du Code du travail[2] donne du licenciement pour motif économique la définition suivante :

« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». Ce texte est toujours en vigueur.

La loi de modernisation sociale (dans son article 107) entendait donner la définition suivante : *« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail, consécutives soit à des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, soit à des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise ».* Ce texte a été annulé par le Conseil constitutionnel.

---

[1] Art. 93 à 123.

[2] Texte issu d'une loi du 2 août 1989 qui a donné pour la première fois une définition du licenciement pour motif économique

Si on se livre à la comparaison entre « l'actuelle » et « l'ex - nouvelle » définition du licenciement pour motif économique, on peut remarquer deux choses. D'abord, l'article 107 de la loi de modernisation sociale se livrait à un toilettage opportun (I). Ensuite, il enfermait l'exigence de cause réelle et sérieuse de licenciement dans des frontières très (trop) strictes (II).

I/ 1ère remarque : un toilettage opportun effectué par la loi de modernisation sociale

Le texte nouveau procédait à un heureux toilettage en supprimant la notion de modification « substantielle », se contentant de faire référence à la modification. Ce débat relève d'une vaste question, relative au contentieux de la modification du contrat de travail. En effet, on sait que la distinction entre modification substantielle (que le salarié a le droit de refuser sans se mettre à la faute) et la modification non substantielle (dont le refus salarial constitue une faute susceptible de justifier le licenciement, voire une faute grave), introduite par l'arrêt Raquin de 1987[1] a été abandonnée en 1992[2] au profit de la distinction entre modification (ex modification substantielle) et simple changement des conditions de travail (ex modification non substantielle).

Cette nouvelle terminologie a-t-elle entraîné des différences fondamentales entre les questions qui se posaient sous l'empire de la « jurisprudence Raquin » et celles qui se posent aujourd'hui ?

D'aucuns l'ont cru un moment, parlant du renouveau du contrat de travail et voulant consacrer en ce domaine une nouvelle *summa divisio*, entre élément contractualisé (dont le changement serait une modification qui serait nécessairement essentielle) et élément non contractualisé, relevant du pouvoir unilatéral de gestion de l'employeur. L'examen de la jurisprudence de la Chambre sociale de ces 5 dernières années prouve que ceux qui croyaient cela n'avaient pas raison : d'abord, parce que des éléments du contrat de travail qui n'avaient pas été expressément prévus lors de la conclusion du contrat ont pu être analysés comme « essentiels » (refus = exercice d'un droit) ; ensuite, parce que d'autres éléments du contrat de travail, bien qu'expressément prévus dans le contrat peuvent s'avérer accessoires et faire l'objet d'un changement sans le consentement du salarié (prenons un exemple d'école à travers la clause suivante : « votre bureau sera situé au 2ème étage de nos locaux, sis au 28 rue Jules Aubert, St Denis » ; suite au transfert des locaux de l'entreprise au 29 rue Juliette Dodu, le salarié obtient un bureau au 1er étage ; y a-t-il modification que le salarié peut refuser ? Nous ne le pensons pas !) ; enfin, parce que la contractualisation de la transformation des conditions de travail a ses limites : horaires, rémunération, lieu de travail… Les clauses de mobilités portant sur ces points ne sont pas toujours efficaces !

---

[1] Soc. 8 oct. 1987, *Bull. civ*. n° 541.

[2] Jurisprudence confirmée en 1996 et de laquelle la Chambre sociale ne s'est pas départit depuis ; *cf.* Ph. Waquet, *RJS* 1999, n° 5, p. 384.

Néanmoins, la « prise d'acte » par le législateur du changement terminologique opéré depuis 10 ans par la jurisprudence ne pouvait être qu'une bonne chose, à laquelle il faudra repenser[1].

La 2nde remarque est moins formelle : la définition du licenciement économique était considérablement restreinte par l'article 107 de la loi de modernisation sociale, texte invalidé par le Conseil constitutionnel.

II/ 2nde remarque : la loi de modernisation sociale donnait une définition trop stricte du licenciement pour motif économique

Il faut revenir d'abord sur la structure donnée par le législateur de janvier 2002 à l'article L 321-1 du Code du travail, afin de dissiper un malentendu (A). On pourra ensuite essayer de cerner la notion de licenciement pour motif économique bien fondé (B).

A/ Dissiper un malentendu entre trois notions

Le 1er alinéa de ce texte donne la définition du licenciement pour motif économique telle que nous l'avons déjà mentionnée et que nous rappelons : *« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques »*.

Le 2ème alinéa, issu d'une loi du 29 juillet 1992 est le suivant : *« Les dispositions du présent chapitre* (Chapitre 1er du Titre 2 du Livre III du Code du travail) *sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent »*.

Le 3ème alinéa concerne « l'obligation d'adaptation – reclassement » sur laquelle nous reviendrons bientôt.

Tel qu'il a été construit, ce texte appelle une critique : il est mal formé car il assimile **trois notions** qu'il faut pourtant bien distinguer : la définition du licenciement économique (1°), la définition du licenciement économique bien fondé (2°) et la définition du licenciement économique bien fait (3°).

1°/ La définition du licenciement économique

Elle est donnée par le début de l'alinéa 1er de l'article L 321-1 Code du travail : ***un licenciement pour un ou des motifs non inhérents à la personne du salarié***.

- D'abord, c'est un **licenciement**, c'est à dire la rupture d'un contrat à durée indéterminée à l'initiative de l'employeur, ce qui exclut :

- les contrats de travail qui ne sont pas à durée indéterminée (le *travail précaire*);

[1] *Cf*. Ph. Waquet, Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale, *Droit social* n° 3 mars 2002, p. 264.

- les ruptures qui ne sont pas à l'initiative de l'employeur (la *vraie* démission).

- Ensuite, c'est un licenciement **pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié** : cela exclut les licenciements liés à des **motifs inhérents à la personne du salarié**.

2°/ La définition du licenciement économique bien fondé

Elle est d'abord donnée par la suite de l'alinéa 1er de l'article L 321-1 Code du travail : elle résulte d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification (« substantielle » et non acceptée) **consécutives à**… une cause économique !

Cela appelle une question : la cause économique invoquée par l'employeur est-elle justifiée ? Si ce n'est pas le cas, le licenciement sera considéré comme sans cause réelle et sérieuse et cela entraînera des sanctions. Sur ce point la loi de modernisation sociale était véritablement novatrice. Trop, peut-être… Nous allons revenir sur ce point.

Elle est ensuite donnée par l'alinéa 3ème du même article, relatif aux obligation d'adaptation et de reclassement » : « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé …ne peut être réalisé…* ». Si l'employeur ne se conforme pas correctement à ces obligations, il sera sanctionné. Comment ? Nous reviendrons sur cette question plus tard[1].

3°/ La définition du licenciement économique bien fait

Elle est donnée par l'alinéa 2ème de l'article L 321-1 Code du travail qui soumet aux dispositions du *présent* chapitre[2] toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent. Si la **procédure** imposée par la loi à l'employeur n'est pas respectée, cela entraînera des sanctions pour ce dernier. Quelles sanctions ? Pour répondre à cette question il faut combiner la lettre de la loi et les réserves du Conseil constitutionnel ; et, sans doute, attendre que la Cour de cassation se prononce ! Entre sanctions purement indemnitaires et logique de réintégration, suite au prononcé judiciaire de la nullité du licenciement, il y a un monde !

Bornons nous à remarquer qu'un licenciement économique *bien fait* n'est pas toujours un licenciement économique *bien fondé* ! Un « licenciement boursier », destiné à satisfaire les actionnaires d'une entreprise florissante désireux d'obtenir un retour sur investissement de 25%, ne sera sans doute pas considéré comme bien fondé par la Cour de cassation, même si toutes les exigences liées :

- à la procédure et aux délais qu'elle impose,

- aux obligations d'adaptation et de reclassement,

---

[1] *Cf. infra* 2nde partie.

[2] Chapitre 1 du Titre 2 du Livre 3 du Code du travail.

- à l'amendement Michelin…

sont respectées.

Reste alors à délimiter la notion de licenciement pour motif économique *causé*.

B/ Cerner la notion de licenciement pour motif économique bien fondé

L'article 107 de loi de modernisation sociale avait tenté de modifier, dans un sens plus restrictif, la notion de licenciement pour motif économique bien fondé. Le texte a été annulé par le Conseil constitutionnel, pour des motifs qui rappellent la **jurisprudence développée ces dernières années par la Cour de cassation (2°)**. Il proposait des modifications de l'alinéa 1er de l'article L 321-1 Code du travail dont on ne peut mesurer l'ampleur sans revenir sur **la structure de ce texte (1°)**.

1°/ La structure de l'alinéa 1er de l'article L 321-1 du Code du travail

Voyons la rédaction initiale, toujours de droit positif. Comparons-la à la rédaction proposée par la loi de modernisation sociale qui a été invalidée.

a) La rédaction initiale, toujours de droit positif

« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ».

Ce texte évoque, dans l'esprit du civiliste épris du droit de la responsabilité civile, la **théorie de la cause :** un préjudice, une cause immédiate et une cause adéquate.

Le préjudice : un licenciement et donc la perte d'un emploi : entre une victime jeune, polyvalente, à 4500 € par mois qui retrouvera du boulot dans le mois, et une victime « moins jeune », à 1200 € par mois, qui ne retrouvera jamais du travail parce que fortement taylorisée et jamais recyclée, on peut concevoir qu'il y ait quelque différence de calcul dans l'évaluation du préjudice !

La cause immédiate du préjudice : une suppression ou une transformation d'emploi ou une modification « substantielle » (et non acceptée) du contrat de travail : la *causa proxima* du préjudice subi par le salarié.

La source de ce préjudice, *la cause de la cause*, référence à la *causalité adéquate*, la cause médiate : des difficultés économiques ou des mutations technologiques ou, ***notamment***… ! Cet adverbe a fait couler beaucoup d'encre.

b) La rédaction nouvelle, issue de l'article 107 de la loi de modernisation sociale, article annulé

« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification du contrat de travail, consécutives soit à des difficultés économiques

sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, soit à des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise ».

C'est le mot « notamment » qui laissait la porte entrouverte à d'autres hypothèses que celles visées expressément par le législateur de 1989 que la loi de modernisation sociale voulait supprimer, pour y substituer trois motifs précis qui fermaient la porte à tout autre cause :

Des difficultés économiques sérieuses, n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen.

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

Des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise.

« N'ayant pu être surmontées par tout autre moyen », « mettant en cause la pérennité de l'entreprise », « indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise ». Voilà des termes qui ont motivé l'invalidation de ce texte par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a annulé l'article 107 de la loi de modernisation sociale[1], se fondant sur l'atteinte disproportionnée à **la liberté d'entreprendre** de l'employeur, liberté prévue en 1789 dans la Convention des Droits de l'Homme et du Citoyen et faisant partie de notre « bloc de constitutionnalité »[2].

Le Conseil constitutionnel avait déjà eu l'occasion d'affirmer, comme il le rappelle dans la décision du 12 janvier 2002 qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations justifiées par l'intérêt général, à la condition que lesdites limitations n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée[3]. Le maintien de l'emploi, principe constitutionnel visé par le Préambule de 1946 en son cinquième alinéa, n'autorise pas que l'on porte une atteinte aussi excessive à la liberté d'entreprendre.

Beaucoup de juristes travaillistes se doutaient que le Conseil constitutionnel invaliderait cette disposition qui posait des exigences trop restrictives[4].

D'abord, parce que d'autres hypothèses auraient dû être envisagées, « *comme, par exemple, la cessation d'activité de l'entreprise*[5] ».

---

[1] Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

[2] Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946* ».

[3] Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 ; décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000.

[4] Voir l'article non signé, intitulé « La définition du motif économique censurée », paru à la *SSL* n° 1059 du 21 janvier 2002, p. 2. *Cf.* Benoît Holleaux, La modernisation sociale à l'épreuve du Conseil constitutionnel, *SSL* n° 1062 du 11 février 2002, p. 6.

[5] Considérant § 47 de la décision du 12 janvier 2002.

Ensuite, parce qu'en faisant référence à des mutations technologiques mettant en cause la **pérennité** de l'entreprise et à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de **l'activité** de l'entreprise, la loi interdisait à l'entreprise de se réorganiser en amont, en prenant les mesures nécessaires en temps utile afin d'anticiper des difficultés économiques à venir. Il faut permettre au chef d'entreprise de prévenir, en licenciant un peu, plutôt que de l'obliger à guérir, en licenciant beaucoup[1].

Enfin, parce qu'en subordonnant le licenciement économique à des difficultés économiques sérieuses, n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, la loi conduisait le juge « *à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles* »[2]. Or, s'il appartient au juge du licenciement de contrôler l'existence « réelle et sérieuse » des difficultés économiques qui justifient le licenciement pour motif économique, le juge n'a pas à décider, en lieu et place de l'employeur, des choix stratégiques à faire pour surmonter ces difficultés.

On a pu remarquer, à la lecture de la décision du Conseil constitutionnel, la convergence de son raisonnement avec celui de la Cour de cassation[3]. En effet, tous les arguments invoqués par le Conseil constitutionnel pour fonder l'invalidation de l'article 107 de la loi de modernisation sociale sortent tout droit de plusieurs arrêts de la Cour de cassation (Assemblée plénière et Chambre sociale).

S'il fallait retenir deux mots de la décision du Conseil constitutionnel cela serait **souplesse** et **confiance**.

Souplesse, parce que la définition du licenciement pour motif économique issue de la loi du 2 août 1989 suscite l'interprétation créatrice du juge, alors que la définition proposée par la loi de modernisation sociale enfermait le juge dans un carcan. Ce n'était pas une bonne chose[4].

Confiance, en ce que le Conseil constitutionnel semble s'en remettre à la Cour de cassation afin que celle-ci continue son œuvre prétorienne subtile, tournée vers l'idée qu'il faut protéger le salarié sans nuire à l'intérêt de l'entreprise.

Il faut donc maintenant revenir sur les « grands arrêts du droit du licenciement pour motif économique » rendus depuis dix ans par la Cour de

---

[1] C'est l'esprit du considérant § 48.

[2] Considérant § 49.

[3] Françoise Champeaux, *Edito* à la *SSL* n° 1059, p ; 2.

[4] *Cf.* Paul – Henri Antonmattei, *in* Projet de loi de modernisation sociale : quelques propos sur une nouvelle définition du motif économique du licenciement, *Droit social* novembre 2001, p. 930 et s., spécialement p. 931 : « *vouloir enfermer dans une liste limitative des causes de licenciement est une démarche dangereuse… mieux vaut laisser au juge le soin d'adapter la règle aux évolutions techniques et économiques. Dans le travail de définition qui incombe au législateur, on sait bien que la technique législative est parfois limitée, et qu'une collaboration avec le juge est préférable à une définition trop rigide* ».

cassation pour cerner la question de la cause réelle et sérieuse de licenciement économique.

2°/ La jurisprudence de la Cour de cassation, droit positif du licenciement économique

La Cour de cassation demande aux juges du fond de contrôler l'existence de la cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique.

Cela implique quatre types de contrôle.

- D'abord, puisqu'on peut tenir comme bien établie la jurisprudence qui estime que le défaut de motivation de la lettre de licenciement rend celui-ci sans cause réelle et sérieuse, un contrôle formel : la lettre de licenciement a-t-elle été correctement rédigée ?

- Ensuite un premier contrôle de fond, sur la cause immédiate : suppression de poste, transformation de poste, ou modification (« substantielle » et refusée par le salarié).

- Encore, un second contrôle fondamental, sur « la cause de la cause » : difficultés économiques, mutations technologiques, ou **autre raison** (référence à l'adverbe *notamment*).

- Enfin, un troisième contrôle de fond : en effet, quelle que soit la cause immédiate du licenciement (suppression d'emploi, transformation d'emploi, modification d'emploi non acceptée), on peut affirmer que l'obligation patronale **d'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois** fait partie intégrante de la notion de licenciement pour motif économique ***fondé***. Et que, donc, la violation par l'employeur de cette obligation est de nature à rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse. En est-il de même pour ce qui concerne l'obligation de reclassement ? La réponse doit être nuancée ; elle passe par la distinction entre reclassement interne et reclassement externe. Mais nous n'en parlerons pas plus ici. En effet, l'importance de ces obligations – adaptation et reclassement – justifie qu'on y consacre une partie autonome (la deuxième partie de cette étude).

Revenons maintenant sur les trois premiers types de contrôle évoqués plus haut.

a) Le contrôle de la forme

La Cour de cassation exige que la lettre de licenciement pour motif économique fasse clairement apparaître, de façon circonstanciée, la cause économique qui fonde la décision de l'employeur (ce que nous appelons *la cause de la cause*) ainsi que la conséquence précise sur l'emploi ou sur le contrat de travail[1]. Ainsi, la seule référence à *la conjoncture économique qui prévaut actuellement* ne constitue pas le motif exigé par la loi[2]. De même que la lettre qui se borne à viser la

[1] Cass. soc. 6 juillet 1999, n° 97-41.547 P, *Supplément à la SSL* n° 967, p. 74.

[2] Cass. soc. 22 juin 1999, n° 97-42.142 D, *Supplément à la SSL* n° 967, p. 74.

suppression d'emploi[1] ainsi que la lettre qui se contente de faire référence aux causes du licenciement collectif exposées aux représentants du personnel[2].

Mais nous estimons que les lacunes formelles de la lettre de licenciement doivent être, d'un point de vue conceptuel, clairement distinguées des lacunes fondamentales.

Ce souci de mise au point est surtout motivé par le contentieux du licenciement pour cause personnelle, en particulier le licenciement pour faute. Lorsque un employeur est en mesure d'établir les graves indélicatesses d'un de ses salariés qu'il a licencié mais que cet employeur a oublié de se conformer scrupuleusement à la procédure, notamment en ne rédigeant pas correctement la lettre de licenciement, il nous semble ***indécent*** (le mot est pesé) que la Cour de cassation décide de qualifier ce licenciement de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Par souci de franchise intellectuelle, il faudrait que la Cour de cassation renonce à son laconisme et énonce expressément que, lorsque certaines étapes de la procédure de licenciement ont été violées par l'employeur, ce dernier doit verser au salarié concerné ***une indemnité équivalente*** à celle qu'il aurait dû lui verser si le licenciement avait été sans cause réelle et sérieuse. En d'autres termes, l'assimilation des sanctions indemnitaires devrait apparaître plus clairement dans l'énoncé des décisions de la Cour de cassation. Cela laisserait, à notre avis, un goût moins amer dans la bouche des employeurs condamnés pour licenciement sans cause réelle et sérieuse dans des hypothèses où est clairement prouvée la faute (grave, voire lourde) du salarié licencié.

Cette déteinte de la forme sur le fond peut se retrouver en matière de licenciement pour motif économique. Prenons le cas limite suivant. Un agent de voyages indépendant, essentiellement engagé dans deux activités : d'une part, des trekking en Indonésie, au Népal et en Afghanistan ; d'autre part, des pèlerinages en Palestine et en Israël. Depuis déjà quelques mois, on conçoit aisément que son chiffre d'affaires ait pu baisser ! Supposons que cela soit le cas et qu'il ait procédé aux licenciements de deux de ses salariés en se bornant à viser, dans la lettre de licenciement, « la conjoncture économique actuelle ». Et bien, en vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, cet employeur se verra condamné à verser des indemnités pour absence de cause réelle et sérieuse de licenciement. Voilà un justiciable qui perdra confiance en la justice de son pays !

---

[1] Cass. soc. 6 juillet 1999, *op. cit.* Parmi de nombreux arrêts, citons : Cass. soc. 25 octobre 2000, n° 98-44.086 D, *SSL suppl.* n° 1013, p. 76 (Une Cour d'appel qui constate qu'une lettre de licenciement faisait état de difficultés occasionnées par des grèves et des problèmes de succession provoqués par le décès de l'associé majoritaire de la société, sans préciser si le salarié était licencié par suite d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification de son contrat, décide à bon droit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse) ; Cass. soc. 6 décembre 2000, n° 98-44.878 D, *SSL suppl.* n° 1013, p. 76 (Une Cour d'appel qui constate que la lettre de licenciement se bornait à faire état de l'adaptation de l'effectif au volume prévisionnel du marché, sans invoquer un motif économique de licenciement, ce dont il résultait une imprécision équivalant à une absence de motifs, décide à bon droit que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse).

[2] Cass. soc. 9 novembre 1999, n° 98-43.909 D ; *SSL suppl.* n° 967, p. 74.

Bref : tout cela pour dire qu'il ne faut pas confondre cause et effet. La violation de l'obligation A peut entraîner la sanction X. Le législateur peut décider que la violation de l'obligation B peut aussi être sanctionnée par la sanction X. Cela ne veut pas dire pour autant que l'obligation A et l'obligation B sont identiques.

b) Le contrôle de la cause *immédiate*

b-1) La suppression d'emploi

Les juges du fond sont invités par la Cour de cassation à se demander si la suppression de poste est bien réelle.

D'abord, lorsque l'entreprise qui licencie fait massivement appel au *travail précaire*, à du *personnel extérieur*, alors qu'elle ne démontre pas que les salariés licenciés n'auraient pas pu occuper les postes pour lesquels l'entreprise fait appel à ce personnel extérieur[1].

Ensuite, la délicate question des *délocalisations* peut ici être évoquée. Quand une entreprise ferme son usine en France pour la « remonter » à l'étranger, dans un pays où la législation sociale est moins regardante. Y a-t-il véritablement suppression d'emploi et donc cause réelle et sérieuse de licenciement, ou bien simple transfert d'emploi ? Un arrêt remarqué de 1995 a répondu à cette question tout en faisant glisser le débat sur le terrain de l'obligation de reclassement. Une filiale du « Groupe Thomson » avait délocalisé au Brésil l'activité, exercée initialement à Lyon, de fabrication de pièces détachées destinées à l'assemblage de téléviseurs. L'usine de Lyon avait fermé ses portes. La Cour d'appel de Lyon avait décidé que les licenciements consécutifs à cette fermeture de l'entreprise étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse, puisque les postes n'avaient pas été supprimés mais simplement transférés[2]. La Cour de cassation a censuré cette décision : les licenciements consécutifs à la décision de fermer un établissement situé en France et de transférer l'activité à l'étranger, dans un milieu différent, reposent sur une cause réelle et sérieuse car les emplois en France avaient bien été supprimés[3].

---

[1] Cass. soc. 12 février 1997, *Bull. civ*. n° 58 ; Cass. soc. 16 octobre 1997, *Bull. civ*. n° 320 ; Cass. soc. 9 juin 1999, n° 97-43.133 D, *Supplément à la SSL* n° 967, p. 74. *Cf.* Cass. soc. 29 janvier 2002, n° 00-41.885 D, *SSL* n° 1063, p. 12 : lorsqu'un employeur ne propose pas dans le cadre de son obligation de reclassement des contrats à durée déterminée conclu pour surcroît temporaire d'activité dans la période qui a suivi le licenciement économique et que le salarié aurait été apte à occuper, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. En revanche, la pharmacienne qui licencie une préparatrice en pharmacie et fait assumer cette tâche par son mari comme collaborateur bénévole procède bien à la suppression d'un emploi : Cass. soc. 20 janvier 1998, *Bull. civ.* n° 19. De même, une Cour d'appel qui constate que les lettres de licenciement faisaient état d'une suppression d'emploi consécutive à une nécessaire adaptation des effectifs de l'entreprise à la diminution des tâches résultant d'une très importante diminution d'activité et ne relevant pas d'une conjoncture passagère décide à bon droit que l'énoncé de tels motifs, précis et matériellement vérifiables, était conforme aux exigences de la loi : Cass. soc. 5 juin 2001, n° 99-42.571 D ; *SSL suppL* n° 1042, p. 119.

[2] Lyon, 11 mai 1993, *JCP éd. G* 1994, II, 22238, obs. G. Couturier.

[3] Cass. soc. 5 avril 1995, *JCP éd. G* 1995, II, 22443, obs. G. Picca.

Cette décision suscite deux questions. D'abord, pourquoi avoir fermé l'usine française, pour la transférer à Belo Horizonte, au Brésil ? Ensuite, est-ce que l'obligation de reclassement a été correctement exécutée ?

La réponse à la première question intéresse d'abord les gestionnaires d'entreprise qui savent depuis longtemps comment minimiser leurs coûts salariaux, afin de tenir leur rang dans le monde de la ***libéralisation globale***. Pourquoi payer des salariés français, en France, en supportant « l'insupportable Code du travail français » alors que l'on peut obtenir le même résultat industriel en payant « avec des pierres » des salariés étrangers sans être obligé de respecter le droit du travail français ? Les compagnies pétrolières ont été sans doute les premières à assimiler ce raisonnement… Et les côtes françaises les premières à faire les frais de désastres écologiques liés aux marais noires !

La seconde question mobilise aussi les juristes : si les suppressions de poste, liées à la fermeture de l'entreprise, constituent le juste motif exigé par la loi, c'est, alors, que la réorganisation (la restructuration) de l'entreprise se justifiait par la nécessité de sauvegarder sa compétitivité. Mais qu'en est-il de la fameuse obligation de reclassement ? Bornons nous ici à faire remarquer que, d'un point de vue sociologique, on peut estimer que la plupart des salariés de l'usine lyonnaise fermée auront eu sans doute quelque réticence à accepter la modification géographique qui aurait pu leur être proposée !

b-2) La transformation d'emploi

On a peu d'exemple en jurisprudence. Un arrêt peut nous permettre de réfléchir : rendu en date du 9 juillet 1997, il énonce que le licenciement d'une secrétaire dactylographe se justifie par la transformation de l'emploi en celui de secrétaire de direction chargée de la rédaction de devis et du suivi financier du chantier, à la suite d'un changement d'activité de l'entreprise[1].

A la différence de la suppression d'emploi, la transformation d'emploi n'est pas facilement appréciable en elle-même. Deux points.

D'abord la transformation d'emploi est fortement liée aux *mutations technologiques* auxquelles le texte (art. L 321-1) fait référence plus loin. On sait par exemple qu'une partie de l'industrie s'est fortement robotisée ; que vouloir continuer à fabriquer des postes de radio avec des lampes en ignorant le transistor est illusoire ; que se passer de l'informatisation de certaines tâches peut directement conduire à la faillite. « *Suivre, et même parfois précéder, l'évolution de la technologie est un impératif pour tous les chefs d'entreprise et les conduit, notamment, à des transformations d'emploi* »[2].

Ensuite, plus encore que la suppression d'emploi, la transformation d'emploi évoque *l'obligation d'adaptation* qui pèse sur l'employeur. Le salarié dont le poste

---

[1] Cass. soc. 9 juillet 1997, *Bull. civ.* n° 262.

[2] Ph. Waquet, Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale, *Droit social* n° 3 Mars 2002, spéc. p. 267.

va être transformé est-il, en théorie, capable, après avoir été « recyclé », de tenir ce nouveau poste ? La réponse à cette question est déterminante. Si elle est positive, alors l'employeur devra exécuter vis à vis de ce salarié son obligation d'adaptation ou prendre le risque d'être sanctionné (*cf. infra*). Si elle est négative, alors, sans jouer sur les mots, il ne s'agit plus d'une transformation d'emploi mais d'une véritable suppression d'emploi suivie de la création d'un emploi nouveau, dont les qualifications requises pour l'occuper sont sans rapport avec l'aptitude, même « recyclée », du salarié qui occupait l'ancien poste. Par exemple, à travers les circonstances qui nous sont relatées dans l'arrêt du 9 juillet 1997 précité, on se rend compte que le salarié qui occupait le poste initial de secrétaire dactylographe n'avait sans doute pas les compétences pour assurer des tâches de direction, d'élaboration de devis et de suivi financiers[1]. Mais nous touchons à deux questions insolubles.

La première : *in concreto*, ce salarié avait-il les capacités intellectuelles d'acquérir les compétences requises pour tenir ce nouveau poste ?

La seconde : *in abstracto*, que faut-il exiger de l'employeur pour que ce salarié acquière ces compétences ? Doit-il financer le coût d'une formation de 3 ans afin que ce salarié puisse occuper son emploi transformé ?

Nous reviendrons sur ces questions bientôt.

b-3) La modification substantielle

Nul besoin, ici, de revenir sur l'occasion manquée de substituer à l'expression modification substantielle celle de modification « tout court » (*cf. supra*).

Contentons nous de réflexions basiques :

- D'abord, si le litige est placé sur le terrain du licenciement économique, c'est que, d'une part, la proposition patronale de modification aura été refusée par le salarié et que d'autre part, la proposition patronale refusée est une « véritable » proposition de modification et pas un simple changement de conditions de travail (car, dans cette dernière hypothèse, le litige se déplace sur le terrain du licenciement disciplinaire, le refus salarial étant une faute).

- Ensuite, rappelons que l'aberration juridique consistant à consacrer législativement l'adage « qui ne dit mot consent » n'ayant pas été modifiée par la loi de modernisation sociale, est toujours présente dans notre droit positif. En effet, l'article L 321-1-2 prévoit toujours que :

[1] Un autre exemple est fourni par Cass. soc. 14 novembre 2001, n° 99-44.686 D, *SSL suppl.* n° 1062, p. 109 : il s'agissait du licenciement d'un programmeur informatique ; la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir estimé le licenciement pour motif économique fondé après avoir relevé que son emploi avait été supprimé ***en raison du changement des conditions d'exploitation du service informatique lié à l'acquisition d'un nouveau matériel et de nouveaux logiciels*** et que son reclassement était impossible.

« Lorsque l'employeur, pour l'un des motifs énoncés à l'article l 321-1, envisage une modification substantielle des contrats de travail, il en informe chaque salarié par lettre recommandée avec accusé de réception.

« La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus.

« A défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. »

Silence = acceptation : voilà de quoi rappeler de mauvais souvenirs aux travaillistes qui s'étaient penchés, avant 1986, sur la question de l'autorisation administrative préalable à tout licenciement économique[1]. Et de quoi regretter la diversité de régime entre la proposition de modification pour motif inhérent à la personne du salarié (qui ne dit mot ne consent pas) et la proposition de modification pour motif économique[2].

- Enfin, rappelons que les propositions de modification des contrats de travail doivent être assimilées à des licenciements collectifs potentiels. Ce qui veut dire que l'employeur qui propose à au moins 10 salariés une modification (substantielle) pour motif économique doit dès le départ envisager leur refus et donc mettre en œuvre les procédures de consultation du Livre III et IV et, d'autre part, élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi[3].

c) Le contrôle de « la cause de la cause » : difficultés économiques, mutations technologiques, ou, *notamment*

Comme le note le doyen Waquet, les mutations technologiques sont rarement invoquées comme cause de licenciement pour motif économique[4]. Il suffit de se référer à ce que nous avons dit plus haut à propos de la transformation d'emploi[5].

D'une part, il est intéressant ici de revenir sur la notion de difficultés économiques ; on se rendra compte que la Cour de cassation n'est pas en faveur des « licenciements boursiers ».

D'autre part, on rappellera toute l'utilité de l'adverbe *notamment* dans la définition du licenciement pour motif économique fondé, adverbe que la loi de

---

[1] La loi du 3 janvier 1975 avait mis en place un système d'autorisation administrative préalable ; l'autorisation de l'inspecteur du travail était acquise dès lors qu'un délai de deux mois sans réponse s'était écoulé depuis la demande d'autorisation faite par l'employeur. Ce système avait engendré de nombreuses injustices…

[2] C*f.* J. E. Ray, *Droit du travail, droit vivant, op. cit.*, n° 165.

[3] Les arrêts *Framatome/Majorette* (Cass. soc. 3 décembre 1996 (2 arrêts), *JCP éd. G* 1997, II, 22814, obs. J. Barthélémy) et *IBM* (Cass. soc. 3 décembre 1996, *JCP éd. G* 1997, II, 22786, obs. F. Duquesne) ont suscité quelques difficultés d'interprétation (*Cf.* Ph. Waquet, La jurisprudence de la chambre sociale sur les plans sociaux, *Rapport d'activité de la Cour de cassation 1999*, p. 271, éd. La Documentation française). La position est clarifiée dans un arrêt du 10 juillet 2001 (n° 99-43.330 P, *SSL suppl.* n° 1062, p. 70).

[4] Ph. Waquet, Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale, *op. cit.*, p. 269.

[5] *Cf. supra*.

modernisation sociale avait voulu supprimer et que la décision du Conseil constitutionnel a rétabli[1].

c-1) Les difficultés économiques, cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique

Nous n'abordons ici que la question des **difficultés économiques contemporaines**, rencontrées actuellement par l'entreprise, laissant pour plus tard l'étude des difficultés futures.

A ceux qui reprochent au Conseil constitutionnel d'avoir sacrifié les salariés sur l'autel du capitalisme sauvage, nous voudrions répondre que les magistrats de la rue de Montpensier s'en sont simplement remis à la sagesse de ceux de la rue de l'Horloge dont ils connaissaient bien la jurisprudence. Et il est vrai que la Cour de cassation n'est pas tendre avec les employeurs qui se prévalent de difficultés économiques pour justifier les licenciements qu'ils effectuent en tentant de se fonder sur les difficultés économiques qu'ils rencontrent.

Que le lecteur s'en convainque, à la lumière des deux affirmations suivantes :

1/ Un motif d'économie n'est pas un motif économique (c-1-1).

2/ La force majeure économique n'est pas un motif de prise d'acte de la rupture par l'employeur (c-1-2).

c-1-1 : Un motif d'économies n'est pas un motif économique

Les arrêts suivants ont tous décidé que le licenciement était infondé.

- Licenciement d'un salarié dont le coût du travail était élevé[2].

- Licenciement dont le seul objet était d'équilibrer les comptes de chaque service d'une association[3].

- Licenciement d'une gardienne d'immeuble par un syndicat de copropriétaires qui voulait réorganiser le gardiennage de l'immeuble dans un souci d'économie nécessaire à la conservation de son patrimoine[4].

- Licenciements dans le secteur du pneumatique poids lourds, secteur dans lequel existaient des difficultés qui n'avaient pas eu encore de conséquences sur l'entreprise dont le bénéfice net était en augmentation lors du licenciement[5].

- Licenciements liés à la baisse sensible du marché[6], à la mauvaise conjoncture économique[7], à la baisse du chiffre d'affaires et du bénéfice[8].

---

[1] *Cf. supra*.

[2] Cass. soc. 16 mars 1994, *Droit social* 1994, p. 515.

[3] Cass. soc. 11 juillet 2001, n° 99-41.189 D, *suppl. SSL* n° 1062, p. 109.

[4] Cass. soc. 11 juillet 2001, n° 99-43.681 D, *suppl. SSL* n° 1062, p. 109.

[5] Cass. soc. 10 janvier 2001, n° 98-45.292 D, *suppl. SSL* n° 1042, p. 119.

[6] Cass. soc. 11 mai 1999, n° 97-41.855 D, *suppl. SSL* n° 948, p. 105.

[7] Cass. soc. 26 mai 1999, n° 97-41.721 D, *suppl. SSL* n° 948, p. 105.

[8] Cass. soc. 6 juillet 1999, n° 97-41.036 P, *suppl. SSL* n° 967, p. 74.

Bref ! Pour reprendre l'expression du Professeur J. E. Ray, **la Cour de cassation refuse de considérer qu'un motif d'économies constitue un motif économique réel et sérieux**[1]. Réorganiser l'entreprise dans le seul souci de satisfaire les exigences financières des « actionnaires de référence[2] », en faisant des économies « sur le dos des salariés » et en augmentant la rentabilité de l'entreprise pour augmenter les profits, voilà ce qui semble proscrit du licenciement pour motif économique bien fondé[3].

c-1-2 : La « force majeure économique » n'est pas un motif de prise d'acte de la rupture par l'employeur

Constituent aujourd'hui des difficultés économiques les circonstances qui, hier, permettaient à l'employeur de ***prendre acte de la rupture*** du contrat de travail. Evoquons, ici les circonstances qui se rapprochent de la **force majeure**. Deux choses :

1/ L'employeur ne peut presque jamais, aujourd'hui se fonder sur la force majeure pour se contenter de prendre acte de la rupture et se dispenser des obligations liées au droit du licenciement lorsqu'un événement « détruit » son entreprise et empêche donc celle-ci de fonctionner dans des conditions normales[4].

2/ Dans ces hypothèses, deux solutions possibles : si l'employeur envisage la continuation de l'entreprise, alors les contrats de travail sont suspendus ; si l'employeur préfère renoncer et cesser son activité, alors il devra licencier pour motif économique (et pas se contenter de prendre acte de la rupture) et ces licenciements pour motif économique seront fondés.

Ainsi en va-t-il des difficultés économiques dues à un incendie[5], à une inondation[6], à un cyclone[7], à une éruption volcanique[8], à des intempéries[9], à une

---

[1] *Op. cit.*, n° 259.

[2] Qui attendent un retour sur investissement de 15% !

[3] *Cf.* la jurisprudence citée par Ph. Waquet *in* Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale, *op. cit. :* Cass. soc. 30 septembre 1997, *Bull. civ.* n° 291 ; Cass. soc. 7 octobre 1998, *Bull. civ.* n° 405 ; Cass. soc. 1er décembre 1999, *Bull. civ.* n° 466 ; Cass. soc. 29 mai 2001, *RJS* 8/9. 2001, n° 1002.

[4] La loi de modernisation sociale a expressément consacré cette solution pour ce qui concerne les salariés sous CDD : l'article L 122 - 3 - 4 - 1 du Code du travail prévoit que le salarié dont le contrat de travail à durée déterminée est rompu avant l'échéance en raison d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure a droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal à celui qui aurait résulté de l'application de l'article L 122 - 3 – 8 (dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat).

[5] Cass. soc. 27 juin 2000, *RJS* 2000, n° 940. *Cf.* aussi la jurisprudence citée *in Lamy social* 2001, n° 3347.

[6] Cass. soc. 15 février 1995, *Droit social* 1995, p. 384, observations P. H. Antonmattei. Cass. soc. 19 mai 1998, *Bull. civ.* n° 297.

[7] Cass. soc. 13 juin 1985, n° 83-40.159 D ; comp. Cass. crim. 4 janvier 1984, *Bull. crim.* n° 6.

[8] Cass. soc. 19 novembre 1980, *Bull. civ.* n° 834.

[9] Cass. soc. 16 janvier 1990, n° 87-45.675 D.

gelée[1], au ***fait du prince*** (retrait d'un agrément administratif[2], modification d'une réglementation[3], suppression d'une subvention[4]).

Encore faut-il que ces difficultés économiques entraînent la cessation d'activité de l'entreprise et, par conséquent, des suppressions d'emploi. Si l'activité est simplement suspendue ou s'il y a changement d'employeur (suite, par exemple au décès du dirigeant ou à son internement), il n'y a pas suppression d'emploi.

La politique de la Cour de cassation tendant à éradiquer de notre droit du travail la pratique de la prise d'acte de la rupture correspond à un légitime souci de protection du salarié.

Cependant, ce souci judiciaire de protection des salariés ne signifie pas pour autant que la Cour de cassation prive les entreprises de la possibilité de jouer leur jeu sur un marché concurrentiel et mondial. Cela implique de les laisser se réorganiser si cela est nécessaire, face aux difficultés à venir. C'est tout l'intérêt qu'a notre droit à laisser de la flexibilité à la définition du licenciement pour motif économique. C'est l'intérêt du mot « notamment ».

c-2) « notamment »…

Cet adverbe a permis à la Cour de cassation de ne pas entraver les restructurations d'entreprise nécessitées par le souci d'anticipation de difficultés économiques à venir, dans le but de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (c-2-1).

La souplesse qu'il offre a servi récemment, dans une hypothèse que personne n'avait vraiment prévu : sans connaître de difficultés économiques, l'entreprise ferme ses portes (c-2-2).

c-2-1 : les difficultés économiques à venir, cause réelle et sérieuse de licenciement pour motif économique

C'est l'arrêt *Thomson Tubes et Display*[5] qui introduisit la notion de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel cette entreprise appartient ; « *lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité* ».

---

[1] Cass. soc. 25 octobre 1995, n° 93-40.866 D.

[2] Cass. soc. 5 mai 1993, n° 90-41.639 D.

[3] Cass. soc. 31 mai 1990, n° 88-42.851 D (politique d'un Etat étranger exigeant le remplacement des ressortissants étrangers par des nationaux). Cass. soc. 6 mai 1998, cité *in Lamy social* 2001, n° 3342 (perte du statut professionnel d'un club de football). Cass. soc. 12 juin 2001, cité par Ph. Waquet *in Le licenciement économique…*, *op. cit*., p. 266 (suppression d'un CAP de couture ayant entraîné la fermeture de classe).

[4] Ph. Waquet, *loc. cit.*, p. 266 et 267.

[5] Cass. soc. 5 avril 1995, *JCP éd. G* 1995, II, 22443, obs. G. Picca.

Cette jurisprudence a été depuis plusieurs fois confirmée[1]. Ce type de contentieux est assez abondant et on peut dire que la Chambre sociale de la Cour de cassation tente d'éradiquer les licenciements boursiers[2] puisque, si elle admet le bien fondé du licenciement décidé afin de ***sauvegarder*** la compétitivité, elle refuse de reconnaître un caractère réel et sérieux aux licenciements prononcés dans le souci d***'améliorer*** cette compétitivité[3]. Le professeur Ray fait observer que cette position jurisprudentielle est de nature à surprendre – et à courroucer, sans doute – les fonds de pension californiens, plus soucieux de rentabilité des entreprises que de stabilité de l'emploi[4].

c-2-2 : la fermeture de l'entreprise, en dehors de toute difficulté économique

La Cour de cassation a récemment eu à connaître d'une affaire qui montre tout l'intérêt de l'adverbe « *notamment* » contenu dans l'article L 321-1 du Code du travail. Il s'agissait de la fermeture d'un fonds de commerce (un restaurant) qui ne connaissait aucune difficulté économique mais qui avait dû fermer ses portes suite au non renouvellement du bail commercial portant sur les locaux où l'activité était exercée. Un salarié contestait le caractère réel et sérieux de son licenciement. Ce contentieux donne à la Cour de cassation l'occasion de rappeler que « ***l'énumération des motifs économiques de licenciement par l'article L 321-1 du Code du travail n'est pas limitative*** » et que « ***la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constitue un motif de licenciement*** »[5].

L'arrêt est riche de deux enseignements :

D'abord, il permet de donner un sens positif à l'adverbe *notamment*, en consacrant une nouvelle cause de licenciement pour motif économique qui correspond à une situation pratique fréquente aujourd'hui : celle du petit commerçant qui cesse son activité sans qu'aucune faute ne puisse lui être reprochée ; par exemple pour prendre sa retraite alors qu'il ne trouve pas de successeur ; ou que son entreprise est détruite par cas fortuit et qu'il ne désire pas la reconstruire ; ou encore, comme ici, lorsque le commerçant se voit privé de ses locaux parce que le propriétaire désire les reprendre. Certes, si le fonds était transmis (activement ou passivement) ou déplacé, les questions seraient différentes : elles mobiliseraient soit l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail (la modification de la situation juridique de l'employeur), soit le débat relatif à la

---

[1] *Cf.* les arrêts cités par M. D. *in SSL* n° 960, p. 10.

[2] Ph. Waquet, *loc. cit.*, p. 269.

[3] Cass. soc. 30 septembre 1997, *Bull. civ.* n° 291 ; Cass. soc. 7 octobre 1998, *Bull. civ.* n° 405 *;* Cass. soc. 1er décembre 1999, 2 arrêts, *SSL* n° 960, p. 10, obs. M. D. Cass. soc. 30 janvier 2001, n° 98-42.554 D. Cass. soc. 29 mai 2001, *RJS* 8/9 01 n° 1002.

[4] *Loc. cit.*, n° 259 ; rappelons que les fonds de pension américains détiennent une part importante du capital des plus grosses entreprises françaises.

[5] Cass. soc. 16 janvier 2001, *RJS* 3/01, n° 294 ; *SSL* n° 1013, p. 12 ; *JCP éd. E* 2001, II, 1004, obs. Th. Lamarche.

modification du contrat de travail suite à un changement géographique des locaux de l'entreprise.

Mais nous ne nous intéressons ici qu'à la fermeture pure et simple du fonds de commerce ; cette fermeture entraîne bien des suppressions d'emploi, mais aucune difficultés économiques ni mutations technologiques n'en sont à l'origine. Les licenciements, consécutifs à ces suppressions d'emploi sont-ils fondés ? Oui, répond la Cour de cassation, pourvu que la fermeture ne soit pas due à la faute de l'employeur.

Ensuite, et c'est le second enseignement de l'arrêt, si la cessation d'activité a pour cause la faute de l'employeur, alors les licenciements pour motif économique consécutifs à la fermeture de l'entreprise seront sans cause réelle et sérieuse.

En effet, si l'immixtion judiciaire dans la gestion du chef d'entreprise a ses limites[1], l'employeur n'est plus, néanmoins « seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation[2] ». La théorie de l'employeur seul juge de la gestion a fait long feu, depuis l'arrêt « Casino Beaulieu-sur-Mer »[3]. Le juge doit examiner les circonstances qui ont conduit l'employeur à cesser son activité et à fermer l'entreprise. Si ces circonstances peuvent être qualifiées de ***faute de gestion***, alors les licenciements pour motif économique seront sans cause réelle et sérieuse.

Ce débat n'est pas si simple. Pas de problème lorsque ces fautes de gestion seront stigmatisées par le juge pénal (délit d'abus de biens sociaux par exemple) ou par le « juge des entreprises en difficultés » (les fautes de gestion de la loi de 1985). Mais il reste une foule d'hypothèses à la marge, où le juge devra apprécier la bonne ou mauvaise gestion du chef d'entreprise. Il lui faudra sans doute s'entourer des conclusions d'un expert !

Bref : ce « ***notamment*** » est un élément indispensable à la définition du licenciement pour motif économique bien fondé. La censure par Conseil constitutionnel du texte qui voulait le supprimer doit être approuvée.

Il faut passer maintenant à l'étude des deux obligations que l'employeur aura dû respecter afin que les licenciement pour motif économique qu'il effectue évitent la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse : adaptation et reclassement.

2EME PARTIE : LES OBLIGATIONS PATRONALES D'ADAPTATION ET DE RECLASSEMENT

« *Reclasser plutôt que licencier. Reclasser même après avoir licencié. Le reclassement : les partenaires sociaux l'ont crée, la jurisprudence l'a développé, le législateur l'a codifié* ». Voici reproduits les termes, « *aux accents publicitaires* » de l'introduction d'un article du Professeur Antonmattei consacré à l'obligation de

[1] Limites posées par « l'arrêt SAT » : Plén. 8 décembre 2000, *SSL* n° 1008, p. 13.

[2] C'était la position de principe adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt « Entreprise Brinon » du 31 mai 1956 ; *cf.* J. E. Ray, *loc cit.*, n° 71.

[3] Cass. soc. 26 janvier 1994, *JCP éd. E* 1994, n° 51-52, II, p. 255, obs. Th. Lamarche.

reclassement préalable au licenciement pour motif économique après la loi de modernisation sociale[1].

L'auteur exerce son art de la synthèse ; il nous enseigne plusieurs choses.

D'abord, il rappelle que c'est l'avenant du 21 novembre 1974 à l'accord national interprofessionnel de 1969 sur la sécurité de l'emploi, repris en substance par une loi du 3 janvier 1975 qui envisageait pour la première fois la question du **plan social** dans les termes suivants : « *la direction communique au comité d'entreprise ou d'établissement le projet de plan social qu'elle devra avoir établi comportant les mesures qu'elle envisage de prendre pour, d'une part,* ***éviter ou limiter les mesures de licenciement*** *et, d'autre part,* ***faciliter*** *au maximum* ***le reclassement*** *du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité* ».

Ensuite, il nous remémore une jurisprudence de « 10 ans d'âge » : un arrêt de 1992 rendu par la Cour de cassation a posé l'obligation pour l'employeur de rechercher toute possibilité de reclassement dans l'entreprise avant de procéder au licenciement pour motif économique, fût - ce par voir de modification « substantielle » des contrats de travail[2]. Il évoque aussi l'idée selon laquelle l'obligation de reclassement doit pour les grosses entreprises, être aussi externe.

Enfin, il nous informe des **deux nouvelles dispositions légales**, issues de la loi de modernisation sociale :

D'abord, celle qui a ajouté un 3ème alinéa à l'article L 321-1 du Code du travail, ainsi rédigé :

« *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les* ***efforts de formation et d'adaptation*** *ont été réalisés et que le* ***reclassement*** *de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord express du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises* ».

Ensuite, celle relative aux entreprises employant au moins 50 salariés, lorsque un « grand » licenciement pour motif économique est envisagé, qui a modifié l'article L 321-4-1 du Code du travail, relatif au plan de sauvegarde de l'emploi (ex plan social) :

« *Ce plan doit prévoir des mesures autres que les dispositions concernant les conventions de conversion (sic[3]) visées à l'article L 321-5, telles que, par exemple ;*

- des actions en vue du reclassement interne des salariés sur des emplois relevant de la même catégorie d'emploi ou équivalents à ceux qu'ils occupent ou,

---

[1] L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique : nouvelles dispositions, *Droit social* Mars 2002, p. 274.

[2] Cass. soc. 1er avril 1992, *Bull. civ.* n° 228.

[3] Les conventions de conversion ont été supprimées depuis juillet 2001 ! !

sous réserve de l'accord exprès des salariés concernés, sur des emplois de catégorie inférieure ;

- …

*- des actions favorisant le **reclassement externe** à l'entreprise, notamment par le soutien à la réactivation du bassin d'emploi ;*

- …

*- des actions de formation… ou de reconversion de nature à faciliter le **reclassement interne ou externe** des salariés sur des emplois équivalents* »...

L'auteur nous incite à développer plusieurs points.

Il s'agira essentiellement de cerner les obligations d'adaptation et de reclassement, telles qu'elles pèsent aujourd'hui sur le chef d'entreprise, depuis la loi de modernisation sociale et les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, à l'aune de la jurisprudence de la Cour de cassation. Deux obligations *a priori* distinctes que l'on ne peut pourtant dissocier, l'une étant le moyen d'arriver à l'autre (II).

Mais il faudra répondre, d'abord, à une question préalable qui a agité la doctrine : l'obligation de reclassement est-elle un élément de la notion de licenciement pour motif économique ? (I)

I/ Obligation de reclassement et notion de licenciement pour motif économique

Le débat est lié au positionnement du texte (L 321-1 alinéa 3), issu de la loi de modernisation sociale, consacrant l'obligation de reclassement et inséré dans l'article L 321-1 du Code du travail, texte donnant la définition du licenciement pour motif économique. L'obligation de reclassement est-elle un élément du licenciement pour motif économique ? Posée par le professeur Antonmattei[1], la question a alimenté la doctrine[2], qui est unanime pour y répondre négativement.

Nous sommes face à une question mal formulée, qu'il convient de poser autrement, en la dédoublant.

A/ Reclassement et bien fondé du licenciement

On peut se demander s'il peut y avoir licenciement économique lorsque l'entreprise n'a pas satisfait à son **obligation de recherche de reclassement**. Initiateur du débat, le professeur Antonmattei reconnaît la nécessaire « reformulation » de la question[3] : dans cette occurrence, le licenciement pour motif économique est-il fondé, a-t-il une cause réelle et sérieuse ?

---

[1] *In* Projet de loi de modernisation sociale : quelques propos sur une nouvelle définition du motif économique du licenciement, *Droit social* 2001, p. 930.

[2] D. Jourdan, Le droit au reclassement, *suppl. SSL* n° 1038, p. 25. D. Fabre, L'obligation de reclassement interne, *SSL* n° 1061, p. 6.

[3] *In* L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique : nouvelles dispositions, *Droit social* n° 3, mars 2002 p. 275 : « Le débat ne présente un intérêt que sur le terrain de la sanction ».

On est alors conduit à **distinguer l'obligation de reclassement interne**, qui pèse sur toute entreprise, quel que soit le nombre de salariés dont le licenciement est envisagé, **de l'obligation de reclassement externe** qui incombe aux grosses entreprises devant mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi parce qu'elles envisagent le licenciement de plus de dix salariés.

Il semble alors possible de répondre à cette question « reformulée » : si la violation par l'employeur de son obligation de reclassement interne nous semble de nature à rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse, il ne saurait en être de même pour ce qui concerne la violation de l'obligation de reclassement externe.

En effet, le manquement patronal à la possibilité de **reclassement interne** fait apparaître que l'entreprise, en définitive, avait la possibilité de reclasser le salarié concerné et qu'elle ne l'a pas fait, préférant avoir recours aux contrats précaires plutôt que de garder un salarié sous contrat à durée indéterminée ; préférant embaucher un jeune plutôt que de garder un ancien…

Au contraire, **l'obligation de reclassement externe** suppose des licenciements pour motif économique concernant des entreprises dont les difficultés économiques sont avérées. La « crise » actuelle en fournit plusieurs illustrations, dans le secteur de la téléphonie par exemple. Les grosses entreprises qui envisagent un plan de sauvegarde de l'emploi doivent, certes, se plier à cette obligation de reclassement. Mais cela ne signifie pas pour autant que l'inobservation de cette obligation a pour effet de rendre les licenciements qu'elles ont prononcés dépourvus de cause réelle et sérieuse.

Reste alors à se poser la question de la nature de la sanction à prononcer contre un employeur ayant licencié sans respecter ses obligations de reclassement.

B/ Sanction de la violation de l'obligation de reclassement

La jurisprudence antérieure à la loi de modernisation sociale décidait, depuis 1992 que le non respect par l'employeur de l'obligation de reclassement privait le licenciement de cause réelle et sérieuse[1]. Bien sûr, nous ne parlons ici que de l'obligation de reclassement interne qui pèse sur tout employeur à l'occasion d'un licenciement pour motif économique, quel que soit le nombre de salariés concernés. Car si l'entreprise emploie au moins 50 salariés et que le nombre des licenciements envisagés est supérieur à 9, sur une même période de 30 jours, on tombe alors dans le contentieux du plan de sauvegarde de l'emploi et la possible nullité des licenciements contenus dans un plan mal fait, question que nous n'évoquerons pas ici.

Néanmoins, une question nous tarabuste. Elle concerne le choix entre la sanction indemnitaire et la nullité du licenciement. Nous pensons, (et tant pis si nous

[1] *Cf.*, parmi une jurisprudence abondante : Cass. soc. 5 avril 1995, *Bull. civ*. n° 123 ; Cass. soc. 18 février 1998, *Bull. civ.* n° 88. Cass. soc. 17 mars 1999, *Bull. civ.* n° 127. Il en va de même si l'employeur ne respecte pas les obligations de reclassement auxquelles il s'est engagé : Cass. soc. 6 juin 2000, *Droit social* 2000, p. 1032.

pensons faux, nous aurons l'occasion de nous en excuser dans les prochaines colonnes de cette Revue[1] !) que le législateur de 2002 a voulu augmenter les hypothèses de nullité des licenciements alors que le Conseil constitutionnel a voulu les réduire.

D'un côté le législateur ajoute à l'article L 321-1 du Code du travail un alinéa 3ème, ainsi rédigé : « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque… le reclassement de l'intéressé… ne peut être réalisé…* » (Article 108 de la loi de modernisation sociale). En adoptant cette formulation, le législateur n'a-t-il pas marqué sa volonté d'interdire toute notification de licenciement pour motif économique tant que l'obligation de reclassement n'aura pas été correctement exécutée ? Le professeur Antonmattei ne le pense pas[2] ; mais il se pose la question…

De plus, « l'amendement Michelin » est à nouveau consacré à travers l'article L 321-4-1 (article 111 de la loi de modernisation sociale), prévoyant que le plan de sauvegarde de l'emploi doit prévoir des mesures de réduction du temps de travail (alinéa 6), dans les entreprise où la durée collective du travail dépasse les 35 heures par semaine, où l'employeur, préalablement au plan de sauvegarde de l'emploi, doit avoir conclu (alinéa 2) ou commencé à négocier (alinéa 3) un accord de réduction du temps de travail. Selon les termes de la loi, l'inexécution de cette obligation patronale peut entraîner dans un premier temps la suspension de la procédure puis, dans un second temps, **sa nullité**, prononcée par le juge statuant en la forme des référés (alinéa 4). On peut admettre que la réduction du temps de travail est une mesure de nature à éviter des suppressions d'emploi dans l'entreprise et donc à faciliter le reclassement interne des salariés dont l'emploi est menacé.

Enfin, rappelons que depuis la loi du 27 janvier 1993, « *la procédure de licenciement est **nulle et de nul effet** tant qu'un plan visant au reclassement du salarié s'intégrant au plan social* (devenu « plan de sauvegarde de l'emploi » en 2002) *n'est pas présenté à l'employeur aux représentants du personnel…* ».

D'un autre côté, le Conseil constitutionnel, dans ses réserves d'interprétation a utilisé deux fois le **même raisonnement** pour décider que la violation, par l'employeur, tant de l'obligation générale de reclassement que de « l'amendement Michelin » ne pouvait se traduire par la nullité de la procédure de

---

[1] C'est le doyen Waquet qui nous a mis la puce à l'oreille, dans son article « Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale », *loc. cit. :* à propos des sanctions de la violation, par l'employeur des obligations d'adaptation et de reclassement. Il écrit (Droit social mars 2002, p. 273) les choses suivantes : « *On peut d'abord penser que la jurisprudence ne changera pas et que, sans affirmation dogmatique, elle continuera à déclarer privé de cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé au mépris des obligations d'adaptation et de reclassement… Sinon, il faudrait imaginer une sanction distincte. Il est impossible, on vient de le voir, de retenir la sanction de la nullité en l'état de la réserve expresse de la décision du 12 janvier 2002* (du Conseil constitutionnel) *qui s'impose à toutes les juridictions* ». **Et si les réserves d'interprétation données par le Conseil constitutionnel pouvaient être *interprétées* par la Cour de cassation ?**

[2] *Op. cit.*, p. 275 et 276.

licenciement et l'obligation de réintégration qui en résulterait : « en l'absence de disposition expresse…la nullité ne se présumant point…la violation de la loi ne pourra pas être sanctionnée par la nullité du licenciement et l'obligation de réintégration qui en découlerait ».

Ainsi, alors que le législateur de 2002 avait voulu étendre les cas de nullité du licenciement pour motif économique, le Conseil constitutionnel les a-t-il réduits. Son message, adressé en premier lieu à la Cour de cassation ne concerne-t-il que la loi de modernisation sociale de 2002 ou, aussi, la loi de 1993 et son application jurisprudentielle ? La Cour de cassation va-t-elle changer sa jurisprudence ? A suivre !

Nous devons maintenant cerner l'obligation de reclassement interne et son pendant, l'obligation d'adaptation.

II/ Le contenu de l'obligation de reclassement et de l'obligation d'adaptation : deux obligations connexes

C'est en 1992 et à moins de 2 mois d'intervalle que la chambre sociale de la Cour de cassation mit en place une formidable construction intellectuelle destinée à cantonner les licenciement pour motif économique.

- D'abord, dans un arrêt qui fit couler beaucoup d'encre[1], elle se fonda sur un « principe général du droit » évoqué essentiellement par l'article 1134 alinéa 3 du code civil, pour décider que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salarié à l'évolution de leur emploi* ».

- Ensuite, dans une décision[2] moins remarquée à l'époque mais dont on a pris la mesure depuis, notre Haute juridiction décida que « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir, en cas de suppression d'emploi, que si le reclassement de l'intéressé à l'intérieur de l'entreprise est impossible* ».

Ces formules jurisprudentielles ont évolué depuis ; les obligations qu'elles créent à la charge de l'employeur ont été consacrées par le législateur. Avant de tenter de cerner leur contenu respectif (B et C), examinons les relations qu'elles entretiennent (A).

A/ Adaptation et reclassement : deux obligations patronales connexes

« Adapter pour reclasser » ; le travailliste qui s'intéresse au droit des contrats ne peut s'empêcher de faire le parallèle entre cette affirmation et celle qui prévaut en matière de contrat ayant pour objet l'obligation de remise d'un bien : pour délivrer, ou restituer un bien, il faut avant tout l'avoir conservé correctement. Si la conservation d'un bien est le nécessaire préalable à l'exécution de l'obligation de

---

[1] C'est un « très grand » arrêt du droit du travail, rendu en assemblée plénière de la Chambre sociale, que la littérature juridique évoque aussi bien sous le nom de l'employeur (*l'arrêt Expovit*) que sous le nom du salarié (*l'arrêt Dehaynain*) : Cass. soc. 25 février 1992, n° 89-41.634 ; *Bull. civ.* n° 122 ; *D.* 1992, Somm., p. 294, observations A. Lyon – Caen ; *Droit social* 1992, p. 379 et p. 573.

[2] Cass. soc. 1er avril 1992, *Bull. civ.* n° 228.

livrer, l'adaptation d'un salarié à l'évolution de son emploi nous semble être la même chose pour ce qui concerne l'obligation patronale de reclassement. En d'autres termes, l'adaptation serait le moyen et le reclassement serait le résultat.

Que les choses soient claires : notre proposition d'analyse n'a pas pour objectif d'assimiler le salarié à une marchandise ! Il s'agit simplement de raisonner à l'aide de règles juridiques existantes qui ont « fait leur preuve ».

Ce qui donnerait les choses suivantes : alors qu'il incomberait au salarié de prouver que l'employeur n'a pas satisfait à son obligation d'adaptation (régime de l'obligation de moyens : preuve de la faute à rapporter par la victime, en l'occurrence le salarié), l'employeur supporterait la charge de la preuve de la correcte exécution de son obligation de reclassement : si le reclassement interne n'a pu avoir lieu, c'est que, même après l'adaptation du salarié, aucun poste ne peut lui être proposé ; soit parce que l'entreprise ne dispose d'aucun poste disponible ; soit parce que le salarié reste incompétent, malgré la formation que l'employeur lui a permis de suivre, à occuper l'emploi nouveau proposé[1].

B/ Le contenu de l'obligation d'adaptation

Historique et contenu de cette obligation.

1°/ Historique

La prise de conscience par les partenaires sociaux de la nécessité de réapprendre certaines choses à des salariés « taylorisés », les plus performants dans « l'ancienne économie » et devenus fragiles dans la « nouvelle économie » n'est pas une totale nouveauté. Ainsi, le préambule de l'ANI du 10 février 1969 évoquait-il les efforts de formation facilitant les mutations internes ; la notion fut reprise par l'ANI du 20 octobre 1986, légalisé par une loi du 30 décembre 1986. Depuis 1989, « des accords d'entreprise…peuvent prévoir la réalisation d'actions de formation de longue durée en vue de favoriser l'adaptation des salariés aux évolutions de l'emploi dans l'entreprise… »[2].

La nouveauté introduite par l'arrêt du 25 février 1992 auquel nous nous référions plus haut n'est pas sans importance : une décision rendue par l'assemblée plénière de la Chambre sociale de la Cour de cassation ; une décision de rejet comportant un chapeau faisant référence à la théorie générale des obligations contractuelles, plus précisément à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil (Les conventions doivent être exécutées de bonne foi). Ce qui était possibilité devient devoir, obligation générale pesant sur tout employeur, prenant tout son sens lorsque l'employeur entend licencier.

---

[1] On peut adopter la même solution dans l'hypothèse où le salarié refuse la formation proposée de bonne foi par l'employeur car la bonne foi doit être partagée par les deux parties.

[2] Art. L 322-7 du Code du travail, issu de la loi du 2 août 1989.

Cette obligation prétorienne a été légalisée par la loi « Aubry II » du 19 janvier 2000[1]. La loi de modernisation sociale l'a renforcée, en prévoyant un dispositif d'appui aux entreprises qui souhaitent élaborer « un plan de gestion prévisionnelle des emplois comprenant des actions de formation destinées à assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois… »[2].

Cependant, la loi reste muette quant aux contours de cette obligation.

2°/ Contenu de cette obligation

Il est impossible aujourd'hui de cerner avec précision le contenu de cette obligation. Rendez vous dans dix ans !… On peut cependant proposer deux pistes de réflexion.

a) Le nœud du contentieux : l'informatique

L'arrêt *Expovit* précité concernait une salariée engagée en qualité de responsable du fichier client informatique et licenciée parce que son poste avait « évolué » vers un poste de « facturière ». Il en allait à peu près de même dans un arrêt rendu quelques mois après[3], concernant une employée de bureau licenciée après dix-sept ans de service, au prétexte de l'informatisation de l'entreprise. Dans les deux cas, le licenciement a été considéré sans cause réelle et sérieuse, faute pour l'employeur d'avoir essayé d'adapter le salarié. Dans les deux cas, il s'agissait d'informatique, secteur qui nous semble être le domaine privilégié de ce type de contentieux. L'informatique et ses rapides évolutions que nous imposent M. William Gates et Internet. Parmi les « cadres quadra » du monde de la Banque à qui on a imposé le passage à l'informatique, combien n'ont pas tenu ?

b) L'ampleur de l'obligation patronale d'adaptation

Quatre arrêts résument bien la position de la Cour de cassation sur la question.

D'abord, dans un arrêt de septembre 1992[4], la Cour de cassation évoque la formation ***compatible*** avec les capacités du salarié[5].

Ensuite, dans un arrêt de 1994[6], le licenciement est jugé sans cause réelle et sérieuse parce que l'employeur avait refusé à la salariée la « ***courte formation*** » qu'impliquait son reclassement.

---

[1] Article L 932-2 alinéa 1er du Code du travail : « L'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois ».

[2] A l'heure où ses lignes sont écrites, le décret précisant les conditions d'octroi de cet appui n'est pas sorti.

[3] Cass. soc. 19 novembre 1992, *Bull. civ.* n° 564.

[4] Cass. soc. 23 septembre 1992, *Droit social* 1992, p. 922.

[5] Une employée engagée en qualité de standardiste, hôtesse d'accueil et sténodactylographe, licencié et remplacée par une salariée qui s'était vu confier outre ces tâches, la préparation des dossiers de financement.

[6] Cass. soc. 19 octobre 1994, *Bull. civ.* n° 279 ; *Droit social* 1995, p. 64.

Encore, un arrêt de l'an 2000[1] jugeait que l'employeur n'était pas tenu de reclasser un salarié à un poste nécessitant une ***formation initiale*** de trois ans ***et une expérience*** de plusieurs années qu'il ne possédait pas.

Enfin, une décision de 2001[2] affirme que si l'employeur a l'obligation d'adapter les salariés à l'évolution de leurs emplois, « au besoin en leur assurant une ***formation complémentaire***, il ne peut lui être imposé d'assurer la ***formation initiale*** qui leur fait défaut ».

Opposer les formations longues aux formations courtes, opposer les formations complémentaires aux formations initiales, telle est aujourd'hui la démarche de la Cour de cassation. Sans doute est-elle au courant, mieux que nous, de la réforme de l'enseignement supérieur initiée par M. Lang !

Enfin, rappelons que le salarié n'est pas un sujet purement passif de l'obligation d'adaptation :

S'il refuse la proposition patronale, son manque de bonne foi peut, à notre avis, entraîner un licenciement disciplinaire.

S'il reste incompétent, suite à la formation qu'il aura suivie, son licenciement pourra se faire sur deux fondements :

- Licenciement pour motif économique : transformation de poste…

- Licenciement pour motif inhérent à la personne du salarié : l'incompétence professionnelle.

C/ Le contenu de l'obligation de reclassement

Nous n'évoquerons pas, ici, l'obligation de *reclassement externe* qui pèse sur l'entreprise employant au moins cinquante salariés et qui désire licencier dix salariés ou plus sur une même période de trente jours. En d'autres termes, nous ne reviendrons pas sur cet aspect particulier du plan de sauvegarde de l'emploi, dont on sait pourtant que son absence ou son insuffisance peut être cause de nullité des licenciements[3], car cette vaste question ne concerne pas la notion de licenciement pour motif économique bien fondé, notion à l'étude de laquelle nous voulons nous limiter.

L'employeur qui veut éviter les affres du licenciement sans cause réelle et sérieuse devra respecter certaines obligations, sur le fond (1°) et sur la forme (2°).

1°/ Le fond

Où reclasser ? La question se dédouble, entre géographie et hiérarchie.

a) Du point de vue géographique

Deux situations sont, *a priori*, envisageables.

---

[1] Cass. soc. 11 janvier 2000, n° 97-41.255.

[2] Cass. soc. 3 avril 2001, *Bull. civ.* n° 114 ; *SSL* n° 1024, p. 11, obs. C. G.

[3] *Cf.* art. L 321-4-1 alinéa 5 du C. trav.

a-1°/ Reclassement dans le même établissement, sans mobilité géographique

L'employeur doit proposer au salarié dont il envisage le licenciement un poste similaire ou équivalent qui serait disponible dans l'établissement ; au besoin en lui offrant de s'adapter[1] ; au besoin en lui offrant un contrat de travail à durée déterminée qu'il est apte à occuper[2].

a-2°/ Reclassement dans un autre établissement ou dans une autre société du groupe, avec mobilité géographique

Rappelons d'abord qu'une telle proposition de reclassement devra, en principe, suivre le régime de la ***modification***[3].

Disons ensuite que, selon un arrêt récent[4], lorsqu'une procédure de licenciement est simultanément engagée dans plusieurs entreprises appartenant au même groupe, chacune de ces entreprises doit offrir à ses propres salariés en priorité, les postes disponibles.

Revenons enfin sur la jurisprudence qui avait, dans le but de contrôler plus efficacement l'exécution de cette obligation de reclassement dans le cadre d'un groupe, décidé d'en limiter l'examen au niveau des entreprises dont les activités, l'organisation ou *le lieu d'exploitation* permettait au groupe d'effectuer une permutation du personnel[5]. S'agissant en particulier du « lieu d'exploitation », on avait pu se demander si une entreprise qui fermait son usine française pour la réimplanter à l'étranger devait exécuter son obligation de reclassement au regard des postes disponibles dans la nouvelle usine implantée à l'étranger. L'enjeu est de taille. La délocalisation va-t-elle engendrer des salariés expatriés ? Les arrêts du 5 avril 1995[6] paraissaient répondre négativement à cette question. Mais la loi nouvelle paraît bien contredire cette jurisprudence, affirmant de façon générale que le reclassement doit s'effectuer « dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient »[7]. La Cour de cassation devra-t-elle modifier sa jurisprudence ? A suivre[8].

---

[1] *Cf. supra*.

[2] Cass. soc. 1er mars 2000, RJS 4/2000, n° 395 ; Cass. soc. 29 janvier 2002, n° 00-41.885 D ; *SSL* n° 1063, p. 12.

[3] Dès lors que la proposition de mobilité a pour conséquence de faire changer le salarié de « secteur géographique » ; sur l'incertitude de ce critère utilisé par la Cour de cassation depuis 1997, *cf.* notre étude, *in RJOI* n° 1, p. 33 et suiv., spéc. p. 45.

[4] Cass. soc. 11 décembre 2001, n° 99-44.291 P+ R, *SSL* n°1056, p. 12.

[5] Cass. soc. 25 juin 1992, *Dr. Soc*. 1992, conclusions Kessous. *Cf.* la jurisprudence citée par Ph. Waquet *in Le licenciement économique*…, *loc. cit.*, p. 272.

[6] Cass. soc. 5 avril 1995, *JCP* éd. G 1995, 22443, obs. G. Couturier, *op. cit*.

[7] Art. L 321-1-1 al. 3 C. trav., issu de la loi du 17 janvier 2002.

[8] Un avocat nîmois nous incite à faire cette démarche ; il écrit, à propos de la consécration légale de l'obligation jurisprudentielle de reclassement que « *L'apport essentiel de la loi réside dans le surlignage de l'obligation, c'est à dire dans sa portée plus que dans la précision de ses contours* » (sic). Sans doute valait-il mieux se taire et attendre (D. Fabre, *L'obligation de reclassement interne*, *SSL* n° 1061, p. 6).

b) Du point de vue hiérarchique

La loi nouvelle évoque le reclassement *dans un poste inférieur*, sous réserve de *l'accord express du salarié*.

La jurisprudence avait déjà adopté cette solution[1] qui élargit le périmètre de l'obligation de reclassement.

La loi de 2002 apporte-t-elle une nouveauté en précisant qu'en cette occurrence le salarié doit donner **expressément** son accord ? Il nous semble qu'une réponse positive doive être apportée à cette question. En effet, lorsque, pour des raisons économiques, l'employeur envisage une modification « substantielle » du contrat de travail (et on admettra sans peine qu'une proposition de reclassement sur un poste inférieur constitue une proposition de modification « substantielle »), il doit, selon l'alinéa 1er de l'article L 321-1-2 du Code du travail, en informer le salarié par lettre recommandée avec accusé de réception. Et, selon l'alinéa 3 de l'article précité, le salarié qui n'a pas répondu dans le délai d'un mois est réputé avoir accepté la modification proposée. **L'acceptation tacite** de la proposition de modification, législativement consacrée[2] et doctrinalement critiquée[3] peut-elle jouer jouer lorsque l'employeur est amené à proposer un reclassement sur un poste de catégorie inférieure ? Nous ne le pensons pas et notre réponse passe par un raisonnement en deux étapes.

1ère étape : *specialia generalibus derogant*. Certes, nous ne sommes ici que face à des règles très spéciales. Mais n'est-ce pas dans de telles hypothèses que le juriste doit remonter aux principes ?

2nde étape : articuler le principe et l'exception puis l'exception à l'exception de l'exception, pour revenir au principe.

- Le principe : *qui ne dit mot ne consent pas*. C'est un principe général du Droit. Si le destinataire d'une offre de contrat n'y répond pas expressément par un « oui », on doit considérer qu'il refuse cette offre.

- L'exception : *qui ne dit mot consent*. Règle prévue notamment par l'article L 321-1-2 al. 3 du Code du travail : la proposition patronale de modification du contrat de travail, faite pour raison économique à un salarié qui n'y répond pas est réputée acceptée par ce dernier.

- L'exception à l'exception et le retour au principe : l'article L 321-1 alinéa 3. Lorsque le patron offre à son salarié un emploi inférieur pour exécuter son obligation de reclassement, la réponse salariale positive ne se conçoit qu'expresse.

Aussi peut-on conclure que lorsque l'employeur propose, pour exécuter son obligation de reclassement, un poste d'une catégorie inférieure à celui précédemment occupé, on ne peut présumer l'acceptation du travailleur de son seul

---

[1] Cass. soc. 8 avril 1992, *Bull. civ.* n° 258. Cass. soc. 31 mai 1994, n° 92-44.327, cité par D. Fabre, *op. cit.*

[2] Le texte est issu d'une loi du 20 décembre 1993.

[3] C*f.* J. E. Ray, *Droit du travail, droit vivant, op. cit.*, n° 165.

silence. C'est, à notre avis, une des nouveautés introduites par la loi de modernisation sociale dans le Droit de l'obligation de reclassement.

2°/ La forme

In fine, l'article L 321-1 du code du travail prévoit que « *Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être précises et écrites* ». Selon le Doyen Waquet, c'est une exigence que la jurisprudence n'aurait pu imposer[1]. C'est, selon le Professeur Antonmattei, une exigence probatoire déjà bien présente en pratique[2]. C'est, selon nous, une exigence logique, car il n'y a aucune raison de traiter plus favorablement le salarié qui fait l'objet d'un grand licenciement collectif pour motif économique des autres (licenciement individuel pour motif économique ou petit licenciement collectif). Or, on sait que le plan social (actuel plan de sauvegarde de l'emploi) doit contenir des mesures précises[3] pour faciliter le reclassement du personnel et on sait à quel formalisme doit obéir ce plan.

Bornons nous à remarquer que plusieurs décisions avaient « exigé » ce formalisme et cette précision[4] avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Assistera-t-on à une jurisprudence sur l'absence d'écrit précis aussi « dure » que celle qui prévaut en matière de lettre de licenciement, entraînant systématiquement une absence de cause réelle et sérieuse ?

En définitive, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 pose plus de questions qu'elle n'en résout.

Etude terminée le 18 juin 2002

---

[1] *Loc. cit.* p. 272.

[2] *Loc. cit.* p. 278.

[3] *Cf.* Cass. soc. 17 mai 1995, *JCP* 1995, II, 22461, obs. Y. Saint – Jour ; *D.* 1995, p. 436, obs. G. Couturier.

[4] Reims, 18 juin 1997, citée par D. Fabre, *op. cit.* Cass. soc. 17 octobre 2001, *SSL* n° 1048, p. 12.

9ème thème : Droit fiscal