

Encadrer les destructions d'emploi

État des lieux et évolutions du droit du licenciement économique

Aurianne Cothenet *

Un droit du licenciement économique a été érigé à partir de l'ordonnance de 1945 créant une autorisation administrative préalable, aujourd'hui disparue : le Conseil d'État avait jugé qu'elle ne devait s'appliquer qu'aux licenciements liés à l'objectif de contrôle de l'emploi affiché par ce texte. Cette spécificité est aujourd'hui caractérisée par des dispositifs de contrôle ainsi que de prévention ou, à défaut, de reprise d'emploi, voire simplement d'activité, dont l'instrument principal est le reclassement, en tendant finalement à encadrer les destruction d'emploi. Quelle évolution du droit de l'emploi pour agir en amont ?

État des lieux du droit du licenciement économique

Ce régime a été subdivisé en trois procédures dépendant de l'effectif concerné :

– le licenciement individuel (1 licenciement envisagé) qui inscrit la prévention dans les droits du salarié, notamment le droit au reclassement préalable, mais dont le contrôle est restreint à l'éventualité d'une contestation judiciaire *a posteriori* ;

– le « petit » licenciement collectif (2 à 9) permet un contrôle supplémentaire, mais souple, par la consultation préalable du CE et l'information *a posteriori* de l'autorité administrative ;

– le « grand » licenciement collectif (10 et plus) est la seule procédure instituant des possibilités de prévention et de contrôle véritablement contraignantes, parmi lesquelles l'expertise légale du CE, le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), la possibilité d'une action judiciaire du CE ou des syndicats interdisant tout

Contrôle	Moment	A priori
		A posteriori
	Acteur	CE (ou DP dans les entreprises de 11 à 50 salariés)
		Autorités administratives (DIRECCTE ou inspection du travail ; préfecture pour certains cas tels que les aides FNE et la revitalisation du bassin d'emploi)
		Juridiction judiciaire (TGI pour les contentieux collectifs ; CPH pour les contentieux individuels)
	Objet	Effectif concerné
		Régularité de la procédure
		Ordre des licenciements (catégories professionnelles et critères)
		Reclassement préalable et reprise d'emploi ou d'activité, inscrites un PSE ou non
		Indemnisation Justification économique
Force	Consultatif	
	Contraignant	
Récurrence	Automatique	
	Eventuel	
Prévention et compensation	Objectif	Prévention
		Reprise d'emploi ou d'activité (garantie ou favorisée)
		Compensation
	Force	Obligation précise (de faire telle chose)
		Obligation de moyen (de faire tout son possible pour atteindre tel objectif)
	Sanction	Indemnisation autonome et supplémentaire
		Reconnaissance du caractère abusif du licenciement (indemnisation)
		Réintégration
Financement	A la charge de l'employeur	
	Assurance chômage	
	FNE	

* Juriste-Formatrice du travail (IRP et syndicats)

licenciement jusqu'à présentation d'un PSE suffisant et l'intervention de l'autorité administrative tout au long de la procédure.

En synthèse, ces dispositifs peuvent être analysés selon la grille suivante, non exhaustive.

Ils dépendent de deux variables de l'opération de qualification d'une réorganisation :

- le champ d'application des règles du licenciement économique (un « licenciement » pour « cause économique » défini par l'art. L1233-3 C. trav.);
- les seuils faisant varier les obligations et contraintes du régime (décompte du nombre de « licenciements pour cause économique » envisagés).

Du licenciement économique à la rupture économique : le cas des plans de départs volontaires

La jurisprudence a étendu l'application du régime à d'autres modes de rupture que le licenciement, dès lors qu'ils sont utilisés comme moyen de diminution ou de modification de la structure de l'effectif, à l'occasion de la pratique patronale des « plans de départs volontaires » (PDV) dans les années 1990.

Il existe aujourd'hui trois types de PDV, unilatéraux ou négociés, tous inclus dans le champ d'application des règles du licenciement économique :

- le PDV comme moyen d'éviter les licenciements en libérant des postes de reclassement pour les salariés dont le licenciement est envisagé, qui pose le moins de difficultés puisqu'une procédure de licenciement économique est engagée ;
- le PDV préalable aux licenciements, envisagés si le volontariat ne suffit pas, qui présente un risque de contournement de la procédure de licenciement économique mais reste facilement assimilable puisque l'objectif de réduction d'effectif est affiché ;
- le PDV autonome, avec engagement de ne procéder à aucun licenciement, pose plus de difficultés puisque le lien avec une cause économique n'est pas nécessairement exprimé ni manifeste (surtout lorsqu'il est affiché comme politique de mobilité professionnelle) et renforce l'image d'un départ librement choisi par un salarié nullement menacé.

Mais cette inclusion n'est que partielle. Elle vaut surtout pour la détermination de la procédure applicable. D'autres dispositifs restent au contraire réservés aux licenciements, tels que l'ordre des licenciements ou, concernant uniquement les PDV autonomes, le droit au reclassement préventif, qui n'imposent donc que des mesures visant à favoriser la reprise d'emploi ou d'activité.

Enfin, la Convention de reclassement personnalisé (CRP), créée en 2005, a soulevé des difficultés similaires. En effet, la loi prévoit qu'elle substitue une rupture amiable au licenciement qui était envisagé. Elle est incluse dans la procédure, l'ordre des licenciements est applicable, la justification économique de la rupture peut être contestée mais le droit au reclassement préventif ne court que pour la période antérieure à son acceptation, qui vaut en outre renonciation aux propositions déjà adressées. Autrement dit, la CRP marque un passage définitif en phase de reprise d'emploi ou d'activité dans le cadre de Pôle Emploi à l'exclusion du reclassement préventif à la charge de l'employeur.

Nouvelle illustration avec le cas de la rupture conventionnelle (2008-2011)

La loi du 25 juin 2008 (consécutive à l'ANI du 11 janvier 2008) crée la rupture conventionnelle et l'exclut expressément du champ des règles du licenciement économique. Autrement dit, elle est en quelque sorte une rupture pour cause inconnue excluant de lui attribuer, ou même de rechercher, une cause économique et, contrairement aux PDV, les règles qui lui sont applicables excluent de lui donner une dimension collective ou économique : fondée sur le consentement, elle est strictement individuelle et personnelle.

En conséquence, le salarié concerné se trouve lésé des dispositifs attachés au licenciement économique et, à tout le moins, cela revient à laisser à la libre disposition de chaque salarié des dispositions d'ordre public et d'intérêt général. De plus, l'employeur pourra conclure des ruptures conventionnelles avec certains et en licencier d'autres, qui se trouveront lésés puisque l'importance de leurs droits comme des possibilités de contrôle dépend du nombre de ruptures décomptées. Enfin, toute mesure des ruptures économiques est tenue en échec (causes d'entrées à Pôle Emploi, déclaration des mouvements de main-d'œuvre, information de l'autorité administrative ou, en interne, CE). Indépendamment de la fraude, difficilement vérifiable, cette opacité de l'existence comme des causes et conditions de la rupture est intrinsèquement préjudiciable au fonctionnement des dispositifs de contrôle et préservation de l'emploi.

L'articulation des deux régimes a fait l'objet d'une instruction ministérielle du 23 mars 2010 à l'attention des autorités administratives chargées de l'homologation indispensable à la validité d'une rupture conventionnelle. Un contrôle approfondi systématique est exclu et l'existence de difficultés économiques ou de suppressions d'emploi ne peut être en elle-même un motif de refus d'homologation. Mais un contrôle approfondi, voire un refus d'homologation, est possible en présence de deux circonstances cumulatives : un nombre élevé de ruptures conventionnelles (l'instruction se réfère aux seuils de la procédure de licenciement, y compris en cumulant ruptures conventionnelles et licenciements économiques) ET un contexte économique difficile révélé à l'administration.



La Cour de cassation a récemment rendu son verdict : « lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités, les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de PSE » (Soc., 9 mars 2011, n° 10-11581). Dans cette affaire, l'employeur avait procédé à un plan de 9 licenciements fin 2008 puis diminué l'effectif de 47 salariés par ruptures conventionnelles jusqu'à mars 2009 ; un nouveau plan de 9 licenciements devait alors s'analyser en un projet de plus de 10 licenciements économiques conférant certaines attributions au CE et nécessitant l'élaboration d'un PSE. Il est à noter que sa portée pourrait être nuancée par ce cadre où la fraude intentionnelle était manifeste et que la décision ne porte pas sur la validité ou la qualification des ruptures conventionnelles conclues.

De la rupture économique à la destruction d'emploi : faiblesses du régime et pistes d'évolution

Derrière les objectifs de contrôle et de préservation de l'emploi attribués au dispositif, la véritable référence juridique n'est pas la destruction d'emploi mais la rupture de contrat « pour une cause non inhérente à la personne du salarié ». L'emploi est regardé uniquement du point de vue de celui qui l'occupe et c'est son reclassement ou sa reprise d'emploi ou d'activité qui est au cœur du régime. Les objectifs de contrôle et de préservation sont restreints à une vision défensive et individuelle ou, en tout cas, contractuelle, à l'exclusion de l'intérêt des candidats à l'emploi comme de l'intérêt général à la préservation du volume et de la qualité des emplois. Et c'est cette même vision qui délimite l'extension du régime par la jurisprudence, centrée sur la rupture de contrat et son lien avec un plan de modification de volume ou de structure de l'effectif déclaré ou au moins apparent.

Or, les objectifs du régime actuels pourraient impliquer, plus offensivement, de s'intéresser, outre à sa cause, à la suite de la rupture : le licenciement personnel, la rupture conventionnelle, les démissions et départs en retraite emportent destruction d'emploi lorsque le salarié n'est pas remplacé. Pourtant, à l'heure actuelle, ces emplois sont considérés, en quelque sorte, comme des emplois « libérés ». La mise en place d'un dispositif juridique de préservation de l'emploi centré sur la destruction d'emploi plutôt que sur la rupture économique permettrait d'attribuer des conséquences juridiques particulières au non-remplacement qui constitue une suppression d'emploi, sans nécessairement remettre en cause l'exacte qualification ni la validité ou l'autonomie de la rupture de contrat qui en est l'origine.

On pourrait ainsi concevoir une catégorie juridique « suppression d'emploi » qui dépasserait la suppression d'emploi réalisée par une rupture pour cause économique, par exemple :

- la suppression d'emploi consécutive au non-remplacement de salarié concomitant à un plan de ruptures pour cause économique, ou plus généralement à une modification de volume ou de structure de l'effectif, qui pourrait être incluse au moins quant à la déter-

mination de la procédure applicable et, en tout cas, mériterait un contrôle particulier en raison du risque de contournement des garanties et procédures, c'est-à-dire au nom de la simple effectivité des règles de la rupture économique ;

- la suppression d'emploi consécutive au non-remplacement de salarié indépendamment du type de rupture et des circonstances pourrait être soumise à un régime juridique particulier au nom du contrôle et de la préservation de l'emploi pris comme objectif d'intérêt général dans une logique radicale de contrôle et de prévention de la destruction d'emploi.

On peut attribuer des effets variables à cette nouvelle logique en fonction du choix et/ou de l'adaptation des éléments du régime de la rupture économique dont l'extension est pertinente :

- *a minima*, l'organisation des conditions de possibilité d'une veille (par exemple, la précision du type de rupture et du remplacement ou non dans le registre d'entrée/sortie du personnel ainsi qu'un accès permanent ou une information mensuelle des IRP, syndicats locaux et administrations à ce registre) ;
- l'extension de l'exigence de justification économique (de la suppression d'emploi et non de la rupture de contrat), contrôlée par le CE ou une institution équivalente là où il n'existe pas ;
- voire même l'extension des droits du salarié, considérant en quelque sorte qu'il aurait dû en fait bénéficier des garanties attachées à la cause économique, notamment en termes de reprise d'activité (obligant, réciproquement, l'employeur qui entend échapper à ces obligations à s'engager à pourvoir l'emploi libéré, sous contrôle du CE et du juge).

Enfin, la qualification de rupture économique n'est possible que pour les salariés en CDI ; le non-renouvellement des contrats précaires (CDD, intérim), même pour cause économique, y échappe, y compris dans le cas où ils sont illégalement utilisés pour pourvoir des emplois permanents. Une meilleure articulation des dispositifs de requalification de ces contrats en CDI avec ceux de la rupture économique permettrait à ces salariés de bénéficier des droits du licenciement économique et d'intégrer ces emplois permanents au plan de reclassement.

Pour conclure, il est important de souligner que seuls des moyens d'intervention au moment même de la dégradation de la situation ouvrent de réelles marges d'intervention, même si la possibilité d'une veille par les IRP, là où ils sont mis en place, existe par l'intermédiaire des rapports périodiques qui doivent leur être remis. Par exemple, la possibilité reconnue au CE de faire ordonner par un tribunal, en urgence, la suspension des licenciements et l'amélioration du contenu du PSE, ou celle reconnue au CHSCT concernant la suspension et la modification d'une réorganisation diminuant les conditions de sécurité ne sont concevables que parce qu'elles interviennent au moment de la consultation préalable à la mise en œuvre du projet. L'intérêt d'un contrôle de la destruction d'emplois s'étend au-delà des salariés sortants et des candidats à l'emploi : on pourrait en attendre un meilleur rapport de force sur les questions de charge de travail et de productivité, c'est-à-dire, *in fine*, de conditions de travail et de salaire. ■