

Les pouvoirs publics continuent d'assouplir les règles du licenciement économique tant quant à son périmètre d'appréciation que quant aux critères d'ordre des licenciements via l'ordonnance n°2017-1387.

DÉFINITION DU MOTIF ÉCONOMIQUE

Le législateur complète l'article L 1233-3 du code du travail. Il allonge la liste des motifs économiques susceptibles de justifier le licenciement, en ajoutant aux difficultés économiques et aux mutations technologiques deux motifs déjà consacrés par la jurisprudence :

- la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité ;
- la cessation d'activité de l'entreprise.



Cette liste ne peut être considérée comme exhaustive dans la mesure où l'article L 1233-3 reprend l'adverbe « notamment ». Par conséquent, le juge pourra retenir la légitimité d'un licenciement pour motif économique fondé sur un motif non prévu par la loi.

APPRÉCIATION DES DIFFICULTÉS ÉCONOMIQUES

Depuis le 1^{er} décembre 2016, l'appréciation des difficultés économiques se fait en fonction de critères légaux.

Les difficultés économiques sont caractérisées :

- « soit par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique (...) » ;
- « soit par tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés ».



Cette liste n'a qu'un caractère indicatif, dans la mesure où l'article L 1233-3 du code du travail emploie le mot « tel » : « tel une baisse des commandes ou (...) ».

OBSERVATIONS

Il semblerait également (à défaut de précision dans la loi) que la présence d'un seul indicateur suffise à caractériser lesdites difficultés. Une entreprise pourra donc établir la réalité de ses difficultés économiques, même si aucun des autres indicateurs n'a évolué négativement.

Pourront être retenus comme indicateurs :

« une baisse des commandes » ;

« ou une baisse du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation ». Le législateur pose pour principe qu'« une baisse significative est constituée, dès lors que la durée de cette baisse est, en comparaison avec la même période de l'année précédente, au moins égale à :

- 1 trimestre pour une entreprise de moins de 11 salariés ;
- 2 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 11 salariés et de moins de 50 salariés ;
- 3 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 50 salariés et de moins de 300 salariés ;
- 4 trimestres consécutifs pour une entreprise de 300 salariés et plus ».

« ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation ».

OBSERVATIONS

Pour FO, apprécier l'existence de difficultés économiques différemment selon la taille de l'entreprise est contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi (Cons. const., 5-8-2005, n°2015-715).



Le texte ne fixe pas de durée minimum pour caractériser les pertes d'exploitation ou la dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation. Ainsi, ces indicateurs seront laissés à l'appréciation des juges.

PÉRIMÈTRE D'APPRÉCIATION DE LA CAUSE ÉCONOMIQUE DU LICENCIEMENT

● L'entreprise

L'article L 1233-3 limite au territoire national le périmètre d'appréciation des difficultés économiques du groupe auquel appartient l'entreprise, contrairement à une jurisprudence bien établie.

« La matérialité de la suppression, de la transformation d'emploi ou de la modification d'un élément essentiel du contrat de travail s'apprécie au niveau de l'entreprise » (art. L 1233-3 du code du travail).

Il s'agit là de la transposition de la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. soc., 8-1-98, n°95-43606 ; Cass. soc., 16-1-01, n°98-44461).

● **La notion de groupe**

La chambre sociale avait indiqué, récemment et pour la première fois, la configuration du groupe servant de cadre à l'appréciation du motif économique de licenciement :

«Le périmètre du groupe à prendre en considération à cet effet est l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante dans les conditions définies à l'article L. 2331-1 du code du travail, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national. Les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique continuent à s'apprécier au niveau de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise, en prenant en compte les sociétés du groupe établies à l'étranger» (Cass. soc., 16-11-16, n°14-30063).

Cette notion, reprise par la première ordonnance du 22 septembre 2017 – en limitant au territoire national - est abandonnée par l'ordonnance dite « *balai* » n°2017-1718 du 20 décembre 2017 (JO du 21-12-17).

Auparavant (définition de la première ordonnance)

Le groupe est défini,

«lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément au I de l'article L 2331-1 et, dans le cas contraire, comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français».

Reprise de la définition donnée par la Cour de cassation le 16 novembre 2016 dans 3 arrêts (n°14-30063, 15-19927 et 15-15190), il s'agit d'une vision fondée sur le comité de groupe.

Aujourd'hui

La nouvelle définition relève davantage du droit commercial et ne distingue plus selon que le siège de l'entreprise dominante se situe sur le territoire national ou non :

«Pour l'application du présent article, la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L 233-1, aux I et II de l'article L 233-3 et à l'article L 233-16 du code de commerce.»

OBSERVATIONS

L'harmonisation se fait au profit de la notion de groupe, au sens du code de commerce, et non au profit de la notion du comité de groupe, comme cela était prévu dans la première ordonnance. Ainsi, le code du travail, protecteur des droits des salariés, est délaissé au profit du code de commerce, appelé aussi pour cette partie code des sociétés !

À SAVOIR

Le terme «*notamment*», en amont des différents indices proposés par le gouvernement, laisse le pouvoir aux juges d'étendre ces critères à d'autres critères non énumérés et redonne à la Cour de cassation le pouvoir de contrôler les critères retenus.

● Une définition du secteur d'activité

«Le secteur d'activité permettant d'apprécier la cause économique du licenciement est caractérisé, notamment, par la nature des produits, biens ou services délivrés, la clientèle ciblée, les réseaux et modes de distribution, se rapportant à un même marché»,

précise l'avant-dernier alinéa de l'article L 1233-3 modifié du code du travail.

Le texte ne fait que reprendre une jurisprudence établie par les juges du fond pour déterminer le secteur d'activité par un faisceau d'indices «*relatifs à la nature des produits, à la clientèle auxquels ils s'adressaient et au mode de distribution mis en œuvre par l'entreprise, que celle-ci relevait du secteur d'activité de l'ameublement*» (Cass. soc. 10-02-10 n°08-41109 ; Cass. soc., 19-03-02, n°07-42381 pour le bois par exemple).



La notion de fraude est réintroduite par la loi de ratification dans le périmètre d'appréciation de la cause économique.

CRITÈRES D'ORDRE DES LICENCIEMENTS

L'article L 1233-5 modifié du code du travail précise que le périmètre d'application des critères d'ordre peut être établi par accord d'entreprise.



Il ne s'agit pas des critères d'ordre de licenciement, mais seulement du périmètre dans lequel ces critères peuvent être retenus.

Dans le cas d'un document unilatéral et dans le cadre des licenciements de 2 à 9 salariés, l'ordonnance a établi un garde-fou, dans la mesure où l'employeur est le seul maître d'œuvre de la détermination du périmètre : le périmètre choisi ne peut pas être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés un ou plusieurs établissements de l'entreprise concernée par les suppressions d'emploi. Les zones d'emploi sont définies par la DARES (art. D 1233-2 du code du travail).

L'OBLIGATION DE RECLASSEMENT

Déjà limitée au territoire national depuis la loi du 6 août 2015, l'obligation de reclassement est circonscrite, désormais, aux entreprises et aux groupes d'entreprises dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel (art. L 1233-4 du code du travail).

OBSERVATIONS

Cela restreint, un peu plus encore, l'obligation de reclassement de l'employeur. Ainsi, si le lieu d'exploitation est jugé trop éloigné, ou si la permutabilité des salariés n'est pas possible, le reclassement ne sera pas proposé.



Les offres de reclassement, si elles doivent toujours être précises et concrètes, ne sont plus forcément personnalisées, comme l'exigeait la jurisprudence qui refusait l'envoi d'une liste de postes (Cass. soc., 20-10-09, n°08-43999).

L'article L 1233-4 du code du travail, dans sa nouvelle rédaction, crée une option au bénéfice de l'employeur qui pourra soit :

- adresser, de manière personnalisée, les offres de reclassement, à chaque salarié ;
- diffuser, par tout moyen, une liste des postes disponibles, à l'ensemble des salariés.

OBSERVATIONS

Si la diffusion de la liste est générale et n'est pas établie catégorie professionnelle par catégorie professionnelle, elle vide l'obligation de reclassement de son contenu qui devient une sorte d'auto-reclassement et ne répond donc plus au critère de personnalisation.

Le décret n°2017-1725 du 21 décembre 2017 modifie l'article D 1233-2-1 du code du travail.

Les offres écrites doivent préciser :

- l'intitulé du poste et son descriptif ;
- le nom de l'employeur ;
- la nature du contrat de travail ;
- la localisation du poste ;
- le niveau de rémunération ;
- la classification du poste.

Le décret prévoit que le salarié doit répondre aux offres d'emploi qui l'intéressent, dans un délai minimum de 15 jours francs (4 jours en cas de redressement ou liquidation judiciaire), mais aucun délai maximum n'est prévu.

OBSERVATIONS

Sous quelle forme s'effectue la demande écrite du salarié pour postuler à un poste qui l'intéresse ? Par mail ou par courrier simple ou recommandé avec accusé de réception et dans ce dernier cas, qui paie ?

La liste doit également préciser les critères de départage entre salariés en cas de candidatures multiples sur un même poste.

OBSERVATIONS

Les critères de départage seront-ils établis poste par poste ou de manière générale en fonction de l'ancienneté ou de l'âge des salariés par exemple ?

L'absence de candidature écrite du salarié à l'issue du délai mentionné au deuxième alinéa, vaut refus des offres.

Si l'employeur ne satisfait pas à cette obligation de reclassement, le licenciement est privé de cause réelle et sérieuse.



FO a engagé un recours pour excès de pouvoir contre ce décret afin de soulever une QPC (question prioritaire de constitutionnalité).

Une décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2005 (n°2004-509 DC) indique, dans son considérant 28, que le droit au reclassement découle directement du droit de chacun d'obtenir un emploi. En effet, même si le « droit à l'emploi » basé sur le 5^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, est très souvent invoqué et, au final, très peu protégé (voir en ce sens la décision du Conseil constitutionnel n°2017-655, QPC du 20 octobre 2017), il n'en reste pas moins que le fait que l'offre de reclassement en cas de licenciement économique ne soit plus forcément personnalisée, contrevient à ce droit à l'emploi.

LES SANCTIONS DES IRRÉGULARITÉS DE PROCÉDURE

Les irrégularités de procédure sont sanctionnées par l'octroi d'une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure à un mois de salaire (au lieu de deux mois), en cas de défaut de priorité de réembauche (art. L 1235-13 du code du travail).

De même, les indemnités passent de douze à six mois en cas de licenciement nul suite à (art. L 1235-11 du code du travail) :

- un défaut ou un refus de validation de l'accord portant PSE ou de l'homologation du document unilatéral définissant le PSE ;
- l'absence de demande par le salarié de la poursuite de son contrat de travail (ou lorsque sa réintégration est impossible).

Le texte entre en vigueur au lendemain de sa publication et s'applique donc aux procédures de licenciement engagées depuis le 23 décembre 2017.