

INSTITUT DE L'ENTREPRISE

Le juge et l'entreprise

*Note de synthèse des 7 études de cas – Mai 2001
Commission Modernisation du Droit du travail*

Les rapports du juge et de l'entrepreneur ont longtemps été régis par la jurisprudence *Brinon* du 31 mai 1956, en vertu de laquelle “ *l'employeur, qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui le déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail* ”.

Toutefois, de l'aveu même de Philippe Waquet, ancien conseiller doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation, “ *la théorie de l'employeur “ seul juge ” n'est plus guère d'actualité* ”¹ : l'influence de l'autorité judiciaire sur la conduite des affaires de l'entreprise s'est progressivement affirmée, alimentant des débats au ton souvent vif sur la place respective du juge et de l'entrepreneur.

L'immixtion du juge dans la vie de l'entreprise appelle pourtant une analyse sereine et dégagée de tout dogmatisme. Il n'est guère de doute qu'elle reflète une tendance générale à la judiciarisation des conflits, dont la portée excède de loin la sphère du travail. Elle apparaît aussi comme la conséquence directe du développement de la législation sur le travail : l'“ inflation législative ” régulièrement dénoncée par le Conseil d'Etat n'a pas épargné l'entreprise, et le juge social est de plus en plus souvent sollicité pour appliquer la loi. Elle a enfin été encouragée par la suppression de l'autorisation administrative de licenciement par le gouvernement de Jacques Chirac, en 1986, qui a conduit à substituer, dans le contentieux des licenciements, le contrôle du juge judiciaire à celui exercé par le tandem inspecteur du travail - juge administratif.

¹ Philippe Waquet, “ Le juge et l'entreprise ”, *Droit social*, 1996/5, p. 473.

Un certain nombre de jurisprudences récentes invitent toutefois à s'interroger sur les conséquences de cette montée en puissance : on peut en particulier se demander si, à trop vouloir défendre l'emploi des salariés en place, le juge n'a pas imposé aux entreprises des contraintes qui, accumulées, ont fini par peser sur leur développement, et, partant, sur leur capacité à créer de nouveaux emplois. C'est cet effet paradoxal de la jurisprudence qu'on se propose d'interroger ici, à travers l'examen de cinq thèmes : l'externalisation ; la qualification du salariat ; l'obligation de reclassement ; l'obligation d'adaptation ; la rémunération.

L'externalisation

Dans la quasi totalité des secteurs d'activité, les entreprises françaises ont développé de façon massive, ces dernières années, le recours à l'externalisation. En déléguant l'exécution de tâches ne relevant pas directement de leur cœur de métier (restauration, informatique, nettoyage, maintenance, ...) à d'autres acteurs économiques, spécialisés dans ces métiers, elles sont parvenues à abaisser leurs coûts d'exploitation et de gestion et à accroître l'efficacité de leur organisation productive. La croissance soutenue du chiffre d'affaires d'opérateurs comme Suez ou Vivendi Environnement, leaders mondiaux du secteur des " services à l'environnement " à destination des industriels et des collectivités locales, est un signe de la montée en puissance de ces pratiques dans la gestion des entreprises.

Soucieux d'éviter les situations d'abus liées au marchandage ou au prêt de main d'œuvre à but lucratif, le législateur a voulu encadrer le recours aux pratiques d'externalisation en limitant la possibilité au cas où l'activité cédée constitue une " *entité économique* " (article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail), c'est-à-dire " *un ensemble organisé de personnes, d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant des objectifs propres* ".

Cet encadrement législatif a été complété à l'initiative de la Chambre sociale de la Cour de Cassation, au nom de la lutte contre le " délabrement des services centraux " : le juge a progressivement considéré que l'externalisation d'une activité n'était possible qu'à la condition expresse que celle-ci soit préalablement constituée en " entité économique autonome " ; autrement dit, en entité disposant d'une comptabilité propre et d'un personnel qui lui est exclusivement dédié. C'est le sens de la jurisprudence *Perrier Vittel France* du 18 juillet 2000, par laquelle la Cour de Cassation a donné raison au Comité d'établissement qui contestait la décision prise par la direction de transférer à une entreprise extérieure, avec les trente-sept salariés qui y étaient attachés, l'activité de mise en palette des bouteilles produites.

Par sa jurisprudence, la Chambre sociale de la Cour de Cassation entend renforcer la protection des salariés face à ce qu'elle considère comme une menace. Cette analyse ne va pourtant pas de soi. Certes, l'externalisation est loin d'être indifférente aux salariés des entités concernées : elle entraîne un changement d'employeur voire, le cas échéant, de convention collective ; elle s'accompagne parfois de réorganisations, initiées par le repreneur, et qui peuvent éventuellement se traduire par des reclassements internes, voire par des licenciements. L'encadrement rigide du recours à l'externalisation par la jurisprudence n'est toutefois pas exempt d'effets pervers. Il pénalise les entreprises qui ne se sont pas, par avance, organisées en " entités économiques autonomes ", ce qui est inévitablement le cas de la plupart des PME. Plus globalement, il fait bon marché de la logique économique qui sous-tend le recours à l'externalisation : celle-ci relève d'un processus de division du travail qui contribue à améliorer la compétitivité de l'entreprise, et renforce sa capacité à préparer l'avenir. N'y voir qu'une menace pour l'emploi, c'est s'abandonner à une vision biaisée et court-termiste de la réalité économique, qui tend implicitement à opposer la productivité à l'emploi. Par l'interprétation très libre qu'elle donne de l'article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail, la Chambre sociale de la Cour de Cassation prend le risque de contribuer à cette confusion qui ne sert finalement ni l'intérêt des entreprises, ni celui des salariés.

La qualification du salariat

La multiplication des litiges ayant pour objet la qualification de la relation de travail entre une entreprise et ses collaborateurs a joué un rôle de premier plan dans le processus d'extension des pouvoirs du juge dans l'entreprise : le législateur s'étant toujours refusé à donner une définition juridique du salariat, c'est en effet à l'autorité judiciaire qu'il appartient de reconnaître un contrat de travail, avec toutes les conséquences que cela emporte, sur le plan juridique comme sur le plan social.

La Chambre sociale de la Cour de Cassation a largement usé de ce pouvoir au cours des années quatre-vingt dix pour mettre un frein à ce qu'elle considérait comme un processus de précarisation de la population active, en multipliant les requalifications en contrat de travail de simples accords de collaboration passés entre des entreprises et des travailleurs indépendants. Dans cette perspective, elle a infléchi les critères mis en œuvre dans le cadre de sa jurisprudence dans un sens de plus en plus restrictif, depuis la " subordination juridique " jusqu'à la simple " participation à un ensemble organisé " ; elle a aussi exhumé, avec la récente jurisprudence Labbane (2000), le critère de " dépendance économique ", beaucoup plus imprécis et donc extensif que celui de " dépendance juridique " ².

D'un point de vue procédural, l'intervention du juge consiste à rechercher la vérité cachée derrière la volonté exprimée contractuellement par les parties, en ayant recours à la technique du " faisceau d'indices ". Cette technique a pour elle d'être souple et pragmatique ; mais le revers de sa souplesse est la part qu'elle laisse à la subjectivité, et, dans certains cas, à l'arbitraire. De fait, le pouvoir confié au juge en matière de qualification du salariat alimente, au sein des entreprises, le sentiment d'une certaine insécurité juridique : nombre de requalifications ont été décidées malgré la bonne foi des

² Soc. 19 déc. 2000, *Labbane c/ Chambre syndicale des loueurs d'automobiles et société Bastille Taxi*. La Cour de cassation a jugé que malgré la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, les conditions effectives de travail de M. Labbane le plaçaient dans un état de subordination vis-à-vis de l'entreprise qui lui louait son taxi ; elle a donc requalifié son contrat de location en contrat de travail.

parties et longtemps après la conclusion de leur accord ; certaines affaires en cours, concernant par exemple des réseaux de franchisés dans l'hôtellerie, menacent d'ailleurs jusqu'à l'équilibre économique des entreprises impliquées.

Plus profondément encore, il y a lieu de s'interroger sur la définition que donne du salariat la Chambre sociale de la Cour de cassation. Cette définition apparaît en effet étroitement liée à une vision fordiste de l'entreprise, historiquement datée : or le même progrès technique qui y a jadis conduit en éloigne aujourd'hui. L'entreprise fordiste était caractérisée par une organisation hiérarchique de type pyramidal, laissant au salarié une faible autonomie dans l'exécution de la tâche qui lui était confiée. L'entreprise d'aujourd'hui et plus encore celle de demain ne peuvent être pensées avec le même cadre conceptuel : les nouvelles technologies de l'information et de la communication ouvrent de nouvelles perspectives au travail indépendant, et l'élévation du niveau moyen de formation des salariés les engage à demander davantage d'autonomie, à la fois pour fixer leurs objectifs et pour définir les moyens de les atteindre. Il apparaît par conséquent souhaitable de trouver des formes de collaboration qui tiennent compte de tous ces paramètres, étant sauve la protection sociale pour tous. C'est dans cet esprit qu'ont travaillé la plupart des autres pays : l'Allemagne a ainsi créé la catégorie de " personnes semblables aux salariés " (1974) et l'Italie celle de " parasubordonné " (1973). Ces deux pays l'ont fait au début des grandes transformations structurelles, preuve qu'il n'est pas impossible à la loi d'encadrer les innovations. Même si le modèle juridique du salariat a incontestablement vocation à y demeurer central, la France aurait probablement intérêt à créer à son tour une catégorie juridique intermédiaire entre le salarié et l'entrepreneur ; son appareil productif y gagnerait à coup sûr en souplesse et en efficacité.

L'obligation de reclassement

Le chômage de masse qui affecte l'économie française depuis la fin des années soixante-dix a favorisé l'émergence, à l'initiative de la jurisprudence, de la notion d' " obligation de reclassement ", incombant aux entreprises contraintes de procéder à des licenciements.

Récemment consacrée par la loi de modernisation sociale, l'obligation de reclassement ne concernait à l'origine que les salariés victimes d'un accident ou d'une incapacité de travail (article L. 122-32 alinéa 5 du Code du travail). Toutefois, au fil des années, son périmètre n'a cessé de s'étendre, et son contenu de s'enrichir :

- Initialement circonscrite à l'entreprise même, elle a d'abord été étendue, en 1992, à l'entité économique détentrice de la majorité des parts de l'entreprise ; puis, en 1998, la Chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que l'obligation de reclassement devait s'imposer à cette entité considérée à l'échelle internationale, " dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers ".
- Suivi récemment par le législateur, le juge a considéré que les moyens financiers mis en œuvre dans le cadre de l'obligation de reclassement ne pouvaient s'apprécier *in abstracto*, et qu'ils devaient être proportionnés aux moyens de l'entreprise et même de son actionnaire majoritaire. Autrement dit, un groupe international supportant les pertes de sa filiale française ne peut mettre un terme à l'activité de celle-ci sans voir engagés, dans le cadre du plan social, l'ensemble de ses moyens : dans l'esprit de la Cour de cassation, cette contrainte est censée prévenir un recours abusif aux décisions de délocalisation.
- Le juge a enfin étendu son contrôle au-delà de celui des moyens mis en œuvre : l'employeur est désormais tenu de proposer effectivement des emplois de substitution dans un ordre qui combine des critères de qualification et de géographie ; il doit ensuite les proposer en nombre suffisant pour que les salariés disposent d'un choix effectif ; il doit enfin le faire de manière personnelle, circonstanciée et écrite, afin de prévenir toute contestation ultérieure. L'obligation de moyens tend ainsi à se doubler de ce que l'on a pu qualifier d' " obligation de résultats atténuée " ³ : l'employeur n'est jugé quitte vis-à-vis du salarié dont il se sépare que s'il parvient à établir qu'il a " procédé à toutes les démarches et investigations utiles et que sa démarche a été concrète " ⁴.

³ François Géa, " Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement ", *Revue de jurisprudence sociale*, juillet - août 2000, p. 517.

⁴ Cour d'appel de Reims, 3 août 1998.

Par sa jurisprudence, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a fait en sorte que les entreprises ne puissent procéder à des licenciements qu'en dernier recours, à la seule condition que le reclassement des salariés concernés dans d'autres unités de l'entreprise ou du groupe s'avère totalement impossible. Cette préoccupation est assurément légitime : ordinairement douloureux, le licenciement devient, pour le salarié qui en est la victime, franchement insupportable si l'entreprise procède simultanément à l'embauche d'un autre salarié, à un niveau de qualification globalement équivalent et pour un poste comparable ; on doit aussi considérer un lien personnel à la communauté de travail, qui est à la fois facteur de stabilité psychologique pour le salarié et d'efficacité économique pour l'entreprise.

Il reste que par sa jurisprudence, la Chambre sociale de la Cour de Cassation tend à modifier l'équilibre même du contrat de travail : en procédant à l'embauche d'un salarié, l'entreprise contracte vis-à-vis de celui-ci une dette dont elle court le risque de n'être jamais jugée quitte. On aurait tort de voir seulement dans cette incertitude une source de préoccupation *ex post* pour les directeurs des ressources humaines ; elle peut aussi constituer, *ex ante*, un frein à l'embauche pour les entreprises.

En fait, le risque que prend la Chambre sociale de la Cour de Cassation est de transformer, par sa jurisprudence, le droit au travail inscrit dans le préambule de la Constitution de 1946 en un droit-créance dont serait détenteur le salarié, et qu'il pourrait faire jouer contre son entreprise. Ce serait oublier que le droit du travail constitue typiquement un droit contre l'Etat : c'est à l'Etat qu'il appartient d'engager les réformes de structure qui permettront de relancer l'activité et de retrouver le plein-emploi. Concevoir le droit au travail comme un droit substantiel contre l'entreprise, c'est faire endosser à celle-ci la responsabilité des échecs endossés depuis plus de deux décennies par les politiques publiques en matière d'emploi ; confusion assurément absente de l'esprit des rédacteurs de la Constitution de 1946, et qui, à supposer qu'elle garantisse mieux l'emploi des salariés en place, pèse sur la capacité d'adaptation des entreprises aux évolutions de leur environnement, et donc sans doute aussi, *in fine*, sur leur capacité à créer de nouveaux emplois.

L'obligation d'adaptation

Le débat sur la responsabilité de l'employeur dans l'adaptation de ses salariés aux évolutions de leur outil de travail n'est pas nouveau ; on serait même tenté de dire qu'il est né avec le salariat. Ses enjeux sont néanmoins très actuels : la France compte encore, dans sa population active, une proportion importante de salariés non-qualifiés ou faiblement qualifiés, dont l'employabilité devient de plus en plus incertaine à mesure que s'accélère le progrès technique.

Soucieuse d'éviter un phénomène massif d'exclusion du marché du travail des salariés les plus fragiles, la Cour de Cassation a développé à partir de l'arrêt *Expovit* du 25 février 1992 une jurisprudence visant à imposer aux entreprises une obligation d'adaptation de leurs salariés aux évolutions de leur outil de travail.

Cette démarche est loin d'être illégitime : la formation organisée dans le cadre de l'entreprise est à l'évidence dans l'intérêt des salariés, dont les compétences peuvent devenir obsolètes du jour au lendemain, du fait de la mise en place d'un process nouveau - machine ou logiciel - dont ils n'ont pas de raison de maîtriser *a priori* l'utilisation, mais elle est aussi, dans une large mesure, dans l'intérêt des entreprises, puisque celles-ci gagnent souvent, compte tenu du niveau des coûts d'embauche, à accompagner la modernisation technique par l'actualisation des compétences professionnelles de leurs salariés.

La Chambre sociale de la Cour de Cassation a par ailleurs fait preuve d'un certain pragmatisme, en assignant des limites à cette obligation d'adaptation imposée aux entreprises :

- Elle a d'abord pris en compte l'éventualité d'une rupture technologique rendant inenvisageable la formation des salariés en place dans un délai et à un coût raisonnables. Dans un arrêt du 4 février 1998, elle a ainsi donné raison aux juges du fond d'avoir considéré qu'un salarié d'une entreprise de pianos, artisan de formation, n'était pas fondé à réclamer à son employeur une adaptation à

son nouvel emploi, dès lors que celui-ci requérait, du fait de l'industrialisation du mode de production, des compétences manifestement trop longues à acquérir⁵.

- La Cour de Cassation a aussi pris en compte le comportement du salarié face à l'évolution de son poste. De fait, la durée d'une formation nécessaire pour acquérir une compétence nouvelle est étroitement liée aux dispositions que manifeste le salarié, et à son degré d'implication personnelle ; si ces facteurs ne sont pas réellement quantifiables, ils sont à l'évidence essentiels à la réussite de la formation.

La jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation fait toutefois peser sur les entreprises un certain nombre de contraintes qui ne paraissent pas toujours fondées.

Elle alimente d'abord une certaine insécurité juridique, qui tient à la difficulté pour l'employeur d'apporter la preuve d'une " impossibilité d'adaptation " du salarié. Comme pour les affaires de reclassement, celle-ci doit être étayée par des considérations exclusivement objectives. C'est ce qui ressort clairement d'un arrêt en date du 6 février 1996, par lequel la Cour de Cassation, malgré la qualification différente exigée pour le nouveau poste, sanctionne l'employeur *" pour n'avoir pas démontré l'impossibilité du salarié de s'adapter à l'évolution technologique de la société "*. Dans ces conditions, l'employeur peut difficilement s'estimer assuré, avant tout jugement contraire, d'avoir bien satisfait aux obligations qui lui incombent.

En outre, dans un certain nombre d'affaires, la Cour de Cassation a donné à l'obligation d'adaptation une extension telle que la liberté laissée à l'entrepreneur de choisir ses collaborateurs, pourtant consacrée par le Conseil constitutionnel en 1988, n'en est pas sortie indemne. En témoigne par exemple un arrêt de la Chambre sociale en date du 7 juillet 1999, revenant sur le licenciement d'une journaliste, spécialiste de sujets touchant à l'environnement et à la pollution, parce que n'a pas été justifiée *" l'impossibilité d'adapter l'intéressée au poste de rédacteur chargé d'enquêtes de mode, disponible dans l'entreprise "*.

⁵ Cité in François Géa, *art. cit.*, p. 521.

Mais l'intervention du juge dans ces domaines pose un problème plus large, qui renvoie à la répartition des rôles entre l'autorité judiciaire, le législateur et les partenaires sociaux dans la régulation des rapports sociaux. En termes économiques, la formation peut être analysée comme un bien quasi-collectif, dans la mesure où l'employeur qui investit pour adapter ses salariés à l'évolution des techniques de production n'est jamais assuré que ceux-ci lui resteront attachés assez longtemps pour que son investissement soit rentabilisé ; l'organisation de son financement relève à ce titre, par excellence, du champ de la négociation collective. Que la responsabilité du juge se substitue sur ce point aussi à celle des partenaires sociaux constitue un signe supplémentaire de dévitalisation du dialogue social dont il n'y a pas lieu de se réjouir.

La rémunération et le pouvoir de direction

L'introduction de clauses de variabilité de la rémunération dans les contrats de travail répond généralement à deux objectifs :

- une meilleure maîtrise de l'incertitude qui, à la signature du contrat, pèse à la fois sur la qualité effective de la prestation et sur les conditions générales de l'activité économique à long terme ;
- une motivation accrue des salariés, à travers la possibilité qui leur est donnée de bénéficier, en plus de leur salaire de base, d'un revenu complémentaire, attribué en fonction soit des résultats de l'entreprise, soit de leurs propres performances, mesurées par rapport à des objectifs préalablement fixés.

L'extension progressive du modèle de l'entreprise post-taylorienne explique le vif succès rencontré ces dernières années par les différents mécanismes mettant en œuvre des clauses de flexibilité dans la rémunération (intéressement, stock-options, bonus, ...) : disposant de plus d'autonomie et de responsabilité dans l'exécution de leurs tâches, les salariés attendent en retour une participation plus directe aux résultats qu'ils ont contribué à obtenir.

La Chambre sociale de la Cour de Cassation a très vite manifesté son souci que cette tendance ne se développe pas au détriment du principe d'égalité entre les deux parties contractantes ; ou, pour le dire autrement, qu'elle ne conduise pas à transférer totalement sur le salarié le risque économique qui pèse sur l'entreprise. C'est le sens de la jurisprudence *Raquin* du 8 octobre 1987, par laquelle la Cour de Cassation a considéré que l'accord explicite du salarié était nécessaire avant toute modification des clauses de rémunération inscrites dans son contrat de travail. La variabilité des rémunérations ayant été contractualisée une fois pour toutes, leur fluctuation n'est plus que la manifestation d'un accord précédent des volontés de l'employeur et du salarié. En fait, les modifications des règles de variation ont longtemps été tolérées par le juge à la condition que, sous cette couverture, l'employeur n'abuse de son pouvoir. C'était le sens de la distinction entre " modification substantielle " et " modification accessoire " du contrat de travail : les secondes étaient autorisées au nom du pouvoir de direction ; les premières, récusées au motif qu'elles apportaient une modification substantielle aux termes du contrat.

Cette jurisprudence plutôt pragmatique a toutefois été sensiblement infléchie à partir de 1998. À partir de cette date, en effet, et toujours dans le but de mieux garantir le principe du libre consentement des parties, la Chambre sociale de la Cour de cassation a cherché à consolider les fondements de ses arrêts en établissant sur l'article 1134 du Code civil⁶ que les conditions dans lesquelles les rémunérations variables sont versées doivent d'une part être définies *ex ante* et d'autre part faire l'objet d'un accord explicite du salarié.

Ce raisonnement a conduit le juge à considérer comme indéterminée la clause qui liait le paiement d'une prime à l'existence de " résultats économiques suffisants " et à obliger l'entreprise à payer le complément de salaire, quel que soit son résultat effectif, au motif que " ne peut constituer une condition d'application d'un engagement unilatéral de l'employeur qu'une clause précise définissant objectivement l'étendue et les limites de l'obligation souscrite ". Au lieu d'estimer si les résultats de l'entreprise permettaient ou non le versement de la prime contestée, le juge a condamné l'entreprise à la payer pour avoir laissé une marge d'incertitude au bénéfice de l'employeur.

⁶ " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ".

À l'évidence, ce durcissement de la jurisprudence place l'employeur dans une situation difficile : comment l'employeur pourrait-il inscrire *ex ante*, dans le contrat de travail, de façon explicite et précise, tous les scénarios possibles d'évolution de l'activité ? Et comment conserver aux clauses de rémunération variable leur efficacité en tant qu'instrument de motivation des salariés si le juge, pour décider du versement au salarié des primes prévues par le contrat, proscrit l'obligation de résultats pour ne plus retenir que l'obligation de moyens ? Ces contraintes constituent un obstacle très sensible au développement de la flexibilité dans les modes de rémunération ; indirectement, elles s'opposent au désir d'une autonomie professionnelle accrue que manifestent chaque jour davantage de salariés.

La judiciarisation des conflits du travail n'est rien de critiquable en soi : on peut légitimement l'interpréter comme le signe d'une avancée de l'Etat de droit jusque dans l'entreprise. Plus préoccupante, en revanche, apparaît la tendance que manifeste parfois le juge à tomber dans deux travers liés.

Le premier de ces travers est la défiance vis-à-vis des mécanismes de marché, perçus comme vecteurs de précarisation de la population active. La jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de Cassation sur la question de l'externalisation témoigne en particulier d'une représentation plutôt figée et en tous cas univoque de la relation entre productivité et emploi ; de même, la position du juge social sur les affaires liées à la qualification du salariat ou au mode de rémunération des salariés révèle une connaissance imparfaite de l'organisation du travail inhérente aux entreprises post-tayloriennes.

Le second travers auquel n'échappe pas le juge est une tendance à vouloir faire assumer par les entreprises les conséquences des échecs des politiques publiques en matière d'emploi : l'extension continue des obligations qui sont imposées aux employeurs en matière d'adaptation des salariés aux évolutions des techniques de production ou de reclassement des salariés menacés par un licenciement pourrait bien, si elle se poursuivait encore, transformer le traditionnel contrat à durée indéterminée en un contrat dont la durée serait déterminée sans réciprocité par l'espérance de vie professionnelle du salarié ...

Lorsqu'il dit examiner les litiges qui lui sont soumis au nom de l' " intérêt de l'entreprise " ⁷, le juge social conçoit celle-ci comme un tout organique, communauté de travailleurs autant que propriété des actionnaires. En tant que telle, cette définition apparaît tout à fait pertinente. Le danger serait de concevoir ces deux dimensions constitutives de l'entreprise comme antagoniques ; ou, pour le dire autrement, d'opposer, au nom du droit, l'intérêt des salariés à celui de l'employeur. A cette opposition, personne n'aurait rien à gagner – ni les employeurs, ni les salariés, ni même, sans doute, le juge ...

⁷ Philippe Waquet, *art. cit.*, p. 477.

Etude de jurisprudence n° 1

L'externalisation : le manager et le juge

L'externalisation des activités de production de biens et services entrant dans la fabrication d'un produit complexe relève normalement de la rationalité économique. Hier sensibles aux avantages de la concentration, les conseillers en gestion insistent aujourd'hui sur les bénéfices de la spécialisation. Ce retournement n'est pas sans sous-bassement technique du fait, en particulier de la qualité des instruments de gestion, de la mise en place de contrats complexes aux procédures de surveillance informatisées. Il ne représente pas un idéal de gestion, mais une opportunité dont il convient de mesurer les avantages au cas par cas.

La question qui se pose aujourd'hui est de savoir si les possibilités de réorganisation des systèmes productifs ouvertes par les progrès organisationnels ne seraient pas remises en cause par les défenseurs du droit social tel qu'il existe – ce droit, par nature mouvant, devenant pour une fois défenseur de l'organisation existante.

On peut essayer d'en prendre la mesure en rapprochant quelques arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Position du problème :

Dans sa fonction de défense des droits des travailleurs, l'article L 122-12 aliéna 2 du Code du travail s'applique au cas où l'activité cédée représente une véritable entité économique, sachant que : « *constitue une entité économique pour l'application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique poursuivant son objectif propre* ».

Cette définition extensive résultant de la jurisprudence communautaire a eu pour principal intérêt de garantir l'emploi des salariés lorsque l'activité qu'ils exercent est transférée dans une nouvelle entité, l'acquéreur étant tenu d'employer les salariés attachés à cette activité. Il contraint cependant les salariés qui sont tenus de passer au service de l'acquéreur. Ce texte est ainsi un instrument naturel de l'externalisation.

Or, dans certaines situations, les salariés peuvent ne pas vouloir continuer leur emploi dans une nouvelle entité qu'ils considèrent comme moins protectrice, quitte à changer d'emploi, ou à être inclus dans un plan social, du fait même de la cessation de l'activité à laquelle ils participaient.

Sensible à cette dernière situation, la Cour de cassation va tenter de faire produire à l'article L122-12 alinéa 2, tout et son contraire, à savoir, contraindre l'employeur à maintenir l'emploi des salariés qui le veulent et à autoriser les salariés qui refusent l'externalisation à rester dans l'entreprise d'origine.

Pour cela, la Chambre sociale va ajouter au concept d'entité économique le qualificatif d'« autonome » pour dénoncer et interdire « le délabrement de services centraux ». La question se déplace pour connaître quelles sont les caractéristiques d'une « unité économique autonome »

1. De la jurisprudence *Perrier Vittel France*, il est possible d'inférer qu'une entité économique est autonome lorsqu'elle dispose d'une **comptabilité propre**. Ainsi, dans l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes, on peut lire : « *la seule existence d'une organisation comptable analytique dans l'entreprise qui n'est pas une comptabilité autonome mais un instrument d'analyse interne, n'est pas un critère suffisant à lui seul pour caractériser une entité économique autonome* ». Si ce n'est pas un critère suffisant, c'est déjà un critère nécessaire.
2. Le complément naturel de ce critère consiste en l'existence d'un personnel affecté exclusivement à l'activité de l'entité en question. Ainsi, peut-on lire dans l'arrêt de la Cour de Nîmes : « *Attendu que la cour d'appel a constaté que si ce projet concernait l'activité Caisserie centre bois, ce service qui n'était qu'un simple démembrement des services centraux de l'entreprise, ne disposait pas au sein de l'établissement de Vergèze d'une autonomie, tant dans ses moyens en personne, en raison de la polyvalence de la plupart des salariés que dans l'organisation de sa production* »
3. De la Jurisprudence *La clinique Les Cigognes* (24 octobre 2000), on trouve la confirmation suivante : un service constitue une entité économique lorsque son activité est facilement séparable et sa finalité clairement identifiable. En l'espèce, la Cour de cassation estime que « *seuls les établissements de soins peuvent constituer des entités économiques et aucun service les composant ne peut présenter cette qualité* ». Il est vrai que cet arrêt s'appuie sur les dispositions particulières du Code de la santé publique pour conclure : « *aucun service participant à la prise en charge globale des malades, même s'il peut être confié à un tiers, ne peut constituer une entité économique distincte* ».

Conclusion :

Au total, la Chambre sociale abandonne la cohérence qui caractérisait son ancienne jurisprudence qu'elle résumait en disant qu'une entité économique est « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objet propre* » (Cass. Soc., 28 juin 2000, n° 98-43.692, *Brohan*, arrêt n° 3169). Pour éviter que les salariés ne refusent le transfert en se prévalant d'une absence d'autonomie de cet ensemble, les employeurs doivent organiser leurs entreprises en véritables équipes autonomes dotées de facteurs de production spécifiques et disposant d'une véritable autonomie comptable.

Cependant :

Il reste que les arrêts qui ont permis de préciser progressivement cette doctrine ne manquent d'être critiquables, quant à la forme et quant au fond.

1. L'objectif de la prise en charge globale d'un produit ou d'un service (dans ce cas, le service de santé) qui définit l'objectif propre de la structure est hautement contestable. Si le principe de la division du travail permet que 70 % environ de la production d'une voiture est externalisée, on ne voit pas bien ce qui, juridiquement, empêcherait d'appliquer cette procédure aux services, y compris de santé, pour peu que la responsabilité de la clinique ou de l'hôpital soit engagée dans « la prise en charge globale du malade ». D'ailleurs nombre d'intervenants en hôpitaux ont un cabinet en

ville et ne consacrent qu'une partie de leur temps aux malades. On ne voit pas bien qu'il ne puisse en être de même pour les services de repas.

2. La polyvalence donc l'absence d'affectation spécifique des salariés à une activité particulière peut précéder l'externalisation comme un mode d'organisation normal de l'entreprise sans préjuger de la réorganisation qui pourrait être nécessaire. Si un manager décide d'organiser un département de façon autonome en vue d'une réorganisation, quels retours en arrière la Chambre sociale de la cour de cassation s'autorisera-t-elle pour décider que l'affectation du personnel à tel service bientôt externalisé est une rupture de la tendance précédente à la rotation des postes ?
3. Il en est de même pour l'autonomie comptable du service. L'accès à des services de gestion communs est un des éléments de la division du travail et de la diminution des coûts. Une petite structure ne pourrait les supporter efficacement. Là encore, s'il faut organiser l'autonomie comptable des services en vue de les externaliser, quels retours en arrière la Chambre sociale s'accordera-t-elle ?
4. Finalement, le pouvoir du juge se manifeste dans le maintien de l'organisation existante dans une sorte de conservatisme économique qui veut que l'activité dissociable pré-existe avant la scission et continue à exister ensuite (B. Boubli, 2000, p. 7, col. 3). Cela est contraire à toutes les recherches de synergie et d'économies d'échelle qui peuvent se présenter. A ne voir que les statuts, on risque alors de devenir incapable d'accroître la productivité, donc les salaires.

Par les définitions qu'elle retient, la Chambre sociale de la Cour de cassation semble favoriser les structures qui ont depuis longtemps retenu la forme divisionnelle et freiner la réorganisation d'entreprises ou de services qui n'en découvrent les avantages que depuis peu. Dans la division des tâches entre le manager et le juge, c'est au premier qu'incombe la responsabilité de l'efficacité de son activité et, en voie de conséquence, de l'organisation du travail. Ce n'est pas l'avis de Bernard Boubli pour qui « l'entité économique relève du seul pouvoir du juge : l'entité existe lorsque le juge décide qu'elle est constituée » (2000, p. 6, col. 2). Faut-il en conclure que, à défaut de pouvoir maintenir les statuts par le moyen des nationalisations, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne s'en sente la responsabilité par la voie de la jurisprudence.

Références :

- Antonmattei Paul-Henri (2001), « Externalisation et article L. 122-12 al. 2 Code trav. : suite d'une nouvelle saga », *Droit social*, n° 1, janvier, p. 13-16
- Antonmattei Paul-Henri (2000), « Externalisation et article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail : le clash ! », *Semaine sociale Lamy*, supplément n° 1013, 29 janvier, p. 16-18
- Boubli Bernard (2000), « Externalisation et L. 122-12 ou les affaires Perrier », *Semaine Sociale Lamy*, 31 juillet, n° 992, p. 5-7
- Waquet Philippe (2001), « Libres propos sur l'externalisation », *Semaine sociale Lamy*, supplément n° 1013, 29 janvier, p. 21-23

Etude de jurisprudence n°2

Le pouvoir du juge et la (re)qualification du salariat

Il peut être surprenant de constater que la qualification du salariat représente une des questions typiques où le pouvoir du juge l'emporte sur celui du législateur. C'est que le second n'ayant pas cru devoir définir la notion de salarié, c'est au premier de reconnaître un contrat de travail, avec toutes les conséquences qui en découlent en matière juridique comme en matière sociale.

Ce problème n'était déjà pas secondaire à l'heure où le salariat voyait ses effectifs se gonfler au prorata du développement du fordisme. Il devient crucial quand les nouvelles technologies élargissent les opportunités du travail indépendant et que l'amélioration générale de la formation des salariés les engage à demander davantage d'autonomie dans la fixation de leurs objectifs comme dans les modalités pour les atteindre.

Si le chef d'entreprise est contraint d'inventer de nouvelles solutions, comme le portage salarial (F. Riquoir, 2000) pour résoudre cette difficulté, il se met immédiatement dans une position d'incertitude pour le cas où, un conflit surgissant, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'érige en défenseur de l'ordre existant au mépris de la mutabilité du droit qu'elle professe par ailleurs.

On peut le vérifier dans quelques jurisprudences récentes.

Position du problème :

La qualification du travail salarié étant laissée à l'appréciation du juge, celui-ci a progressivement mis en place des critères qui visent à l'objectivité.

1. Le point central, et ancien, a été repris dans le récent arrêt *Labbane* : « *L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* » (Cass. Soc. 19 dec. 2000). Que l'on cherche à percevoir l'intention réelle des co-contractants derrière la forme de leur convention se justifie simplement par la possibilité qu'utiliseraient les parties d'échapper aux exigences légales du droit du travail comme du droit social. Il n'est pas indifférent de se souvenir que les premières décisions sur ce sujet ont été prises pour délimiter les bénéficiaires des nouvelles législations sur les accidents du travail (1898), les retraites ouvrières (1910) puis les assurances sociales (1928 et 1930). Cette recherche de l'intention réelle des co-contractants est encore élargie par la considération que l'une des parties cherche à éluder ses responsabilités dans le silence, l'ignorance ou la distraction de l'autre. Il reste qu'il faut alors préciser quelles conditions de fait définiront la relation de travail.
2. Au cœur de la définition de la relation de travail se trouve le lien de subordination. Celui est clairement défini par l'arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996. Est constitutif d'un lien de subordination « *l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ». On reconnaît dans cet arrêt la

formule de l'entreprise hiérarchique dont le fordisme est le prototype. On comprend qu'il serait vain de parler d'*entrepreneurship* si la liberté d'organisation du travail ne s'exerçait au quotidien. D'ailleurs, *a contrario*, la Chambre sociale a, à plusieurs reprises, confirmé l'indépendance du travailleur.

3. Mais ce lien de subordination a été encadré par un principe plus fort aux conséquences beaucoup plus restrictives, voire incertaines. Dès 1938, la Cour d'appel a cru devoir reconnaître la subordination lorsque la prestation de travail était fournie « *dans le cadre d'un service organisé* » (A. Jeammaud, 2001). C'est vrai qu'il est difficile d'exercer la profession de journaliste, d'artiste du spectacle voire de mannequin sans être partie prenante d'un ensemble structuré et c'est pourquoi le livre 7 du Code du travail élargit à ces professions les avantages statutaires du salariat. Mais les choses sont moins claires pour les gérants de magasins de distribution, les travailleurs à domicile ou les VRP qui bénéficient du même classement.
4. Si l'on doutait encore de la qualité des enquêteurs, il faudrait se souvenir qu'ils utilisent la méthode du « *faisceau d'indices* » qui leur permet de requalifier des contrats autrement dénommés par les parties. C'est le cas de l'affaire *Labbane* déjà évoquée où la Cour d'appel avait d'abord remarqué la liberté du chauffeur de taxi. Il « *ne reçoit pas d'instructions du loueur, notamment quant à la clientèle à prendre en charge, ni quant au secteur de circulation ou quant aux horaires* ». Malgré cela, un faisceau d'indices a été retenu par la Cour de cassation pour confirmer la relation de salariat. Cette pratique a pour conséquence de contredire l'absence de subordination juridique par une subordination économique appuyée sur quatre « indices » que sont la limitation à un mois tacitement reconductible du contrat de location, l'importance de la redevance due par le « locataire », la brièveté de la période de paiement des redevances ainsi que de multiples obligations liées à l'entretien du véhicule.

Conclusion :

Au total, la Chambre sociale de la Cour de cassation était confrontée à la tâche difficile de faire entrer dans des règles précises les situations mouvantes qui se trouvent aux marges du système productif fordiste. Elle y a pris ses critères, subordination, intégration dans un ensemble économique, qui ne manquent pas de cohérence et qui représentent une réelle source de sécurité juridique.

Cependant :

Il reste que l'enveloppe du travail typique craque de toutes parts et que vouloir enfermer la nouveauté dans les critères de l'ancien risque de freiner le processus d'essai et d'erreur d'où doivent pouvoir émerger de nouvelles formes de régulation économique et sociale.

1. Que la loi soit au-dessus des volontés des parties, c'est une solution constante ; mais que la jurisprudence puisse s'interposer entre les parties consentantes, en toute connaissance de cause et sans qu'il y ait volonté de dissimulation, c'est une autre affaire. La Loi Madelin du 11 février 1994 relative à « l'initiative et à l'entreprise individuelle » avait

introduit un critère simple démontrant une volonté explicite d'exercer une activité indépendante : Il suffisait d'une inscription au registre de commerce et des sociétés ou au registre des métiers. Or, l'esprit dans lequel travaille la Chambre sociale est exactement contraire à la présomption de sincérité sur laquelle ouvrait la loi. C'est ainsi que, à son propos, Philippe Waquet écrit : « la Chambre sociale n'a pas cessé de rechercher, au-delà des apparences et des constructions juridiques, si le travailleur était, en réalité, soumis à un lien de subordination » (2001, p. 125). Une telle recherche a cessé d'être utile depuis que la loi Madelin a été abrogée à la faveur de la discussion parlementaire du projet de loi « Aubry II » sur les 35 heures.

Pourtant, on le sait, la question de la protection sociale est au cœur du débat sur la requalification et l'on pouvait penser que le versement de cotisations sociales à l'URSAFF doublé d'un rapprochement progressif des régimes devait suffire pour prévenir le risque de fraude sociale. Il semble que, aux yeux des juges, le critère n'ait pas toute la portée que voulait lui donner le législateur. Il ne pourra pas, cependant, éviter un problème qui se pose à toute l'Europe et que l'Allemagne a déjà, au moins partiellement traité en inventant, à côté des *Freier Dienstvertrag* correspondant à nos professions libérales, des *werkvertrag* correspondant à nos artisans et commerçants, la catégorie de « personnes semblables aux salariés » (*arbeitnehmerähnliche personen*) « qui travaillent dans le cadre d'un contrat de services libre ou d'un contrat d'entreprise, mais pour un donneur d'ordre principal dont ils dépendent économiquement » (A. Supiot, 1999, p. 32). Ces personnes bénéficient d'un certain nombre de dispositions du droit du travail et de la protection sociale. On remarquera en passant que la notion de dépendance économique n'est pas, outre-Rhin, synonyme de requalification immédiate en salariat.

2. La loi Madelin ouvrait une autre porte qui facilitait les transitions, à savoir la référence à **la permanence** de la subordination juridique comme indice du salariat. En effet, il est prouvé par l'observation et compréhensible par la prudence que nombre de personnes qui souhaitent exercer une activité d'indépendant ont un réel besoin d'assurer leur sécurité pendant la phase de transition où ils testent le marché. Seulement, si la Chambre sociale de la Cour de cassation oublie ce qualificatif et qu'elle s'interroge sur la situation instantanée – et comment ne le ferait-elle pas dans le cadre d'une procédure qu'elle est amenée à évaluer – elle ne peut que conclure à la subordination et requalifier en salariat les arrangements contractuels qui visaient à permettre à l'une des parties de se constituer une clientèle. On estime ainsi que, en avril 1999, environ 15 000 consultants travaillent sous le statut de porté, situation juridique fragile (F. Riquoir, 2000, p. 11) qui débouche dans la grande majorité des cas, sur une installation en compte propre. Veut-on vraiment, au soupçon qu'il puisse exister « une volonté d'échapper aux contraintes du droit du travail en s'appuyant sur l'autonomie de plus en plus grande des travailleurs intellectuels » (Ph. Waquet, *ibidem*) priver l'économie française de ces capacités créatrices et ces personnes de la possibilité d'aller jusqu'au bout de leur projet.

De toutes façons, si l'on souhaitait s'appuyer sur le critère de subordination juridique pour déterminer la qualité de salarié, il suffirait de le définir dans un texte de loi qu'il n'y aurait plus qu'à appliquer au lieu que la jurisprudence française, rappelons-le, définit progressivement la notion de salarié. C'est ainsi que, en Italie, la loi n°533/1973 (codifiée à l'art. 409 c. proc. civ.) a créé la notion de « parasubordonné » (*parasubordinazione*). Cette catégorie ouverte concerne les « rapports de collaboration qui se concrétisent dans une prestation de travail continue et coordonnée, de nature

personnelle, même si elle n'a pas de caractère subordonnée » (A. Supiot, 1999, p. 33). Elle bénéficie de la protection du droit du travail en matière de procédure contentieuse et d'hygiène et de sécurité. En Allemagne, les propositions du professeur Rolf Wank (1988) ont finalement abouti à une loi (19 décembre 1998 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999) qui considère comme économiquement dépendant, du point de vue du droit de la Sécurité sociale, toute personne qui remplit deux des quatre critères suivants (A. Supiot, 2000, p. 140) :

- « travail accompli personnellement, sans l'aide de collaborateurs (sauf les membres de sa famille)
- « travail accompli pour le compte d'un seul employeur
- « travail correspondant à un emploi salarié
- « travail effectué sans apparaître comme entrepreneur sur le marché »

Pour être restrictive du point de vue de la création d'emplois indépendants, cette définition n'en a pas moins pour effet de réduire l'insécurité juridique.

3. Le modèle juridique du salariat a fait ses preuves. Il est et restera le cœur de la relation salariale dans nos sociétés. Il s'est même élargi aux cadres dirigeants, traditionnellement indépendants et nombre d'entreprises craignent plutôt le départ de leurs salariés qualifiés qu'elles organisent systématiquement leur (fausse) autonomie juridique. Il n'empêche, les mutations technologiques sont là et elles *peuvent* se traduire par des réorganisations que nous avons parfois imaginées, parfois réalisées mais qui nous échappent encore pour une part. Les possibilités à la fois extrêmes et limitées du télétravail le prouvent. Au total, « le besoin d'une catégorie juridique intermédiaire entre le salarié et l'entrepreneur semble évident » (A. Supiot, 1999, p. 34).

Une forme d'entreprise déjà bien visible est l'entreprise constituée en réseau. De nombreuses structures juridiquement indépendantes contribuent à la production d'un bien. L'unique partie visible de cette collaboration est l'assemblage du bien final, la prestation de service au destinataire ultime. Parmi ces entreprises en réseau peut se glisser un travailleur indépendant. Or, le critère du « *service organisé* » le place immédiatement en porte à faux par rapport aux critères de la Chambre sociale de la Cour de cassation. C'est, semble-t-il, le cas dans la procédure en cours qui vise l'organisation de la prestation d'hôtellerie des *Formule I*.

Au contraire, l'Allemagne a montré, dans une affaire parallèle, que l'on pouvait avoir un autre point de vue, pour peu que le droit du travail et de la protection sociale des indépendants soit assez développé. L'employeur, en l'occurrence *Weight Watchers* « souhaitait transformer son réseau d'établissements en un réseau d'agences franchisées. Il s'est vu reconnaître le droit de licencier son personnel à cette fin et de proposer à des salariés ainsi licenciés le statut de collaborateurs libres (*freie Mitarbeiter*) » (A. Supiot, 1999, p. 31, note 13 et 2000, p. 141, note 66).

4. Finalement, la méthode du « faisceau d'indices » est vraisemblablement la plus préoccupante. Telle qu'elle a été développée dans les travaux préparatoires à la loi de 1976 sur la codétermination en Suède, elle ne laisse vraisemblablement aucune chance de développer le travail indépendant, comme A. Supiot le remarque lui-même dans son rapport (1999, p. 40). On y trouve en effet les critères suivants :

- « L'intéressé s'est engagé à exécuter personnellement le contrat
- « Il a en pratique réalisé lui-même ce travail

- « Son engagement comporte une disponibilité pour réaliser des tâches à venir
- « La relation entre les parties a une certaine permanence
- « La relation de travail a une certaine exclusivité
- « L'intéressé est soumis à des ordres ou à un contrôle de l'autre partie en ce qui concerne la méthode, le lieu ou le temps de travail
- « Les moyens de travail sont fournis par l'autre partie
- « Les frais professionnels sont pris en charge par l'autre partie
- « Le travail est rémunéré
- « Le travailleur est dans une position économique et sociale équivalente à celle d'un salarié »

L'unique protection dont dispose une personne mise en examen consiste à nier les faits malgré le faisceau d'indices que l'accusation a cherché à construire. En droit du travail, cette possibilité n'existe pas puisque la qualification de salariat se fait malgré les dénégations des parties. Mais, si l'on suit A. Supiot lui-même, ce faisceau d'indices constituera le plus extraordinaire moyen de justifier tout et son contraire. A charge de preuve, il évoque la « jurisprudence de l'*English Court of Appeal* (qui conduit à refuser le statut d'*employee* à ceux qui travaillent de façon intermittente (*regular casual workers*), et à les qualifier de travailleurs indépendants, nonobstant le fait qu'ils n'ont pas d'autre employeur et ne mettent en œuvre aucun capital propre » (2000, p. 141)

Reconnaissant la pertinence du sujet, R. Castel résumait à sa façon la problématique du rapport Supiot : « Ou bien il faut « dépasser l'emploi », au sens où le système de régulations qu'il supporte n'est plus aujourd'hui de mise, et reconstruire le droit du travail sur des bases totalement différentes (à partir du statut de la personne et non plus des situations de travail) ; ou bien il faut s'efforcer de conserver les garanties de l'emploi pour ceux qui en bénéficient, et déployer de nouvelles régulations juridiques pour protéger l'ensemble des autres situations » (1999, p. 441). L'ennui, c'est que les entreprises font les frais de l'absence de décision quant à la solution législative retenue : on n'a toujours pas le modèle juridique correspondant à la première branche de l'alternative. Quant à la seconde partie de la seconde branche, le législateur est muet tandis que les initiatives des entreprises sont condamnées par la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Références :

- Beffa Jean-Louis, Boyer Robert et Touffut Jean-Philippe (1999), « Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales », *Droit social*, décembre, n° 12, p. 1039-1051
- Castel Robert (1999), « Droit du travail : redéploiement ou refondation ? », *Droit social*, mai, n° 5, p. 438-442
- Jeammaud Antoine (2001), « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », *Droit social*, mai, n° 3, p. 227-238
- Lyon-Caen (2000), « Vingt ans : c'est le plus bel âge de la vie », *Semaine sociale Lamy*, Hors série, n° 1000, 23 octobre, p. 4-6
- Munck de Jean (1999), « Les trois crises du droit du travail », *Droit social*, mai, n° 5, p. 443-446
- Ramaux Christophe (2000), « L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité ? Une lecture économique critique du rapport Boissonnat, du rapport Supiot et des travaux sur les marchés transitionnels », *Droit social*, n° 1, janvier, p. 66-76
- Riquoir Florence (2000), « Le portage salarial », *Semaine sociale Lamy*, 20 novembre, n° 1004, p. 7-11
- Riquoir Florence (2001), « Le « cybertravail » : vers une nouvelle forme d'externalisation », *Semaine sociale Lamy*, 5 février, n° 1014, p. 8-11
- Supiot Alain (2000), « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, février, n° 2, p. 131-145
- Supiot Alain, directeur (1999), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion
- Waquet Philippe (2000), « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Droit social*, n° 12, décembre, p. 1051-1058
- Waquet Philippe (2001), « Les objectifs », *Droit social*, n° 2, février, p. 120-125

Etude de jurisprudence n°3

L'« obligation de reclassement » peut-elle être tirée des termes du contrat de travail ?

« Le droit du reclassement doit être mis presque totalement au crédit de la Chambre sociale » (Gérard Gélinau-Larrivet, Président de la Chambre sociale). Voilà au moins une affirmation qui éclaire définitivement le rôle respectif de la loi et de la jurisprudence aujourd'hui, en France. Cependant, force est de reconnaître que si les premières interventions de la jurisprudence en ce domaine du reclassement relevaient bien de l'interprétation de la loi, l'extension de ces interventions a rapidement contribué à la création d'un droit nouveau. Bien entendu, une telle création n'est pas sans aggraver l'insécurité juridique. Mais le plus regrettable est sans doute que la transformation en lois de ce qui a été progressivement mis en place par la jurisprudence se fasse dans la précipitation, avec un objectif de présence médiatique qui peut finalement nuire à la cohérence d'un projet dont la définition des termes n'aurait pas été analysée avec assez de précision.

Position du problème :

Au point de départ, la principale question juridique consiste à savoir comment l'obligation de reclassement peut être lue dans un contrat de travail. Une fois le principe étrangement acquis, la seconde question difficile concerne la philosophie sous-jacente qui permet de lire cette obligation dans le Code du travail. Finalement, si elle devient une loi, les conditions de sa mise en pratique peuvent faire l'objet de nombreuses discussions critiques.

1. Il est symptomatique que l'« obligation de reclassement » soit entrée dans la pratique française par le biais d'une protection particulière, « exorbitante du droit commun » (G. Couturier, 1999, p. 498), concernant les salariés victimes d'un accident ou d'une incapacité partielle de travail. L'article L. 122-32-5 du Code du travail prévoyait en effet que, « *si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre, à l'issue des périodes de suspension, l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer des tâches existant dans l'entreprise et après avis des délégués du personnel, un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de poste ou aménagement du temps de travail* ». C'est par la voie médicale que le chef d'entreprise est contraint d'accepter une modification radicale du contrat de travail contre laquelle, en 1987, la Cour de cassation le protégeait encore : « *L'employeur qui, pas plus que le salarié, ne peut se voir imposer unilatéralement une modification d'un élément substantiel du contrat de travail, n'est pas tenu de fournir un emploi différent au salarié physiquement inapte à accomplir la tâche pour laquelle il a été embauché* » (Cass. Soc. 9 avril 1987). Cette interprétation nouvelle sera entérinée par la loi du 31 décembre 1992 qui précise (art. L. 122-24-4) que, « *si le salarié est déclaré inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités... et aussi comparable que possible à l'emploi précédent* » (G. Couturier, 1999).

2. Indépendamment des circonstances particulières par lesquelles le droit au reclassement est entré dans la loi, une triple réalité économique, psychologique et sociologique plaide pour que les ajustements en termes de postes de travail s'effectuent au sein de l'entreprise avant tout recrutement externe. Economiquement d'abord, les coûts de recrutement ont augmenté au fur et à mesure que l'embauche portait sur les qualités de la personne. Psychologiquement, ensuite, l'attrait du travail se renouvelle avec la possibilité d'évoluer en termes de carrière *au prorata* de la maîtrise des postes. Sociologiquement enfin, les relations de confiance participent à la création d'une vie sociale dans l'entreprise qui est source d'efficacité. Bien entendu, elles ont besoin de temps et de permanence pour se concrétiser. Ces arguments logiques ont été assez puissants pour structurer les relations professionnelles de travail aux Etats-Unis sans l'intervention du législateur : « Lorsqu'un poste se libère pour cause de départ volontaire ou de retraite, il doit être proposé, sauf contrainte de qualification, au salarié occupant l'échelon précédent dans la hiérarchie et ayant accumulé le plus d'ancienneté dans le poste. Par effet d'entraînement, c'est l'ensemble des salariés les plus anciens à chaque niveau qui se voient ainsi promus » (A. Montalvillo-Rebour, 1992, p. 157). D'une certaine manière, la jurisprudence française vise à rendre obligatoire ce que les conventions collectives ont organisé aux Etats-Unis. C'est ainsi que l'on peut interpréter l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation où l'expression « obligation de reclassement » est utilisée pour la première fois : « *Dans le cadre de son obligation de reclassement dans l'entreprise, l'employeur doit, en cas de suppression ou transformation d'emplois, proposer aux salariés concernés les emplois disponibles, de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, fût-ce par voie de modification substantielle des contrats de travail* » (Cass. Soc. 8 avril 1992). Confirmant le rôle d'éclaireur de la jurisprudence, le projet de modernisation sociale reprend cette idée dans son article L 321-1-5-4. Les choses sont claires : au sein d'une entreprise particulière, un projet de réorganisation passe par la suppression de postes de travail ; l'employeur est dans l'obligation de voir si des postes de même catégorie sont disponibles.
3. La base juridique de l'obligation générale de reclassement peut être recherchée dans l'article L 122-14-3 du Code du travail qui exige des « motifs réels et sérieux » pour justifier d'un licenciement. La portée d'un tel appui est bien circonscrite puisque le droit au reclassement est ici limité par l'absence d'embauches sur d'autres postes dans l'entreprise. Néanmoins, de nombreuses discussions visent à fournir une base plus large à l'obligation de reclassement. Il s'agirait d'abord de s'appuyer sur la logique contractuelle que conditionne l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. L'employeur est obligé d'exécuter « de bonne foi » le contrat de travail, avec toutes les conséquences que cela implique et qui sont détaillées dans l'article 1135 : « *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Cette référence a régulièrement servi à la Chambre sociale de la Cour de cassation de 1992 à 1995.
4. Il s'agirait ensuite d'analyser « l'obligation générale de reclassement comme une manifestation du "droit à l'emploi" » (F. Géa, 2000, p. 515). Ainsi, ce principe constitutionnel du « droit d'obtenir un emploi » trouverait un débiteur déterminé dans l'employeur. Même si elle ne s'appuie pas (encore) sur ce texte, la jurisprudence contrôle l'application de l'obligation de reclassement avec beaucoup de cohérence par rapport à ce principe. C'est ainsi que « *les possibilités de reclassement s'apprécient antérieurement à la date du licenciement, à compter du moment où celui-ci est envisagé* » (Cass. Soc. 30 mars 1999) et que les propositions doivent être « sérieuses »

pour éviter, comme dans l'arrêt de la cour d'appel de Bourges, que l'on puisse satisfaire à cette obligation en proposant à un agent de maîtrise « *un poste d'ouvrier au coefficient conventionnel plus bas, lui assurant une rémunération égale à 1/3 de celle qui était la sienne* » (3 mars 2000).

5. Finalement, l'obligation de reclassement participe de l'élaboration d'un statut social du salarié dont l'entreprise peut être directement et indirectement bénéficiaire. En premier lieu, il faut mentionner les problèmes de confiance qui se manifestent dans le déroulement des plans sociaux. La confiance un capital immatériel qui facilite l'organisation quotidienne de la vie de l'entreprise et ce capital si difficile à constituer peut être perdu en un instant. En second lieu, lorsqu'il est assuré de la pérennité de son contrat de travail, le salarié peut s'impliquer dans un processus d'acquisition de compétences dont il sait pouvoir bénéficier grâce à une évolution de carrière favorable au sein même de son entreprise. Enfin, l'horizon dégagé d'un contrat de travail à durée indéterminée avec obligation de reclassement est un élément important du choix entre consommation et épargne et un facteur décisionnel de l'endettement (cf. par exemple A. Supiot, 1999, p. 55-56).

Cependant :

Le fondement du droit au reclassement reste extrêmement fragile une fois qu'il est élargi des personnes devenues inadaptées à leur poste de travail à l'ensemble du personnel. Fragile, il est appliqué dans la mesure de l'impossible, ainsi qu'en témoigne l'arrêt fondateur du 1^{er} avril 1992 : « *Le licenciement 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* » (Cass. Soc. du 1^{er} février 1992). Depuis cette date, la Chambre sociale de la Cour de cassation élargit sans cesse les limites du possible au grand dam des responsables des ressources humaines toujours taxés de manque d'inventivité sinon de responsabilité sociale et morale.

Conclusion :

1. Les principes philosophiques sous-jacents à l'obligation de reclassement des personnes rendues inaptes au travail peuvent être facilement discernés. C'est un lieu commun de rappeler que le contrat de travail « a été conçu sur le modèle de louage ». Il est plus rare de préciser que « par exception à ce qui semble de la nature du louage, il n'y a pas remise matérielle à l'employeur de la force de travail, faute de pouvoir détacher celle-ci du corps du salarié » (M. Fabre-Magnan, cité par A. Supiot, 2000, p. 132). Peut-être est-ce parce que cette formule renvoie de manière trop précise à l'analyse que K. Marx effectue dans le livre I du *Capital* lorsqu'il définit la force de travail comme « l'ensemble des facultés physiques et intellectuelles qui existent dans le corps d'un homme, dans sa personnalité vivante, et qu'il doit mettre en mouvement pour produire des choses utiles » (1969, p. 130). La théorie de l'aliénation du travail procède en effet de cette distinction entre les « facultés » et la « personnalité ».

Néanmoins, ce à quoi renvoie l'obligation de reclassement des travailleurs devenus inaptes consiste à dire que le changement dans les « facultés » lié à la maladie ou l'accident ne peuvent être imputés à la « personnalité » du travailleur et surtout pas à sa volonté. On comprend alors la position du législateur qui, obligé de reconnaître l'inaptitude du travailleur, refuse que le contrat qui lie les parties soit remis en cause et décide d'une obligation de reclassement. Il n'en est pas de même en ce qui concerne la

généralisation du reclassement à l'ensemble des salariés susceptibles d'être licenciés pour motif économique. Ici, la volonté de l'employeur de remettre le contrat en cause est contrainte par l'évolution du contexte général de l'entreprise. Qu'on puisse apprécier le degré de cette contrainte ainsi que la portée des solutions envisagée se comprend. Qu'on puisse transformer le contrat à durée indéterminée en contrat à durée déterminée par l'espérance de vie professionnelle du salarié pose un problème philosophique et juridique pour l'instant non résolu.

2. La solution retenue aux Etats-Unis a l'avantage d'être antérieure à l'événement, délimitée dans l'espace juridique de chaque subdivision de l'entreprise et conditionnée par la contrainte de qualification. Elle n'interdit pas le licenciement qui, s'il a lieu, respecte le principe du *last in, first out*. Aucune de ces limites n'existe en France : c'est la jurisprudence qui a défini les caractères du droit du reclassement, elle a élargi ce droit de l'entreprise au groupe, du groupe national au groupe international, la contrainte de qualification est contournée par l'obligation d'adaptation (sur ce point, cf. l'étude de jurisprudence n° 4).

□ *De l'entreprise au groupe* L'employeur pensait avoir satisfait à l'obligation de reclassement lorsqu'il avait considéré l'organisation du travail qui relevait de sa responsabilité directe. L'idée est doublement fondée. D'une part, il y a une connaissance intuitive de l'organisation locale du travail qui rend le reclassement totalement réaliste. D'autre part, les salariés répugnent souvent à la délocalisation. Les juges n'ont pas suivi ce principe. Dès 1992, dans l'arrêt *Chevalier*, ils ont décidé que la recherche des possibilités de reclassement devait s'effectuer « à l'intérieur du groupe auquel appartenait l'employeur concerné, parmi les entreprises dont les activités ou l'organisation permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel » (Cass. Soc. 25 juin 1992).

□ *Du groupe national au groupe international* C'était une façon de reconnaître que l'employeur direct n'est rien et qu'il engage avec lui l'ensemble des employeurs dont il dépend lui-même. La chaîne ne s'est donc pas arrêtée même s'il a fallu six ans pour que le droit au reclassement remonte au siège social « même si certaines des entreprises sont situées à l'étranger, dès l'instant que la législation applicable localement n'empêche pas l'emploi de salariés étrangers » (Cass. Soc. 7 octobre 1998).

□ *De l'élargissement du degré de dépendance institutionnelle* Comme il n'existe pas de définition légale du groupe, on peut légitimement se poser la question de savoir à partir de quel pourcentage de droits de vote au sein des conseils d'administration le droit au reclassement cessera d'être étendu. Prudente, la Cour de cassation précise que « la seule détention d'une partie du capital [d'une société] par trois autres sociétés n'impliquait pas en soi la possibilité d'effectuer entre elles la permutation de tout ou partie de leur personnel et ne caractérisait pas l'existence d'un groupe au sein duquel le reclassement doit être effectué » (Cass. Soc. 27 octobre 1998). La réponse se précise néanmoins dans un arrêt récent de la Cour d'appel de Limoges (13 décembre 2000) qui décide qu'une société « avait une influence déterminante dans la mesure où elle détenait la moitié de son capital en face d'un actionariat dispersé ». D'ailleurs les juges peuvent encore préciser leur pensée et le pourcentage de contrôle descendre très bas puisqu'il est finalement conditionné par l'existence « d'un actionariat dispersé ». Imaginons seulement qu'ils aient l'idée d'élargir l'obligation de reclassement aux signataires d'un pacte d'actionnaires !

□ *De la dépendance institutionnelle à la dépendance personnelle* C'est d'ailleurs ce qu'ils ont commencé à faire puisque la Chambre sociale a décidé que deux

associations qui avaient même activité, même directeur, et qui résultaient de la scission en deux secteurs géographiques d'une association départementale, caractérisaient, au regard de l'obligation de reclassement « *l'existence d'un groupe d'association dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent la permutation de tout ou partie du personnel* » (Cass. Soc. 2 décembre 1998).

□ *De l'obligation de reclassement interne à l'obligation de reclassement externe*
Puisque l'obligation de reclassement s'inscrit dans le cadre d'un plan social, il faut lire jusqu'au bout les implications de l'article L 321-4-1 de la loi du 27 janvier 1993 qui prévoit que les mesures du plan social doivent incorporer « *des actions de reclassement interne ou externe à l'entreprise, des créations d'activités nouvelles, des actions de formation ou de conversion, des mesures de réduction ou d'aménagement de la durée du travail* ». Une première loi a légalisé la réduction du temps de travail, une autre va bientôt formaliser la création d'activités nouvelles. Dans les amendements au projet de loi de modernisation sociale, il est affirmé que « les grands groupes de plus de 1 000 salariés devront prévoir dans leurs plans sociaux des aides à la création d'entreprise, des mesures d'essaimage,... ou confier celles-ci à des cabinets spécialisés » (*La Tribune* du 25 avril 2001).

Après ce long travail d'exploration pour tenter de définir l'impossible, tout est en place pour modifier la loi selon une démarche bien établie de sécurité pour le législateur. Le même projet de loi de modernisation sociale, pas encore voté, déjà amendé, prévoit dans son article L 321-1-4, que « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou, à défaut, d'une catégorie inférieure, ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, de l'unité économique et sociale ou dans les entreprises du groupe auquel appartient l'entreprise et dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'assurer la permutation de tout ou partie du personnel* ». Mais même voté en l'état, ce texte est déjà en retrait par rapport à la jurisprudence.

Tirons-en une conséquence inattendue : plus personne ne peut dire *ex ante* qui il sera tenu d'employer à l'avenir pour peu qu'il ait lui-même délégué cette fonction à un ou plusieurs tiers et quand bien même il aurait complètement changé d'activité. Espérons pour lui un peu de tranquillité lorsqu'il se sera « retiré des affaires » !

3. Le fait de lier le reclassement à l'obligation d'exécuter les contrats « *de bonne foi* » avec « *toutes les suites que l'équité (...) donne à l'obligation d'après sa nature* » pose un problème d'interprétation grave en ce qui concerne les contrats à durée indéterminée. Faut-il en conclure en effet que, s'il n'y a pas de terme au contrat, c'est qu'il doit être maintenu aussi longtemps que les **deux** parties le décident. Dans ce cas, et puisqu'il s'agit d'une obligation du Code civil, il faudrait revoir tous les contrats selon ce principe et non pas seulement ceux qui concernent le droit du travail. Pour ne prendre qu'un exemple, les conditions dans lesquelles le propriétaire d'un immeuble peut retrouver la jouissance de son bien sont déjà restrictives. Imagine-t-on prolonger ses responsabilités selon le principe « *de bonne fin* » en instaurant une « obligation de relogement » ?

De toutes façons, on sait d'avance ce que signifie cette obligation pour le salarié. L'employeur ayant acquis sa force de travail mais non sa bonne volonté ne peut que laisser partir un salarié dont l'esprit est déjà engagé ailleurs. Quant à l'employeur lui-même, la jurisprudence a inventé une série d'obligations qui sont allées en s'élargissant et qui n'ont été découverts qu'au prix de l'insécurité juridique.

□ *L'étendue de l'obligation* La limite de l'obligation de bonne fin semble avoir été atteinte avec la notion sociale du groupe : « *Sur le plan social, il y a groupe lorsqu'existent des entreprises dont les activités ou l'organisation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel* » (Cour d'Appel de Rennes, 16 mai 1996). Cette formulation résout d'abord la question de la prudence de la Cour de Cassation évoquée précédemment. Pourquoi en effet s'inquiéter de la structure économique d'un groupe lorsqu'on dispose du concept vague à souhait de « *permutation de tout ou partie du personnel* » pour définir le domaine de l'obligation de reclassement. Mais cette solution introduit une nouvelle imprécision. Que signifie justement la permutation sinon « le changement de l'un pour l'autre » (*Littré*). Or, ici, il ne peut s'agir de proposer à des salariés non licenciés de prendre la place de ceux dont le poste a disparu. Tout au plus peut-on induire qu'il s'agit d'une équivalence de poste. Puisque le projet de loi de modernisation sociale reprend cette formule selon laquelle le reclassement du salarié doit se faire « (...) *dans les entreprises du groupe auquel appartient l'entreprise et dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'assurer la permutation de tout ou partie du personnel* » (Art. L 321-1-4), il y a bien lieu de s'interroger sur ce concept particulier de « permutation ».

□ *Les moyens financiers mis en œuvre* L'obligation de reclassement est évidemment coûteuse et la question qui se pose est de savoir jusqu'où l'entreprise doit faire porter son effort. S'il n'y a pas de solution simple à cette question, la solution retenue par la jurisprudence et prochainement consacrée par la loi refuse que les moyens soient définis *in abstracto* : « *ces efforts de reclassement s'apprécient en fonction des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe* » (article L 321-1-4). Cette volonté de traiter dans le concret une telle question présente des difficultés.

- Les moyens dont le groupe dispose sont-ils évalués sur le chiffre d'affaires ou sur les profits ? Ne peut-on craindre le glissement d'un concept à l'autre selon les circonstances ?

- Les profits sont-ils évalués de manière instantanée ou diachronique ? Ne peut-on craindre que le juge n'établisse son jugement *ex post* après que la stratégie de l'entreprise ait réussi et ne remette en cause le plan social qui a conditionné cette réussite ?

Si de nombreux employeurs ont pu, par le passé, être surpris par la jurisprudence, les choses sont désormais claires. Pour prendre un cas extrême et proche à la fois, un groupe international ne pourra fermer une filiale en perte située en France sans un plan social où il engage les moyens financiers du groupe tout entier. Mieux vaut le savoir avant de faire le pari de la délocalisation puisque de tels engagements n'existent nulle part en Europe.

Mais, en même temps, cela multiplie les classes de risque face aux licenciements. Nulle doute que cette inégalité nouvelle ne fasse l'objet de la sollicitude du législateur en réduisant les seuils qui définissent les obligations de reclassement (éditorial du *Monde* du 26 avril 2001, p. 16) et en renforçant le coût des licenciements pour l'ensemble des entreprises comme dans la proposition de doublement de l'indemnité légale ajoutée au projet de loi de modernisation sociale.

□ *De l'obligation de moyens à l'obligation de résultats* Si la définition des efforts à mettre en œuvre est reliée aux moyens de l'entreprise, il n'empêche que ces derniers ne se réduisent pas à des questions financières. Il s'agit de proposer effectivement des emplois de substitution dans un ordre qui combine des critères de qualification et de géographie. Il s'agit ensuite de les proposer en nombre suffisant pour que les salariés

disposent d'un choix effectif. Il s'agit encore de le faire de manière personnelle et circonstanciée. Il s'agit enfin de le faire de manière écrite de façon à prévenir toute contestation ultérieure. Si l'on suit F. Géa pour qui « l'employeur ne satisfait à son obligation de reclassement qu'à compter du moment où l'objectif de reclassement ne peut plus être atteint » (2000, p. 527), on comprend que l'obligation de moyens se transforme progressivement en une « obligation de résultat atténuée » (*ibidem*, p. 517 et G. Couturier, 1999, p. 501). Cela oblige l'employeur à montrer « *qu'il a procédé à toutes les démarches et investigations utiles et que sa recherche a été concrète* » (Cour d'appel de Reims, 3 juin 1998) et à établir, le cas échéant, les relations de causalité entre ces démarches et les résultats négatifs qu'il a enregistrés. Ainsi, la charge de la preuve repose sur lui tandis que, en sens inverse, l'allégation du salarié suffit.

□ *Un véritable succès passe l'épreuve du temps* L'employeur n'est pas quitte avec son salarié si le reclassement est effectif. Encore faut-il que celui-ci soit durable. Divers arrêts montrent la responsabilité de l'employeur « en cas de rechute ou d'incompétence du salarié sur son nouveau poste de travail » (F. Héas, 1999, p. 509).

4. L'idée de fonder l'obligation de reclassement sur le principe constitutionnel du « droit d'obtenir un emploi » fait des salariés, quels qu'ils soient, les créanciers des employeurs, quels qu'ils soient. Cette solution suppose de renoncer au caractère contractuel du contrat de travail. A tout le moins, elle en fait un contrat d'adhésion où l'adhérent est, sur ce point, l'employeur. Mais elle porte en germe la conséquence qu'il n'existe plus de différence significative entre les contrats selon la détermination de leur durée. Après avoir constaté que « peu de choses différencient le salarié licencié pour motif économique du salarié dont le contrat à durée déterminée est échu », J.-Y. Kerbourc'h ajoute : « Pourquoi ne pas considérer que l'échéance du terme du contrat à durée déterminée n'est opposable au salarié qu'après que l'employeur ait fait diligence pour adapter le salarié à l'évolution de son emploi qui, par définition, a vocation à disparaître puisqu'il est temporaire » (2001, p. 15). Ainsi, la boucle est bouclée : tous les emplois à durée déterminée auraient vocation à bénéficier à leur terme des avantages des plans sociaux. Et puisque ces deux solutions ne sont retenues par les employeurs que lorsqu'il semble difficile de maintenir leurs effectifs, ce principe constitutionnel du « droit d'obtenir un emploi » trouverait un débiteur déterminé dans l'employeur au moment même où ce dernier déclarerait être dans l'incapacité d'en assurer la charge !
5. Le fordisme qui a fondé le développement généralisé du pouvoir d'achat n'est pas, malgré sa domination, l'œuvre d'un seul homme. C'est l'aboutissement des négociations collectives qui ont été rendues obligatoires durant les années trente (1935 aux Etats-Unis, 1936 en France). Dans le processus de destruction créatrice qui en a mis les termes à mal, le Gouvernement a développé des politiques de l'emploi dont la subvention était l'instrument principal. Leur efficacité a très vite buté sur les effets d'aubaine et de substitution. Les employeurs ont ainsi bénéficié de subventions pour des embauches que, de toutes façons, ils auraient faites. Cet effet pervers doublé de la contrainte de concurrence équitable imposée par l'Union européenne obligent à changer de politique. Mais les efforts d'imagination déployés à ce jour autant que les expériences étrangères montrent qu'il n'y a pas de politique de substitution autre que le retour de la confiance entrepreneuriale, de l'initiative créatrice et de la croissance économique qui en est le résultat. La prise étatique directe sur ces thèmes est plus que restreinte. D'où l'idée, est-ce hasard, est-ce stratagème, de faire passer le contrôle des licenciements de la loi à la cour, d'une mesure politique clairement discutée à une

pratique diffuse difficile à cerner. Qu'importe alors si l'INSEE a pu montrer que « la hausse du nombre des licenciements n'aurait joué qu'un rôle mineur » dans « la montée tendancielle du taux de chômage au cours des vingt dernières années » (Y. L'Horty, 1994).

Il n'y a pas de fondement, constitutionnel ou légal, à l'obligation de reclassement que la jurisprudence a progressivement mise en place. Même si la loi le reconnaît bientôt, cette obligation restera infondée quelle que soit la conception de l'entreprise que l'on retient. Elle reste néanmoins l'une des pièces maîtresses d'une nouvelle conception de l'entreprise dans laquelle le juge détient l'ultime compétence décisionnelle. De même que le droit de propriété a été reconnu comme fondement de la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel au moment même où il autorisait les nationalisations (Louis Favoreu, 1989, p. 131-132), l'insistance actuelle sur le pouvoir de direction des employeurs signifie certainement qu'il est en train de se restreindre. « Le principe selon lequel « le juge n'a pas à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise ni à substituer sa décision à celle de l'employeur, qui est libre, sauf détournement de pouvoir... de choisir la solution qui lui apparaît la meilleure pour l'entreprise » pourrait bien alors être réduit aux acquêts » (F. Géa, 2000, p. 528).

Références

- Antonmattei Paul-Henri (2000), « Plan social : il y a urgence à réformer », *Droit social*, n° 6, juin, p. 597-602
- Caigny de Philippe (2001), « L'employeur seul juge du choix économique », *Droit social*, n° 2, février, p. 126-134
- Conseil Constitutionnel (1989), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, colloque des 25 et 26 mai 1989
- Couturier Gérard (1999), « Vers un droit du reclassement », *Droit social*, n° 5, mai, p. 497-503
- Favoreu Louis (1989), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789 », p. 123-144 de Conseil Constitutionnel
- Géa Frédéric (2000), « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *Revue de jurisprudence sociale*, Juillet-août, p.511-528
- Héas Franck (1999), « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Droit social*, n° 5, mai, p. 504-514
- Kerbourec'h Jean-Yves (2001), « L'imbroglio juridique des politiques de lutte contre l'instabilité de l'emploi », *Travail et emploi*, n° 85, janvier, p. 5-20
- Lefèvre Cécile et Pujol Thierry (1994), « L'individu face au chômage », p. 129-178 de *L'économie française. Edition 1994*, Paris, Le livre de poche, coll. « Références »
- L'Horty Yannick (1994), « Flux sur le marché du travail et formation du chômage en France depuis 1970 », *Note de la Direction de la Prévision*, février. Citation extraite de Cécile Lefèvre et Thierry Pujol, 1994, p. 139
- « Licenciement économique. L'obligation de reclassement de l'employeur », *Semaine sociale Lamy*, 5 février 2001, n° 1014, p. 12-14
- Marx Karl (1969), *Le Capital*. Livre 1, Paris, Garnier Flammarion
- Montalvillo-Rebour Agnès (1992), « Etats-Unis », in *Syndicalismes. Dynamique des relations professionnelles*, Paris, Dunod/Ires
- Morvan Patrick (1998), « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », *Droit social*, n° 5, mai, p. 442-458
- Supiot Alain (2000), « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, février, n° 2, p. 131-145
- Supiot Alain, directeur (1999), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion

Etude de jurisprudence n°4

L'adaptation des salariés relève-t-elle de l'unique responsabilité de l'employeur ?

Il est facile de comprendre que l'adaptation des salariés aux emplois que proposent les employeurs ne peut relever de leur seule initiative et être imputée à leur seul temps libre. En ce sens, la formation professionnelle mérite effectivement d'être intégrée dans le contrat de travail.

L'analyse économique a montré que les dépenses de formation pouvaient être interprétées comme des dépenses d'investissement. Néanmoins, comme toutes les dépenses d'investissement, celles-là doivent faire l'objet d'une analyse coût-avantage dans un horizon de temps donné.

Au-delà du caractère obligatoire de l'adaptation d'un salarié particulier, les termes en débat méritent donc d'être posés autour des questions suivantes : qui doit supporter les coûts de formation ? Quelles contraintes doivent peser sur les bénéficiaires ? Quel horizon doit être pris en compte pour la décision ?

Position du problème :

L'obligation d'adaptation est un pur produit de la jurisprudence qui a été consacré par le législateur dans la loi Aubry II du 19 janvier 2000 à l'article L 932-2 al. 1.

1. En intégrant les nouvelles techniques dans le processus productif, l'employeur sait quelles nouvelles qualifications sont nécessaires pour en assurer le bon fonctionnement. Compte tenu des coûts d'embauche, il peut être de son intérêt d'accompagner la modernisation technique par l'actualisation des compétences professionnelles des salariés en place. L'un et l'autre, employeur et salarié sont en effet confrontés symétriquement à un progrès technique qu'ils ne maîtrisent pas. C'est ainsi que l'on peut comprendre l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation selon lequel « *le remplacement des avions à hélice par des appareils à réaction nécessite une formation complémentaire pour adapter le personnel aux nouvelles conditions de travail* » (Cass. Soc. 20 avril 1988). L'horizon commun de l'employeur et du salarié étant de moyen terme, la nécessité de la formation est normalement intégrée dans la gestion prévisionnelle de l'emploi. C'est d'ailleurs un élément de négociation sur lequel les syndicats sont régulièrement consultés. La question est donc de savoir si cette nécessité doit être transformée en obligation et si le licenciement personnel d'un salarié doit être considéré comme dépourvu de cause réelle et sérieuse en l'absence de dépenses d'adaptation. C'est ce la Chambre sociale de la Cour de cassation tranche néanmoins lorsqu'elle observe : « *Après avoir relevé que la salariée n'était pas préparée à occuper immédiatement le nouveau poste qui lui était proposée, et que l'employeur lui avait refusé la courte formation qu'impliquait ce reclassement, la cour d'appel a pu décider que le licenciement ne reposait pas sur un motif économique* » (Cass. Soc. 19 octobre 1994).

2. Néanmoins, l'évolution des techniques est parfois extrêmement brutale. Dans ce cas, le continuum de qualification n'existe pas. La conséquence logique est que l'obligation d'adaptation ne s'exerce pas. La Chambre sociale de la Cour de cassation a plusieurs fois distingué l'adaptation de la reconversion. Logiquement, la responsabilité de l'employeur s'arrête à la première. « Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 février 1998, approuve-t-elle les juges du fond d'avoir considéré qu'un salarié, de formation artisanale traditionnelle, qui exerçait les fonctions de directeur de recherche et de qualité dans une société substituant au mode artisanal de production de pianos une industrialisation de celle-ci, ne pouvait bénéficier d'une adaptation au nouvel emploi » (F. Géa, 2000, p. 521a). Il semble que les critères objectifs qui déterminent la limite de l'engagement de l'employeur soient la durée de la formation et le délai d'acquisition des nouvelles compétences.
3. Il y a, bien entendu, une certaine objectivité dans la durée d'une formation nécessaire pour acquérir une compétence nouvelle. Mais il est difficile d'affirmer que le salarié n'en soit pas partie prenante. Outre ses dispositions naturelles, sa bonne volonté et son implication personnelle rendent les résultats de l'effort d'adaptation relativement incertain. Bien que ce facteur ne puisse être mis en équation, il n'en est pas moins une donnée de réalité. Dans ce sens, la Cour d'appel de Nancy a affirmé que « *l'obligation de reclassement incombant à l'employeur... même si elle implique l'adaptation du salarié par sa formation à de nouvelles tâches, trouve sa limite lorsque l'emploi susceptible d'être confié à l'intéressé nécessite une compétence qu'il n'est pas en mesure d'acquérir rapidement* ». On peut donc en conclure que l'obligation d'adaptation est ainsi limitée par la qualité de la personne.

Cependant :

Il est considéré que l'arrêt *Expovit* (Cass. Soc. 25 février 1992) constitue le point de départ de l'obligation d'adaptation. Or, cet arrêt est motivé d'une manière qui ne manque pas de poser problème. On y lit en effet que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* ». L'affirmation de l'asymétrie systématique du contrat de travail mérite réflexion.

Conclusion :

1. *A priori*, c'est bien l'employeur qui décide de modifier les procédés techniques de production. C'est donc sur lui, nous l'avons dit, que repose matériellement l'exigence de formation. Néanmoins, celle-ci nécessite un investissement qui se concrétise dans la personne du salarié. Or, rien ne permet au premier d'obliger le second à rester dans l'entreprise le temps que ladite formation soit rentabilisée. Quand bien même il pourrait le faire, le « freinage » (H. Ford) du salarié désireux de changer d'employeur rendrait bien vite la solution inefficace. Quant à l'emploi quasi-permanent qui a permis les investissements en formation continue des salariés japonais, il était lié à une prime de départ, le *taishokukin* qui s'accroissait avec l'ancienneté, ce qui représentait une limite financière, et non pas seulement culturelle, aux départs volontaires. Or, les démissions représentent en France 5.6 % des entrées à l'ANPE (chiffres de juillet 2000) sans préjuger du nombre de changements d'entreprises sans passage par le chômage. C'est cette absence

d'exclusivité d'usage du personnel formé par les soins des employeurs qui contribue à faire des dépenses d'éducation et de formation un bien quasi-collectif.

Par ailleurs, les efforts de formation sont souvent utilisés par les salariés comme une base de revendication salariale. Là encore, l'analyse économique montre que la rémunération liée à la qualification se justifie par la nécessité de rentabiliser l'investissement en capital humain. Si c'est le salarié qui en supporte les coûts, il faut qu'il puisse rentabiliser son investissement grâce à des augmentations de salaire obtenues dans un horizon raisonnable ; si c'est l'employeur, le rendement se fait, à salaire égal, par le surcroît de productivité.

Il y a donc bien un problème de droits de propriété qui limite la volonté des entreprises à s'engager spontanément dans la voie de l'adaptation. Plus que la solution juridique de l'obligation, ce problème mérite une solution économique. L'internalisation des coûts d'adaptation dans les contrats d'une part, le renforcement des procédures collectives, voire publique de financement d'autre part, constituent sans doute deux pistes dont l'exploration mériterait d'être intégrée dans les évaluations de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

2. En France, la rupture dans les procédés techniques des années quatre-vingt a été traitée par une convention sociale dont les termes peuvent être considérés comme remarquables. Elle l'a été à l'initiative des partenaires sociaux plus que de l'Etat et bien avant que la jurisprudence ne s'occupe du problème. L'essentiel de l'adaptation salariale aux nouvelles techniques a été effectuée par une substitution de main d'œuvre jeune et qualifiée à une main d'œuvre âgée dont la qualification tournait à l'obsolescence. L'accord national interprofessionnel du 27 mars 1972 prévoyait l'institution d'une garantie de ressources des salariés de plus de 60 ans privés d'emploi. Le nombre de personnes bénéficiant de 70 % de leur rémunération dans ce système de préretraite est monté jusqu'à 680 000 en 1984 et 1985. Une convention de branche a encore confirmé cette orientation dans l'automobile en 1999 à hauteur de 12 500 salariés à qui sera proposé, sur la période qui s'étend de 2000 à 2004, un départ anticipé contre l'embauche de jeunes.

Conçu à une époque où les ressources des systèmes d'assurance-retraite le permettaient et où la montée des jeunes était encore significative, de telles conventions ne peuvent être envisagées pour résoudre les problèmes actuels et futurs d'adaptation de la main d'œuvre aux nouvelles techniques. Les investissements en termes d'adaptation ont donc vocation à se généraliser indépendamment de la volonté du législateur. Les problèmes de financement de ces efforts et de péréquation entre les branches d'activité représentent un enjeu important des négociations collectives à venir. C'est ainsi qu'en Suède, « certaines conventions collectives obligent les employeurs à contribuer à un « fonds de sécurité » destiné à financer des activités de formation pour permettre aux employés de rester dans l'entreprise ou pour les aider à trouver un nouvel emploi ou à créer une entreprise » (A. Supiot, 1999, p. 83).

3. Il reste que la Chambre sociale de la Cour de cassation ainsi que les Cours d'appel traitent de problèmes concrets dont ils tirent de plus en plus souvent des considérations de principe. Or, la réaction de l'homme, sa place dans une équipe, son désir de progrès qui s'inscrit dans une histoire personnelle sont des phénomènes contingents. Comme pour les affaires de reclassement, l'impossibilité

de l'adaptation doit être étayée sur des considérations exclusivement objectives. C'est ainsi que l'on peut interpréter l'arrêt du 6 février 1996 qui, malgré la qualification différente exigée pour le nouveau poste, sanctionne l'employeur « pour n'avoir pas démontré l'impossibilité du salarié de s'adapter à l'évolution technologique de la société ». Cette décision montre que l'employeur aura de plus en plus de difficultés à être sûr, avant tout jugement contraire, qu'il a bien satisfait à ses obligations. Avant de créer une telle insécurité juridique, il conviendrait sans doute de fournir des critères objectifs qui permettent d'appuyer ce jugement... ou son contraire. L'expérience de l'enseignement montre que, dans un certain nombre de circonstances, c'est une chose d'autant plus difficile que les éléments psychologiques de la décision peuvent se retourner très rapidement, dans un sens ou dans l'autre.

Dans des domaines plus sensibles, la liberté de choisir ses collaborateurs, pourtant reconnue par le Conseil constitutionnel (1988), est partiellement retirée à l'employeur. C'est ainsi que l'on peut interpréter l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui reproche le licenciement d'une journaliste, spécialiste de sujets touchant à l'environnement et à la pollution, parce que n'a pas été justifiée « l'impossibilité d'adapter l'intéressée au poste de rédacteur chargé d'enquêtes de mode, disponible dans l'entreprise » (Cass. Soc. 7 juillet 1999).

La formation et l'adaptation sont des nécessités de plus en plus contraignantes pour l'ensemble des partenaires sociaux. Des solutions négociées s'imposent comme en témoigne l'intégration de la formation professionnelle dans les négociations de refondation sociale. Par contre, l'obligation d'adaptation risque plutôt d'être le dernier maillon d'une chaîne qui vise à transformer progressivement un contrat à durée indéterminée en un contrat dont la durée est déterminée sans réciprocité par l'espérance de vie professionnelle du salarié.

Références

- Corrignan-Carsin D. (1995), « Loyauté et droit du travail », in Mélanges Henry Blaise, Paris, Economica
- Défossez M. (1992), note sous Cass. soc. 25 février 1992, D. 1992, 390
- Géa Frédéric (2000), « Licenciement pour motif économique : l'obligation générale de reclassement », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 7-8, juillet-août, p. 511-528
- Gomez-Mustel Marie-José (1999), « Formation et adaptation dans la jurisprudence sociale », *Droit social*, septembre octobre, p 801 et sq.
- Supiot Alain, directeur (1999), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion
- Teyssié B. (1996), « Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique », JCP, éd. G I, 3902

Etude de jurisprudence n°5

La rémunération et le pouvoir de direction

La Chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà avoué, à plusieurs reprises et par la voie de ses autorités les plus éminentes, être à l'origine de l'évolution du droit du travail par les obligations issues de la jurisprudence. Elle n'avait pas encore osé franchir le pas de montrer tranquillement que celles-ci pouvaient changer de direction dans des délais très courts. C'est chose faite désormais sous la plume de Philippe Waquet à propos des clauses de rémunération variable. Il écrit en effet que « à partir de l'année 1999, la Cour de cassation a marqué sa volonté de regarder de plus près les licenciements causés par la non-réalisation d'objectifs ». Elle l'a fait en trois temps. D'abord en recherchant si les objectifs étaient réalisables (arrêt du 3 février 1999). « Puis, la jurisprudence a tenté une distinction entre le cas où l'objectif était contractuel et celui où il résultait d'une simple directive de l'employeur ; les objectifs contractuels et les objectifs imposés » (arrêt du 18 avril 2000) (...) « Enfin, tout récemment, un arrêt du 14 décembre 2000 a remis en cause l'opposition entre les objectifs contractuels et les objectifs imposés » (2001, p. 123). Le moins que l'on puisse dire est que la jurisprudence se cherche, au plus grand dam des acteurs qui ne peuvent savoir *ex ante* s'ils respectent ou non la loi. Une fois de plus, cette pratique ouvre la porte à la rétroactivité des lois. Or, la question des rémunérations est aujourd'hui plus difficile à résoudre du fait de l'évolution des structures productives d'une part, des attentes des hommes et des femmes au travail d'autre part.

Position du problème :

Le contrat de travail a une nature doublement particulière au sein des contrats passés au cours de l'activité normale de l'entreprise. En premier lieu, la chose échangée n'est pas exactement connue d'avance du point de vue de sa qualité, de son intensité, de sa créativité. En second lieu, l'échange est inscrit dans le temps, le plus souvent pour une durée indéterminée, ce qui veut dire que les conditions générales qui ont présidé au contrat peuvent avoir tellement changé qu'il devient difficile de le mener à bonne fin. De cette double incertitude, les parties en présence peuvent vouloir tirer profit. Les procédures de gestion du personnel, le contrôle syndical et, plus récemment, la jurisprudence cherchent à réguler ces comportements. Ils le font par la fixation d'objectifs reliés aux performances de la firme et/ou du salarié ce qui, incontestablement, est une évolution vers une forme de transparence. Mais, alors que la forme de ce contrôle ne peut être que procédurale, la Chambre sociale de la Cour de cassation vise progressivement à lui donner une réalité substantielle. Ce faisant, elle éteint progressivement les stimulants de la progression personnelle et collective.

1. Le contrat de travail comporte nécessairement des indications sur la rémunération puisque celle-ci représente le prix de la transaction. Il est logique que les termes en soient négociés en connaissance de cause par les parties en présence. Par extension, une modification de la rémunération ne peut être établie de manière unilatérale. D'implicite, l'accord du salarié est devenu nécessairement explicite suite à l'arrêt *Raquin* (Cass. Soc., 8 oct. 1987, n° 84-41.902). Désormais, la jurisprudence est bien établie : « *La rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord* » (Cass. Soc., 3 mars 1998, n° 95-43.274).

2. Mais la question de la motivation est une des clefs de la relation salariale. La solution taylorienne a consisté à objectiver les attentes de l'employeur en termes de cadence en contrepartie d'une négociation syndicale visant au partage des progrès de productivité ainsi réalisés. De ce fait, la variabilité de la rémunération présentait un caractère de probabilité intégré dans les accords collectifs. La situation est aujourd'hui différente pour nombre d'activités dont l'intensité n'est pas contrôlée par le rythme d'une machine. Dans ce cas, le rapport juridique de subordination est matériellement distendu : il s'introduit une relation d'agence entre l'employeur et ses collaborateurs.

La solution qui permettait d'établir un contrôle indirect du salarié passait, après l'arrêt *Raquin*, par l'introduction de clauses de rémunération variable dans le contrat de travail lui-même. La variabilité des rémunérations ayant été contractualisée une fois pour toutes, leur fluctuation n'était que la manifestation d'un accord précédent des volontés. Plus largement, les modifications des règles de variation étaient acceptées pourvu que, sous cette couverture, l'employeur n'abuse de son pouvoir. C'est le sens de la distinction entre modification substantielle et modification accessoire du contrat de travail. Les secondes sont autorisées au nom du pouvoir de direction ; les premières refusées au motif qu'elles modifient par trop le contrat. Dans les faits, la frontière entre les deux est souvent passée par l'assurance que les nouvelles règles n'entraînaient pas de diminution des rémunérations. On reconnaît ici une forme de pragmatisme qui s'intéresse aux procédures pour sonder les intentions, ce qui est normalement le rôle de la jurisprudence.

3. A partir de 1998 (Soc. 20 octobre), la Chambre sociale de la Cour de cassation cherche à consolider les fondements de ses arrêts en s'appuyant sur l'article 1134 du Code civil pour lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* » A partir de là, l'observation des contrats devient substantielle en ce sens que la définition des objectifs à atteindre et les critères de rémunération qui leur sont liés doivent être connus *ex ante* par les deux parties. La clause qui lie le paiement d'une prime « *à l'existence de résultats économiques suffisants* » est considérée comme indéterminée et oblige à payer le complément de salaire quel que soit le résultat effectif de la firme au motif que « *ne peut constituer une condition d'application d'un engagement unilatéral de l'employeur qu'une clause précise définissant objectivement l'étendue et les limites de l'obligation souscrite* » (B. n° 246). Au lieu de juger si les résultats de l'entreprise permettaient ou non le versement de la prime contestée, le juge condamne l'entreprise à la payer pour avoir laissé une marge d'incertitude au bénéfice de l'employeur. L'égalité dans les conditions de négociation est complètement établie.
4. Grâce à cette évolution de la jurisprudence s'éloigne la crainte que le risque d'entreprise ne soit progressivement supporté par le salarié et qu'il en paie le prix fort du licenciement. En 1998 encore, la Chambre sociale de la Cour de cassation acceptait l'idée que le licenciement soit le dénouement logique d'un contrat librement négocié lorsque les résultats dudit contrat n'avaient pas été atteints (Soc. 12 mai, arrêt n° 2329). En 1999, c'est terminé. « *L'insuffisance de résultats au regard des objectifs fixés ne constitue pas une cause de rupture privant le juge de son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement* » (B n° 56). Pour justifier ce dernier, il faut d'abord établir que les critères étaient réalistes. Il faut ensuite prouver que l'absence de résultats relève

d'une faute du salarié et c'est la sanction disciplinaire ou d'une insuffisance professionnelle, et c'est la sanction personnelle. A l'incertitude des conditions économiques qui commanderaient le succès ou l'échec commercial et personnel succède, pour le salarié dont la rémunération est variable, le critère objectif du comportement individuel. En même temps, la charge de la preuve passe du salarié à l'employeur.

Cependant :

Les attendus de la Chambre sociale de la Cour de cassation n'arrivent pas à établir l'objectivité de principe de ses arrêts. Au contraire, tout laisse à penser qu'une nouvelle forme de causalité téléologique s'est imposée qui vise à rendre impossible la modification et du prix, et de la quantité de travail. Et c'est au moment même où il affirme que « *un chef d'entreprise qui n'aurait pas d'objectifs serait inconscient. Sa responsabilité est précisément de faire des choix de gestion et de fixer, pour chacun des domaines d'activité de l'entreprise, les buts à atteindre (...)* La définition des objectifs est ontologiquement un attribut du pouvoir de direction » que le Doyen Ph. Waquet ajoute : « *la technique de la contractualisation, loin d'être protectrice, est quelque peu suspecte, car elle n'offre aucune garantie au salarié* » (2001, p. 123-124). Alors, que faire ? Par quels moyens résoudre ce dilemme ? En réalité, la poursuite dans la voie engagée par la Chambre sociale, si elle devait être appliquée de façon générale, remettrait en cause de manière radicale les éléments de stimulation matérielle qui font l'efficacité du système productif.

Conclusion :

1. La démarche engagée par la Chambre sociale de la Cour de cassation a pour objet « *de redonner force obligatoire au contrat de travail.* » (Ph. Waquet, 1999b, p. 566) Cependant, on ne peut à la fois poser ce fondement et, dans le même mouvement, affirmer que l'une des parties étant plus faible, il convient que le juge prenne sa défense en la considérant comme incapable de contracter. C'est pourtant ce qui est fait.

Après avoir constaté qu'« *on ne peut interdire toute contractualisation des objectifs* », Ph. Waquet ajoute : « *mais cette contractualisation correspond-elle à un véritable accord entre l'employeur et le salarié sur l'objectif à atteindre ? Mis à part quelques cas particuliers, le salarié se voit imposer, en réalité, dans le contrat, des résultats à atteindre. Ses possibilités réelles d'en discuter le contenu sont faibles, sinon illusoires, ne serait-ce que parce qu'il ignore les données économiques de l'entreprise et du marché.* » (2001, p. 123-124) Alors, pourquoi laisser signer un contrat dont on dira bientôt qu'il l'a été par dol ?

Mais la conclusion pose un autre problème. Elle dit : « *sous réserve d'un contrôle a posteriori, la définition des objectifs relève de la décision unilatérale du patron.* » Le paradoxe de cette formule réside dans le fait que les objectifs sont constitués pour dessiner l'avenir, à un moment où les informations pertinentes ne sont pas toutes disponibles et où les actions des hommes peuvent contribuer à le faire advenir tel ou tel. Par contre, l'intervention du juge portera nécessairement sur les situations d'échec, en utilisant ce qui est advenu pour, remontant dans le temps, condamner la décision même qui avait été prise.

2. S'il faut redonner force au contrat de travail, encore faut-il savoir sur quoi les contractants s'engagent et pour quel terme. Or, l'embauche de qualités de travail est extrêmement difficile et ces qualités mêmes ne se manifestent que dans un environnement porteur. En ce sens, le défi fait le résultat.

En décidant que la différence entre modifications substantielle et accessoire était « *artificielle et trompeuse* », Ph. Waquet (1999a, p. 583) a voulu justifier la nouvelle distinction entre simple changement des conditions de travail et modification du contrat de travail. Mais en indexant progressivement toutes les clauses de variabilité dans le chapitre des modifications du contrat de travail, la Chambre sociale les a bientôt rendues improbables. Puisqu'elles supposent, pour être valables, un accord *ex ante* du salarié, elles doivent couvrir tout le champ des possibles, ce qui relève de l'impossible. Selon toute vraisemblance, les pratiques des entreprises ne tiennent qu'un compte restreint de cette obligation. Elles se découvrent pour le jour où un conflit surgira, ce qui ne manquera pas en cas de difficultés, soit avec la conjoncture, soit avec un salarié en particulier.

Car si l'embauche de qualités de travail est difficile, l'employeur n'a cependant qu'un droit restreint à l'erreur. Les sanctions pécuniaires sont interdites ; la révision unilatérale du contrat est contraire aux arrêts récents de jurisprudence ; « *la seule insuffisance de résultats ne peut, en soi, constituer une cause de licenciement* » (arrêt du 3 février 1999, B n° 143). La Chambre sociale estime en effet que les juges doivent s'inquiéter du caractère réaliste des objectifs, des capacités du salarié à les atteindre et du fait qu'ils aient disposé des moyens nécessaires pour y arriver. « *L'échec d'une mission confiée à tort à un salarié incompetent doit être imputé à l'employeur* » (Ph. Waquet, 2001, p. 124). On peut quand même se poser la question de savoir dans quelles circonstances un employeur va confier une mission à un salarié dont il sait, *ex ante*, qu'il est incompetent pour la réaliser.

Cela revient à dire que l'employeur n'a pratiquement aucun moyen pour revenir sur son embauche tandis que le salarié a toute licence pour quitter son entreprise s'il trouve ailleurs des conditions qu'il considère comme meilleures. Or, on ne veut redonner force au contrat et n'accepter de rupture sans faute de ce contrat que pour l'une des parties.

3. C'est d'ailleurs le problème général que pose l'utilisation de l'article 1134 du Code civil. Celui-ci dit en effet expressément que « *les conventions légalement formées (...) ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel (des parties qui les ont faites), ou pour les causes que la loi autorise* ». Or, l'application de ce principe bute sur une double difficulté : quand y a-t-il consentement mutuel ? Pouvons-nous faire une différence entre la révocation et la transformation.

Le départ volontaire d'un salarié ne peut être empêché par l'employeur particulièrement lorsqu'une relation d'agence accorde une grande liberté d'exécution au premier. De ce fait, nombre de préavis ne sont que partiellement exécutés dans le temps ou dans l'espace des responsabilités, réduites aux affaires courantes. Pourtant, l'employeur ne donne alors son accord que contraint et forcé. Si la situation inverse se produit, les règles du licenciement ont visé à fournir au salarié des dédommagements légitimes pour lui permettre d'assurer la continuité de sa vie personnelle et professionnelle. Il y a donc asymétrie du Code du travail autour d'un contrat dont on

veut trouver le fondement dans le Code civil où la parité est la règle. Mais cette asymétrie est encore plus manifeste lorsque, d'un commun accord, et conformément à l'article 1134 de ce même Code, les deux parties veulent mettre fin à leur contrat. Selon Pierre Lyon-Caen, « *cet accord est frappé d'une sérieuse suspicion et donc d'une grande fragilité : en effet, au moment de sa signature, le salarié se trouve soumis au lien de subordination que suppose le contrat de travail, et la liberté de son consentement risque d'être affectée* » (1998, p. 29). Il y a un peu de surprise à constater qu'un salarié va signer contre son gré une lettre mettant fin à son contrat de travail alors qu'il dispose s'il le souhaite des opportunités d'un licenciement. Mais ce qui importe ici est de constater que l'on récuse l'autonomie des volontés sur laquelle on veut par ailleurs s'appuyer. Bref l'accord du salarié est toujours suspect s'il arrive que les événements qui surviennent tournent à son désavantage.

Les artères du Code civil sont dessinées pour un droit patrimonial dont les termes sont inscrits dans la durée. Les ruisseaux du Code du travail essaie de suivre les méandres des situations individuelles qui sont éminemment variables. Entre les deux, il y a bien connexion sur les grandes orientations comme la liberté contractuelle par exemple, il ne saurait y avoir, sans accommodement, transposition simple. Il en est ainsi pour les conditions d'évolution du contrat à travers le temps. Expressément, le Code civil n'évoque que la rupture, et il exige qu'elle soit le fait d'un consentement bilatéral. Il n'exclut pas la renégociation, mais il indique implicitement qu'elle sera, elle aussi l'objet d'un consentement bilatéral. Il n'empêche que, si le contrat a été signé en connaissance de cause d'un risque non probabilisable, comme pour l'acquisition d'un bien en viager par exemple, il considère que les parties restent liées quoiqu'il arrive. Eh bien, c'est cela que veut interdire la Chambre sociale de la Cour de cassation pour les relations de travail : le salarié n'a pas le droit de prendre de risque car, s'il le fait, c'est en méconnaissance de cause des situations à venir. Et c'est encore l'employeur qui a le tort d'avoir proposé un tel contrat à la signature. Et la manifestation de volonté du salarié est nulle au jour où il le désire, compte tenu du déroulement *ex post* des événements. On voit alors que la référence à l'article 1134 du Code civil est infondée car elle ne va pas jusqu'à ses dernières conséquences.

4. Le motif de cette limite, on le sait, vise à ne pas transférer le risque d'entreprise sur le salarié. Mais cette vision est largement factice. Le salarié de l'entreprise taylorienne participe au risque d'entreprise lorsque sa rémunération est liée aux cadences qui s'accroissent avec la demande ; il est évalué au résultat qu'il est capable de suivre le rythme de production négocié collectivement ; et le licenciement pour motif économique représente l'ultime prise en compte dans sa situation personnelle de conditions objectives sur lesquelles il n'a pas prise depuis le ralentissement de la demande jusqu'aux mauvais choix stratégiques de la direction. Tout cela devrait être exclu pour les salariés de l'entreprise en réseau parce que, techniquement, il est impossible de donner *ex ante* les mêmes garanties de l'absence d'arbitraire de l'employeur.

En réalité, on retrouve de la part de la Chambre sociale de la Cour de cassation la même suspicion déjà observée vis-à-vis de l'activité indépendante « d'échapper aux contraintes du droit du travail en s'appuyant sur l'autonomie, de plus en plus grande, des travailleurs indépendants. » (Ph. Waquet, 2001, p. 125) Ainsi, derrière la lutte engagée pour surveiller les termes du contrat se profile à nouveau la volonté d'influencer les structures économiques. Au sens propre du mot, c'est un combat

réactionnaire dont la Chambre sociale serait débarrassée si, à l'instar de ce qui se fait en Allemagne ou en Italie, lesdits indépendants avaient un statut fiscal et social, voire une convention collective. Chacun de ces points exigerait que le législateur fasse son travail et permette ainsi un juste partage des tâches entre l'élaboration des lois et la surveillance de leur application.

Inutile d'insister sur l'enjeu majeur que représente la rémunération du point de vue de la justice commutative. La question est plutôt de savoir comment l'atteindre. Le postulat de la faiblesse contractuelle de l'une des parties, qui anime les décisions de la jurisprudence, ne devrait plus avoir, compte tenu du niveau d'éducation respectif des protagonistes, qu'une influence mineure sur les décisions. Ce n'est pas le cas. En soutenant sans limite ce principe, la Chambre sociale de la Cour de cassation ne mesure peut-être pas le développement des comportements opportunistes qui ruineront la confiance que, par ses arrêts, elle est censée contribuer à créer.

Références

- Antonmattei Paul-Henri (1999), « Les éléments du contrat de travail », *Droit social*, n° 4, avril, p. 330-334
- Dupays Alain et Vélot François (2001), « La rémunération des commerciaux peut-elle encore évoluer ? », *Semaine Sociale Lamy*, 12 février, n° 1015, p. 6-11
- Lyon-Caen Pierre (1998), « Fragilité des accords amiables de résiliation d'un contrat de travail », *Droit social*, n° 1, janvier, p. 29-34
- Mouly Jean (2001), « Prime de fidélité remboursable et salaire conditionnel. A propos des sanctions pécuniaires prohibées », *Le Dalloz*, n° 3, 18 janvier, 7012°, p. 263-265
- Waquet Philippe (1999a), « Le renouveau du contrat de travail », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 5/99
- Waquet Philippe (1999b), « Tableau de la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », *Droit social*, n° 6, juin, p. 566-581
- Waquet Philippe (2000a), « Les libertés dans l'entreprise », *Revue de Jurisprudence Sociale*, 5/00, p. 335-345
- Waquet Philippe (2000b), « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Droit social*, n° 12, p. 1051-1058
- Waquet Philippe (2001), « Les objectifs », *Droit social*, n° 2, février, p. 120-125

Etude de jurisprudence n° 6

L'employeur a-t-il le droit à l'erreur ?

1. Il n'est pas toujours facile pour un employeur de déterminer la convention collective qui régit son entreprise en raison, d'une part, de l'anarchie qui règne dans la définition du champ d'application des conventions collective de branche et, d'autre part, de la difficulté de classer des entreprises dont l'activité est particulière ou qui exercent plusieurs activités, ces entreprises pouvant être régies, selon les cas par une seule ou par plusieurs conventions collectives...

On conçoit, dans ces conditions qu'un employeur puisse se tromper. La Cour de cassation le lui interdit, tout en ayant été contrainte de modifier le fondement de cette interdiction.

Pour interdire ce droit à l'erreur, résultant pourtant de l'article 1110 du Code civil, la Cour de cassation s'est tout d'abord fondée principalement sur le droit communautaire. Elle a jugé le 18 novembre 1998 que, aux « *termes de la Directive européenne n° 91-533 du 14 octobre 1971, l'employeur est tenu de porter à la connaissance du salarié la convention collective applicable, obligation reprise par l'article R 513-2 du Code du travail relatif au contrat de travail ; que cette mention vaut reconnaissance de l'application de la convention collective applicable à l'entreprise* ». Le droit communautaire l'emporte ainsi sur le droit national, le texte français ne faisant que reprendre les prescriptions européennes. Il en résulte, pour la Chambre sociale que l'employeur est tenu par la mention du bulletin de salaire, même s'il s'est trompé, la Cour de cassation considérant que cette mention constitue une présomption irréfragable (*Rapport pour 1998*, p. 214).

En cas d'erreur, l'employeur est ainsi lié par deux conventions collectives : celle figurant par erreur sur le bulletin des salariés et celle qui régit normalement l'entreprise, les salariés pouvant, comme l'a jugé la Cour de cassation le 18 juillet 2000 choisir clause par clause dans les deux conventions celles qui leur sont le plus favorable.

Le vice du raisonnement de la Cour de cassation ressort clairement de sa motivation. Le fait, conformément à la réglementation, d'indiquer qu'elle est la convention collective que l'employeur applique parce qu'il pense qu'elle régit son entreprise a une simple valeur informative. Elle n'exprime aucun engagement de sa part. S'il s'est trompé, il doit pouvoir revenir sur son erreur, comme tout autre citoyen.

C'est précisément ce qu'avait jugé la Cour de Justice des Communautés Européennes dans un arrêt Kampelman du 4 décembre 1997 en considérant que, si cette mention constituait une présomption d'application à l'entreprise de la convention collective mentionnée sur les documents transmis au salarié, l'employeur devait être autorisé « *à apporter toute preuve contraire en démontrant soit que les informations contenues dans la communication étaient fausses en elles-mêmes, soit qu'elles sont démenties par les faits* », arrêt publié en France au mois de février 1998 (RJS 2/98, n°698 ; soit avant l'arrêt du 18 novembre 1998). Il s'agit donc d'une présomption simple, la preuve contraire admettant la preuve contraire et donc l'erreur de l'employeur.

La Cour d'appel de Versailles s'étant fondée sur l'arrêt de la CJCE pour conclure à une présomption simple, le Cour de cassation s'est bornée, dans son arrêt du 18 juillet 2000 à

écarter la référence au droit communautaire pour s'en tenir à l'article R 143-12 du Code du travail dont personne n'avait jamais eu l'idée de prétendre que les mentions qu'il contient, qui sont multiples (14 rubriques dont certaines comprennent plusieurs mentions) et complexes, valent présomption irréfragable d'exactitude liant l'employeur.

Cette dernière décision ne peut que créer la perplexité. La Cour de cassation peut-elle maintenir une jurisprudence ouvertement contraire au droit européen, alors que le devoir de coopération loyale du juge national doit le conduire à adopter une interprétation conforme au droit communautaire ?

Plus grave, l'exacerbation de cette jurisprudence conduisant la Cour de cassation à se fonder sur le seul article R 143-12 du Code du travail, texte réglementaire qui pourtant ne peut déroger à l'article 1110 du Code civil, ne va-t-elle pas conduire cette juridiction à considérer que toutes les mentions du bulletin de paye ont une valeur irréfragable, comme elle l'a dit dans son arrêt du 18 juillet 2000 ? Vaste champ d'incertitude qui peut donner naissance à un contentieux dont il est impossible d'imaginer quelle pourrait être l'issue.

Cette exclusion du droit à l'erreur de l'employeur, spectaculaire à propos du bulletin de paye, n'est pas cantonnée à ce seul point.

2. Elle caractérise déjà la notification du motif de licenciement qui, dès lors que l'employeur s'est trompé dans la motivation lui interdit, ultérieurement, de se prévaloir du véritable motif. L'arrêt du 27 janvier 2001 est significatif à cet égard. On sait que rien n'est plus difficile que de tracer la frontière entre modification du contrat de travail exigeant l'accord du salarié et la modification des conditions de travail qui peut être imposée à ce dernier.

Un employeur qui après avoir fait travailler ses salariés sur 4 jours décide de revenir à une organisation du travail sur 5 jours, se heurte au refus de 5 salariés. Considérant, que son projet constituait une simple modification des conditions de travail, ce que pouvait justifier une jurisprudence faisant entrer dans cette catégorie les modifications de l'organisation du temps de travail, il licencie les salariés pour faute grave du fait de leur refus. Hélas pour lui, les juges considèrent qu'il s'agissait d'une modification du contrat de travail. Ils estiment cependant que si le refus des salariés était légitime, la rupture de leur contrat l'était aussi en raison de la nécessité d'avoir une cohérence dans le travail en équipe. Censure : l'employeur ayant invoqué une faute grave dans la notification du licenciement, il ne pouvait plus se fonder sur le simple refus d'une modification du contrat qui ne peut jamais être fautive. Il ne peut donc plus, en raison de son erreur initiale se prévaloir du véritable motif qui figurait pourtant dans la notification du licenciement !

3. Non seulement les employeurs doivent devenir des spécialistes d'un droit du travail d'une complexité sans cesse croissante, non seulement ils doivent être d'excellents élèves auxquels le droit à l'erreur ne leur est pas permis, mais ils doivent en plus faire preuve de divination.

Nous sommes en 1996, avant le célèbre arrêt Framatome qui avait jugé qu'en cas de modification des contrats de travail pour motif économique, la procédure de licenciement pour motif économique devait être initiée dès la proposition de modification des contrats, et non après que des refus de salariés se soient exprimés.

Un employeur désirant transférer son siège social choisit, comme la quasi totalité des entreprises à l'époque la mauvaise voie. Il n'initie la procédure de licenciement qu'à l'égard des salariés refusant la mobilité et se préparant donc à être licenciés. Il effectue l'ensemble des formalités, y compris la mise en place d'un plan social à l'égard de ces seuls salariés, prolongeant pour ceux-ci le délai de réflexion afin d'éviter la rupture de leurs contrats. Ceux-ci, fort bien conseillés, vont refuser toutes ces mesures. Puis, ils vont demander, non pas de considérer que leur licenciement était dénué de cause réelle et sérieuse, cette cause existant bien, mais que leur licenciement soit déclaré nul pour irrégularité du plan social, car le plan n'avait pas inclus, conformément à l'arrêt Framatome, les autres salariés. Ils obtiennent gain de cause et ainsi le versement d'une indemnité réparant intégralement le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, et qui ne saurait être inférieure à celle prévue pour licenciement dénué de cause réelle et sérieuse.

Un licenciement dont le bien fondé n'est pas discuté est ainsi sévèrement sanctionné pour la seule raison que l'employeur ne savait pas qu'une jurisprudence avait imposé des exigences ne résultant d'aucun texte dont il pouvait avoir connaissance lorsqu'il a pris sa décision.

Etude de jurisprudence n° 7

La saga des plans sociaux

On n'a pu qu'être frappé, lors des affaires Marks and Spencer et Danone, par l'écart entre l'impact médiatique de ces affaires et la modestie des propositions de réforme, tant de la part du gouvernement que des différents partis de la majorité plurielle, si on ne s'en tient pas aux pures déclarations de principe. En effet, la jurisprudence est allée si loin, qu'on se demande ce que peut encore faire le législateur. Qu'on en juge !

Position du problème :

L'article L 321-4-1 du Code du travail est relativement souple sur le contenu des plans sociaux. Outre les conventions de conversion le texte prévoit d'autres mesures qu'il cite à titre d'exemple (reclassement interne ou externe à l'entreprise, créations d'activités nouvelles, actions de formation et de conversion, mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail), sans prescrire une obligation formelle pesant sur l'employeur. La Cour de cassation va le faire à sa place.

1. Dans un premier arrêt du 30 sept. 1997 elle pose en principe qu'un plan social doit « être proportionné aux moyens de l'entreprise ». Elle autorise ainsi les juges à contrôler le bien fondé des décisions de l'entreprise laquelle doit aller jusqu'au bout des moyens dont elle dispose. La chambre sociale amplifie cette obligation le 18 novembre 1998 en jugeant que « la pertinence d'un plan social doit être appréciée en fonction des moyens dont disposent l'entreprise et le groupe auquel elle est éventuellement intégrée » afin d'éviter les licenciements. On voit mal ce que le législateur peut faire de plus, puisque le contrôle du pouvoir patronal est complet et que l'employeur doit nécessairement mobiliser l'ensemble des moyens dont lui-même et les sociétés du groupe auquel il est intégré disposent au service du plan social.
2. Autre manifestation de cette anticipation, l'amendement Michelin. Il était destiné à imposer aux employeurs de négocier la réduction du temps de travail avant de mettre en œuvre un plan social. Déclaré anticonstitutionnel pour des raisons de procédure législative lors de la promulgation de la loi sur les 35 heures, il a été repris dans le projet de loi de modernisation présenté au mois de mai 2000. Sans doute inutilement puisqu'un arrêt du 28 mars 2000 a pratiquement précédé le législateur. La Cour de cassation annule dans cet arrêt, une décision des juges du fond ayant admis la validité d'un plan social qui proposait 30 postes de reclassement aux 14 salariés menacés de licenciement. Pour la Cour de cassation, il appartenait aux juges du fond de rechercher si, en dehors de reclassements impliquant pour des salariés anciens un déplacement dans une autre région et se traduisant par une modification du contrat de travail, l'employeur ne pouvait pas prendre, comme le soutenait le comité d'entreprise, d'autres mesures telles que réduction de la durée du travail, passage au temps partiel et développement d'activités nouvelles. L'amendement Michelin est déjà dépassé.
3. La Cour de cassation est allée si loin dans la sanction des plans sociaux, qu'il n'y a plus de place pour la législation.

On connaît les célèbres arrêts Samaritaine du 13 février 1997 par lesquels la Cour de cassation a décidé que les licenciements prononcés à la suite d'un plan social irrégulier sont nuls. Cela permet aux salariés licenciés de demander leur réintégration dans l'entreprise. Comme celle-ci est matériellement impossible, les salariés obtiennent une indemnisation complémentaire. Mesure surprenant lorsqu'on sait que l'article L 122-14-4 du Code du travail prévoit que, lorsque la procédure des licenciements pour motif économique n'est pas respectée, le tribunal accorde au salarié licencié « *une indemnité calculée en fonction du préjudice subi* », ce qui exclut toute réintégration. On en arrive alors à des situations incongrues.

Voilà un comité d'entreprise qui exerce une action en référé tendant à refaire la procédure du fait de l'insuffisance du plan social. Sa demande est rejetée. L'entreprise poursuit la procédure jusqu'à son terme et procède au licenciement de plusieurs salariés. Ceux-ci demandent alors individuellement et non pas par l'intermédiaire du comité d'entreprise ou des organisations syndicales la nullité du plan social en ce qui les concerne. Ils obtiennent gain de cause, approuvés en cela par la Cour de cassation le 30 mars 1999. Cette décision s'inscrit dans la logique de la nullité des licenciements. Au mépris cependant de la nature collective du plan social, qui en l'espèce est valable pour certains salariés et nul pour d'autres !

Mieux encore. Cette nullité ayant été instituée par la Cour de cassation aucun texte n'a pu prévoir une prescription particulière de leur nullité. Seul aurait dû s'appliquer l'article 2262 du Code civil aux termes duquel « *toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans...* ». Ainsi les salariés disposaient d'un délai de 30 ans à compter leur licenciement pour demander leur réintégration, solution manifestement inacceptable. Qu'à cela ne tienne, la Cour de cassation va créer de toute pièce une nouvelle prescription quinquennale au mépris de l'article 2262 du Code civil, seul texte cependant applicable.

4. Vient enfin l'épreuve des référés. Les juges disposent, on l'a vu, d'un très large pouvoir pour apprécier la régularité d'un plan social. La perfection n'étant pas de ce monde, on peut toujours imaginer une critique. Il suffit alors de la proposer à un juge des référés qui, s'il l'accepte, non seulement va bloquer la procédure, mais va contraindre l'employeur à la reprendre à son début, la Cour de cassation ayant jugé le 18 décembre 2000 que, lorsqu'une procédure de licenciement est annulée, en application de l'article L 321-4-1 du Code du travail à raison de la nullité ou de l'insuffisance du plan social, la procédure de consultation doit être entièrement reprise. Pourtant l'article L 321-4-1 disposant « *la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan social visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel* », il aurait dû suffire de réparer l'irrégularité pour poursuivre la procédure. Les représentants du personnel disposent ainsi d'une arme redoutable pour faire pression sur les employeurs. On ne voit pas ce qui pourrait faire le législateur, manifestement dépassé par la jurisprudence.

Il faut donc mettre en œuvre un plan social pour toutes les modifications collectives des contrats de travail, comme par exemple lorsqu'on veut harmoniser les rémunérations à la suite d'une restructuration, ou prescrire des mesures collectives relatives à la durée du travail. La jurisprudence a tellement étendu le champ des plans sociaux que la seconde loi Aubry (article 30, §2) a dû prescrire que les refus opposés à la réduction de la durée du travail résultant d'accords collectifs ne constituaient pas des licenciements pour motifs économiques. Elle a tenté, avec un succès qui sera sans doute très faible, de résister à la jurisprudence.