

Volet licenciement économique du projet de loi El-Khomri : beaucoup de bruit pour rien ?

L'objectif du projet de loi El-Khomri, tout comme celui - sans grand succès toutefois - de la loi Macron, était d'apporter une plus grande flexibilité au droit du travail français afin notamment de renforcer l'attractivité du marché pour les investisseurs étrangers. En dépit des modifications importantes apportées à la version initiale, les vives oppositions au projet ont perduré, ce qui a conduit le gouvernement à engager sa responsabilité sur le texte, via l'utilisation de l'article 49-3 de la Constitution, pour faire passer le texte en force le 12 mai dernier.

Acte courageux du gouvernement ? Pas vraiment si l'on se penche de plus près sur le contenu du dernier projet et, en particulier, sur le volet licenciement économique.

Article rédigé en collaboration avec Clémentine Parlier, Elève-avocat

L'actuelle ministre du travail, Myriam El-Khomri, soutenue par le gouvernement, porte devant le Parlement un projet de loi «*visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs* », dit projet de loi « Travail » ou « El-Khomri ».

L'objectif du projet de loi Travail, tout comme celui - sans grand succès toutefois - de la loi Macron, était d'apporter une plus grande flexibilité au droit du travail français afin notamment **de renforcer l'attractivité du marché pour les investisseurs étrangers**. Si la version initiale proposait de réformer des pans entiers du Code du travail, elle a engendré un fort mouvement de contestation au sein d'une partie de la population française - pour ne pas dire une petite révolution française - obligeant le gouvernement à revoir sa copie. En dépit des modifications importantes apportées à la version initiale, les vives oppositions au projet ont perduré ce qui a conduit le gouvernement à engager sa responsabilité sur le texte, via l'utilisation de l'article 49-3 de la Constitution, pour faire passer le texte en force. La motion de censure déposée contre le gouvernement ayant été rejetée, le projet de loi a donc été adopté sans vote par l'Assemblée Nationale le 12 mai dernier. Acte courageux du gouvernement ? Pas vraiment si l'on se penche de plus près sur le contenu du dernier projet...

Dans sa mouture actuelle qui sera présentée au Sénat début juin, les principaux sujets traités par le projet de loi Travail sont : (i) la réforme du Code du travail : le législateur confie la réécriture du Code du travail sur deux ans à une Commission d'experts ; (ii) le temps de travail : le projet consacre la primauté des accords

d'entreprises sur les accords de branche en matière d'organisation du temps de travail (ce qui n'est en réalité pas vraiment nouveau), tout en instaurant un « droit de regard » des branches ; (iii) le dialogue social : lesdits accords d'entreprises devront être majoritaires, c'est-à-dire validés par les organisations syndicales représentatives représentant au moins 50% des suffrages exprimés, et en cas d'accord minoritaire, les syndicats représentant au moins 30% des suffrages pourront demander l'organisation d'un référendum pour valider l'accord ; (vi) la santé au travail.

Le projet de loi Travail prévoit également la mise en œuvre par décret du référentiel indicatif des indemnités aux prud'hommes en cas de licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse tel qu'il avait été prévu par la loi Macron. Il prévoit aussi la création du compte personnel d'activité (CPA) qui regrouperait le compte personnel de formation (CPF), le compte de prévention de la pénibilité et un nouveau « compte engagement citoyen ».

Il revient timidement sur le licenciement économique. Cet article sera l'occasion d'étudier les aspects relatifs à ce volet fondamental.

1. LES CRITERES DU LICENCIEMENT ECONOMIQUE AUJOURD'HUI EN FRANCE

En France, est considéré comme constituant un licenciement pour motif économique « *le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail consécutive notamment à **des difficultés économiques ou à des mutations technologiques*** » (article L 1233-3 du Code du travail).

La Cour de cassation a également dégagé deux autres motifs justifiant un licenciement pour motif économique : **la cessation d'activité de l'entreprise**^[1] et **la réorganisation de l'entreprise en vue de la sauvegarde de sa compétitivité**^[2].

De plus, si l'entreprise relève d'un groupe, l'appréciation du motif économique est recherchée sur un périmètre très large : au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises du groupe, **partout dans le monde**.

Un récent arrêt a indiqué à ce propos qu'**il n'était pas nécessaire que la lettre de licenciement inclue expressément une motivation sur la situation économique du groupe**. C'est seulement en cas de litige qu'il conviendra pour l'employeur de démontrer, dans le périmètre pertinent (à savoir le groupe ou le secteur d'activité), la réalité et le sérieux du motif invoqué dans la lettre^[3].

Les critères actuels sont **trop vagues et leur application trop fluctuante au gré de la jurisprudence**, pour pouvoir être correctement utilisés. Les entreprises, soumises à une insécurité juridique importante et les groupes exposés à une « sur-condamnation » très nette par rapport aux entreprises indépendantes, préfèrent souvent utiliser le mécanisme de la rupture conventionnelle plutôt que d'entrer dans les méandres des critères du licenciement pour motif économique.

Si le projet de loi El-Khomri, tel que porté par le gouvernement dans sa version initiale, proposait des avancées intéressantes visant à **objectiver** les motifs de licenciement économiques ainsi **qu'à réduire le périmètre géographique d'appréciation** du motif économique, la version adoptée par l'Assemblée nationale réduit **comme peau de chagrin ce qui aurait pu être une bonne réforme** pour les entreprises et notamment les groupes internationaux souhaitant développer leurs activités en France.

2. UNE LEGERE OBJECTIVISATION DES CRITERES DU LICENCIEMENT ECONOMIQUE

Le projet de loi El-Khomri propose de codifier les motifs de licenciement économique dégagés par la jurisprudence, à savoir la cessation d'activité de l'entreprise et la réorganisation de l'entreprise en vue de la sauvegarde de sa compétitivité.

Il propose également de préciser la notion de difficultés économiques susceptibles de justifier un licenciement économique qui serait caractérisée par soit par « l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation, une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation » soit par « tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés » (la liste légale ne serait donc pas exhaustive).

La durée de la baisse des commandes ou du chiffre d'affaire caractérisant les difficultés économiques serait fixée en comparaison avec la même période de l'année précédente et cette durée de baisse serait au moins égale à :

- un trimestre pour une entreprise de moins de onze salariés ;
- deux trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins onze salariés et de moins de cinquante salariés ;
- trois pour une entreprise d'au moins cinquante salariés et de moins de trois cents salariés ;
- et quatre trimestres pour une entreprise de trois cents salariés et plus.

Bien que cette mesure nous semble juste car de nature à prendre en considération les contraintes plus fortes des TPE-PME, l'on peut craindre qu'elle sera censurée par le Conseil constitutionnel, à l'instar du barème des indemnités prud'homales institué initialement par la loi Macron et censuré, au motif qu'elle créerait une rupture de l'égalité entre les salariés selon la taille de l'entreprise dans laquelle ils travaillent.

La version initiale proposait également des durées minimales pour les pertes d'exploitations. Ce n'est plus le cas et ce critère serait donc laissé à l'appréciation des juges et à leur subjectivité.

Il était également suggéré que les difficultés inhérentes à chaque branche professionnelle soient mieux prises en compte en proposant que la durée des baisses caractérisant des difficultés économiques fasse l'objet d'accords via des **conventions ou accords collectifs de branche**. Cette idée n'a malheureusement pas été

maintenue.

3. ESSAI NON TRANSFORME POUR LA MODIFICATION DU PERIMETRE D'APPRECIATION DU MOTIF ECONOMIQUE

Contrairement à ce qui était prévu dans la version initiale, la version édulcorée adoptée par les parlementaires **ne revient pas sur le périmètre d'appréciation du motif économique**.

Il était en effet proposé de réduire considérablement le périmètre d'appréciation du motif économique pour les groupes. Ainsi, le projet original proposait que si l'entreprise « *appartient à un groupe, le motif s'appréciera au niveau du secteur d'activité commun aux entreprises implantées **sur le territoire national** du groupe auquel elle appartient* » et non à l'international.

Une telle évolution, qui aurait permis à la législation française de se rapprocher de celle de ses voisins européens aurait nécessairement généré une meilleure attractivité de la France pour les grands groupes, comme le prônait le gouvernement lui-même sur son portail web d'information. En effet, la filiale d'un groupe en difficulté économique ne peut avoir recours au licenciement si la situation mondiale du groupe est satisfaisante au niveau mondial.

Cette réduction du périmètre d'appréciation du motif économique pour les groupes a finalement disparu, ce qui est tout à fait regrettable.

Le projet de loi Travail, dont la première mouture contenait des mesures courageuses et efficaces de nature à renforcer l'attractivité de la France pour les grands groupes internationaux et à favoriser l'embauche, s'avère bien décevant dans sa version adoptée en première lecture. Pâle copie de sa version d'origine, ce projet n'est une fois de plus – à l'instar de la loi Macron – qu'un recueil de « *mesurettes* » dont on doute qu'elles puissent constituer l'indispensable réforme de flexibilisation du marché du travail français, devant permettre à la France d'être plus compétitive et de rattraper son retard vis-à-vis de ses voisins européens.

Cependant, tout n'est pas encore joué. La version actuelle n'est pas encore définitive ! Le Sénat devra examiner le texte à compter du 1^{er} juin et certains sénateurs ont déjà fait savoir qu'ils étaient pour un retour au projet initial.

Affaire à suivre...

[1] Cass. soc., 16 janv. 2001, no 98-44.647; Cass. soc., 16 nov. 2011, no11-40.071

[2] Cass. soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690

SOULIER BUNCH

[3] Cass, soc., 3 mai 2016, n°15-22.046

Soulier Bunch est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d'informations, visitez soulierbunch.com.

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.