

Bulletin Officiel du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle
N° 2002/11 du jeudi 20 juin 2002

Licenciement économique
Planification

Circulaire DGEFP/DRT/DSS n° 2002/1 du 5 mai 2002 relative à la mise en œuvre des articles 93 à 123 de la loi de modernisation sociale (volet licenciement pour motif économique)

NOR : MESF0210104C

(Texte non paru au *Journal officiel*)

Références :

Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*JO* du 18 janvier 2002, rectificatif paru au *JO* du 13 février 2002) ;

Décret n° 2002-783 du 3 mai 2002 relatif au médiateur pris pour l'application de l'article L. 432-1-3 du code du travail (*JO* du 5 mai 2002) ;

Décret n° 2002-785 du 3 mai 2002 portant modification de l'article R. 122-2 du code du travail relatif au taux des indemnités de licenciement (*JO* du 5 mai 2002) ;

Décret n° 2002-787 du 3 mai 2002 relatif au congé de reclassement (*JO* du 5 mai 2002) ;

Circulaire DRT/DGEFP n° 2002-3 du 23 janvier 2002 relative à l'entrée en vigueur de la loi de modernisation sociale ;

Circulaire DGEFP n° 2002-19 du 28 mars 2002 prise en application des articles 120 et 121 de la loi de modernisation sociale et relative à la mise en œuvre des prestations d'aide au retour à l'emploi pendant le préavis des salariés licenciés pour motif économique.

Madame et Messieurs les préfets de région, Madame et Messieurs les directeurs régionaux du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, Mesdames et Messieurs les préfets de département, Mesdames et Messieurs les directeurs départementaux du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, Monsieur le directeur général de l'Agence nationale pour l'emploi, Monsieur le directeur de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale.

PLAN DE LA CIRCULAIRE

I. - En amont des licenciements, la loi de modernisation sociale renforce les dispositions relatives à la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences

A. - L'article 94 (article L. 933-2 du code du travail) renforce les obligations de négociation au niveau de la branche sur l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi

B. - La création d'une aide au conseil sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ciblée sur les petites et moyennes entreprises

II. - La loi de modernisation sociale renforce sensiblement la procédure du livre IV dans le sens d'un rôle accru des représentants du personnel et distingue clairement, pour les entreprises soumises à l'obligation du plan de sauvegarde de l'emploi, la procédure du livre IV de la procédure du livre III

A. - Le renforcement des obligations d'informations préalable des institutions représentatives du personnel en cas d'annonce publique

1. Définition

2. Niveau de forme de l'information

3. Obligation de discrétion

4. Sanction du non-respect de l'obligation d'information

B. - Obligation, pour l'entreprise donneuse d'ordre, d'informer les entreprises sous-traitantes

1. Sous-traitance

2. Modalités de l'information

C. - La séparation claire entre la phase de consultation sur le projet de restructuration (livre IV) et la phase de discussion sur la plan de sauvegarde de l'emploi (livre III)

1. Séparation des procédures de consultation au titre des livres IV et III : article 99

2. Renforcement des moyens des représentants du personnel au titre du livre IV :

article L. 432-1 modifié

D. - La décision des organes de direction et l'étude d'impact social et territorial

E. - La loi prévoit, en cas de divergence importante subsistant, au terme de la procédure du livre IV, entre le comité d'entreprise et l'employeur, la possibilité de saisir un médiateur dans le cadre d'opérations de restructuration susceptibles d'entraîner la suppression d'au moins cent emplois

1. Le champ de la médiation et du droit d'opposition

2. L'objectif de la médiation

3. La liste des médiateurs

4. La procédure de désignation et de saisine du médiateur par l'employeur ou par le comité

d'entreprise

5. Les conditions de déroulement de la mission du médiateur

6. Rémunération du médiateur

7. La recommandation du médiateur

8. La possibilité de saisine du juge des référés par la comité d'entreprise

F. - Procédures applicables au titre du livre IV pour les entreprises en redressement et liquidation judiciaire

1. L'application de la disposition relative à la séparation des consultations au titre des livres IV et III

2. L'application de la disposition relative à la décision de l'organe de direction ou de surveillance de l'entreprise

3. Le renforcement des pouvoirs du comité dans le cadre du livre IV

4. L'application des autres dispositions relatives aux attributions économiques du comité

d'entreprise

III. - Procédure de licenciement et contenu du plan de sauvegarde de l'emploi

A. - Dispositions communes à tous les licenciements pour motif économique

1. Disposition protectrices particulières

2. La loi de modernisation sociale modifie les critères légaux applicables en matière d'ordre des licenciements

3. L'article 108 de la loi de modernisation sociale (article L. 321-1 alinéa 3 modifié du code du travail) consacre l'obligation de recherche de reclassement dans l'entreprise ou le groupe préalablement au licenciement

4. La loi de modernisation sociale permet de majorer par décret le montant de l'indemnité de licenciement due à tout salarié licencié pour motif économique

5. La loi de modernisation sociale modifie les conditions d'exercice de la priorité de réembauchage des salariés

6. Le licenciement pour motif économique intervenant dans une entreprise sans institutions représentatives du personnel et sans procès verbal de carence est désormais irrégulier

B. - Les modifications intervenant dans le champ de la procédure de licenciement pour motif économique de dix salariés et plus dans les entreprises soumises à l'obligation d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi

1. La négociation d'un accord de réduction du temps de travail préalable à la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi

2. Le rôle de l'administration dans le cadre de la procédure du livre III

3. La possibilité pour le comité d'entreprise de requérir une ultime réunion après le constat de carence dressé en fin de procédure

4. Les conséquences du deuxième constat de carence sur l'envoi des lettres de licenciement

C. - La loi de modernisation sociale renforce les obligations des entreprises soumises à l'obligation d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi et fixe les sanctions applicables lorsque ces obligations ne sont pas respectées

1. La loi de modernisation sociale enrichit le contenu des mesures du plan de reclassement

2. La loi de modernisation sociale précise que la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise, l'unité économique et sociale ou le groupe

3. L'article 111 de la loi de modernisation sociale intègre à l'article L. 122-14-4 du code du travail la nullité comme sanction du licenciement intervenu en application d'une procédure nulle et de nul effet

4. Le suivi de la mise en œuvre et de l'effectivité du plan de sauvegarde de l'emploi par les représentants du personnel

IV. Le congé de reclassement

A. - Champ d'application du congé de reclassement

1. L'information et la consultation des représentants du personnel sur les conditions de mise en œuvre du congé de reclassement

2. L'information des salariés sur les conditions de mise en œuvre du congé de reclassement

3. Dans tous les cas visés ci-dessus, l'employeur propose au salarié le bénéfice du congé de reclassement dans la lettre de licenciement

D. - Contenu du congé de reclassement et obligations de l'employeur

1. Le contenu du congé de reclassement

2. Obligations de l'employeur

3. Obligations du salarié

E. - Articulation de ces mesures avec l'intervention du service public de l'emploi

F. - Situation du salarié en congé de reclassement

1. Indemnités de licenciement et congés payés

2. Couverture sociale et complémentaire

3. Cas d'interruption du congé

V. - L'intervention de l'administration dans l'accompagnement des licenciements pour motif économique : propositions, accompagnement des restructurations et suivi de la mise en œuvre des mesures

A. - Le rôle de proposition de l'administration et l'évolution de ses outils d'intervention

B. - Le renforcement du rôle de l'administration dans le suivi de la mise en œuvre effective des mesures

ANNEXES : FICHES A et B

Se procurer les annexes auprès des services émetteurs :

- délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle ;
- direction des relations du travail ;
- direction de la sécurité sociale.

Les articles 93 à 123 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale modifient en profondeur les dispositions applicables en cas de licenciement pour motif économique. Cette réforme a pour objet de mieux prévenir les licenciements économiques, de renforcer le dialogue social sur les projets de restructuration des entreprises et d'étendre la responsabilité sociale et territoriale des entreprises face aux conséquences de leurs restructurations.

Les dispositions de cette loi renvoient à quatre préoccupations fortes.

En premier lieu, la loi crée les conditions d'une concertation dans l'entreprise à la hauteur des enjeux soulevés par les restructurations.

Le renforcement des moyens dont disposent les représentants du personnel pour investir le débat contradictoire sur les projets de restructuration est une dimension centrale de la loi. A cette fin, c'est toute la procédure qui est mieux encadrée pour garantir le droit à l'information et la possibilité pour le comité d'entreprise d'établir des propositions alternatives au projet présenté par l'employeur :

- en amont des restructurations, la loi prévoit l'information préalable du comité d'entreprise avant toute annonce publique ayant des conséquences sur les conditions de travail et d'emploi des salariés ;

- en amont du plan de sauvegarde de l'emploi lui-même, deux réunions doivent obligatoirement être prévues pour connaître et discuter le projet de l'entreprise. Au cours de ces réunions, le comité d'entreprise peut formuler des propositions alternatives sur la situation et les perspectives économiques, et peut pour cela demander à être assisté d'un expert comptable. L'employeur doit fournir une réponse motivée à ces propositions. L'objet de ces dispositions est bien de renforcer le dialogue sur le projet stratégique présenté par l'employeur ;

- enfin, en cas de projet de cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome, lorsque la restructuration est susceptible d'entraîner la suppression d'au moins cent emplois, et lorsque demeurent d'importantes divergences, le comité d'entreprise ou l'employeur peuvent

saisir un médiateur, dont la recommandation aura une véritable portée, puisqu'elle engagera les parties lorsqu'elles l'auront acceptée et qu'elle sera transmise en même temps qu'une étude d'impact social et territorial aux organes de direction de l'entreprise dans le cas contraire.

En second lieu, la loi vise à donner aux salariés les éléments de sécurité auxquels ils ont droit dans un environnement économique qui évolue vite.

Les dispositions de la loi visent à mettre en place ces éléments de sécurité non seulement à l'occasion des restructurations, mais également tout au long de la vie professionnelle du salarié.

Ces dispositions sont essentielles puisqu'elles reposent sur une logique de prévention qui n'est efficace qu'en amont des restructurations. Il s'agit en particulier des dispositions relatives à la validation des acquis de l'expérience professionnelle, ou des dispositions visant à favoriser, en continu, les comportements d'anticipation de l'évolution des compétences, qu'elles soient collectives, au niveau des branches et des entreprises, pour assurer le maintien de l'employabilité et le développement professionnel de chaque salarié.

La loi renforce par ailleurs significativement la responsabilité des entreprises à l'égard des salariés en réaffirmant l'obligation de formation, d'adaptation qui pèse sur les employeurs dans le cadre du reclassement des salariés.

A côté du renforcement des obligations de recherche de reclassement préalables aux licenciements applicables à toutes les entreprises, la loi renforce les obligations des plus grandes d'entre elles ou des entreprises appartenant à un groupe de taille significative en créant l'obligation pour ces entreprises de proposer aux salariés qu'elles licencient le bénéfice d'un congé de reclassement d'une durée maximale de neuf mois. Les salariés qui ne peuvent bénéficier de cette mesure, ou qui ne souhaitent pas en bénéficier, peuvent accéder pendant le préavis à une prise en charge anticipée par l'UNEDIC et l'ANPE, dans le cadre des prestations d'aide au retour à l'emploi qui sont mises en place.

En troisième lieu, cette loi renforce la responsabilité des entreprises vis-à-vis des territoires qu'elles délaissent suite à une restructuration susceptible d'affecter l'équilibre économique du bassin d'emploi ou à une fermeture partielle ou totale de site. L'obligation de contribution des grandes entreprises à la réactivation des bassins d'emploi dans le cadre d'une convention signée avec le Préfet sera précisée par décret en Conseil d'Etat. Dans l'attente de ce décret, les dispositions prévues par la circulaire du 23 janvier 2002 relative à l'entrée en vigueur de la loi de modernisation sociale continuent à s'appliquer.

Enfin, la loi renforce les conditions de suivi de la mise en œuvre du plan de sauvegarde de l'emploi en créant d'une part une obligation de suivi paritaire et en précisant d'autre part que l'autorité administrative compétente est associée au suivi de la mise en œuvre des mesures.

I. - EN AMONT DES LICENCIEMENTS, LA LOI DE MODERNISATION SOCIALE RENFORCE LES DISPOSITIONS RELATIVES À LA GESTION PRÉVISIONNELLE DE L'EMPLOI ET DES COMPÉTENCES

La première section du chapitre I^o de la loi de modernisation sociale est consacrée à la prévention du licenciement. La loi met ainsi l'accent sur cette priorité qui doit être un axe majeur des politiques de gestion de l'emploi dans les entreprises.

L'évolution des techniques, de l'organisation du travail et des marchés fait de l'anticipation de l'évolution des emplois un impératif :

- pour les salariés, qui pourront, en bénéficiant notamment des formations adaptées, d'une validation des expériences acquises, ou d'une mobilité professionnelle, construire ou conserver et développer des aptitudes requises pour exercer leurs fonctions ou pour envisager une évolution professionnelle ;
- pour les entreprises, pour lesquelles le maintien et le développement des compétences est un atout essentiel de compétitivité.

D'intérêt conjoint, la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences doit constituer un champ propice à la réflexion et à la négociation des partenaires sociaux.

A. - L'article 94 (article L. 933-2 du code du travail) renforce les obligations de négociation au niveau de la branche sur l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi

La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail a introduit dans le code du travail (art. L. 932-2) l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leur emploi.

Désormais, la négociation quinquennale de branche sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle doit porter sur les actions de formation nécessaires à la mise en œuvre de l'obligation d'adaptation professionnelle des salariés, le développement de leurs compétences et la définition des conditions dans lesquelles les salariés peuvent bénéficier d'un entretien d'évolution professionnelle. Il importe, en effet, que pour assurer l'évolution de leur qualification, les salariés bénéficient d'un entretien

portant sur leur évolution professionnelle. L'objectif est ainsi d'inciter les branches à intégrer les nouvelles obligations introduites par la loi du 19 janvier 2000 précitée et à en envisager les modalités concrètes d'application.

Le choix de la branche comme niveau de négociation dans ces domaines - sans préjudice de la négociation d'entreprise - est pertinent au regard des objectifs poursuivis. Les partenaires sociaux ont en effet à leur niveau la possibilité de définir des dispositifs adaptés afin d'aider les entreprises à mettre en œuvre les actions, notamment de formation ou de validation des acquis de l'expérience, de nature à leur permettre de satisfaire à leurs obligations. Cette implication de la branche est également judicieuse au regard des très petites entreprises qui sont dépourvues de représentants du personnel.

L'adaptation permanente des salariés aux évolutions de l'emploi est le meilleur moyen de prévenir les licenciements économiques.

B. - La création d'une aide au conseil sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ciblée sur les petites et moyennes entreprises

L'article L. 322-7 du code du travail modifié par l'article 95 de la loi de modernisation sociale institue un dispositif public d'appui à l'élaboration des plans de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences dans les petites et moyennes entreprises comportant une prise en charge par l'Etat d'une partie des coûts liés au recours à un conseil extérieur à l'entreprise.

Les conditions de mise en œuvre de cette aide au conseil seront précisées par décret.

II. - LA LOI DE MODERNISATION SOCIALE RENFORCE SENSIBLEMENT LA PROCÉDURE DU LIVRE IV DANS LE SENS D'UN RÔLE ACCRU DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL ET DISTINGUE CLAIREMENT, POUR LES ENTREPRISES SOUMISES À L'OBLIGATION DU PLAN DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI, LA PROCÉDURE DU LIVRE IV DE LA PROCÉDURE DU LIVRE III

A. - Le renforcement des obligations d'information préalable des institutions représentatives du personnel en cas d'annonce publique

Le nouvel article L. 431-5-1 a pour objet de compléter les dispositions des articles L. 431-5 et L. 432-1 du code du travail, en définissant les principes de l'information des représentants du personnel en cas d'annonce publique du chef d'entreprise.

Il s'agit d'engager le dialogue social le plus en amont possible de l'élaboration d'un projet et de donner la priorité à l'information aux représentants du personnel.

1. Définitions

L'annonce publique

Par annonce publique, il convient d'entendre toute déclaration du chef d'entreprise relayée par les médias et quel que soit le public à qui, à l'origine, était destinée l'annonce (cf. note 1). Ainsi un communiqué, ou une déclaration, en direction des marchés financiers sera soumis aux dispositions de l'article L. 431-5-1.

La stratégie économique de l'entreprise

Par annonce portant sur la stratégie économique de l'entreprise, il faut entendre toute annonce relative à des projets de développement de l'activité de l'entreprise, non nécessairement centrés sur des questions d'emploi mais pouvant avoir des conséquences sur l'emploi. L'annonce du développement, de l'acquisition ou de l'abandon d'une branche d'activité de l'entreprise ou bien encore du rapprochement avec une autre entreprise sont ainsi des annonces entrant dans le champ d'application de la présente disposition (exemples : cas visés à l'article L. 432-1).

Affecter de façon importante

Dans les cas visés au second alinéa de l'article L. 431-5-1, c'est-à-dire en cas « d'annonce publique dont les mesures de mise en œuvre sont de nature à affecter de façon importante les conditions de travail ou d'emploi », les modalités d'information dépendent de l'importance des conséquences du projet sur les conditions de travail ou d'emploi des salariés de l'entreprise.

Cette importance doit être appréciée en fonction des caractéristiques de l'entreprise (taille et activité). L'appréciation de l'importance d'un projet relève de la compétence du chef d'entreprise, qui doit déterminer les modalités d'information qu'il doit respecter.

L'appréciation de l'importance du projet doit être rapprochée d'une disposition déjà présente dans le code du travail à l'article L. 432-2 concernant l'information du comité d'entreprise en cas de projet important d'introduction de nouvelles technologies. La Cour de cassation (arrêt du 2 juillet 1987) a estimé que

l'importance d'un projet ne pouvait s'apprécier qu'en fonction des circonstances de l'espèce. Ainsi, une mesure provisoire, ponctuelle ou individuelle n'avait pas à être soumise au comité d'entreprise. Un projet devra être soumis au comité d'entreprise s'il est de nature à changer les méthodes de travail ou s'il concerne un grand nombre de salariés.

2. Niveau et forme de l'information

Une information préalable ou postérieure à l'annonce

Information postérieure du comité d'entreprise dans le cas d'annonce portant exclusivement sur la stratégie de l'entreprise et dont les mesures de mise en œuvre ne sont pas de nature à affecter de façon importante les conditions de travail ou d'emploi des salariés : article L. 431-5-1, 1^{er} alinéa.

Le comité d'entreprise se réunit de plein droit à sa demande dans les quarante-huit heures suivant l'annonce. Cette demande doit se faire par une lettre signée par la majorité de ses membres.

L'information du comité d'entreprise sur l'annonce n'a de sens que si elle suit immédiatement l'annonce. La demande de réunion doit donc être faite dès la connaissance de l'annonce, pour que celle-ci puisse se tenir dans les 48 heures. Le délai de 48 heures s'applique à l'organisation de l'information de tous les comités concernés par l'annonce.

Lors de cette réunion, l'employeur doit fournir au comité d'entreprise toutes les explications utiles sur l'annonce et ses conséquences éventuelles pour les salariés et l'entreprise.

Information préalable du comité d'entreprise en cas d'annonce dont les mesures de mise en œuvre sont de nature à affecter de façon importante les conditions de travail et d'emploi des salariés : article L. 431-5-1, 2^o alinéa

Le deuxième alinéa de l'article L. 431-5-1 prévoit dans une telle situation que le comité d'entreprise doit être informé avant toute annonce faite par le chef d'entreprise. Cette mesure garantit aux représentants des salariés d'être les premiers informés des modifications futures et de leur impact probable sur les conditions de travail et d'emploi.

Modalités de l'information

L'information doit être faite lors d'une réunion du comité d'entreprise.

Il s'agit d'une réunion d'information dont le régime de convocation est dérogatoire au droit commun, notamment aux dispositions relatives à l'établissement de l'ordre du jour et à ses délais de transmission aux membres du comité d'entreprise.

Lorsque l'annonce affecte plusieurs entreprises appartenant à un groupe, et dans les cas visés aux premier et second alinéa de l'article L. 431-5-1 (information postérieure ou antérieure du CE) les membres du comité d'entreprise - titulaires, suppléants et représentants syndicaux - et les membres du comité de groupe ou du comité européen, sont informés soit lors d'une réunion, soit par écrit, de façon individuelle : cette information sera considérée comme suffisante au regard des exigences de l'article L. 431-5-1 si elle est écrite substantielle, et (dans les cas visés au second alinéa) préalable c'est-à-dire effectivement parvenue aux représentants du personnel avant l'annonce (cf. note 2) .

Comités concernés par l'annonce :

- dans les entreprises à établissements multiples, et en application de l'article L. 435-3 du code du travail concernant les compétences du comité central d'entreprise l'information doit être donnée au comité central d'entreprise ;
- dans un groupe au sens de l'article L. 439-1 du code du travail, le nombre de comités informés va dépendre de l'étendue de l'annonce. Si l'annonce ne concerne qu'une entreprise du groupe, seul le comité de cette entreprise sera informé. Par contre si l'annonce concerne plusieurs entreprises du groupe, les membres du comité de groupe et les membres des comités des entreprises concernées par l'annonce devront être informés.

Il convient d'observer qu'au terme de la loi, les cas d'information des membres du comité d'entreprise européen ne sont pas déterminés par les compétences propres de cette instance qui varient d'ailleurs selon qu'elles aient été fixées par voie d'accord ou qu'elles relèvent des dispositions de l'article L. 439-15 du code du travail. Lorsqu'un comité d'entreprise européen existe, ce sont le contenu de l'annonce et sa portée, tels que fixés par la loi de modernisation sociale, qui peuvent requérir l'information des membres de cette instance.

3. Obligation de discrétion

Que l'information se matérialise dans une réunion ou dans un écrit, les membres du ou des comités d'entreprise sont tenus à une obligation de discrétion conformément aux dispositions légales prévues par l'article L. 432-7 du code du travail. Cette obligation s'applique aux informations que l'employeur aura présentées comme confidentielles.

Dans les entreprises cotées sur un marché réglementé, le droit boursier sanctionne civilement et pénalement toute violation des règles strictes qu'il pose en matière d'utilisation et de divulgation des informations confidentielles concernant ces sociétés.

Cette exigence a été rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002.

Cette même décision a précisé que le simple fait pour l'employeur de suivre les nouvelles prescriptions de la loi de modernisation sociale en matière d'information du comité d'entreprise ne constituait pas, en soi, une méconnaissance des exigences de confidentialité qu'impose le droit boursier.

4. Sanction du non-respect de l'obligation d'information

Le dernier alinéa de l'article L. 431-5-1 sanctionne l'absence d'information des différents comités compétents par les peines prévues aux articles L. 483-1, L. 483-1-1 et L. 483-1-2. Commet donc un délit d'entrave le chef d'entreprise qui n'informe pas son comité dans les cas prévus par l'article L. 431-5-1.

B. - Obligation, pour l'entreprise donneuse d'ordre, d'informer les entreprises sous-traitantes

L'objet du nouvel article L. 432-1-2 du code du travail est de permettre à une entreprise sous-traitante d'être rapidement informée de tout projet de restructuration et de compression des effectifs susceptible d'entraîner pour elle une variation d'activité ou d'emploi. Le comité de l'entreprise sous-traitante doit recevoir une information sur l'évolution probable de l'activité.

1. Sous-traitance

La loi ne donne pas de définition de la sous-traitance mais il convient de l'entendre au sens de l'opération par laquelle une entreprise confie à une autre le soin d'exécuter pour elle et selon des stipulations contractuelles, tout ou partie des actes de production et de services dont elle assure la responsabilité économique finale.

2. Modalités de l'information

L'article L. 432-1-2 fait obligation à toute entreprise d'au moins cinquante salariés (en principe dotée d'un comité d'entreprise) d'informer ses sous-traitants lorsque le projet de restructuration et de compression des effectifs, soumis à la consultation du comité d'entreprise de l'entreprise donneuse d'ordre, peut influer sur leur volume d'activité et d'emploi.

Les projets visés par l'article L. 432-1-2 sont donc ceux soumis à la consultation du comité d'entreprise au titre de l'article L. 432-1 du code du travail.

L'information du sous-traitant doit avoir lieu dès le début de la consultation du comité d'entreprise de l'entreprise donneuse d'ordre, c'est-à-dire dès la première réunion du comité d'entreprise au titre de l'article L. 432-1. C'est le sens de l'utilisation de l'adverbe « immédiatement » : la présentation du projet au comité d'entreprise de l'entreprise donneuse d'ordre détermine l'obligation d'informer les sous-traitants.

Dès qu'il est informé par le donneur d'ordre de son projet, le chef de l'entreprise sous-traitante doit en informer son propre comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel lorsqu'ils exercent les compétences économiques du comité d'entreprise en application de l'article L. 431-3.

A l'occasion de cette information qui doit normalement se faire au cours d'une réunion convoquée dans les conditions du droit commun, le chef de l'entreprise sous-traitante doit présenter aux membres du comité d'entreprise une première évaluation des conséquences du projet pour les salariés de l'entreprise.

L'obligation porte sur l'évolution probable du niveau d'activité et d'emploi de l'entreprise. Il n'est en effet pas possible d'exiger une information complète et précise sur les conséquences du projet du donneur d'ordre à ce stade de l'information. Cette information doit en outre permettre le développement d'un dialogue entre le comité d'entreprise et le chef d'entreprise.

C. - La séparation claire entre la phase de consultation sur le projet de restructuration (livre IV) et la phase de discussion sur le plan de sauvegarde de l'emploi (livre III)

1. Séparation des procédures de consultation au titre des livres IV et III : article 99

La loi de modernisation sociale modifie, par son article 99, le deuxième alinéa de l'article L. 321-3 du code du travail pour clarifier l'articulation des deux procédures en posant le principe d'une séparation claire des procédures de consultation au titre des livres IV et III. Désormais, la procédure de consultation du comité d'entreprise sur le projet de réduction des effectifs et de plan de sauvegarde de l'emploi ne pourra commencer qu'après l'achèvement de la procédure de consultation sur le projet de restructuration de l'entreprise.

Le principe d'une succession dans le temps des deux procédures a pour but de permettre un réel débat sur le projet de restructuration avant de discuter du plan de sauvegarde de l'emploi et des mesures d'accompagnement des licenciements. Les pouvoirs du comité d'entreprise dans le cadre du livre IV étant renforcés par l'article 101 de la loi, le dialogue devrait permettre d'explorer toutes les solutions économiques alternatives ou susceptibles de limiter les effets du projet pour les salariés.

a) Champ d'application

La loi modifiant l'article L. 321-3 du code du travail, la séparation des procédures ne s'applique qu'aux entreprises d'au moins cinquante salariés envisageant le licenciement d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours ou bien tenues de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi en application des dispositions des deux derniers alinéas de l'article L. 321-2.

Une entreprise d'au moins cinquante salariés licenciant moins de dix salariés pourra donc toujours mener concomitamment les deux procédures de consultation. Cependant, les dispositions renforçant les pouvoirs du comité d'entreprise dans le cadre du livre IV s'appliquent quant à elles quel que soit l'effectif concerné par le projet de licenciement.

b) Modalités d'application : cas général

Le deuxième alinéa de l'article L. 321-3 tel qu'il est désormais rédigé, interdit à l'employeur de présenter un projet de plan de sauvegarde de l'emploi tant que les procédures de consultation prévues aux premier et deuxième chapitres du titre III du livre IV, c'est-à-dire les procédures des articles L. 432-1 et L. 432-2, ne sont pas achevées ou, le cas échéant, avant que l'organe de direction ait pris la décision de poursuivre le projet de l'employeur conformément à la procédure prévue par les articles 97 et 98 de la loi, et codifié aux articles L. 239-1 et L. 239-2 du code du commerce.

C'est le sixième alinéa de l'article L. 432-1 qui précise ce qu'il convient d'entendre par « achèvement de la procédure » en indiquant que l'employeur ne peut pas présenter au comité d'entreprise de plan de sauvegarde de l'emploi tant qu'il n'a pas apporté de réponse motivée aux propositions et avis formulés par le comité d'entreprise dans le cadre des articles L. 432-1 et L. 432-2.

c) Modalités d'application en cas de cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome entraînant la suppression d'au moins cent emplois

L'article L. 432-1-3 prévoit que les parties (comité d'entreprise et chef d'entreprise) disposent d'un délai de huit jours pour décider de recourir à la médiation lorsque subsiste une importante divergence entre les propositions du comité d'entreprise et le projet de l'employeur.

Lorsque les conditions de recours au médiateur sont réunies, l'employeur ne peut engager la procédure de consultation au titre du livre III tant que ce délai de saisine n'est pas expiré.

En outre, l'article L. 239-1 du code du commerce impose qu'une décision de l'organe de direction intervienne avant le début de la procédure de consultation au titre du livre III.

La décision du conseil d'administration et de surveillance intervient donc entre les deux phases de consultation (au titre du livre IV puis au titre du livre III), dorénavant clairement séparées.

2. Renforcement des moyens des représentants du personnel au titre du livre IV : article L. 432-1 modifié

L'article 101 de la loi remplace le deuxième alinéa de l'article L. 432-1 par six nouveaux alinéas. Le comité doit désormais être informé et consulté dans les conditions définies ci-dessous quand le projet de restructuration s'accompagne d'une compression des effectifs.

Ces modalités particulières de consultation s'appliquent sans préjudice du respect de l'obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de modification dans l'organisation économique et financière de l'entreprise, ou dans les structures de production.

Dès lors que le projet de restructuration entraîne une compression d'effectif, l'organisation de l'information et de la consultation doit respecter les modalités définies ci-dessous.

a) Modalités et calendrier de la consultation au titre du livre IV en l'absence d'expertise comptable

La loi de modernisation sociale précise le nombre de réunions ainsi que les délais applicables à la procédure de consultation au titre du deuxième alinéa de l'article L. 432-1. Désormais, l'employeur doit organiser deux réunions du comité d'entreprise sur le projet de restructuration et de compression des effectifs.

Lors de la première réunion, l'employeur présente son projet sur lequel le comité d'entreprise peut formuler des propositions alternatives. Afin de permettre au comité d'user de son droit de proposition, et en application de l'article L. 431-5, l'employeur est tenu d'adresser aux membres du comité d'entreprise, préalablement à la réunion dans un délai suffisant pour en permettre l'examen, une information précise et complète sur son projet.

Lors de la seconde réunion qui ne peut être tenue moins de quinze jours après la première, le chef d'entreprise doit apporter une réponse motivée aux propositions et avis du comité d'entreprise.

Dans le cas d'entreprises à établissements multiples, lorsque le projet soumis au comité excède le pouvoir du ou des chefs d'établissement concernés ou vise plusieurs établissements simultanément, l'information est due au comité central d'entreprise. La consultation des comités d'établissement est nécessaire lorsque le projet de restructuration et de compression des effectifs nécessite une adaptation au niveau local. Le comité d'établissement est alors consulté sur la partie du projet concernant l'établissement et relevant des pouvoirs du chef d'établissement. Dans ces conditions, la seconde réunion des comités d'établissement ne peut être organisée avant la seconde réunion du comité central d'entreprise.

b) Le recours à l'expertise comptable

Lors de la première réunion du comité d'entreprise, ce dernier peut décider de recourir à l'assistance d'un expert-comptable dans les conditions prévues aux premier, deuxième, troisième et sixième alinéa de l'article L. 434-6 qui précisent les compétences et les moyens de l'expert.

Dans ce cas, la seconde réunion a lieu au plus tard vingt et un jours après la première. De plus, afin de permettre au comité de préparer son avis et à l'employeur d'apporter une réponse motivée aux propositions du comité, l'expert doit transmettre son rapport au moins huit jours avant la date prévue pour la seconde réunion du comité d'entreprise.

Afin de ne pas mettre l'employeur dans l'impossibilité de respecter son obligation, le comité d'entreprise, après obtention du rapport de l'expert comptable, devra formuler ses propositions dans un délai suffisant pour permettre à l'employeur d'apporter sa réponse motivée au plus tard lors de la seconde réunion du comité d'entreprise.

Dans le cas d'entreprises à établissements multiples, le droit de recourir à un expert est en principe ouvert au seul comité central d'entreprise qui prend sa décision au cours de la première réunion.

En application du quatrième alinéa de l'article L. 432-1, lorsque le comité central a usé de son droit à désigner un expert-comptable, un comité d'établissement ne peut désigner d'expert en application de cet article.

Lorsque le comité central d'entreprise n'a pas usé de son droit de désignation, un comité d'établissement peut désigner un expert rémunéré par l'entreprise mais dans une telle situation, sa mission est limitée à la partie du projet concernant l'établissement et relevant de la compétence du chef d'établissement.

c) Modalités d'exercice de l'expertise comptable

Le quatrième alinéa de l'article L. 432-1 renvoie aux premier, deuxième, troisième et sixième alinéas de l'article L. 434-6 qui précisent les moyens dont doit disposer l'expert-comptable du comité d'entreprise.

L'expert-comptable désigné dans le cadre du quatrième alinéa de l'article L. 432-1 dispose donc des mêmes pouvoirs que l'expert-comptable désigné dans le cadre de la procédure de consultation au titre du livre III.

La loi de modernisation sociale n'a pas entendu remettre en cause le droit à assistance du comité d'entreprise dans le cadre de l'examen du projet de réduction des effectifs et du plan de sauvegarde de l'emploi. En effet, le droit à assistance prévu par l'article L. 321-7-1 n'est ni supprimé, ni modifié par les nouvelles dispositions. Les compétences de l'expert en matière de licenciement économique sont donc maintenues.

Dans la mesure où deux droits à expertise sont ouverts au comité, il convient de préciser que le premier recours à l'expert vise à développer le dialogue social autour des mesures d'ordre économique susceptibles d'éviter ou de limiter le nombre de licenciements. Cette intervention est donc de nature à aider le comité d'entreprise à user de son droit de proposition alternative. Ainsi, l'expert désigné dans le cadre du livre IV doit permettre au comité d'instaurer un débat portant sur le projet du chef d'entreprise.

A l'issue de la procédure de consultation au titre de l'article L. 432-1, la situation économique de l'entreprise et la motivation du plan de licenciement étant précisées, l'expert-comptable éventuellement désigné dans le cadre du livre III verra sa mission recentrée sur les mesures du plan de sauvegarde de l'emploi.

D. - La décision des organes de direction et l'étude d'impact social et territorial

Les articles 97 et 98 de la loi de modernisation sociale, codifiés aux articles L. 239-1 et L. 239-2 du code du commerce, introduisent l'obligation d'informer les organes de direction et de surveillance des sociétés des conséquences sociales et territoriales de tout projet de développement stratégique ou de tout projet entraînant la cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome ayant pour conséquence la suppression d'au moins cent emplois.

Un décret en Conseil d'Etat précisera les différents éléments que devra contenir cette étude d'impact.

En tout état de cause, y compris en l'attente de la parution du décret, l'organe de direction et de surveillance doit prendre une décision, après les consultations du comité d'entreprise prévues par le chapitre II du titre III du livre IV du code du travail et avant celles prévues par le chapitre I du livre III du même code.

E. - La loi prévoit, en cas de divergence importante subsistant, au terme de la procédure du livre IV, entre le comité d'entreprise et l'employeur, la possibilité de saisir un médiateur dans le cadre d'opérations de restructuration susceptibles d'entraîner la suppression d'au moins cent emplois

Les dispositions de l'article 106 de la loi de modernisation sociale relatif au médiateur ont été précisées par le décret n° 2002-783 du 3 mai 2002 relatif au médiateur pris pour l'application de l'article L. 432-1-3 du code du travail, dont les dispositions sont codifiées aux articles R. 432-20 à R. 432-25 du code du travail.

1. Le champ de la médiation et du droit d'opposition

L'article 106 de la loi de modernisation sociale insère dans le code du travail un nouvel article L. 432-1-3 qui crée une procédure de médiation dans les opérations de restructuration les plus importantes.

Le recours au médiateur n'est possible que lorsque, en cas de projet de cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome ayant pour conséquence la suppression d'au moins cent emplois, il subsiste une divergence importante entre le projet présenté par l'employeur et la ou les propositions alternatives présentées par le comité d'entreprise, et auxquelles l'employeur aura répondu au cours de la deuxième réunion du comité d'entreprise prévue en application du deuxième alinéa de l'article L. 432-1.

Constitue dans ce cadre une entité économique autonome, conformément à la directive n° 2001/23/CE du 13 mars 2001 du Conseil, « tout ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ».

L'employeur et le comité d'entreprise peuvent l'un et l'autre saisir le médiateur. La saisine du médiateur par le comité d'entreprise est la traduction que donne la loi à l'exercice du droit d'opposition prévu à l'article 101 de la loi de modernisation sociale (article L. 432-1 du code du travail). Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 a bien précisé que le droit d'opposition pouvait être exercé par le comité d'entreprise seulement dans les conditions visées à l'article 106 de la loi fixant les conditions de recours au médiateur.

Le recours à la médiation est donc un droit pour chacune des parties, qui peut le faire valoir même en cas de désaccord de l'autre partie.

La saisine du médiateur par l'une ou l'autre des parties se traduit par la suspension du projet de restructuration pendant toute la durée de la mission du médiateur. La procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise prévue au titre de l'article L. 321-2 du code du travail ne peut donc être engagée avant le terme de cette mission.

Le recours au médiateur est exclu lorsque l'entreprise se trouve placée en situation de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

2. L'objectif de la médiation

Le médiateur a pour mission de formuler une recommandation sur le projet de restructuration et de compression des effectifs susceptible d'être approuvée par l'employeur et le comité d'entreprise, lorsque la procédure de consultation prévue par les deuxième à cinquième alinéas de l'article L. 432-1 n'a pas permis d'aboutir à la conciliation des positions des parties.

Dès lors, le rôle du médiateur doit être distingué de celui de l'expert-comptable auquel peut recourir le seul comité d'entreprise dans le cadre de la procédure de consultation prévue au titre des articles L. 432-1 et L. 321-2 du code du travail. La mission du médiateur est en effet non pas tant de mener une nouvelle expertise sur le projet en cause, que de tenter de rapprocher les points de vue des parties en formulant une

recommandation à partir du recueil des positions en présence et de sa propre analyse de la situation de l'entreprise.

La mission du médiateur, située au terme des consultations du comité d'entreprise menées au titre de l'article L. 432-1 du code du travail représente donc une ultime chance de parvenir à un accord des parties sur le projet de restructuration lui-même, avant que ne s'engagent les discussions sur le plan de sauvegarde de l'emploi.

Cette mission, quelle que soit son issue, est également l'occasion pour les parties de bénéficier d'un éclairage extérieur nouveau sur le projet.

3. La liste des médiateurs

La liste des médiateurs est fixée au niveau national par un arrêté du ministre chargé du travail, et peut être complétée ou modifiée à tout moment.

Les médiateurs figurant sur cette liste sont désignés au regard de leur autorité morale, de leur compétences dans le domaine de la gestion des entreprises et de leur expérience des relations professionnelles. Ces qualités leur permettent tant de disposer des connaissances nécessaires à la compréhension de la situation économique de l'entreprise et des difficultés auxquelles elle est confrontée, que de mener une mission de rapprochement des points de vue des parties qui suppose que leurs compétences et leur impartialité soient reconnues par celles-ci.

Le choix du médiateur sur cette liste par l'employeur, le comité d'entreprise ou, le cas échéant, le président du tribunal de grande instance (*cf. infra*) s'effectue librement, sous réserve que la personne désignée n'ait pas exercé d'activité dans l'entreprise concernée au cours des dix dernières années.

4. La procédure de désignation et de saisine du médiateur par l'employeur ou par le comité d'entreprise

Dès lors que les conditions fixées par le nouvel article L. 432-1-3 du code du travail sont réunies, le comité d'entreprise et l'employeur sont également compétents pour saisir le médiateur.

La décision du comité d'entreprise de recourir au médiateur fait l'objet d'une délibération de ses membres élus du personnel à la majorité. Le comité d'entreprise agissant en la matière en sa qualité de délégation du personnel, l'employeur qui le préside n'a en effet pas vocation à prendre part au vote.

Par ailleurs, dans les entreprises à établissements multiples, dès lors que les mesures envisagées excèdent le pouvoir du ou des chefs d'établissement ou visent plusieurs établissements simultanément, seul le comité central d'entreprise est compétent pour prendre la décision de recourir au médiateur. L'absence de décision de recours au médiateur du comité central d'entreprise n'a donc pas pour effet d'ouvrir à un ou plusieurs comités d'établissement la possibilité de prendre une telle décision.

La décision de recourir au médiateur peut être prise par l'une ou l'autre des parties au cours de la dernière réunion du comité d'entreprise prévue en application des dispositions des deuxième à cinquième alinéas de l'article L. 432-1. Dans ce cas, la partie qui a décidé de recourir au médiateur en informe l'autre partie à la fin de la réunion, en précisant le nom ainsi que la durée souhaitée de la mission d'un médiateur. A défaut d'une réponse de l'autre partie au cours de cette réunion, cette dernière dispose d'un délai de trois jours ouvrés pour faire connaître, par lettre remise en main propre contre décharge au chef d'entreprise ou à son représentant, ou au secrétaire du comité d'entreprise ou à la personne désignée par lui en cas d'absence, sa position sur le nom et la durée de la mission du médiateur. En l'absence d'une telle réponse dans ces formes et dans ce délai, elle est réputée avoir refusé le nom ainsi que la durée de la mission du médiateur proposés par l'autre partie.

A défaut d'une décision de recourir au médiateur au cours de la dernière réunion du comité d'entreprise, l'employeur et le comité d'entreprise conservent la possibilité de décider de recourir au médiateur, sous réserve d'en informer l'autre partie par lettre remise en main propre contre décharge, dans un délai de deux jours ouvrés courant à compter de cette réunion. Cette lettre précise le nom ainsi que la durée souhaitée de la mission du médiateur. A défaut de réponse dans les mêmes formes dans un délai de trois jours ouvrés courant à compter de la remise de cette lettre, l'autre partie est réputée avoir refusé le nom ainsi que la durée de la mission du médiateur proposés par l'autre partie.

En cas d'accord entre les parties sur le nom ainsi que la durée de la mission du médiateur, la partie qui a décidé de recourir au médiateur saisit ce dernier dans le délai maximal de huit jours ouvrés courant à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise au titre du livre IV.

A défaut d'un accord des parties sur le nom du médiateur, la partie la plus diligente saisit le président du tribunal de grande instance du siège de l'entreprise comme en matière de référé dans le délai de huit jours

ouvrés mentionné ci-dessus. Celui-ci statue par ordonnance non susceptible de recours sur le nom du médiateur. Une fois l'ordonnance rendue, la partie qui a décidé de recourir au médiateur saisit ce dernier dans les plus brefs délais.

La saisine du médiateur s'effectue par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, accompagnée :

- des documents transmis au comité d'entreprise en application des articles L. 431-5, L. 432-1 et L. 432-2 ;
- le cas échéant, du rapport de l'expert comptable désigné par le comité d'entreprise ;
- de la ou des proposition(s) alternative(s) que le comité d'entreprise a formulée(s) ainsi que des réponses que l'employeur y a apportées.

Cette lettre est adressée en copie à l'autre partie.

Elle précise la durée de la mission du médiateur lorsque celle-ci a fait l'objet d'un accord entre les parties.

Le cas échéant, le médiateur fait connaître aux deux parties par écrit, dans un délai de quarante-huit heures, son indisponibilité pour exécuter la mission qui lui a été confiée. La procédure de désignation d'un médiateur est alors renouvelée selon les mêmes modalités.

Des contacts informels pris par l'une ou l'autre des parties avec le ou les médiateurs auxquels il est envisagé de recourir sont de nature à faciliter le déroulement de la procédure de désignation de ce dernier et ne peuvent donc qu'être encouragés, afin notamment d'anticiper une éventuelle indisponibilité.

5. Les conditions de déroulement de la mission du médiateur

La durée de la mission du médiateur est fixée par accord des parties. A défaut d'un tel accord, elle est fixée par le médiateur dans la limite de un mois et après consultation des parties.

Le médiateur dispose des plus larges pouvoirs pour mener à bien sa mission. Il auditionne les parties afin de recueillir leur position et leurs propositions, mais également toute personne susceptible de lui être utile dans le cadre de l'exercice de sa mission. Il peut également requérir de l'employeur la production de tout document existant, d'ordre économique, comptable, financier, statistique ou administratif susceptible de lui être utile pour l'accomplissement de sa mission. Si le médiateur peut ainsi avoir accès à des documents relatifs en particulier à la stratégie de l'entreprise et aux perspectives d'évolution de son activité, ce pouvoir ne peut toutefois le conduire à exiger de l'employeur l'élaboration de documents qui n'existeraient pas.

Le médiateur est tenu à l'obligation de discrétion à l'égard des informations auxquelles il a accès présentant un caractère confidentiel et données comme tel par le chef d'entreprise ou son représentant. Il est par ailleurs soumis aux dispositions à caractère général de l'article 226-13 du code pénal qui sanctionnent la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire. La mission du médiateur peut en effet l'amener à avoir connaissance d'éléments de nature confidentielle au regard des intérêts économiques et stratégiques de l'entreprise.

6. Rémunération du médiateur

Celle-ci sera fixée par un arrêté du ministre chargé du travail.

7. La recommandation du médiateur

Au plus tard le dernier jour de sa mission, le médiateur réunit les parties et leur présente le contenu de sa recommandation avant de la leur remettre.

Cette réunion doit être l'occasion pour le médiateur de synthétiser les principales conclusions de sa mission et leurs justifications au regard, notamment, d'options alternatives qu'il aurait été conduit à écarter, mais aussi de faire part de tout élément complémentaire à ceux figurant dans sa recommandation.

Les parties font connaître au médiateur leur acceptation ou leur refus de sa recommandation dans un délai de cinq jours ouvrés courant à compter de la date de cette réunion. L'acceptation de la recommandation par le comité d'entreprise requiert un vote majoritaire de la délégation du personnel au comité d'entreprise.

A défaut de réponse dans ce délai, les parties sont réputées avoir refusé la recommandation du médiateur.

En cas d'acceptation par les deux parties, la recommandation est transmise dans les meilleurs délais par l'employeur à la direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle compétente. Elle emporte les effets juridiques d'un accord au sens des articles L. 132-1 et suivants du code du travail. Elle lie donc les parties, c'est-à-dire l'employeur et le comité d'entreprise, qui sont tenus de la respecter sous le contrôle du juge. En revanche, n'étant pas un accord collectif, la recommandation n'est pas susceptible d'être révisée ou dénoncée au sens des articles L. 132-7 et L. 132-8. Ne s'appliquent en outre pas

à ce document les modalités de dépôt et de publicité prévues par l'article L. 135-7 et propres aux accords collectifs.

Le comité d'entreprise et l'employeur ont la possibilité, au travers des moyens qui leur sont propres, d'informer les salariés de l'entreprise du contenu de la recommandation, dans le respect notamment de l'obligation de discrétion prévue à l'article L. 432-7 à l'égard des informations contenues dans la recommandation présentant un caractère confidentiel et données comme tel par l'employeur ou son représentant.

En cas de refus de la recommandation par l'une ou l'autre des parties, le médiateur la transmet sans délai aux organes de direction et de surveillance de l'entreprise en vue de la décision que ceux-ci prennent en application de l'article L. 239-1 du code de commerce créé par l'article 97 de la loi de modernisation sociale, avant que ne démarrent les consultations prévues par l'article L. 321-2 du code du travail.

8. La possibilité de saisine du juge des référés par le comité d'entreprise

L'article 106 de la loi de modernisation sociale prévoit que le comité d'entreprise peut saisir le juge statuant en la forme des référés en vue de vérifier si les propositions émises par le comité d'entreprise pour éviter les licenciements ou le cas échéant par le médiateur ont été formulées dans les formes prévues ci-dessus. Le législateur a souhaité donner la possibilité au comité d'entreprise de faire vérifier le respect de la procédure conduite dans le cadre du livre IV avant que l'examen du projet de licenciement économique ne débute. Il s'agit ici de s'assurer que les consultations prévues ont bien permis aux représentants du personnel de défendre leurs solutions et que l'employeur a bien répondu en temps utile à leurs propositions.

F. - Procédures applicables au titre du livre IV pour les entreprises en redressement et liquidation judiciaire

La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises a aménagé la procédure de licenciement pour motif économique applicable à ces entreprises. D'une part, l'article L. 321-8 du code du travail aménage l'information de l'autorité administrative et d'autre part, l'article L. 321-9 aménage la procédure de consultation des représentants du personnel sur le projet de licenciement.

La loi de modernisation sociale comprend trois types de dispositions au regard de la situation des entreprises en difficulté. Tout d'abord, elle modifie tous les articles visés par l'article L. 321-9 à l'exception de l'article L. 422-1. Ensuite, elle modifie certains articles du livre III et introduit de nouvelles dispositions dans ce livre. Enfin, elle modifie des dispositions du livre IV relatives aux attributions générales du comité d'entreprise.

1. L'application de la disposition relative à la séparation des consultations au titre des livres IV et III

L'article L. 321-9 prévoit l'application du deuxième alinéa de l'article L. 321-3 aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaire. La modification apportée par l'article 99 de la loi de modernisation sociale à cet alinéa conduit, pour les entreprises d'au moins cinquante salariés envisageant le licenciement d'au moins dix personnes sur une même période de trente jours, à exiger une séparation des procédures de consultation au titre des livres IV et III du code du travail.

Ces entreprises devront donc organiser au moins deux réunions, une au titre du livre IV et une au titre du livre III sans possibilité de concomitance des réunions et, pour les entreprises en situation de redressement judiciaire, la réunion de leur organe de direction et de surveillance.

La procédure n'est pas modifiée pour les entreprises de moins de cinquante salariés ainsi que pour les petits licenciements dans les entreprises d'au moins cinquante salariés.

2. L'application de la disposition relative à la décision de l'organe de direction ou de surveillance de l'entreprise

L'article L. 239-1 du code de commerce, créé par l'article 97 de la loi de modernisation sociale, prévoit, entre la procédure de consultation sur le projet de restructuration et celle sur le plan de licenciement et ses mesures d'accompagnement, une décision du conseil d'administration ou de surveillance de l'entreprise, sur le fondement d'une étude d'impact social et territorial, lorsque le projet concerne la cessation totale ou

partielle d'une entreprise ou d'une entité économique autonome entraînant la suppression d'au moins cent emplois.

L'article L. 239-1 du code du commerce exclut de son champ d'application le seul cas où la cessation d'activité est due à une liquidation de l'entreprise. Cela signifie donc que la réunion de l'organe de direction doit être organisée pour les entreprises se trouvant en période d'observation ou en période de redressement.

3. Le renforcement des pouvoirs du comité dans le cadre du livre IV

L'article 101 modifie le deuxième alinéa de l'article L. 432-1 applicable aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaire. Cette modification précise que le comité d'entreprise est informé et consulté sur les projets de restructuration et de compression des effectifs et qu'il peut formuler des propositions alternatives au projet de l'employeur. Cette disposition, directement applicable aux entreprises en difficulté, emporte un élargissement des compétences du comité d'entreprise dans la mesure où elle l'autorise à formuler des propositions alternatives au projet de l'employeur.

L'article 101 ne prévoit cependant pas l'application de ses autres dispositions aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaire. Ces mesures (droit d'opposition, recours à l'expert-comptable, obligation de répondre de façon motivée aux propositions du comité d'entreprise au cours d'une seconde réunion et interdiction de présenter un plan de sauvegarde de l'emploi tant que l'employeur n'a pas apporté une réponse motivée aux propositions du comité d'entreprise) sont inadaptées à la situation précaire de ces entreprises.

4. L'application des autres dispositions relatives aux attributions économiques du comité d'entreprise

La loi de 1985 n'a prévu de dispositions particulières aux entreprises en redressement ou liquidation judiciaire qu'en matière de licenciement pour motif économique et de projet de compression des effectifs. Aucune disposition de cette loi n'a entendu aménager les attributions générales du comité d'entreprise.

La Cour de cassation s'est d'ailleurs prononcée dans le sens d'un respect de ces attributions. Dans un arrêt en date du 7 juillet 1998, la Chambre sociale a ainsi considéré que le comité d'entreprise d'une entreprise en redressement judiciaire pouvait désigner un expert sur le fondement de l'article L. 434-6, auquel l'article L. 321-9 ne renvoie pourtant pas. La Cour, par cet arrêt, pose donc le principe selon lequel le seul fait que l'entreprise soit en redressement judiciaire ne saurait limiter les pouvoirs généraux du comité d'entreprise.

Dans ces conditions, toute modification apportée au livre IV a vocation à s'appliquer aux entreprises soumises à la loi de 1985, sauf mention contraire explicite.

L'article 100 (nouvel art. L. 431-5-1) organisant l'information du comité d'entreprise en cas d'annonce publique, ne prévoyant aucune exclusion, s'applique ainsi à ces entreprises.

Il en est de même pour l'information des entreprises sous-traitantes prévue par l'article 105 de la loi de modernisation sociale (nouvel art. L. 432-1-2 du code du travail).

5. L'application des dispositions relatives au médiateur

Ces dispositions ne s'appliquent pas dans le cas d'une entreprise placée en situation de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

III. - PROCÉDURE DE LICENCIEMENT ET CONTENU DU PLAN DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI

A. - Dispositions communes

à tous les licenciements pour motif économique

1. Dispositions protectrices particulières

L'article 114 de la loi de modernisation sociale (art. L. 321-2 du code du travail) renforce la protection des salariés en cas de fractionnement d'une opération de licenciement collectif.

Certaines entreprises procèdent en effet au fractionnement d'une opération de licenciement collectif en plusieurs licenciements concernant moins de dix salariés pour éviter d'appliquer la procédure qui doit être suivie lorsque au moins dix licenciements sont envisagés (mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi).

L'article L. 321-2 avant-dernier alinéa comporte déjà des dispositions qui ont pour objet d'empêcher ces

pratiques de détournement des obligations légales en prévoyant que l'employeur qui aura procédé pendant trois mois à des opérations de licenciement économique de faible ampleur concernant au total plus de dix salariés est tenu pour tout nouveau licenciement économique envisagé dans les trois mois suivants de respecter la procédure applicable aux licenciements de dix salariés et plus.

L'article 114 de la loi de modernisation sociale ajoute une nouvelle disposition qui prévoit que, lorsque plus de dix-huit licenciements pour motif économique sont prononcés dans une entreprise ou un établissement assujéti à la législation sur les comités d'entreprise au cours d'une année civile sans avoir à présenter un plan de sauvegarde de l'emploi, tout nouveau licenciement pour motif économique envisagé au cours des trois premiers mois de l'année civile suivante sera soumis à la procédure de licenciement pour motif économique visant au moins dix salariés (obligation de mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi).

Pour les entreprises qui ont des établissements distincts, le décompte des salariés concernés se fait selon les règles suivantes, en application de l'article L. 321-2 alinéa 9 :

- si un établissement disposant d'une grande autonomie projette de réaliser des licenciements pour des motifs économiques propres à son établissement, n'excédant pas les pouvoirs du chef d'établissement, le nombre de licenciements à prendre en compte est celui mis en œuvre dans cet établissement ;
- si des établissements distincts réalisent simultanément des licenciements pour un même motif économique dans le cadre d'un plan de restructuration dont les modalités excèdent les pouvoirs des chefs d'établissement, le nombre de licenciements à prendre en compte est celui mis en œuvre au niveau global de l'entreprise ;
- si un licenciement collectif pour un même motif est envisagé au niveau général de l'entreprise et affecte des entités ou des structures différentes de l'entreprise, le nombre de licenciements à prendre en compte est celui mis en œuvre au niveau de l'entreprise.

2. La loi de modernisation sociale modifie les critères légaux applicables en matière d'ordre des licenciements

A défaut de convention ou d'accord collectif applicable, les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements doivent être fixés par l'employeur, après consultation du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel.

Parmi les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements figurait dans l'ancienne rédaction de l'article L. 321-1-1 du code du travail le critère des qualités professionnelles appréciées par catégorie.

L'article 109 de la loi de modernisation sociale (art. L. 321-1-1 du code du travail) a supprimé ce dernier critère de la liste des critères fixés par la loi. Le législateur a souhaité, au travers de cette disposition, privilégier des critères objectifs, estimant que l'appréciation des qualités professionnelles par l'employeur pouvait dans certains cas laisser trop de prise à sa subjectivité.

Cette disposition s'inscrit dans le sens de la jurisprudence qui encadre aujourd'hui strictement l'application du critère des qualités professionnelles.

Ces critères prennent désormais notamment en compte les charges de famille et en particulier celles de parents isolés, l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise, la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment des personnes handicapées et des salariés âgés.

La loi précise par ailleurs qu'il convient d'apprécier les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements par catégories professionnelles.

En tout état de cause, la loi ayant un caractère supplétif dans ce domaine, les partenaires sociaux peuvent très bien fixer par voie d'accord collectif des critères qui seront mis en œuvre au niveau des branches et des entreprises, et notamment prendre en considération les qualités professionnelles des salariés parmi d'autres critères devant servir à établir l'ordre des licenciements.

La loi de modernisation sociale ayant modifié le premier alinéa de l'article L. 321-1-1, il convient de lire au dernier alinéa de ce même article « aux deux dernières phrases du premier alinéa ci-dessus » et non « à la dernière phrase du premier alinéa ci-dessus ».

3. L'article 108 de la loi de modernisation sociale (art. L. 321-1 alinéa 3 modifié du code du travail) consacre l'obligation de recherche de reclassement dans l'entreprise ou le groupe préalablement au licenciement

Le souci de prévention des licenciements pour motif économique a conduit la Cour de cassation à élaborer une jurisprudence mettant progressivement à la charge de l'employeur une véritable obligation de reclassement dont le non-respect entraîne l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement.

L'article 108 de la loi de modernisation sociale, en complétant par un troisième alinéa l'article L. 321-1 du

code du travail, prévoit que le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés, d'une part, et que le reclassement du salarié concerné ne peut être réalisé dans l'entreprise ou le groupe, d'autre part. Cette obligation de reclassement s'applique également dans le cadre du périmètre de l'unité économique et sociale à laquelle appartient, le cas échéant, l'entreprise.

La loi consacre donc, en tirant toutes les conséquences, la jurisprudence de la Cour de cassation.

D'une part en effet, s'agissant de l'obligation d'adaptation, la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail a fixé dans l'article L. 932-2 du code du travail l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi. L'article 108 de la loi de modernisation sociale réaffirme cette obligation d'adaptation en précisant l'obligation de formation qui en découle dans le cadre du reclassement du salarié, préventivement à son licenciement. Cette obligation de formation et d'adaptation s'applique dans les conditions prévues par la jurisprudence (Cass. soc., 3 avril 2001, n° 99-42.188 Marzouk c/SA Aptargroup Holding, notamment) qui précise qu'il ne peut être imposé à l'employeur d'assurer la formation initiale qui fait défaut au salarié. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs confirmé dans sa décision du 12 janvier 2002 qu'en vertu de son obligation d'adaptation l'employeur doit offrir au salarié la formation nécessaire pour occuper les emplois qu'il lui propose dans le cadre de son obligation de reclassement, c'est-à-dire des emplois de même catégorie que celui qu'il occupe ou équivalents ou encore, sous réserve de son accord exprès, d'une catégorie inférieure.

D'autre part, le 3^e alinéa de l'article L. 321-1 du code du travail inscrit dans la loi, en le précisant, le droit effectif au reclassement des salariés. L'obligation de reclassement préalable au licenciement s'applique à tous les licenciements pour motif économique, quel que soit le nombre de salariés licenciés. Le reclassement doit d'abord et avant tout être recherché sur des emplois disponibles de même catégorie ou équivalents. Pour étendre les choix de reclassement du salarié, la possibilité d'un reclassement sur un emploi disponible de catégorie inférieure doit lui être proposée, bien entendu par défaut, avec son accord exprès.

L'article 108 prévoit que les postes de reclassement proposés à chaque salarié font l'objet d'offres écrites et précises.

Est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement opéré sans que l'employeur ait respecté cette obligation de formation, d'adaptation et de reclassement préalable.

4. La loi de modernisation sociale permet de majorer par décret le montant de l'indemnité de licenciement due à tout salarié licencié pour motif économique

L'article 113 de la loi de modernisation sociale modifie l'article L. 122-9 du code du travail et renvoie au décret pour majorer le montant de l'indemnité de licenciement due à tout salarié licencié pour motif économique.

La distinction opérée par la loi de modernisation sociale entre les indemnités de licenciement pour motif économique et les indemnités de licenciement pour motif inhérent à la personne du salarié permet de mieux indemniser le préjudice subi par le salarié en cas de licenciement pour motif économique, pour le cas où la convention collective n'avait pas déjà prévu des montants supérieurs à ceux qui sont fixés par le décret n° 2002-785 du 3 mai 2002 portant modification de l'article R. 122-2 du code du travail relatif au taux des indemnités de licenciement.

Ce décret, qui modifie l'article R. 122-2 du code du travail, double le taux de l'indemnité légale en cas de licenciement économique. Il laisse donc inchangé ce taux en cas de licenciement pour un motif inhérent à la personne du salarié et écarte également de la majoration l'indemnisation par l'AGS, instaurée par la loi nouvelle, en cas de rupture du contrat de travail due à la force majeure.

Le taux des indemnités dues en cas de licenciement pour motif économique sera désormais de 1/5^e de mois de salaire par année d'ancienneté jusqu'à dix ans, et de 1/5^e de mois de salaire auquel s'ajoutent 2/15^e de mois de salaire (soit 1/3 de mois de salaire au total) par année d'ancienneté au-delà de dix ans. En effet, la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 avait intégré les dispositions de l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 qui majorait l'indemnisation prévue à l'article R. 122-2 pour les salariés ayant plus de dix ans d'ancienneté.

La Chambre sociale de la Cour de cassation interprète l'article L. 122-9 du code du travail en distinguant d'une part le droit au bénéfice de l'indemnité qui, sauf clause expresse contraire, s'apprécie à la date de la notification du licenciement et d'autre part le calcul de l'ancienneté du salarié qui s'apprécie à la date d'expiration normale du délai-congé (qu'il soit ou non exécuté) et qui détermine le montant de l'indemnité de licenciement (Cassation sociale 25 novembre 1997 - Société Gymnasium franchise c/Le Goascoz).

5. La loi de modernisation sociale modifie les conditions d'exercice de la priorité de réembauchage des salariés

Les salariés licenciés pour motif économique bénéficient, en application de l'article L. 321-14 du code du travail, d'un droit à la priorité de réembauchage durant le délai d'un an, s'ils manifestent le désir d'user de cette priorité dans un délai de quatre mois suivant la date de rupture du contrat de travail. L'article 117 de la loi de modernisation sociale modifie l'article L. 321-14 afin de porter le délai de quatre mois à un an courant à compter de la rupture du contrat de travail. Par rupture du contrat de travail, il convient d'entendre la fin du préavis, que celui-ci soit exécuté ou non.

Dans le cas des salariés bénéficiant d'un congé de reclassement (voir infra) dont la durée excède la durée normale du préavis, ce délai de un an court à compter du terme du congé.

L'allongement du délai pendant lequel le salarié peut exercer son droit à la priorité de réembauchage vise à permettre au salarié licencié pour motif économique d'exercer dans de meilleures conditions son droit à un reclassement individuel.

6. Le licenciement pour motif économique intervenant dans une entreprise sans institutions représentatives du personnel et sans procès verbal de carence est désormais irrégulier

L'article 110 de la loi de modernisation sociale introduit un article L. 321-2-1 prévoyant le caractère irrégulier du licenciement pour motif économique d'un salarié prononcé sans consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, dû à l'absence d'institution représentative du personnel lorsque cette absence est imputable à l'employeur.

Tout chef d'entreprise d'une entreprise entrant dans le champ d'application des articles L. 421-1 et L. 431-1 est tenu de mettre en place les institutions prévues par ces deux articles dès lors que les seuils d'effectifs sont atteints. L'initiative de la mise en place, comme du renouvellement, des représentants du personnel est de la responsabilité de l'employeur, même si le code du travail a prévu la possibilité pour une organisation syndicale ou un salarié de demander l'organisation d'élections professionnelles.

Toutefois, si l'absence de représentants du personnel résulte d'une carence de candidat, l'employeur n'étant pas responsable de l'absence d'institution représentative, le licenciement ne sera pas irrégulier pour ce seul motif. Dans une telle situation, l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité en produisant un constat de carence répondant aux conditions posées par les articles L. 423-18 et L. 433-13 du code du travail.

Le code du travail ne précise pas la forme du procès-verbal de carence mais le Conseil d'Etat a indiqué que le document doit faire état de l'échec des démarches entreprises par l'employeur pour mettre en place les représentants du personnel (CE, 28 juin 1989, PHINELEC). Le document doit ainsi reprendre le calendrier de l'organisation des élections et mettre en évidence l'absence de candidat ou l'absence d' élu.

La reconnaissance du caractère irrégulier du licenciement ne peut intervenir qu'à l'occasion d'un litige porté devant le conseil des prud'hommes. C'est donc au juge qu'il revient de constater que la carence d'institution représentative est imputable à l'employeur.

L'indemnité prévue au présent article apparaît exclusive de celle prévue au troisième alinéa de l'article L. 122-14-4 en cas de licenciement prononcé sans respect de la procédure de consultation prévue à l'article L. 321-2. En effet, cet alinéa vise la situation où les représentants ont été élus mais où leurs attributions n'ont pas été respectées par le chef d'entreprise alors que l'article L. 321-2-1 vise lui la situation où les institutions n'existent pas.

B. - Les modifications intervenant dans le champ de la procédure de licenciement pour motif économique de dix salariés et plus dans les entreprises soumises à l'obligation d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi

En remplaçant le terme « plan social » par le terme « plan de sauvegarde de l'emploi », la loi souligne que l'objectif premier de ce plan est la préservation des emplois menacés.

1. La négociation d'un accord de réduction du temps de travail

préalable à la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi

L'article 96 de la loi de modernisation sociale, intégré à l'article L. 321-4-1 du Code du travail prévoit que dans les entreprises où la durée du travail est supérieure à 35 heures hebdomadaires ou à 1 600 heures par an, l'employeur tenu d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi doit, préalablement à sa présentation aux représentants du personnel, avoir conclu un accord sur la réduction du temps de travail le ramenant à un niveau inférieur ou égal à ceux précités.

Si un tel accord n'a pas déjà été conclu, les organisations syndicales représentatives doivent avoir été convoquées en vue de sa conclusion. Les informations nécessaires à la négociation doivent leur avoir été communiquées et un calendrier pour les réunions doit avoir été fixé.

Si les organisations syndicales ont déjà fait des propositions, l'employeur doit y avoir répondu.

L'article L. 321-4-1 du code du travail doit être interprété comme visant exclusivement les entreprises dans lesquelles il existe au moins une organisation syndicale représentative, à la différence des dispositions contenues dans la loi du 19 Janvier 2000 qui prévoyaient le recours au mandatement ou la négociation par les délégués du personnel de l'accord de réduction du temps de travail, selon certaines conditions.

a) Les sanctions

L'article 96 prévoit, comme sanction du non-respect de cette obligation de tentative de mise en place des 35 heures avant toute présentation du plan de sauvegarde de l'emploi, la possibilité, pour le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, de saisir, avant l'achèvement de la procédure de licenciement prévue par l'article L. 321-2, le juge statuant en la forme des référés, en vue de faire suspendre la procédure.

Le juge, saisi, peut suspendre la procédure jusqu'à l'expiration d'un délai qu'il fixe lui-même.

La procédure peut reprendre, sur autorisation du juge si, pendant le délai de suspension qu'il a fixé, il constate que la négociation pour la mise en place des 35 heures a été engagée, conformément au troisième alinéa de l'article L. 321-4-1. Dans le cas contraire, il prononce à l'issue du délai précité la nullité de la procédure de licenciement entamée.

b) L'incidence du non-respect de l'obligation de négociation sur le passage aux 35 heures pour les salariés licenciés

La décision du 12 Janvier 2002 du Conseil constitutionnel précise que le juge saisi en la forme des référés par le comité d'entreprise a le pouvoir de purger les irrégularités entachant la procédure de licenciement dans l'hypothèse où aucun accord de mise en place des 35 heures, ni aucun engagement de négociation tendant à en conclure un ne serait intervenu avant le début de la procédure prévue par le livre III du code du travail.

Le Conseil constitutionnel en conclut qu'il ne sera pas possible de demander ultérieurement au juge de prononcer la nullité de la procédure de licenciement sur le fondement du non respect de l'obligation prévue par l'article 96 de la loi de modernisation sociale, la nullité ne se présument pas et étant réservée au seul cas mentionné dans l'article L. 122-14-4 nouveau, soit en l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi.

Dès lors, il convient de noter que le défaut de saisine par le comité d'entreprise du juge, conformément à la procédure nouvelle prévue par l'article 96 de la loi, alors même que l'obligation de fond qu'institue cet article n'aurait pas été respectée, ne pourra permettre au juge du contrat de travail de prononcer une nullité de procédure ouvrant droit à la réintégration des salariés mais seulement l'octroi éventuel de dommages et intérêts.

2. Le rôle de l'administration dans le cadre de la procédure du livre III

Deux modifications ont été apportées par l'article 116 de la loi de modernisation sociale concernant le pouvoir de l'administration dans le cadre de la procédure prévue par le livre III :

- la première modification concerne le renforcement du pouvoir de proposition de l'administration relatif au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

L'article L. 321-7 du code du travail prévoyait dans son ancienne rédaction que l'autorité administrative pouvait présenter toute proposition pour compléter ou modifier le plan social en tenant compte de la situation économique de l'entreprise. Ces propositions devaient être formulées avant la dernière réunion des représentants du personnel et leur être communiquées. L'article L. 321-7 modifié précise désormais que l'administration peut intervenir tout au long de la procédure et jusqu'à la dernière réunion du comité d'entreprise, et faire des propositions de nature à améliorer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. La loi précise que ces propositions tiennent compte de la capacité financière de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient. Elles sont adressées à l'employeur et aux représentants du personnel. L'employeur doit en retour adresser à l'autorité administrative une réponse motivée à ces propositions, accompagnée de l'avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, avant la fin du délai prévu au premier alinéa de l'article L. 321-6 pour l'envoi des lettres de licenciement. La loi sanctionne l'absence de réponse motivée de l'employeur aux propositions de l'administration par l'impossibilité de procéder à l'envoi de ces lettres.

La deuxième modification concerne la possibilité pour l'administration de dresser un deuxième constat de carence au terme de la procédure prévue par le livre III.

La loi du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social avait renforcé le rôle de l'administration en précisant qu'en l'absence de plan social au sens de l'article L. 321-4-1 du code du travail, le DDTEFP, ou

l'inspecteur du travail si celui-ci a reçu délégation, constate cette carence par notification à l'entreprise dès qu'il en a connaissance et au plus tard dans les huit jours suivant la réception de la notification du projet de licenciement visé au premier alinéa de l'article L. 321-7. Cette disposition visait à permettre à l'autorité administrative d'intervenir le plus tôt possible dans la procédure de licenciement pour motif économique afin que le plan social soit assorti de véritables mesures de reclassement. La possibilité de dresser un constat de carence à ce stade de la procédure perdure.

La nouvelle rédaction de l'article L. 321-7 du code du travail crée une seconde possibilité pour l'administration de dresser un constat de carence du plan de sauvegarde de l'emploi.

Cette seconde possibilité s'exerce à l'issue de la dernière réunion de consultation des représentants du personnel, sur la base du plan de sauvegarde de l'emploi définitivement arrêté.

A l'issue de cette réunion, l'employeur doit ainsi désormais transmettre au DDTEFP le plan de sauvegarde de l'emploi définitivement arrêté par lettre recommandée avec accusé de réception. Cette notification précise les modifications complémentaires qui sont intervenues depuis la première notification du plan de sauvegarde de l'emploi prise en application du troisième alinéa de l'article L. 321-7. Le DDTEFP, qui peut déléguer sa compétence à l'inspecteur du travail, dispose d'un délai de huit jours à compter de la date de réception du plan de sauvegarde de l'emploi pour notifier, le cas échéant, un constat de carence à l'employeur. La notification est faite par lettre recommandée avec accusé de réception ou remise en main propre contre décharge. Cette notification doit être reçue par l'employeur avant l'expiration du délai de huit jours.

Lorsqu'il reçoit le constat de carence dressé par l'administration, l'employeur en informe immédiatement les représentants du personnel en leur remettant une copie du constat de carence. Le DDTEFP ou l'inspecteur du travail adresse parallèlement aux représentants du personnel copie du constat de carence.

La création par le législateur de cette deuxième possibilité de dresser un constat de carence en fin de procédure vise à permettre à l'administration de constater l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi définitivement arrêté, lorsque cette insuffisance apparaît alors même que l'administration aura formulé des propositions d'amélioration du plan de sauvegarde de l'emploi, ou, le cas échéant, aura dressé un premier constat de carence. Ce second constat de carence vise donc à donner à l'administration un instrument d'intervention supplémentaire afin de s'assurer que l'employeur a pris les mesures nécessaires pour mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi conforme aux exigences légales.

L'effet de ce second constat est de permettre aux représentants du personnel de requérir une réunion supplémentaire.

3. La possibilité pour le comité d'entreprise de requérir une ultime réunion après le constat de carence dressé en fin de procédure

Le constat de carence dressé en fin de procédure de consultation des représentants du personnel ouvre la possibilité aux représentants du personnel de demander à l'employeur, dans un délai de deux jours ouvrables à compter de la notification du constat de carence, l'organisation d'une réunion supplémentaire du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel en vue d'un nouvel examen du plan de sauvegarde de l'emploi.

La décision du comité d'entreprise de demander une réunion supplémentaire suite au constat de carence est prise à la majorité des membres élus du personnel dans les conditions prévues à l'article L. 434-3. S'agissant d'une disposition spéciale ayant pour objet de permettre que le comité d'entreprise puisse se prononcer en urgence, l'organisation de cette réunion est dérogatoire aux règles générales posées par le livre IV du code du travail, en particulier en ce qui concerne l'élaboration de l'ordre du jour et les délais de transmission aux membres du comité d'entreprise.

Cette disposition est de nature à renforcer les pouvoirs de contrôle, d'analyse et de proposition des représentants du personnel, et à enrichir le débat contradictoire au sein de l'entreprise dès lors que le DDTEFP ou l'inspecteur du travail auraient constaté la carence du plan de sauvegarde de l'emploi.

4. Les conséquences du deuxième constat de carence sur l'envoi des lettres de licenciement

Sans préjudice du respect des délais prévus par l'article L. 321-6 du code du travail pour l'envoi des lettres de licenciement, l'employeur ne peut procéder à leur envoi que :

- soit au plus tôt le lendemain de l'expiration du délai de huit jours laissé au DDTEFP ou à l'inspecteur du travail, pour dresser, s'il y a lieu, un constat de carence ;
- soit, le cas échéant, au plus tôt le lendemain de la réunion supplémentaire tenue à la demande des représentants du personnel suite au constat de carence dressé par l'administration ;
- soit, le cas échéant, au plus tôt le lendemain de l'expiration du délai de deux jours ouvrables laissé aux

représentants du personnel pour demander une réunion supplémentaire suite au constat de carence dressé par l'administration.

C. - La loi de modernisation sociale renforce les obligations des entreprises soumises à l'obligation d'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi et fixe les sanctions applicables lorsque ces obligations ne sont pas respectées

1. La loi de modernisation sociale enrichit le contenu des mesures du plan de reclassement

La loi du 29 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social a renforcé le contenu du plan social en créant l'obligation d'y inclure un plan de reclassement pouvant comporter un certain nombre de mesures, telles que des mesures de reclassement interne ou externe, la création d'activités nouvelles, des actions de formation ou de conversion, des mesures de réduction ou d'aménagement du temps de travail.

L'article 112 de la loi de modernisation sociale a modifié l'article L. 321-4-1 du code du travail en enrichissant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et en précisant les conditions de sa validité.

Sont d'abord mises en exergue les actions en vue du reclassement interne des salariés, dont le licenciement ne peut intervenir avant que n'aient été étudiées toutes les solutions permettant leur reclassement au sein de l'entreprise, de l'unité économique et sociale ou du groupe, sur des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, et avec leur accord exprès, sur des emplois de catégorie inférieure.

La loi précise que les mesures concourant au reclassement interne des salariés peuvent être des actions de formation, mais aussi de validation des acquis de l'expérience ou de reconversion. L'inscription des actions de validation des acquis de l'expérience dans la liste des mesures du plan de reclassement vise à faciliter la reconnaissance des compétences et de la qualification du salarié et donc à élargir ses possibilités de reclassement interne ou externe à l'entreprise.

Outre des dispositions relatives à la réduction et à l'aménagement du temps de travail, la loi de modernisation sociale ajoute à la liste des mesures pouvant faire partie du plan de reclassement des mesures de réduction des heures supplémentaires effectuées de manière régulière, lorsque cette réduction peut permettre de préserver tout ou partie des emplois dont la suppression est envisagée. En instaurant cette disposition, le législateur a souhaité marquer la nécessité pour les entreprises d'envisager, lorsque l'organisation du travail et la proximité des activités le permettent, la réduction des heures supplémentaires effectuées par certains groupes de salariés au sein de l'entreprise comme un moyen d'accroître les chances de maintien dans l'emploi d'autres groupes de salariés dont le licenciement est envisagé.

La loi précise que les actions de reclassement externe inscrites dans le plan de reclassement peuvent consister en des mesures de soutien à la création d'activités nouvelles ou à la reprise d'activités existantes par les salariés. Ces dispositions, qui participent aux actions de créations d'emplois ou d'activités externes à l'entreprise, revêtent une dimension toute particulière dans les bassins d'emploi les plus affectés par les restructurations.

Les actions de formation, de reconversion et de validation des acquis de l'expérience peuvent également permettre un reclassement du salarié à l'extérieur de l'entreprise.

Les actions inscrites dans le plan de sauvegarde de l'emploi doivent être définies en cohérence avec les nouveaux dispositifs d'aide au reclassement mis en place par la loi de modernisation sociale, à savoir le bénéfice des prestations d'aide au retour à l'emploi pendant le préavis et le congé de reclassement (dont les conditions de mise en œuvre doivent être indiquées dans le plan de sauvegarde de l'emploi, voir *infra*).

2. La loi de modernisation sociale précise que la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise, l'unité économique et sociale ou le groupe

La jurisprudence a dégagé des obligations de proportionnalité du plan social par rapport aux moyens de l'entreprise, de l'unité économique et sociale et le cas échéant du groupe.

Ce principe est désormais inscrit dans la loi.

3. L'article 111 de la loi de modernisation sociale intègre à l'article L. 122-14-4 du code du travail la nullité comme sanction du licenciement intervenu en application d'une procédure nulle et de nul effet

Introduit par la loi du 27 janvier 1993, le second alinéa de l'article L. 321-4-1 du code du travail posait le principe selon lequel la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un « plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel ». Avec l'arrêt SIETAM (16 avril 1996-n° 1814), la Cour de cassation assimile l'insuffisance du plan social (devenu plan de sauvegarde de l'emploi) à son absence.

Par l'arrêt Samaritaine c/Mme Benoist (n° 1300) du 13 février 1997, la Chambre sociale de la Cour de cassation a tiré la conséquence de cette nullité de procédure : elle approuve le juge qui, sur le fondement de

cette nullité, ordonne la poursuite des contrats de travail dont la rupture était subséquente à la procédure nulle.

Le principe selon lequel est entaché de nullité le licenciement prononcé en vertu d'une procédure nulle acquiert désormais valeur législative. Il complète ainsi le dispositif de l'article L. 122-14-4 en ordonnant la poursuite des contrats de travail illégalement rompus du fait de l'annulation de la procédure, notamment par absence ou insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi.

Le salarié dans cette situation, en vertu de la nouvelle loi, peut choisir entre :

- une réintégration dans l'entreprise que son employeur ne peut lui refuser et qui est exécutoire de droit à titre provisoire, c'est-à-dire quand bien même la décision n'est pas définitive ;
- une indemnité ne pouvant être inférieure aux salaires des douze derniers mois.

4. Le suivi de la mise en œuvre et de l'effectivité du plan de sauvegarde de l'emploi par les représentants du personnel

L'exécution concrète des plans de sauvegarde de l'emploi doit être conforme aux mesures contenues dans le plan de reclassement. Dès lors, le suivi de la bonne exécution du plan de sauvegarde de l'emploi apparaît comme un enjeu déterminant.

La loi de modernisation sociale, dans son article 115, rend obligatoire la détermination dans le plan de sauvegarde de l'emploi des modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures. Par ailleurs, elle prévoit que le suivi de l'exécution du plan de sauvegarde de l'emploi par les représentants du personnel ne fait plus l'objet d'une simple information, mais d'une consultation régulière et approfondie.

Dans ce cadre, et sans préjudice de la consultation régulière et approfondie des représentants du personnel, les plans de sauvegarde de l'emploi pourront ainsi déterminer des modalités de suivi spécifique, par exemple au travers de la mise en place d'une instance de suivi composée de l'ensemble des acteurs concernés se réunissant à périodicité régulière, et dans le cadre de laquelle un bilan définitif de l'exécution du plan pourra être dressé.

La loi prévoit par ailleurs que l'administration est associée au suivi des mesures (voir *infra*).

Il faut rappeler que les engagements pris par l'employeur pour sauvegarder des emplois en application d'un plan de sauvegarde de l'emploi doivent être exécutés par lui de bonne foi. A défaut, en causant aux salariés licenciés un préjudice résultant de la perte d'une chance de conserver leur emploi ou d'être reclassés, il commet une faute sanctionnée par le juge. La jurisprudence est aujourd'hui claire sur le fait que le non-respect des engagements pris dans le plan de sauvegarde de l'emploi prive de cause réelle et sérieuse le licenciement des salariés (Cass. Soc., Ronéo, 6 juin 2000), qui ont alors droit à la réparation du préjudice subi sous forme de dommages et intérêts.

Dans ce contexte, l'objectif des dispositions précitées est de faire des représentants du personnel et de l'employeur les premiers acteurs et garants de la mise en œuvre effective du plan de reclassement.

IV. - LE CONGÉ DE RECLASSEMENT

L'article 119 de la loi de modernisation sociale codifié à l'article L. 321-4-3 du code du travail crée un congé de reclassement dont la mise en œuvre est obligatoire dans les entreprises ou les établissements occupant au moins mille salariés ou dans ceux qui appartiennent à un groupe atteignant cet effectif. Cette disposition vise à renforcer la responsabilité sociale des grandes entreprises ou des entreprises appartenant à un groupe et à les impliquer dans le reclassement des salariés qu'elles licencient. Dès lors, dans le champ déterminé par la loi et précisé ci-dessous, le congé de reclassement s'applique pour tout licenciement économique quel que soit le nombre envisagé de licenciements, ainsi qu'à tous les salariés quelle que soit leur ancienneté dans l'entreprise.

Les dispositions de l'article 119 de la loi de modernisation sociale relatif au congé de reclassement ont été précisées par le décret n° 2002-787 du 3 mai 2002, dont les dispositions sont codifiées aux articles R. 321-10 à R. 321-16 du code du travail.

La mise en œuvre de ce dispositif est d'application immédiate. Toutefois, les entreprises qui ont organisé la dernière réunion du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel au titre du livre III du code du travail avant l'entrée en vigueur du décret n° 2002-787 du 3 mai 2002 relatif au congé de reclassement peuvent mettre en œuvre un congé de reclassement dont les modalités d'application sont conformes à la loi du 17 janvier 2002 mais différent du décret d'application susvisé. Ainsi, une entreprise qui aurait fixé dans ces conditions une durée du congé inférieure à quatre mois n'est pas tenue de modifier la durée de ce congé.

A. - Champ d'application du congé de reclassement

L'article 119 de la loi de modernisation sociale (art. L. 321-4-3) crée un congé de reclassement qui s'applique aux entreprises dépassant certains seuils d'effectifs. Les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire ne sont pas comprises dans ce champ d'application.

Le congé de reclassement s'applique aux entreprises entrant dans le champ d'application de l'article L. 321-2 relatif à la procédure de licenciement pour motif économique, et qui remplissent au moins l'une des conditions suivantes :

- avoir un effectif au moins égal à mille salariés. L'effectif de l'entreprise est calculé en moyenne annuelle sur les douze mois précédant l'engagement de la procédure de licenciement pour motif économique (date de la première réunion des institutions représentatives du personnel tenue en application de l'art. L. 432-1 ou date de l'entretien préalable en cas de licenciement individuel pour motif économique ou en l'absence d'institutions représentatives du personnel) ; cet effectif est apprécié selon les règles fixées à l'article L. 421-2 ;
- appartenir à un groupe dont le siège social est situé en France, astreint à l'obligation de mise en place d'un comité de groupe en application de l'article L. 439-1, dès lors que l'effectif cumulé des entreprises appartenant à ce groupe est au moins égal à mille salariés, que ces salariés soient situés en France ou à l'étranger. L'obligation prévue à l'article 119 de la loi de modernisation sociale s'applique également aux unités économiques et sociales dès lors que les entreprises constituant ces unités économiques et sociales emploient plus de mille salariés. L'effectif cumulé des entreprises du groupe ou de l'unité économique et sociale est apprécié selon les règles définies ci-dessus ;
- être soumises à l'obligation de constitution d'un comité d'entreprise européen en application de l'article L. 439-6. Sont soumises à ces obligations les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire, c'est-à-dire les entreprises ou groupes d'entreprises qui emploient au moins mille salariés dans les Etats membres de l'Union européenne participant à l'accord sur la politique sociale annexé au traité de l'Union européenne ainsi que les Etats membres de l'espace économique européen et qui comportent au moins un établissement de plus de cent cinquante salariés dans au moins deux Etats membres. L'obligation de constitution d'un comité d'entreprise européen s'applique aux entreprises ou groupes d'entreprises remplissant ces conditions d'effectifs dès lors que :
 - le siège social ou celui de l'entreprise dominante se trouve en France ;
 - ou, lorsque l'entreprise ou le groupe dont le siège social ou le siège de l'entreprise dominante ne se trouve pas dans l'un des Etats précités, il a désigné un représentant en France, ou, en l'absence de siège ou de représentant en France, que c'est en France que se trouve l'établissement ou l'entreprise employant le plus grand nombre de salariés.

Les conditions d'effectifs sont appréciées en fonction des règles mentionnées ci-dessus.

B. - OBJET ET DURÉE DU CONGÉ DE RECLASSEMENT

Le congé de reclassement prévu à l'article L. 321-4-3 du code du travail vise à renforcer l'accompagnement dans le reclassement des salariés licenciés pour motif économique. Dans les entreprises visées ci-dessus, l'employeur est tenu de proposer le congé de reclassement à tout salarié qu'il envisage de licencier.

Le congé débute pendant la période de préavis du salarié afin de favoriser son reclassement avant même que le contrat de travail ne soit rompu. La mise en œuvre de ce dispositif est donc de nature à permettre aux salariés licenciés une transition plus sûre vers un nouvel emploi.

La durée du congé est au maximum de neuf mois au cours desquels le salarié met en œuvre son projet professionnel de reclassement en bénéficiant, le cas échéant, d'un bilan de compétence, d'actions de formation ou de validation des acquis de l'expérience, ainsi que, dans tous les cas, des prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi. L'ensemble de ces actions sont financées par l'employeur.

La durée du congé de reclassement est fixée par l'employeur après consultation des représentants du personnel et au vu des résultats de l'entretien d'évaluation et d'orientation et, le cas échéant, du bilan de compétences (voir *infra*). Cette durée est comprise entre quatre et neuf mois, et ne peut être inférieure à quatre mois qu'avec l'accord exprès du salarié. Elle est fixée en fonction des difficultés de reclassement propres aux différentes catégories de salariés, liées par exemple à leur âge ou à leur niveau de qualification, ainsi qu'en fonction des difficultés de reclassement propres à certains métiers ou à certains bassins d'emploi. Lorsque le salarié effectue une action de formation ou de validation des acquis de l'expérience, la durée du congé de reclassement ne peut être inférieure à la durée de ces actions dans la limite de neuf mois.

C. - Articulation du congé de reclassement
avec la procédure de licenciement pour motif économique
**1. L'information et la consultation des représentants du personnel
sur les conditions de mise en œuvre du congé de reclassement**

Dans les entreprises visées au premier alinéa de l'article L. 321-4-3, l'employeur est tenu d'informer et de consulter le comité d'entreprise ou les délégués du personnel sur les conditions de mise en œuvre du congé de reclassement lors des réunions prévues au titre du livre III.

Dans le cadre de ces consultations, l'employeur doit communiquer aux représentants du personnel des éléments relatifs à la durée du congé de reclassement et le cas échéant aux critères de variation de cette durée (difficultés de reclassement liées au niveau de qualification, à l'âge, au type d'emploi occupé au regard des difficultés de reclassement propres à certains métiers ou à certains bassins d'emploi). L'employeur est tenu par ailleurs de leur communiquer des informations relatives à la nature des prestations d'aide au reclassement qui seront mises en œuvre.

Lorsque l'entreprise est tenue de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, les conditions de mise en œuvre du congé de reclassement sont définies dans ce plan. Peuvent notamment être arrêtés dans ce cadre les principes de variation de la durée du congé de reclassement en fonction de la situation des salariés concernés et les modalités de mise en œuvre, par l'entreprise ou par des organismes externes, des prestations d'aide au reclassement.

**2. L'information des salariés sur les conditions
de mise en œuvre du congé de reclassement**

L'employeur informe les salariés des conditions de mise en œuvre du congé de reclassement, selon le cas, soit lors de l'entretien préalable, soit à l'issue de la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel.

Lorsque l'employeur est tenu de convoquer le salarié à un entretien préalable, il l'informe au cours de cet entretien des conditions de mise en œuvre du congé de reclassement. A cette occasion, il doit en particulier lui indiquer l'objet du congé, la nature des prestations dont il permet de bénéficier, ainsi que son statut, les modalités de sa rémunération et les garanties sociales qui y sont liées.

Lorsque l'employeur n'est pas tenu de convoquer les salariés concernés à un entretien préalable, il les informe, à l'issue de la dernière réunion du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, des conditions de mise en œuvre du congé de reclassement. En pratique, cette information peut s'effectuer au travers de la diffusion d'un document précisant l'objet du congé, la nature des prestations dont il permet de bénéficier, ainsi que le statut, les modalités de rémunération et les garanties sociales qui y sont liées.

**3. Dans tous les cas visés ci-dessus, l'employeur propose au salarié
le bénéfice du congé de reclassement dans la lettre de licenciement**

Il doit également indiquer au salarié dans cette lettre que, en cas de refus de sa part du bénéfice du congé de reclassement, il peut bénéficier des mesures d'évaluation des compétences professionnelles et d'accompagnement en vue du reclassement prévues à l'article L. 321-4-2 du code du travail et lui proposer, dans cette éventualité, le bénéfice de ces mesures.

Le salarié dispose d'un délai de huit jours à compter de la date de notification de la lettre de licenciement pour faire connaître à l'employeur son accord. Le silence du salarié au terme de ce délai de huit jours vaut refus tant du congé de reclassement que des prestations d'aide au retour à l'emploi pendant le préavis.

En cas d'acceptation par le salarié du congé de reclassement, celui-ci débute à l'expiration du délai de réponse de huit jours mentionné ci-dessus.

En l'absence de proposition du congé de reclassement par l'employeur, le salarié a la faculté de saisir le Conseil des prud'hommes pour obtenir l'indemnisation du préjudice subi.

D. - Contenu du congé de reclassement
et obligations de l'employeur
1. Le contenu du congé de reclassement

Le congé de reclassement permet aux salariés licenciés de bénéficier d'un entretien d'évaluation et d'orientation ainsi que des prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi, si nécessaire d'un bilan de compétences, et des actions de formation ou de validation des acquis de

l'expérience nécessaires à leur reclassement.

a) Le contenu du congé de reclassement est définitivement arrêté et proposé au salarié dans un document élaboré par l'employeur au vu des résultats d'un entretien d'évaluation et d'orientation et, si nécessaire, d'un bilan de compétences

a-1) Le congé de reclassement débute par un entretien d'évaluation et d'orientation

Cet entretien est réalisé par la cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi. Il a pour objet de définir avec le salarié un projet professionnel de reclassement et de déterminer ses modalités de mise en œuvre.

A l'issue de cet entretien, le prestataire de la cellule rédige un document remis au salarié et à l'employeur qui formalise, le cas échéant, le contenu des actions nécessaires à la mise en œuvre du projet professionnel du salarié (actions de formation, actions de validation des acquis de l'expérience) ainsi que la durée de ces actions et les différentes étapes de leur mise en œuvre.

a-2) Lorsque l'entretien d'évaluation et d'orientation n'a pas permis de définir un projet professionnel de reclassement, le salarié peut bénéficier d'un bilan de compétences qui est réalisé par un organisme prestataire agréé au titre du livre IX du code du travail

Lorsque l'entretien d'évaluation et d'orientation n'a pas permis de définir un projet professionnel de reclassement, la cellule d'accompagnement informe le salarié qu'il a la possibilité de bénéficier d'un bilan de compétences.

Ce bilan de compétences est un bilan spécifique dont l'objet exclusif est la détermination de son projet professionnel de reclassement et des modalités de sa mise en œuvre. La réalisation de ce bilan repose sur la signature, par l'employeur, l'organisme prestataire et le salarié, d'une convention tripartite spécifique dont le modèle est fixé par arrêté du ministre chargé de l'emploi. Cette convention mentionne les conditions de réalisation du bilan et détermine le coût de la prestation.

Sous réserve du respect des règles propres définies dans le cadre de cette convention, les conditions de réalisation de ces bilans de compétences s'inscrivent dans le cadre réglementaire défini dans le livre IX du code du travail.

La possibilité ouverte aux salariés de bénéficier de ce bilan de compétence doit ainsi leur permettre d'analyser leurs compétences professionnelles et personnelles ainsi que leurs aptitudes et leurs motivations, et de définir, le cas échéant, le type d'actions de formation nécessaires au reclassement ainsi que les conditions dans lesquelles certaines expériences professionnelles pourront donner lieu à une validation des acquis de l'expérience.

Le bilan de compétences doit pour cela, dans un premier temps, identifier les étapes du parcours professionnel du salarié, les compétences qu'il a acquises et ses motivations, afin de déterminer, dans un deuxième temps, des actions adaptées de formation ou de validation des acquis de l'expérience, en fonction de la situation du salarié, des contraintes propres aux différents métiers et à la situation des bassins d'emploi.

Lorsque sont proposées de telles actions, l'organisme prestataire du bilan de compétences communique à la cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi, les informations relatives à leur nature, à leur durée et à leur mise en œuvre.

Au vu de ces informations, la cellule établit et remet au salarié et à l'employeur le document mentionné ci-dessus.

a-3) Sur la base du document fourni par le prestataire de la cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi, l'employeur élabore et remet au salarié un document précisant le contenu du congé de reclassement

Dans tous les cas, suite soit à l'entretien d'évaluation et d'orientation, soit au bilan de compétence, l'employeur doit formaliser le contenu de la proposition de congé de reclassement dans un document remis au salarié et précisant les éléments suivants :

- le terme du congé de reclassement ;
- les prestations de la cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi et, le cas échéant, le nom de l'organisme prestataire ;
- selon le cas, la nature précise des actions de formation ou de validation des acquis de l'expérience, ainsi que le nom des organismes prestataires de ces actions.

Ce document rappelle par ailleurs au salarié les éléments suivants :

- l'obligation de donner suite aux convocations qui lui sont adressées par la cellule d'accompagnement ;
- la rémunération du salarié pendant la période du congé de reclassement excédant le préavis ;
- les engagements du salarié pendant le congé et les conditions de rupture de celui-ci.

Ce document est établi en double exemplaire et doit être signé dans les meilleurs délais par les deux parties afin de permettre l'engagement rapide des actions visant au reclassement du salarié. Le salarié dispose d'un délai de huit jours pour signer le document à compter de la date de sa présentation. L'absence de signature de ce document par le salarié au terme de ce délai vaut refus du congé de reclassement ; dans ce cas, l'employeur notifie au salarié la fin du congé de reclassement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Si le préavis est suspendu, la date de présentation de cette lettre fixe le terme de la suspension du préavis.

*b) Les actions de formation
et de validation des acquis de l'expérience*

Le salarié bénéficie pendant son congé d'actions de formation nécessaires à son reclassement. Le salarié peut également pendant ce congé faire valider les acquis de ses expériences ou engager les démarches en vue d'obtenir cette validation. Ces actions doivent être définies en cohérence avec la formation souhaitée, le cas échéant, par le salarié, et les possibilités de reclassement existantes dans le bassin d'emploi ou dans un autre bassin s'il existe des perspectives de mobilité. Les actions de formation doivent dans toute la mesure du possible être en lien direct avec l'emploi que le salarié est susceptible d'occuper après son reclassement. Elles s'apprécient notamment au regard des expériences, diplômes et compétences du salarié.

*c) Les prestations d'accompagnement
des démarches de recherche d'emploi*

Pendant le congé de reclassement, le salarié bénéficie dans tous les cas des prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi. Ces prestations ont pour objet de favoriser la recherche d'emploi et d'accroître les chances de reclassement du salarié.

Ces prestations peuvent être assurées selon le cas par :

- un organisme extérieur à l'entreprise. Le nom de cet organisme fait l'objet d'une information et d'une consultation des représentants du personnel lors des réunions prévues à l'article R. 321-10 du code du travail. Après accord de l'employeur, des salariés de l'entreprise peuvent apporter leur soutien à cet organisme ;
- des salariés de l'entreprise désignés par l'employeur. Il peut en être ainsi lorsqu'un faible nombre de licenciements est envisagé.

Dans tous les cas, l'organisme ou les salariés susmentionnés doivent disposer des moyens nécessaires pour leur permettre d'accomplir leur mission, et notamment d'assurer les fonctions suivantes :

- accueil et suivi régulier et individualisé des salariés, aide à la recherche d'emploi (aide à la rédaction de *curriculum vitae*, préparation aux entretiens professionnels, conseil, information, orientation) ;
- réalisation de l'entretien d'évaluation et d'orientation, aide dans la détermination du projet professionnel ;
- prospection des offres d'emploi ciblées sur les qualifications et les savoir-faire précisément identifiés des salariés et évaluation éventuelle des écarts pouvant exister au regard de l'offre d'emploi telle qu'elle se présente localement, proposition de ces offres d'emploi aux salariés. Les offres d'emploi doivent être écrites et précises.

Un certain nombre d'éléments peuvent contribuer au bon fonctionnement de la cellule :

- la transparence de ses modalités de fonctionnement : la liste des moyens techniques dont dispose le prestataire (locaux, secrétariat, moyens téléphoniques et informatiques, documentation,) ainsi que les modalités de fonctionnement de la cellule (horaires d'ouverture, conditions d'accueil des bénéficiaires) doivent être connus des salariés ;
- le suivi des actions menées par la cellule, par les représentants du personnel. Ce suivi doit être régulier afin de signaler le plus rapidement possible les difficultés rencontrées par les salariés et les consultants afin de réorienter les actions menées.

La cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi peut également utilement réaliser un diagnostic préalable des capacités du bassin d'emploi concerné, en particulier au regard du taux de chômage et des activités en déclin ou en développement afin d'orienter les salariés dans leur recherche d'emploi. Elle peut aussi réaliser un bilan des métiers existants dans l'entreprise afin de déterminer les potentiels de reclassement de chaque métier.

2. Obligations de l'employeur

a) Financement de l'ensemble des actions

L'employeur est tenu de financer l'ensemble des actions nécessaires au reclassement effectuées dans le cadre du congé, à savoir les prestations de la cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi, les actions de formation et/ou de validation des acquis de l'expérience ainsi que, le cas échéant, le bilan de compétences.

Le financement de ces actions ne s'impute pas sur le plan de formation de l'entreprise et ne peut être financé par des fonds de la formation professionnelle.

b) Obligations en matière de rémunération

La rémunération du salarié est prise en charge durant le congé de reclassement par l'employeur.

Deux phases doivent être distinguées :

- pendant le préavis, le salarié perçoit la rémunération qui lui est normalement due au titre de cette période ;
- pendant la période du congé de reclassement excédant la durée du préavis, le salarié perçoit une allocation dont le montant minimum est fixé à 65 % de la rémunération brute moyenne perçue par l'intéressé au cours des douze derniers mois précédant la date de la notification du licenciement et sur laquelle ont été assises les contributions au régime d'assurance chômage. Ce montant ne peut être inférieur à 85 % du salaire minimum de croissance visé à l'article L. 141-2 par le nombre d'heures correspondant à la durée collective de travail fixée dans l'entreprise. Il ne peut non plus être inférieur à 85 % du montant de la garantie de rémunération versée par l'employeur en application des dispositions de l'article 32 de la loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail. Le montant de cette allocation est révisé dans les mêmes conditions que les salaires versés au personnel de l'entreprise ou de l'établissement. L'employeur doit remettre mensuellement au salarié un bulletin précisant le montant et les modalités de calcul de l'allocation. Cette allocation est exclue jusqu'au terme du congé de reclassement de l'assiette du versement forfaitaire sur les salaires et des cotisations de sécurité sociale (à l'exception de la CSG à 6,2 % et de la CRDS à 0,5 %).

c) Revenu garanti et modalités de détermination du salaire de référence

Pour déterminer le salaire de référence du revenu garanti, il est tenu compte des douze mois civils au cours desquels l'intéressé a perçu une rémunération normale. Les périodes de chômage partiel et de suspension de contrat de travail sont neutralisées.

Le salaire de référence comporte tous les éléments du salaire brut ayant servi d'assiette aux contributions versées au régime d'assurance chômage. Sont exclues les rémunérations perçues pendant la période de référence mais ne se rapportant pas à la période considérée et les sommes ayant le caractère de remboursement de frais. Les primes dont la périodicité n'est pas mensuelle sont prises en compte au *prorata* du nombre de mois compris dans la période de référence.

S'agissant du minimum garanti par référence au SMIC, il s'apprécie en fonction de l'horaire normalement pratiqué dans l'établissement où travaillait le salarié ou, le cas échéant, en fonction de l'horaire particulier du salarié si celui-ci pratiquait avant son entrée en congé de reclassement une durée du travail inférieure à la durée fixée conventionnellement pour l'entreprise lorsque celle-ci est inférieure à la durée légale.

3. Obligations du salarié

Durant le congé de reclassement, le salarié s'engage à suivre les actions de formation, de validation des acquis de l'expérience ainsi que les prestations de la cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi telles qu'elles ont été définies dans le document qu'il a signé.

Il doit ainsi se présenter aux convocations qui lui sont adressées dans le cadre de son reclassement et mener personnellement une démarche active de recherche d'emploi en liaison avec le prestataire de la cellule d'accompagnement. Le salarié s'engage à ne pas avoir une activité rémunérée pendant le congé.

Lorsque, en l'absence de motif légitime, le salarié ne suit pas les actions de formation ou de validation des acquis de l'expérience ou ne se présente pas aux convocations de la cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi, il est réputé renoncer au bénéfice du congé de reclassement. L'employeur le met alors en demeure d'effectuer ces actions par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge. Cette lettre doit préciser que si le salarié ne donne pas suite à la mise en demeure dans le délai qu'elle précise, le congé de reclassement sera rompu. Si, à l'issue de ce délai, le salarié n'a pas donné suite à la mise en demeure, l'employeur notifie au salarié la fin du congé de

reclassement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Lorsque le préavis du salarié n'est pas arrivé à son terme, le contrat de travail du salarié se poursuit jusqu'à l'échéance normale du préavis. Lorsque le préavis est suspendu, la date de présentation de cette lettre fixe le terme de la suspension du préavis.

Durant le congé de reclassement, le salarié qui trouve un nouvel emploi en informe dans les meilleurs délais son employeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre remise en main propre contre décharge précisant la date à laquelle prend effet son embauche. Cette lettre doit être adressée à l'employeur avant l'embauche. La date de présentation de cette lettre fixe la fin du congé de reclassement. Lorsque le préavis du salarié n'est pas arrivé à son terme, le contrat de travail du salarié se poursuit jusqu'à l'échéance normale du préavis. Lorsque le préavis est suspendu, la date de présentation de la lettre fixe le terme de la suspension du préavis.

E. - ARTICULATION DE CES MESURES AVEC L'INTERVENTION DU SERVICE PUBLIC DE L'EMPLOI

Afin d'améliorer les possibilités de reclassement des salariés, il est souhaitable que l'employeur et le prestataire de la cellule de reclassement se rapprochent du service public de l'emploi (DDTEFP, agence locale pour l'emploi, AFPA) afin de déterminer les modalités de coopération. Une convention de partenariat pourra utilement être conclue entre le prestataire de la cellule et l'agence locale pour l'emploi pour permettre la coordination de la prospection des emplois et les échanges d'informations sur la situation du salarié.

F. - SITUATION DU SALARIÉ EN CONGÉ DE RECLASSEMENT

1. Indemnités de licenciement et congés payés

Les congés payés acquis au titre des périodes de travail antérieures à l'entrée au congé de reclassement peuvent être pris avant l'entrée en congé de reclassement ou donner lieu au paiement de l'indemnité compensatrice. Celle-ci est versée au plus tard à la fin de la période de référence (31 mai) ou, en tout état de cause, lors de la résiliation du contrat de travail.

Pendant la période du congé de reclassement excédant la durée du préavis, l'intéressé n'acquiert pas de droit à congés payés. Cependant, l'employeur peut autoriser le salarié à s'absenter. Le document signé par l'employeur et le salarié fixant les modalités du congé de reclassement peut préciser le nombre de jours qui sont accordés au salarié.

L'indemnité de licenciement est versée au terme du congé de reclassement. N'est pas prise en compte dans la détermination de l'ancienneté servant de base au calcul de l'indemnité de licenciement la période du congé de reclassement excédant la durée normale du préavis.

2. Couverture sociale et complémentaire

Pendant la période du congé de reclassement excédant le préavis, le salarié conserve la qualité d'assuré et bénéficie du maintien aux droits aux prestations en nature et en espèces du régime obligatoire d'assurance maladie-maternité - invalidité-décès dont il relevait antérieurement. Il conserve aussi le bénéfice d'une couverture sociale en cas d'accident du travail survenu dans le cadre des actions du congé de reclassement. La période des congés de reclassement est assimilée à une période de travail pour la détermination des droits à pension de retraite de l'assurance vieillesse.

L'employeur doit préciser dans le document qu'il adresse au salarié les avantages qu'il entend maintenir notamment au titre des retraites complémentaires et des mutuelles.

En cas de maladie, le salarié continue de percevoir l'allocation de congé de reclassement déduction faite des indemnités journalières versées par la sécurité sociale. Au terme du congé de maladie, l'intéressé bénéficie à nouveau de l'allocation de congé de reclassement, si toutefois la date de fin du congé n'est pas atteinte.

3. Cas d'interruption du congé

La salariée en état de grossesse est autorisée à suspendre son congé de reclassement lorsque celui-ci n'est pas terminé au moment où elle bénéficie de son congé maternité. A l'expiration de son congé maternité, elle bénéficie à nouveau du congé de reclassement pour une période correspondant à la durée totale du congé diminuée de la fraction utilisée avant le congé de maternité. Il en est de même pour le congé d'adoption et le congé de paternité.

V. - L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION DANS L'ACCOMPAGNEMENT DES LICENCIEMENTS POUR MOTIF ÉCONOMIQUE : PROPOSITIONS, ACCOMPAGNEMENT DES RESTRUCTURATIONS ET SUIVI DE LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES

A. - Le rôle de proposition de l'administration et l'évolution de ses outils d'intervention

En modifiant l'article L. 321-7, le législateur a entendu renforcer le rôle de proposition de l'administration du travail pendant la procédure de licenciement afin d'inciter l'employeur à améliorer le contenu des mesures de reclassement proposées au salarié. Ce rôle revêt une importance majeure dans un contexte dans lequel le législateur a renforcé les obligations de l'employeur en matière de reclassement préalable au licenciement. L'administration doit dans le cadre de cette procédure s'attacher à favoriser la concertation et dans la mesure du possible, la négociation entre les partenaires sociaux.

S'agissant des conditions de mobilisation des mesures d'accompagnement des restructurations financées par l'Etat, il convient de tenir compte des orientations suivantes :

a) La mobilisation des préretraites ASFNE doit être extrêmement sélective compte tenu de la nécessité d'encourager le maintien dans l'emploi des salariés les plus âgés. Les ASFNE ne pourront donc désormais être mobilisées que dans le cadre de licenciements mis en œuvre dans les PME, ou dans des entreprises en très grande difficulté (redressement ou liquidation judiciaire) ou dans des bassins d'emploi particulièrement fragilisés et dans lesquels les conditions de reclassement des salariés sont difficiles. Il est rappelé que dans tous les cas, le nombre des départs en préretraite par rapport au sureffectif global de l'entreprise doit rester minoritaire et s'accompagner d'une protection forte des salariés âgés de plus de cinquante ans et plus qui restent dans l'entreprise. Il est également rappelé que le bénéfice de cette mesure n'est accessible qu'aux salariés atteignant l'âge requis (cinquante-sept ou cinquante-six ans en cas d'ASFNE dérogatoire) avant le terme du contrat de travail (c'est-à-dire la fin du préavis). Tout mécanisme de « portage » doit enfin être exclu et les salariés en congé de reclassement ne peuvent bénéficier d'une ASFNE au terme de celui-ci.

b) Les conditions de mobilisation des conventions FNE de cellule de reclassement ou de congés de conversion sont modifiées par l'obligation de proposition du congé de reclassement mise à la charge de certaines entreprises (voir *supra*). Ces entreprises ne pourront dorénavant plus bénéficier d'une convention signée par l'État au titre de l'un ou l'autre de ces dispositifs puisque le législateur a entendu mettre à leur charge exclusive le financement de mesures similaires. Les conventions de congés de conversion et de cellule de reclassement sont donc recentrées sur les entreprises non soumises à l'obligation de proposition d'un congé de reclassement.

B. - Le renforcement du rôle de l'administration dans le suivi de la mise en œuvre effective des mesures

L'article 115 de la loi de modernisation sociale (art. L. 321-4 du code du travail modifié) prévoit que l'administration est associée au suivi des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi, et ce, indépendamment du fait qu'elle participe ou non au financement de celles-ci.

Dans ce cadre, l'association du DDTEFP peut notamment se traduire par sa participation à l'instance de suivi mise en place, le cas échéant, dans l'entreprise. Par ailleurs, l'employeur est tenu de lui transmettre les procès-verbaux des réunions des représentants du personnel ainsi que tout document qui serait remis à ces derniers dans le cadre des consultations prévues au dernier alinéa de l'article L. 321-4 modifié, notamment concernant le bilan définitif de l'exécution du plan de sauvegarde de l'emploi.

Il est indispensable que cette nouvelle disposition vous permette de mieux suivre la mise en œuvre effective des mesures inscrites dans les plans de sauvegarde de l'emploi.

Pour cela, le DDTEFP s'assurera de la pleine implication de l'employeur pour atteindre l'objectif de reclassement mais aussi de celle des représentants du personnel et des autres acteurs externes parmi lesquels l'ANPE, l'AFPA lorsqu'elle intervient, l'ASEDIC, la cellule de reclassement ou tout autre prestataire, et le cas échéant les collectivités territoriales.

Il veillera à la coordination de leur action tout au long de la mise en œuvre du plan et à la fin de celle-ci afin d'éviter les ruptures dans le processus de reclassement.

En appui de votre action, et afin de mieux suivre la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi, deux fiches de suivi annexées à la présente circulaire devront être remplies dans le cadre des procédures de licenciement concernant plus de cinquante salariés dans le département. Ces fiches devront être retournées à l'adresse suivante : Ministère de l'emploi et de la solidarité, BP 119-07, 75326 Paris Cedex 07 (sans rajouter aucune autre mention).

Elisabeth Guigou

<http://travail-emploi.gouv.fr/publications/picts/bo/20062002/A0110013.htm>

et de la solidarité, B.P. 119-07, 75326 Paris Cedex 07, chaque fin de trimestre. Fiche rédigée par : Numéro de téléphone :
--

* Mettre une croix dans la ou les cases correspondant à la réponse.

NOTE (S) :

(1) Travaux parlementaires : rapport parlementaire, 1^{re} lecture Sénat.

(2) Débats 2^e lecture Sénat. Page 3883. *Journal officiel*, séance du 9 octobre 2001.