

Le contexte économique et la gestion des restructurations

L'approche d'un avocat, conseil de l'entreprise

par Gilles BELIER, avocat au Barreau de Paris

Je commencerai cette journée sur la cause économique en posant quelques remarques en vrac sur le sujet en tentant d'expliquer un certain nombre de raisons qui fondent une opposition forte au texte envisagé pour la définition de la cause économique dans le projet de loi de modernisation sociale (1).

Les analyses que j'essaierai de présenter sur les dispositions visant à définir la cause des licenciements économiques sont fondées sur l'idée que la loi a pour fonction d'exercer la conciliation nécessaire entre des logiques ou des intérêts contradictoires : en l'espèce, il s'agit de concilier les principes du droit à l'emploi et celui de la capacité des entreprises à s'adapter, le cas échéant en anticipant les difficultés économiques, catégories regroupées sous le principe de la liberté d'entreprendre.

Il m'a paru toujours possible de considérer que cette conciliation pouvait s'exercer au travers du plan social et des exigences que le législateur pouvait développer sur cette notion, au regard de la capacité contributive des entreprises. C'est bien autour de ces principes là que j'essaierai de m'exprimer aujourd'hui.

Dans le texte qui a été adopté par l'Assemblée nationale, une première contradiction forte apparaît.

Cette première contradiction réside dans le fait que le texte nouveau renchérisse d'une manière assez considérable, pas uniquement en moyens financiers, mais aussi en conception, en ingénierie, la mise en œuvre des plans de restructuration. Cette approche, en soi, ne choque évidemment pas. Toutefois, en posant à priori comme une évidence que l'entreprise qui le mettrait en œuvre devrait être plus faible dans ses moyens et dans sa capacité d'intervention, puisque les raisons et la situation économique dans laquelle elle doit se trouver pour pouvoir envisager une restructuration seront nécessairement aggravées par rapport à la situation d'aujourd'hui crée une réelle contradiction.

L'autre difficulté de ce texte c'est que manifestement il réalise un compromis entre l'idée qui était défendue par une partie de la majorité plurielle, à savoir le contrôle a priori par le juge de la cause économique et une autre partie de la majorité plurielle qui ne souhaitait pas s'y résoudre. Toutes les difficultés qui sont posées par le projet proviennent bien de ce compromis introuvable. Nécessairement il génère de la confusion dans la compréhension des dispositions législatives qui ont échoué à résoudre ce compromis.

En revanche et on ne l'a sans doute pas assez dit, il y a des points qui paraissent extrêmement positifs dans le texte tel qu'il a été adopté in fine et notamment la disparition des qualités professionnelles dans les critères d'ordre de licenciement : il s'agit là d'une des avancées les plus importantes en matière de droit du licenciement économique depuis longtemps.

Par ailleurs, il n'y a pas de critique à faire sur les procédures en ce que le législateur a souhaité renforcer les droits du comité d'entreprise et les droits des salariés. Pour autant, il reste à constater une accumulation d'erreurs, en terme d'ingénierie sociale, mais cet aspect du projet ne sera pas examiné.

Restent alors à s'interroger la définition qui nous est proposée, à en souligner les difficultés et à souligner quelques questions de fond autour de cette volonté de restriction sur la cause économique.

(1) NDLR : A la date de publication, le texte voté a été annulé par le Conseil Constitutionnel (v. Dr. Ouv. de février 2002 avec les contributions de F. Saramito et B. Mathieu ainsi que des extraits de la décision du Conseil constitutionnel. Voir également les obs. de L. Milet RPDS 2002 p. 27).

a) Sur la nouvelle définition de la cause économique, force est de constater la difficulté à la comprendre

Les novations sur les difficultés des entreprises sont sans doute conformes au dernier état de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. S'y ajoutent simplement les dispositions selon lesquelles ces difficultés, pour pouvoir être invoquées, n'auront pu être surmontées par tout autre moyen. Extraordinaire imprécision des textes puisque la portée de cette disposition demeure incertaine. Il est facile d'imaginer comment une telle disposition peut alimenter les procédures de consultation. En revanche sur la définition du motif économique lui-même, cette incise pose la question du périmètre sur lequel s'engage l'appréhension de la cause.

La plus grande difficulté de compréhension porte sur les mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise. Je crois qu'on n'a jamais écrit un texte aussi inintelligible que celui-là.

Les explications qui en ont été données à l'Assemblée nationale par le ministre du Travail laissent un peu pantois et en tout les cas ne correspondent pas du tout au texte tel qu'il est formulé. L'hypothèse visait le cas où les mutations technologiques sont tellement rapides qu'il n'est pas possible de préparer les salariés à les surmonter. Seraient-ce les mutations technologiques elles-mêmes qui mettraient en cause la pérennité de l'entreprise, hypothèse absurde s'il en est.

Quant à la nécessité de réorganisation indispensable à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise, il est clair que ce texte durcit considérablement la position et la définition que donne la jurisprudence de la sauvegarde de la compétitivité parce que indispensable et nécessaire à la poursuite de l'activité ; c'est évidemment une restriction forte par rapport au simple concept de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.

Il paraît assez paradoxal là aussi de voir à l'Assemblée nationale, la ministre du Travail soutenir que la nouvelle définition correspond à la sauvegarde de la compétitivité, et que le nouveau texte ne change rien. Alors pourquoi le changer ? Le conseiller doyen Philippe Waquet exprimait récemment le sentiment que sur les catégories juridiques et sur le droit du licenciement économique après cinq ou six ans d'évolution jurisprudentielle on y voyait à peu près clair. Sur la cause économique, sur ce qu'était une procédure de consultation, sur ce qu'était le contenu du plan social chacun disposait d'une réelle lisibilité. Ces

bouleversements n'ont donc pas beaucoup de sens, surtout si l'on dit qu'en réalité ils ne changent rien.

La première question que pose la nouvelle définition l'a été d'ailleurs par Mme Guigou elle-même quant elle s'opposait à une modification de la définition.

Est-ce que à force de rétrécir le champs des licenciements économiques, on ne va pas élargir un vide dans lequel les situations qui ne sont plus visées par le texte sombreraient, les autres hypothèses sortant alors des protections prévues par le Livre III ? Certes, cette analyse n'a pas beaucoup de sens parce qu'un principe nécessaire d'interprétation conduit à penser que si le législateur envisage de réduire les hypothèses de licenciement, l'interprétation selon laquelle, ce faisant il élargirait le champ d'autres formes de licenciements paraîtrait surprenante.

S'ajoute à cela un argument de texte dont la portée demeure incertaine. Il s'agit de l'article 34 bis 1 nouveau du projet de loi qui dispose, après le mot licenciement à la fin de l'article L 122-9 du Code du travail relatif à l'indemnité légale de licenciement que le taux de cette indemnité diffère suivant que le motif de licenciement est le motif prévu à l'article L 321-1 ou un motif inhérent à la personne du salarié. Ce texte semble exclure toute autre forme de licenciement ; entre le non-inhérent et l'inhérent il n'y aurait de non-inhérent que dans le champ de la définition de l'article L 321-1 et il n'y aurait, par ailleurs, que le licenciement inhérent à la personne du salarié.

Cette disposition n'est nécessairement pas anodine ce qui veut dire qu'un certain nombre de dispositions du droit du licenciement actuel serait éventuellement mis en cause et notamment tout ce qui tourne autour de la cause objective puisqu'il y a des formes de licenciement non inhérent à la personne du salarié qui n'entrent pas dans la définition de l'article L 321-1 du Code du travail.

De même, et c'est une analyse qui a été faite également par le professeur Antonmattéi, les licenciements sui generis seraient du coup totalement prohibés sauf le cas échéant par l'effet de la loi comme cela a été le cas dans la loi sur les 35 heures.

Tels sont les points qu'il paraissait simplement utile de souligner sur la question de la définition et il convient d'examiner maintenant les problèmes posés par l'adoption d'un tel texte.

b) La critique principale et essentielle relève de la politique de l'emploi et des effets de telles dispositions sur l'envie d'investir et de créer des emplois en France

Ce sont des effets qu'il ne sera jamais possible de mesurer, mais l'impact sur la création d'emploi, sur les capacités d'investissement en France et même sur la volonté de développement des entreprises françaises en France plutôt qu'à l'étranger sera inévitable. Les freins à la capacité des entreprises à s'adapter, le cas échéant par anticipation, sont trop forts dans ce texte pour laisser indifférent, et ce d'autant plus qu'ils n'existent pas ailleurs, y compris dans l'Union européenne.

S'agissant de problèmes plus techniques, la difficulté introduite par ce texte réside dans le fait qu'un certain nombre d'acte de gestion courante ne sont certes pas interdits, mais sont frappés d'illicéité par nature.

Exemple extrêmement classique connu de tous : l'harmonisation des politiques de rémunération, en cas de restructuration. Une fusion intervient et il faut harmoniser les politiques de rémunération car il n'est pas possible de maintenir plusieurs logiciels de paie ou d'organisation. Même si des garanties de maintien des rémunérations sont présentées mais que des modifications sont apportées à la structure de la rémunération, il y aura modification collective des contrats individuels de travail.

Modification donc, d'un élément du contrat de travail, d'autant plus que les derniers débats ont vu la disparition du mot substantiel dans la définition de l'article L 321-1. L'entreprise se trouve alors en situation, en application de la jurisprudence Framatome Majorette, d'engager un plan social alors même qu'aucune des hypothèses de la nouvelle définition ne sera remplie.

Si le juge pouvait dire en amont qu'aucune cause économique n'existe, à tout coup le juge ne pourrait qu'empêcher la tenue d'une telle procédure de plan social. Aujourd'hui, compte tenu de la position claire de la part du législateur, le juge ne pourra pas l'empêcher le juge du contrat de travail pourra sanctionner pour absence de cause réelle et sérieuse le licenciement qui interviendrait en cas de refus par un salarié d'accepter la modification de structure de rémunération dont rien ne permet d'affirmer qu'elle ne serait pourtant pas légitime. Le juge pouvait sans doute déjà prendre une telle sanction au nom de l'absence de sauvegarde de la compétitivité dans certaines hypothèses mais en tout état de cause ce type d'opération est désormais frappé d'une illicéité congénitale.

Il en va de même de l'évolution des systèmes de rémunération dans une entreprise qui souhaiterait

changer la politique des commerciaux. Les mêmes principes trouveraient à s'appliquer : modification d'un élément du contrat de travail, hypothèse éventuellement de rupture du contrat de travail en cas de refus d'un ou plusieurs salariés donc mise en œuvre d'un plan social. Là encore, l'absence de justification de ces licenciements serait consubstantielle à l'opération projetée.

La modification du lieu de travail, hors du secteur géographique emportera les mêmes conséquences : une entreprise, qui va très bien, peut souhaiter s'agrandir, mais en dehors de Paris, par exemple à Saint Quentin en Yvelines ou à Marne la Vallée parce que les locaux y sont moins chers. Là encore, modification d'un élément essentiel du contrat de travail si il n'y a pas de clause de mobilité.

Un plan social devra être envisagé mais les licenciements prononcés à l'encontre de salariés qui n'auront pu suivre seront dépourvus de cause, parce que le déménagement n'est pas nécessaire forcément à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise. De plus, il sera soutenu que le déménagement aurait pu se faire sur Paris ou la petite banlieue. Là encore, une opération de gestion courante, parfaitement légitime, encourent la censure du juge.

Rappel, enfin, doit être fait de l'arrêt Morvan du 16 janvier 2001 sur la cessation de l'activité de l'entreprise. La chambre sociale de la Cour de cassation a admis, dans cette décision, que la cessation d'activité sauf fraude ou négligence, pouvait fonder une cause économique. Aujourd'hui, la cessation d'activité ne peut plus apporter de justification à un licenciement prononcé pour une cause économique dans la définition qui en est donnée. Elle devra nécessairement se rattacher à des difficultés économiques sérieuses, même extrêmement sérieuses et qui n'auront pas pu être surmontées par tout autre moyen.

Il est évident que ces constats posent problème. Certains ont remarqué que la définition telle qu'elle ressort de l'article L 321-1 ressemble de très près à la motivation d'une décision prud'homale sanctionnant un licenciement comme étant un licenciement économique dépourvu de cause réelle et sérieuse. Il y a indiscutablement quelque paradoxe à ce que la sanction préécrite d'un licenciement individuel prononcé fonde la cause d'une procédure dont l'objet principal est d'éviter des licenciements. Ce paradoxe est probablement en grande partie à l'origine du malaise conceptuel ressenti devant ce texte.

c) Une dernière série de remarques sur la question des licenciements économiques par anticipation dans les entreprises prospères mérite d'être abordée, puisque c'est un des problèmes principaux que pose ce texte et que ce type de décision est à l'origine du projet

La question est de savoir si une entreprise prospère peut légitimement procéder à des licenciements par anticipation ou en tous les cas parce qu'elle rencontre des problèmes industriels qui ne se traduisent pas encore ou pas nécessairement dans ses chiffres.

Il faut alors parler des licenciements dits « boursiers » puisque c'est le problème principal. Evidemment on ne peut être que d'accord avec l'idée que des licenciements économiques qui ont pour seul objet la valorisation boursière ou l'accroissement des profits doivent être sanctionnés, mais, bien souvent surgiront des problèmes de définition.

Plusieurs remarques s'imposent sur ce thème. La première repose sur une étude qui a été faite par Tristan Boyer pour la Dares et qui consacre à peu près une trentaine de pages pour dire qu'il n'y a jamais eu d'effet significatif et durable sur les cours de bourse qui soit liée à des licenciements économiques, les effets constatés étant liés à la perception par les marchés que des efforts de redressements sont opérés, dans certains cas. Parfois, au moment d'une annonce, deux jours de hausse de bourse peuvent être constatés mais les études qui ont été faites sur une vingtaine d'années montrent que très vite les cours reviennent à leur norme habituelle. Il suffit d'ailleurs de regarder le cas de Danone, qui n'a pas connu de performance boursière à l'occasion de l'annonce des problèmes de restructuration chez Lu.

La deuxième remarque porte sur le fait que, par définition, la valorisation boursière se situe sur un marché et que des investisseurs vont vers les entreprises lorsque leur valorisation boursière est bonne. Même s'il est possible de le regretter, il y a là une réalité incontournable. Il est vrai aussi que les entreprises dont la valorisation boursière s'effrite peuvent être fragilisées et les conduire à être victimes d'une OPA. Elle prennent alors le risque d'être démantelées et il n'est pas certain que les travailleurs en soient alors les principaux bénéficiaires.

Il faut sans doute aller au-delà et parce que s'arrêter aux marchés financiers peut paraître confortable parce que l'ennemi est identifié et que, de surcroît, c'est un ennemi formidable parce qu'il n'a pas de forme. Malheureusement, derrière les marchés financiers il y a aujourd'hui un certain nombre d'éléments qu'il n'est pas possible d'ignorer.

Derrière les marchés financiers pointent les fonds de pension, or les fonds de pension procèdent des systèmes de protection sociale et le monde entier ne fonctionne pas sur la répartition pour les retraites. Comment alors justifier qu'au nom d'un certain nombre de valeurs fortes de cohésions sociales il serait anormal que des salariés de pays de la communauté européenne ou d'ailleurs disposent de systèmes de retraite qui ne fonctionnent pas ou pas bien et comment serait-il illégitime que des systèmes de retraite soient fragilisés au seul regard des techniques qui font leur rendement ?

Force est également de prendre en compte nombre d'intervenants institutionnels sur les marchés qui, en fait, évitent, par les produits qu'ils dégagent des marchés financiers, d'avoir des politiques tarifaires plus lourdes à l'encontre des particuliers, de même que des organismes sociaux qui fondent leur trésorerie sur les produits qui émanent des mêmes marchés.

Un deuxième point qui paraît très important aussi à analyser dans ces fameux licenciements d'anticipation. C'est le problème de la concurrence et des baisses de prix des produits de consommation.

La France connaît un système de distribution qui pose des exigences et des contraintes extraordinairement fortes vis à vis des entreprises pour les distribuer. Nous assistons, par exemple, à un développement très fort de ce qu'on appelle les "marques distribution" qui finissent par réduire leur coût de 20, 30 ou 40 % par rapport aux produits de marque.

Je me souviens du dossier d'un fabricant de produits laitiers qui contenait un prospectus d'une grande surface avec le prix de vente d'un yaourt « marque distribution ». Le prix de vente du yaourt dans la grande surface en question correspondait au prix de revient de fabrication du yaourt chez le fabricant de produits laitiers de marque. De telles distorsions ne peuvent s'installer longtemps, sauf à mettre en péril les producteurs de produits de marque.

De plus, les grandes entreprises de distribution annoncent souvent qu'elles ne référencieront plus les produits si leur niveau de prix ne baisse pas, accentuant ainsi les contraintes sur les gains de productivité. Ainsi, chaque fois que l'un d'entre nous rentre dans une grande surface compare les prix et

prend le prix le moins élevé, il procède du dispositif qu'il condamne par ailleurs en tant que citoyen.

Dernier exemple. La télévision qui trône au milieu du salon en France valait, il y a quinze ans, six à sept mille francs (un millier d'euros). Aujourd'hui elle vaut entre trois et quatre mille francs (entre cinq et six cents euros) : comment cette baisse, à laquelle personne ne trouve à redire, s'est elle accomplie. La jurisprudence Thomson Tub Display, Vidéo Color, nous éclaire ici aussi. La délocalisation d'un certain nombre d'éléments ou de composant au Brésil et des gains de productivité ailleurs expliquent le retour au consommateur des gains de productivité réalisés. Là encore, chaque fois que l'un d'entre nous se dit qu'il attend un peu parce que tel ou tel produit technologique va baisser, chaque fois ce raisonnement s'inscrit dans cette même logique qui est celle qu'il condamne par ailleurs.

Bientôt, ce type de questionnement émergera avec le salarié épargnant parce que l'épargne salariale est placée sur les marchés financiers. Il y a sans doute un travail très important à réaliser, de ce point de vue,

dans les négociations sur l'épargne salariale entre organisations syndicales et employeurs pour précisément développer une réflexion de fond sur la façon dont s'orientera l'épargne salariale par rapport à certaines entreprises qui s'inscriront dans le développement durable et les références éthiques.

En guise de conclusion, il semble que ce projet de loi relève d'une erreur d'appréciation fondamentale : elle s'inscrit, en effet, dans l'idée que l'Etat-nation pourrait disposer d'une influence forte sur la régulation de cet ensemble de question. Il demeure, en effet, extrêmement défensif et hexagonal. Ne serait-ce pas plutôt autour de l'idée selon laquelle la recherche de la cohésion sociale transcende nécessairement les nations ainsi que les réponses nécessairement transnationales à y apporter que devront s'orienter les efforts des démocraties européennes plutôt que dans des textes qui finiront par pénaliser le développement économique et de l'emploi dans les pays qui s'orienteront vers des réponses solitaires.

Gilles Béliet