

Les temps de l'appréciation des motifs

par *Hervé TOURNIQUET*, Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine

PLAN

I. Etat des lieux

- A. Les licenciements consécutifs à un plan de sauvegarde de l'emploi
- B. Les licenciements individuels
- C. Le cas des salariés protégés

II. Exploiter les moyens existants

- A. Sur les licenciements précédés d'une consultation du comité d'entreprise
- B. Sur les licenciements individuels
- C. Sur les salariés protégés

Le régime juridique des licenciements pour motif économique et, plus particulièrement, du contrôle dudit motif, a fait l'objet, au cours des 20 dernières années, de plusieurs modifications législatives et d'une production jurisprudentielle soutenue.

On citera, pour mémoire, s'agissant de l'œuvre législative, les textes les plus importants :

– la loi du 3 juillet 1986 abrogeant l'autorisation administrative de licenciement pour motif économique (1), dont le premier effet fut de transférer la compétence en matière de contrôle aux conseils des prud'hommes mal préparés et encore marqués par la célèbre jurisprudence de l'employeur « *seul juge* » ;

– la loi du 2 août 1989 (2) introduisant dans le code du travail une définition du motif économique du licenciement ;

– la loi du 27 janvier 1993 sanctionnant de nullité la procédure de licenciement non précédée de la consultation des représentants du personnel sur un plan social contenant notamment des mesures visant au reclassement de salariés (3) ;

– la loi du 17 janvier 2002 (modernisation sociale) dont la nouvelle définition, plus restrictive, du motif économique (4), se trouvait « *retoquée* » par le Conseil constitutionnel (5) mais qui renforçait néanmoins les prérogatives des institutions représentatives du personnel ;

– la loi du 3 janvier 2003 (loi *Fillon*) suspendant l'essentiel des apports de la loi précédente et encadrant les accords de méthode relatifs aux conditions de consultation des institutions représentatives du personnel (6) ;

– la loi du 18 janvier 2005, par ailleurs largement commentée dans le présent numéro (6 bis) et qui poursuit l'œuvre engagée deux ans plus tôt en rendant plus difficile le contrôle par les représentants du personnel et en offrant aux employeurs, avec le nouveau régime des modifications de contrat anéantissant l'avancée jurisprudentielle *Framatome et Majorette* (7), un moyen de contourner l'obligation d'établissement d'un plan social.

(1) «La rupture du contrat de travail», Dr. Ouv. num. spec. mai-juin 1987 p. 183.

(2) «Le droit du licenciement après la loi du 2 août 1989», Dr. Ouv. num. spec. 1990 p.153.

(3) P. Moussy «Brefs propos sur le mécanisme légal de sanction de l'absence de plan visant au reclassement des salariés concernés par un projet de licenciement économique collectif» Dr. Ouv. 1994 p. 333.

(4) «La cause économique du licenciement (définition - contrôle - sanction)» n° spéc. Dr. Ouv. avril 2002 p.137 ; «Le licenciement économique après la loi de modernisation sociale» RPDS 2002 p. 147.

(5) Dr. Ouv. 2002 p.59 n. F. Saramito et B. Matthieu.

(6) «Regards sur les accords de méthode et la loi Fillon» Dr. Ouv. sept. 2003 p. 358 ; «La loi suspensive Fillon-Raffarin, les comités d'entreprise et les licenciements économiques» RPDS 2003 p. 59 ; F. Signoretto «Les accords d'entreprise conclus en cas de difficultés économiques» RPDS 2003 p. 113.

(6 bis) V. également «Licenciements économiques et droits des CE après la loi de cohésion sociale», RPDS 2005 p. 79.

(7) Sur ce sujet v. *infra* l'étude de I. Meyrat.

Que conclure de ces incursions législatives et de leurs effets sur le droit de chaque salarié à contrôler le bien fondé du motif économique invoqué pour justifier son licenciement et à le faire sanctionner ?

1) Le système ainsi construit par strates successives demeure très inégalitaire selon la taille de l'entreprise et la présence ou non de représentants du personnel. Pour les salariés des entreprises dont les effectifs sont inférieurs à cinquante, le droit n'a pas évolué sur le terrain législatif depuis la loi de 1989 et les seules avancées sont jurisprudentielles.

2) Ce système, pour les autres salariés, c'est dire ceux qui sont employés dans les entreprises de plus de cinquante salariés dotées d'un comité d'entreprise, reste paradoxal et confine à l'absurde. En effet, en cas de grand licenciement collectif (plus de dix salariés sur une période de trente jours) l'insuffisance des mesures d'accompagnement au regard des exigences légales (article L 321-4-1) est sanctionnée plus sévèrement et lourdement – nullité du plan social, nullité subséquente des licenciements, droit à réintégration – que l'insuffisance, voire l'absence, de motif économique à l'origine du plan de licenciements – dommages et intérêts.

3) Enfin et surtout ce régime pêche par un autre paradoxe : les moyens d'un contrôle réel sur le bien fondé économique de la mesure de licenciement décidée par l'employeur restent conférés à l'instance, le comité d'entreprise, qui voit son action en justice limitée au seul contenu du plan de sauvegarde de l'emploi à l'exclusion du motif économique (8).

Aussi n'est-il pas surprenant que la question du moment de l'appréciation des motifs ainsi que celle, indissociable, des moyens de ce contrôle, soient posées avec force à tout salarié ou toute instance représentative tentant, avec difficulté, d'obtenir la mise en œuvre effective des principes posés par la loi et éclairés par la jurisprudence. A cet égard, l'état des lieux n'est guère réjouissant mais les textes, pour abîmés qu'ils ressortent des deux dernières réformes de 2003 et 2005 n'en offrent pas moins quelques possibilités inexploitées.

■ I. Etat des lieux ■

Trois cas de figure sont à envisager :

- les licenciements consécutifs à un plan de sauvegarde de l'emploi ;
- les licenciements individuels ;
- les licenciements des salariés protégés.

A. Les licenciements consécutifs à un plan de sauvegarde de l'emploi

A titre préalable, on rappellera que l'un des articles de la loi Borloo dite de "cohésion sociale", a pour objet de réduire le champ du contrôle des représentants du personnel en ne fixant le seuil de déclenchement de la procédure de consultation du comité d'entreprise qu'à dix modifications de contrat refusées et non plus dix modifications proposées, sur une même période de trente jours, sans pour autant avoir prévu (et les débats parlementaires montrent qu'il s'agit d'une omission délibérée) de mécanisme permettant d'informer le comité de ce que ce seuil est atteint (9). Un des enjeux

des mois à venir sera donc de trouver les moyens juridiques pour que cette voie ainsi ouverte ne dévitalise pas complètement l'obligation d'information-consultation du Comité d'entreprise sur un plan de sauvegarde de l'emploi.

1. Les moyens conférés par la procédure de consultation

1-1. La procédure légale "de base"

L'information préalable dans le cadre des procédures livre IV (article L 432-1) et livre III (articles L 321-1 et suivants), venant s'ajouter à l'information périodique, permet un échange et un approfondissement de l'appréciation de la situation économique de l'entreprise. En outre, le recours à un expert (articles L 321-7-1) aux frais de l'entreprise, offre aux représentants du personnel le moyen d'une meilleure compréhension des éléments chiffrés qui leur sont communiqués à la condition que l'expert ne limite pas son analyse aux seuls éléments

(8) Toutes les tentatives tendant à voir obtenir la nullité des licenciements à raison de l'insuffisance des motifs et, partant, de l'absence de justification du recours à un plan social, se sont, à ce jour, heurtées au refus des juges fondé sur le principe « pas de nullité sans texte ». Or le seul texte prévoyant une sanction de nullité est celui relatif au contenu obligatoire du plan de sauvegarde de l'emploi (L 321-4-1).

(9) Art. L. 321-1-3. – « *Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique.* ».

produits par l'employeur et pousse aussi loin que possible ses investigations.

Mais, si l'on veut bien considérer :

– que les représentants du personnel ne sont pas, par manque de formation, toujours aptes à appréhender l'information économique qui leur est ainsi donnée,

– que leur qualité, précisément, de représentants du personnel doit les conduire à se tourner vers les salariés, leur communiquer et expliciter les informations et engager avec eux le nécessaire débat sans lequel il n'est point d'autre représentation que formelle,

la question du temps devient cruciale et force est de constater que les délais fixés par la loi (article L 321-3-alinéa 4) sont très souvent jugés insuffisants par les intéressés, *a fortiori* depuis que la loi nouvelle permet à nouveau une consultation concomitante sur la base des livres III et IV (9 bis).

Encore n'envisage-t-on ici que l'hypothèse d'un employeur respectant scrupuleusement ses obligations d'information-consultation, aussi bien en ce qui concerne la nature des informations communiquées que la préparation et la tenue des réunions. Si tel n'est pas le cas, il reste certes le recours à l'intervention du juge des référés à la fois pour annuler une procédure non respectueuse des droits et prérogatives du comité et pour contraindre l'employeur à respecter ces droits. Mais la loi de cohésion sociale, au nom de la sécurisation des procédures, a enfermé ces actions dans un délai de quinze jours suivant chacune des réunions, ce qui, tout praticien du droit et de ce type de procédure le sait, est un délai beaucoup trop court (9 ter)...

1-2. La procédure conventionnelle : les accords de méthode

L'article L 320-3 tel que résultant de la loi de cohésion sociale, encadre le régime des accords dits "de méthode" lesquels «*fixent les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise est réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise et peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi et obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions*». Ce même article prévoit également que «*ces accords peuvent aussi déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi (...) fait l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci*» (10).

(9 bis) A propos de la concomitance, v. *infra* p. 353 les obs. de Paul Bouaziz.

(9 ter) Sur les délais de contestation, v. *infra* p. 365 les obs. de Pierre Bouaziz et p. 327 celles de C. Baumgarten.

(10) Sur la portée des accords de méthode, v. *infra* p. 303 les études de S. Nadal p. 311 et P. Rennes.

(11) Sur la portée des accords de méthode, v. *infra* p. 349 les obs. de E. Gayat sous art. L 320-3 C. Tr.

Sous couvert de dialogue social, le régime légal des accords de méthode constitue en réalité un recul en subordonnant à un accord que l'employeur ne signera qu'en échange de contreparties (notamment sur le temps de la consultation) un débat sur les contre-propositions des salariés et de leurs représentants que la loi de modernisation sociale rendait obligatoire et que les dispositions actuelles de l'article L 431-5 du Code du travail rendent à notre avis possible (11).

1-3. Menaces sur le droit à l'information-consultation

Pour qu'un débat sur le bien fondé du motif économique puisse être mené par les représentants du personnel, encore faut-il que ceux-ci disposent de l'information nécessaire et qu'ils puissent en discuter avec leurs mandants. A cet égard, la directive européenne du 11 mars 2002, relative aux procédures d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel, et qui fixe aux Etats membres un délai de trois ans pour son insertion dans l'ordre normatif national, loin de répondre à cet objectif, est porteuse de règles pour le moins inquiétantes (12). Ainsi, s'agissant des informations confidentielles (tous les élus de comité d'entreprise ont eu, ont ou auront à connaître de ce problème de la qualification de confidentialité donnée par l'employeur aux informations qui leur sont communiquées) (13), l'article 6 de la Directive dispose : «*Les Etats membres prévoient que, dans les conditions et limites fixées par les législations nationales, les représentants des travailleurs, ainsi que les experts qui les assistent éventuellement ne sont pas autorisés à révéler aux travailleurs ou à des tiers des informations qui, dans l'intérêt de l'entreprise ou de l'établissement, leur ont été communiquées à titre confidentiel. Cette obligation subsiste quel que soit le lieu où ils se trouvent, même après l'expiration de leur mandat*». Exception à cette règle : les Etats membres peuvent autoriser les représentants à communiquer ces informations mais uniquement à des personnes elles-mêmes tenues d'une obligation de confidentialité...

Plus préoccupante encore est la reconnaissance, par cette même directive, d'un droit à la non-information : «*Les Etats membres prévoient que, dans des cas spécifiques et dans les conditions et limites fixées par les législations nationales, l'employeur n'est pas obligé de communiquer des informations ou de procéder à des consultations lorsque leur nature est telle que, selon des critères objectifs, elles entraveraient gravement le*

(12) Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, JOCE n° L 80, 23 mars 2002, Dr. Ouv. 2002 p. 492

(13) v. par ex. CA Paris (18 ch. D) 3 fév. 2004, Dr. Ouv. 2005 p. 275 n. A. de S.

fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement ou lui porterait préjudice». Il est difficile de ne pas établir une filiation entre le principe ainsi dégagé et l'introduction, par la loi de cohésion sociale, d'un nouvel article L. 432-1^{ter} ainsi rédigé : «Par dérogation à l'article L. 431-5, le chef d'entreprise n'est pas tenu de consulter le comité d'entreprise avant le lancement d'une offre publique d'achat ou d'une offre publique d'échange portant sur le capital d'une entreprise. En revanche, il doit réunir le comité d'entreprise dans les deux jours ouvrables suivant la publication de l'offre en vue de lui transmettre des informations écrites et précises sur le contenu de l'offre et sur les conséquences en matière d'emploi qu'elle est susceptible d'entraîner». Ce coup de canif au principe du caractère préalable de la consultation laisse mal augurer d'une évolution qui, aux antipodes d'un débat en amont, tend à transformer les institutions représentatives du personnel en chambres d'enregistrement, quand ce n'est pas en cautions.

2. La dissociation entre le temps de la collecte des informations et le temps de leur utilisation

Il a été rappelé que le comité, bien que destinataire des informations relatives au motif économique invoqué pour justifier la restructuration et les licenciements subséquents, devra limiter son contrôle et son éventuelle action judiciaire en contestation au seul contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Le temps de l'appréciation du bien fondé du motif économique viendra ultérieurement, lorsque chaque salarié concerné, ayant reçu la notification de son licenciement, se verra ouvrir le droit à la contestation dudit motif devant son juge : le juge du contrat de travail, c'est-à-dire le Conseil des prud'hommes.

Bien évidemment, à ce stade, le salarié qui vient d'être licencié ne dispose que de la lettre de licenciement dont les termes cernent le litige. C'est à ce moment que les informations recueillies lors de la procédure d'information-consultation, de l'expertise et du débat auxquels elle a donné lieu, recouvrent leur utilité pratique quant à l'appréciation et la sanction du motif économique.

Or, se pose, ici et à nouveau, le problème du temps. En effet, l'employeur peut procéder aux notifications des licenciements une fois l'avis du comité recueilli. L'individualisation des procédures, s'accompagnant de la dispense d'effectuer le préavis, aboutit à la dispersion des salariés concernés, souvent à la perte de contact, au champ libre laissé aux règlements individuels sous forme transactionnelle, et les informations et débats, aussi

riches et éclairants qu'ils aient pu être, ne parviennent que rarement à ceux qui, premiers concernés, devraient pourtant pouvoir en faire le meilleur usage. Le Code du travail prévoit certes (article L. 122-14-3) que l'employeur doit communiquer au juge tous les éléments qu'il a fournis aux représentants du personnel dans le cadre de la consultation mais, précisément, il ne s'agit que des documents élaborés par l'employeur et ne reflétant donc rien du travail de contrôle, d'investigation, de contestation et de contre-proposition accompli par les représentants du personnel.

Le passage du collectif à l'individuel ne se traduit pas seulement par un changement d'angle d'attaque possible sur la restructuration. Il s'accompagne également d'une perte d'informations précieuses qui ne peut que préjudicier au combat judiciaire engagé par chaque salarié à titre individuel.

B. Les licenciements individuels

1. Des salariés en manque d'informations

A la différence de la catégorie précédente, aucune consultation, aucune expertise, aucun débat, aucune possibilité de contre-proposition ne les a précédés hormis un entretien préalable peu adapté à ce type de controverse. Le salarié placé dans cette situation se trouve totalement démunie en matière d'information économique. Il ne peut compter que sur la conduite du procès prud'homal pour espérer pouvoir mener le débat sur la réalité et le sérieux du motif invoqué. Et c'est bien là que le bât blesse. Comment, en effet, seul, face à l'employeur qui dispose de tous les éléments et qui n'en a, dans la lettre de licenciement, présenté que ce qu'il souhaitait, obtenir une appréciation pertinente du motif invoqué ?

Si le motif invoqué tient à des difficultés économiques ou à une mutation technologiques, on peut espérer que l'employeur sera en capacité de produire des justifications de cette situation et qu'à défaut, le juge du contrat de travail en tirera toutes les conséquences.

Mais il en est tout autrement lorsque se trouve invoqué, par une entreprise qui ne connaît aucune difficulté économique particulière et qui ne fait l'objet d'aucune mutation technologique, la nécessité de sauvegarder sa compétitivité partant du principe qu'en économie concurrentielle toute entreprise peut être à tout moment tentée d'invoquer ce moyen... L'on se souvient que, par sa décision relative à la loi de modernisation sociale (14), le Conseil constitutionnel, après la chambre sociale de la Cour de cassation (15), avait admis ce motif comme un

(14) préc.

(15) Cass. Soc. 5 avr. 1995, *TWR et Thomson-Vidéocolor*, Bull. V n° 123, Dr. Ouv. 1995 p. 284 en annexe de A. Lyon-Caen "Le contrôle par le juge des licenciements pour motif

économique"; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du Droit du travail*, Dalloz, 3^e ed., 2004, arrêt n° 109.

motif autonome, distinct des difficultés économiques, en partant du principe qu'il serait absurde de ne permettre à une entreprise de se restructurer qu'en temps de crise, c'est à dire à un moment où le nombre de licenciements, et le coût social et humain en résultant, serait forcément plus important. Réflexion de bon sens, à ceci près que ce motif est rapidement devenu le "grand classique" d'entreprises performantes et rentables qui souhaitent, tout simplement, réduire le poids de la masse salariale pour dégager des profits plus importants à la satisfaction de l'actionnaire.

Difficile d'établir une frontière claire entre le principe et son abus, *a fortiori* lorsque l'une des parties au débat est privée des éléments d'information les plus essentiels.

A quel moment et avec quels moyens un tel débat peut-il être conduit afin d'apprécier la pertinence du motif ?

2. Une pratique de la procédure prud'homale totalement inadaptée

Le débat sur la réalité et la portée du motif économique devant la juridiction prud'homale souffre de la conjonction de plusieurs éléments.

En premier lieu, une lecture restrictive du principe posé par l'alinéa premier de l'article 1315 du Code civil (16) et une pratique routinière de l'échange de moyens et de pièces aboutissent à ce que le débat ne puisse se tenir que sur la seule foi des informations que l'employeur veut bien produire, ce qui revient à dire qu'aucun débat sérieux et approfondi sur le motif économique ne peut avoir lieu.

En second lieu, l'avancée jurisprudentielle, ô combien salubre, qui a conduit à assimiler l'insuffisance de recherche de reclassement à une absence de motif et à la sanctionner de la même manière (16 bis), aboutit très souvent à une réduction du débat à ce seul point, ce qui permet certes au final la réparation du préjudice subi dans des conditions juridiquement analogues mais, aussi et malheureusement, à éluder la discussion sur le motif lui-même.

Deux situations se présentent le plus souvent, étant rappelé que le débat judiciaire a lieu plusieurs mois après le licenciement. Première situation : l'entreprise connaissait, à l'époque du licenciement, de réelles difficultés. Aura-t-elle connu depuis lors une amélioration de sa situation et il sera alors aisé de venir soutenir que la ou les suppressions d'emploi étai(en)t bien un passage obligé. Sa situation aura-t-elle continué de se dégrader et l'on viendra soutenir que le présent justifie d'autant plus le passé. Dans un cas comme dans l'autre, il paraîtra presque incongru de s'interroger sur la pertinence économique du licenciement, de demander

s'il n'existait pas d'autres solutions. Seconde situation, l'entreprise ne connaissait pas de difficulté et avait invoqué la nécessité de sauvegarder sa compétitivité. Aura-t-elle connu depuis lors une dégradation de sa situation et elle viendra soutenir que ce ou ces licenciements étaient indispensables et n'ont malheureusement pas été suffisants. Sera-t-elle toujours performante et exempte de toute difficulté et, comme il y a peu de chance pour que la concurrence ait entre temps disparu, l'on viendra soutenir que ce ou ces licenciements étaient indispensables pour la maintenir dans la course. Dans un cas comme dans l'autre, il semblera presque iconoclaste de faire observer qu'un tel raisonnement exclut par avance toute contestation et fait de la sauvegarde de la compétitivité un motif "automatique". Le tout dans le peu de temps que permet la charge des audiences prud'homales.

C. Le cas des salariés protégés

On ne rappellera pas ici les éléments, connus, du contrôle auquel doit se livrer l'administration du travail saisie d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique. On se bornera à constater qu'il s'agit d'une enquête, et non d'un débat, contradictoire (ainsi, par exemple, le salarié concerné n'est pas, de droit et automatiquement, destinataire de la demande d'autorisation motivée adressée par son employeur à l'inspecteur du travail).

Le débat n'aura pas davantage lieu devant le juge de droit commun, le Conseil des prud'hommes, auquel le principe de séparation des pouvoirs interdit de statuer sur le bien fondé d'un licenciement autorisé par l'administration du travail.

On observera également que la jurisprudence administrative tarde à intégrer les avancées opérées par la jurisprudence sociale (voir par exemple le peu de décisions rendues et publiées sur la notion de sauvegarde de la compétitivité).

Enfin, dans le cas des salariés protégés non compris dans un licenciement collectif ayant donné lieu à un plan social, ceux-ci se trouvent, en matière d'information, tout aussi démunis que leurs collègues non protégés et tout dépendra de la persévérance de l'inspecteur du travail et de sa détermination à obtenir les informations indispensables à son contrôle.

Cet état des lieux sur la rareté des moments de vrai débat sur l'appréciation de la pertinence du motif économique, pour peu enthousiasmant qu'il soit, ne doit pas faire oublier les quelques possibilités d'amélioration susceptibles d'être recherchées dans l'état actuel du droit et des procédures.

(16) « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. »

(16 bis) v. *infra* p. 365 A. Chirez et p. 347 E. Gayat.

■ II. Exploiter les moyens existants ■

A. Sur les licenciements précédés d'une consultation du comité d'entreprise

1-1. Etendre le contrôle, et, par voie de conséquence, le débat, dans l'espace et dans le temps

Agir sur les terrains évoqués ci-dessus comme des points de faiblesse limitant les possibilités de débat sur le bien fondé du motif économique nécessite en effet d'utiliser à plein les prérogatives parfois inutilisées.

Ici encore, la vérification des difficultés économiques ou des mutations économiques invoquées ne soulève pas de problème particulier pour peu que les élus et leurs experts mènent le travail d'investigation et de questionnement que la loi leur confie.

Encore faut-il que cette étude ne se laisse pas enfermer dans l'espace et dans le temps. Ainsi l'examen de la situation de la seule entreprise concernée par la restructuration s'avère-t-il insuffisant lorsque ladite entreprise appartient à un groupe et obéit à des stratégies décidées au niveau dudit groupe. Exiger, au stade du débat livre IV-livre III, que les informations communiquées soient mises en perspective avec celles qui concernent le groupe, les confronter avec les informations recueillies par les instances de représentation instituées au niveau du groupe ou de l'UES, permet un éclairage différent et très souvent instructif sur les informations brutes délivrées au comité d'entreprise.

Mais bien évidemment, un tel travail de recherche, d'analyse et de confrontation nécessite du temps et les employeurs l'ont bien compris qui, le plus souvent, transforment la négociation d'un accord de méthode en un moyen de pression pour réduire le temps de la consultation. La fermeté des organisations syndicales lors de la négociation de ces accords est alors un élément déterminant.

Lorsque le motif invoqué est celui de la sauvegarde de la compétitivité, le critère temps revêt une particulière importance. En effet, il n'est pas inutile de rappeler que ce motif n'est admis que pour autant que l'employeur rapporte la preuve, qui lui incombe, de l'existence d'une menace sur sa compétitivité et l'existence d'entreprises concurrentes ne saurait, à l'évidence, suffire à constituer cette preuve : « *Mais attendu que la Cour d'appel, qui s'en est tenue aux motifs énoncés dans la lettre de*

licenciement invoquant la position de l'entreprise dans un secteur concurrentiel, après avoir constaté que les difficultés rencontrées par la société TRW Repa ne résultaient pas du niveau des rémunérations, a fait ressortir que la réorganisation à laquelle elle avait procédé n'était pas justifiée par la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité que par ces seuls motifs elle a légalement justifié sa décision ; que les moyens ne sont pas fondés » (17). En pareil cas, l'examen du contexte concurrentiel dans lequel évolue l'entreprise est un élément clé du débat et de l'appréciation du motif précisément pour faire pièce à la tendance à considérer la sauvegarde de la compétitivité comme un moyen aussi permanent qu'incontestable.

Cet examen ne saurait se limiter aux seules informations communiquées par l'employeur dans le cadre de son obligation d'information. Il pourra également s'enrichir de la collecte des informations que l'on peut trouver dans la presse spécialisée ou, pour les entreprises cotées en bourse, dans la communication en direction des marchés financiers.

L'on est très souvent surpris, en effet, par le fossé, voire la contradiction pure et simple, entre les informations délibérément alarmistes communiquées aux représentants du personnel pour justifier les licenciements et les informations délibérément dithyrambiques distillées en direction des marchés pour soutenir le cours ou préparer une entrée en cotation.

Enfin, le contrôle, et donc le débat, sur la sauvegarde de la compétitivité ne se réduit pas au moment de la procédure de licenciement et nécessite un suivi de l'évolution de la situation de l'entreprise. C'est l'enseignement que l'on peut tirer de la jurisprudence *Bardonneau*, de la Cour de cassation : par cet arrêt du 26 mars 2002 (18), la Chambre sociale de la Cour de cassation retient que, lorsque le motif de la sauvegarde de la compétitivité est invoqué, le juge du fond doit non seulement s'attacher à examiner les preuves qui lui sont fournies de l'existence d'une menace mais également prendre en considération l'évolution de la situation de l'entreprise depuis le licenciement afin de vérifier si celle-ci confirme, ou infirme, les prévisions alléguées par la société : « *Mais attendu que la Cour d'appel a rappelé que le licenciement économique de la salariée était motivé dans la lettre de licenciement non par des difficultés économiques mais par une réorganisation de*

(17) Cass. soc., 24 oct. 2000, n° 97-43.065, SA TRW REPA c/ Mabon et a. ; voir dans le même sens, Cass. soc., 29 mai 2001, n° 99-41.930, Derouette c/ Derouette, 5 oct. 1999, n° 98-41.384 : Bull. civ. V, n° 366, 29 janvier 2003 n° 00-44962 Sté Logidis c/ Tomas et autres, CA Poitiers

13 avril 2004 n° 02-03760 cité in Semaine sociale Lamy 3/5/2004 n° 1167.

(18) N° 00-40.898 – Bardonneau c/ Fmc Europe Jurisprudence sociale Lamy n° 100 25/4/2002.

l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité ; et attendu qu'ayant justement énoncé que si le motif économique de licenciement devait s'apprécier à la date du licenciement il pouvait être tenu compte d'éléments postérieurs pour cette appréciation, la Cour d'appel, qui a relevé au vu des résultats déficitaires de 1994 et 1995 que les prévisions en 1993 d'une dégradation de sa situation économique dans les années à venir s'étaient révélées exactes, a pu décider que la réorganisation entreprise en 1993 était indispensable à la sauvegarde de sa compétitivité ». En l'occurrence, la dégradation de la situation de la société avait, aux yeux de la Cour d'appel puis de la Cour de cassation, justifié, *a posteriori*, que la compétitivité de la société concernée devait effectivement être sauvegardée. Le raisonnement par *a contrario* semble pouvoir être retenu et le temps de l'appréciation des motifs s'allonger d'autant, la durée de la procédure judiciaire devenant, une fois n'est pas coutume, un atout dans le jeu du ou des salariés contestant leur licenciement.

Enfin, partant du principe que l'insuffisance de l'effort individuel de reclassement est traité par le juge du contrat de travail comme l'absence de motif, un autre contrôle ne peut être opéré par les représentants du personnel que dans le temps post-procédure de consultation : celui de la réalité et du contenu du travail des cellules et autres cabinets spécialisés de reclassement sur lesquels l'employeur se décharge, à un coût souvent très important, de ses responsabilités en la matière.

La jurisprudence relative au reclassement a provoqué l'émergence d'un véritable marché que se disputent des cabinets dont il reste à examiner, à moyen et long terme, les résultats et le rapport "qualité-prix". Les exemples sont nombreux de résultats très décevants et de proportions infimes de salariés effectivement reclassés.

Ici encore, une fois passé l'effet d'annonce du plan de sauvegarde de l'emploi, c'est dans le temps que les représentants du personnel peuvent juger, sur pièces, de l'effort réel de reclassement opéré par l'employeur ou le cabinet qui en a reçu la charge.

Les réunions du comité d'entreprise qui se tiendront pendant les mois suivant la mise en œuvre du plan social, doivent également permettre de questionner l'employeur sur les résultats en la matière au regard des moyens financiers consentis. L'article L 321-4 du Code du travail dispose en effet notamment : « *Le plan de sauvegarde de l'emploi doit déterminer les modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures contenues dans le plan de reclassement prévu à l'article*

L. 321-4-1. Ce suivi fait l'objet d'une consultation régulière et approfondie du comité d'entreprise ou des délégués du personnel. L'autorité administrative compétente est associée au suivi de ces mesures ».

1.2. Transmettre ces informations aux acteurs du débat judiciaire sur l'appréciation du motif

Une fois les précieuses informations ainsi collectées, reste le problème de leur mise à disposition des salariés qui en auront besoin pour conduire leur procédure en contestation du bien fondé du motif. En dehors de l'affichage des comptes-rendus des réunions du comité (avec le décalage lié au délai de rédaction et d'adoption aboutissant à ce que les salariés licenciés et dispensés d'effectuer leur préavis ne pourront en prendre connaissance) et de la diffusion des tracts syndicaux (qui ne peut concerner que les salariés encore présents dans l'entreprise) le Code du travail ne prévoit pas de moyen particulier.

Comment permettre aux membres du comité et aux organisations syndicales qui y sont représentées, de faire bénéficier les salariés concernés des informations et réponses complémentaires qu'ils auront pu obtenir ?

En dehors de l'invite faite aux salariés licenciés de garder le contact avec leurs représentants, on peut suggérer :

– dans le cadre des commissions de suivi prévues par les plans de sauvegarde de l'emploi, le maintien du contact avec les salariés visés par ledit plan et la transmission à ceux-ci de l'intégralité des débats qui se sont tenus au sein du comité, pendant la procédure de consultation et après (19) le tout sous la surveillance des représentants du personnel siégeant dans ces commissions ;

– dans le cadre de l'accord de méthode, lorsqu'il en existe un, la mise en place d'un système analogue.

Il ne s'agit pas de chausser des lunettes roses tant il est vrai que la communication aux représentants du personnel des noms et coordonnées des salariés licenciés reste, pour des raisons évidentes, l'enjeu d'une bataille qui est loin d'être gagnée. Mais il s'agit, y compris en n'hésitant pas à solliciter l'arbitrage du juge, de prendre les employeurs au mot de leurs affichages en matière de dialogue social et de transformer des commissions conçues comme des chambres d'enregistrement en véritables outils d'un « droit de suite » qui reste à construire et à faire vivre.

(19) cf. jurisprudence *Bardonneau*.

B. Sur les licenciements individuels

On a vu ci-dessus que le salarié licencié pour motif économique dans un cadre non collectif ne peut bénéficier de tout le travail de contrôle et de confrontation en amont et s'en trouve d'autant plus démuné.

En dehors de la documentation qu'il aura pu glaner, il reste pour l'essentiel tributaire de l'exercice, par le juge du contrat de travail, de l'ensemble des prérogatives prévues par la loi. Or, il faut bien constater que la mise en œuvre de ces prérogatives reste l'enjeu d'une bataille quotidienne. Partant du principe qu'il appartient au demandeur de produire en premier ses moyens de contestation, oubliant au passage que le demandeur à l'instance est, avant tout et chronologiquement, d'abord défendeur à une mesure de licenciement, et face à des employeurs qui ne se privent pas de rappeler que le juge ne saurait, en matière de preuve, suppléer aux carences du demandeur, les conseils de prud'hommes restent en cette matière d'une frilosité d'autant plus incompréhensible que les textes leur donnent les moyens d'agir.

Faut-il rappeler que l'article R 516-18 du Code du travail confère au bureau de conciliation le pouvoir *d'ordonner toutes mesures d'instruction, même d'office* ; que l'article R 516-21 prévoit *qu'afin de mettre l'affaire en état d'être jugée, le bureau de conciliation ou le bureau de jugement peut, par décision qui n'est pas susceptible de recours, désigner un ou deux conseillers rapporteurs en vue de réunir sur cette affaire les éléments d'information nécessaires au Conseil des prud'hommes pour statuer* ?

Faut-il rappeler que les décisions du bureau de conciliation statuant sur des demandes d'instruction ou de désignation de conseillers rapporteurs, si elles ne peuvent être contestées qu'en même temps que la décision au fond, n'en sont pas moins des décisions juridictionnelles et, à ce titre, obligatoirement motivées ?

Faut-il rappeler que devant un refus manifeste de l'employeur de produire les éléments indispensables à l'appréciation des motifs par lui invoqués, l'opacité ainsi entretenue dégenère en doute qui doit, en tout état de cause, bénéficier au salarié (article L 122-14-3) ?

Certes, l'auteur de ces lignes n'ignore pas que le refus d'utiliser ces prérogatives résulte le plus souvent de

l'attitude de blocage adoptée par les conseillers employeurs et que l'on hésite à «partir en départage» dès le bureau de conciliation et sur une simple question de méthode. Mais l'enjeu ne le justifie-t-il pas et faut-il accepter de voir tomber en désuétude des moyens procéduraux essentiels au contrôle des motifs et qui ne s'usent que si l'on ne s'en sert pas ?

C. Sur les salariés protégés

L'intégration par la jurisprudence administrative des avancées auxquelles a procédé depuis plusieurs années la juridiction sociale doit se poursuivre. Le Tribunal administratif de Paris a récemment jugé, par exemple, qu'une entreprise invoquant la réorganisation rendue nécessaire par la sauvegarde de sa compétitivité devait d'abord prouver que sa compétitivité se trouvait menacée et qu'à défaut, la réorganisation et, par voie de conséquence, les licenciements subséquents n'étaient pas justifiés (20). Cette jurisprudence fait pièce aux motivations souvent lapidaires des décisions ministérielles en la matière et incite l'administration du travail à ne pas se contenter de la présentation de la situation faite par l'employeur et à utiliser les moyens dont elle dispose dans le cadre de l'enquête contradictoire.

Enquête contradictoire, justement. A cet égard, aucun texte n'interdit à l'inspecteur du travail de donner connaissance au salarié protégé concerné de l'argumentaire développé par l'employeur et, à cette fin, de lui transmettre la copie de la demande d'autorisation avant de recevoir le salarié afin de permettre à ce dernier de préparer sa contre-argumentation et d'éclairer l'inspecteur sur la direction à donner à ses investigations.

En guise de conclusion, même si de nombreuses possibilités existantes restent inexploitées, il n'en demeure pas moins que les deux dernières interventions du législateur ont considérablement amoindri les moyens et délais de contrôle sur la réalité et la pertinence du motif économique invoqué. Le temps du contrôle, du débat, de la contradiction et de la contre-proposition est une denrée rare. C'est bien cet état qu'il s'agit de desserrer et cela passe, nécessairement, par une nouvelle intervention législative.

Hervé Tourniquet

(20) « que c'est à bon droit que M Torres fait valoir que la société Pages Jaunes n'établit pas que sa compétitivité n'est pas menacée par l'évolution de la concurrence et l'introduction de nouvelles technologies dans son secteur d'activité, dès lors qu'elle n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, ni que les mesures de réorganisation de l'entreprise auraient été décidées dans le but exclusif d'assurer la sauvegarde de la

compétitivité de ce secteur d'activité, ni, au demeurant, que cette compétitivité était effectivement menacée ; qu'il suit de là que ces mesures de réorganisation sont insusceptibles de constituer une cause économique de licenciement » (TA Paris 18 mai 2005 - Torres c/ Ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, n° 0412123/3).