

En marge des arrêts “Pages jaunes”

par *Paul Darves-Bornoz*, Avocat au Barreau d'Annecy

PLAN

- I. Un décryptage laborieux
- II. Les “dommages collatéraux”

Le Landerneau doctrinal et judiciaire s'est d'ores et déjà suffisamment ému sur la signification et la portée normative des arrêts *Pages jaunes* (1) pour qu'il ne soit pas utile d'y revenir à travers un énième commentaire.

La lecture des articles de doctrine permet de dégager une constante qui semble préoccuper tous leurs auteurs : mais qu'ont bien pu vouloir dire nos hauts magistrats à travers les arrêts du 11 janvier 2006 ?

Maintien de la jurisprudence, revirement, inflexibilité, assouplissement, ouverture, durcissement, effet boomerang... Tout y est passé, confirmant une approche pour le moins dubitative et perplexe de la portée de ces arrêts.

La mission normative de la Chambre sociale de la Cour de cassation aurait-elle perdu de son intelligibilité ?

C'est une première difficulté.

Et puis, il y a les “dommages collatéraux” des arrêts *Pages jaunes* qui, par l'utilisation de la cassation sans renvoi, peuvent s'inscrire dans une volonté d'accélérer le traitement judiciaire du contentieux, au risque de le rendre expéditif.

I. Un décryptage laborieux

1) En assurant à ces arrêts du 11 janvier 2006 une très large publicité (Bulletins, Rapport et site Internet de la Cour de cassation), la Chambre sociale de la Cour de cassation a nécessairement voulu leur donner une valeur de principe et à tout le moins, d'apport décisif dans la construction jurisprudentielle autour du premier alinéa de l'article L 321-1 du Code du travail.

Pour être de principe, un arrêt doit être clair, et ce qui est clair doit s'énoncer clairement.

Le professeur Gérard Couturier a souligné qu'en ce domaine, le poids des mots et des formules était essentiel, qu'une restructuration “nécessaire” n'était pas une restructuration “indispensable”, que “préserver” la compétitivité n'équivaut pas à la “sauvegarder” et qu'ainsi, toute nuance terminologique ou rédactionnelle a des conséquences importantes sur le traitement des licenciements économiques de compétitivité (1).

Même approche chez cet auteur pour qui la différence sémantique n'est pas neutre, et qui en appelle au

Petit Larousse pour tenter de comprendre et de définir les notions de sauvegarde et de compétitivité (2).

D'autres en appellent au *Dictionnaire culturel en langue française* d'Alain Rey (3). Mais même le recours au dictionnaire a ses limites. *Le Petit Larousse*, s'il définit la sauvegarde comme une garantie, une protection, une défense, définit la préservation comme l'action de préserver, c'est-à-dire de garantir ou de protéger...

Trop de sémantique ramène ainsi à la case départ.

Sous peine d'hermétisme, les arrêts (surtout de principe) doivent donc gagner en clarté et en lisibilité.

2) En l'espèce, l'enjeu était de taille et avait, semble-t-il, incité le législateur du 18 janvier 2005 à la prudence en le faisant renoncer à intervenir dans la rédaction de l'article L 321-1 alinéa 1^{er} du Code du travail.

Par les arrêts *Pages jaunes*, la Cour de cassation l'a fait, mais avec quel résultat ?

(1) Ces arrêts sont reproduits en p. 380 et 384, en annexe à l'étude de M.-F. Bied-Charreton.

(1 bis) Gérard Couturier : Semaine Sociale Lamy 23 janvier 2006 n° 1245.

(2) Stéphane Béal : Jurisprudence Sociale Lamy du 11 avril 2006 n° 187.

(3) Jean-Emmanuel Ray : Droit Social février 2006, p. 138.

Ces décisions ont provoqué un émoi médiatique et ont été comprises et analysées comme un assouplissement du contrôle juridictionnel sur les licenciements dits "de compétitivité" (on se reportera, sur ce point, aux articles du *Monde* et de *l'Humanité*).

La Haute juridiction avait-elle lâché la bonde ?

Il aura fallu, chose rare, une dépêche AFP du 16 janvier 2006 (4) et l'apparition, quelques jours plus tard (et pour la première fois), sur le site Internet de la Cour de cassation, d'un communiqué du service de documentation de cette dernière pour rassurer l'opinion et revendiquer un non-revirement (5).

Tout s'est passé comme si la Haute juridiction se défendait qu'on lui fasse dire ce qu'elle n'avait pas voulu dire, mais que tout un chacun avait, semble-t-il, compris à la lecture de ces arrêts.

C'est dire si le message des *Pages jaunes* n'est pas passé et n'a pas été compris.

3) Même cacophonie dans la doctrine (6).

La sauvegarde de la compétitivité est-elle toujours un motif autonome de licenciement pour motif économique ? Quid de la survivance de la jurisprudence *SAT* (7) ? *Quid* de la portée du contrôle juridictionnel ?... autant de questions fondamentales laissées sans réponse.

La plupart des commentateurs ne semblent avoir abouti, en réalité, qu'à une interrogation quasi-shakespearienne : revirement ou absence de revirement ? (le titre de la chronique du professeur Jean-Emmanuel Ray est, sur ce point, évocateur) (8).

Certains ont vu, dans les arrêts, une ouverture, un assouplissement ou un retrait du contrôle juridictionnel sur les licenciements de compétitivité (9).

D'autres un *statu quo*, avec néanmoins une certaine évolution (10).

D'autres enfin, et à l'opposé, y ont vu l'annonce d'un durcissement de la jurisprudence à venir et d'une évolution vers une plus grande sévérité à l'égard des licenciements de compétitivité (11).

4) L'inquiétude est à la hauteur de l'enjeu que représente toute modification, si minime soit-elle, apportée à la construction jurisprudentielle autour du premier alinéa de l'article L 321-1 du Code du travail.

L'hémorragie de l'emploi industriel, la multiplication des licenciements boursiers et les délocalisations massives que connaît notre pays s'accommodent mal d'une rédaction à ce point subtile qu'elle en devient hermétique.

Les justiciables, comme les praticiens, ont besoin d'outils juridiques clairs et opérationnels. Les arrêts *Pages jaunes* ne répondent pas à cette exigence.

De même, il faut également s'interroger sur la possibilité de pallier leur insuffisance rédactionnelle ou leur manque de clarté par un communiqué qui, pour être annexé aux décisions, n'en fait pas partie intégrante.

Il y aurait en quelque sorte l'arrêt et son mode d'emploi...

Un exemple : une des questions fondamentales des licenciements prévisionnels est celle de l'existence et de la portée de leur contrôle juridictionnel qui ne peut se faire qu'à l'aide "d'un bilan rétrospectif", comme le souligne le professeur Ray (bilan rétrospectif qui n'est pas sans poser de difficulté au regard du délai d'un an de l'article L 321-16 du Code du travail) (12).

L'arrêt précurseur du 26 mars 2002 évoqué dans le communiqué de la Chambre sociale de la Cour de cassation, explicitant la portée des arrêts *Pages jaunes*, rappelle expressément la nécessité de ce contrôle : "*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 de 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.*" (pourvoi n° 00-40.889).

De même, l'arrêt *SAT* de l'assemblée plénière du 8 décembre 2000 a pris un soin particulier à détailler les circonstances de l'espèce, allant jusqu'à prendre le soin de préciser que l'expert du CCE avait lui-même relevé que seule l'hypothèse de restructuration (la moins bénéfique en matière d'emploi) retenue par la société correspondait effectivement à la situation économique de cette dernière.

Or, cette préoccupation "pédagogique" n'apparaît pas dans les arrêts du 11 janvier 2006.

(4) Reproduite en annexe 1 p. 391.

(5) reproduit p. 384.

(6) Gérard Couturier prec. ; Stéphane Béal prec. ; Jean-Emmanuel Ray prec. ; Bernard Teyssié : La Semaine Juridique Social 24 janvier 2006, n° 4 ; Liaisons Sociales, jurisprudence n° 939 du 23 janvier 2006 ; Jean-Yves Frouin : Revue de Jurisprudence Sociale Lefebvre mars 2006, p. 187.

(7) Cass. Ass. plén. 8 déc. 2000 Dr. Ouv. 2001 p. 357 n. M. Henry et F. Saramito.

(8) préc.

(9) Bernard Teyssié prec. ; Liaisons Sociales, jurisprudence n° 939 du 23 janvier 2006.

(10) G. Couturier prec. ; J.E. Ray prec.

(11) Stéphane Béal prec.

(12) prec.

C'est dans le communiqué du service de documentation de la Cour de cassation qu'il est permis, semble-t-il, de vérifier que ce contrôle a été effectué et qu'il a pu être déterminant sur la solution retenue.

On y apprend ainsi :

– que la restructuration avait effectivement permis de créer les quarante-deux emplois supplémentaires prévus au plan de restructuration,

– que les neuf licenciements prévus n'avaient pas été, en définitive, prononcés,

– que la restructuration avait été "bénéfique" en terme d'emplois,

– qu'elle avait même permis une augmentation de la rémunération moyenne de l'ensemble des commerciaux de l'entreprise,

– que la prévention concerne en particulier les conséquences sur l'emploi et "intègre naturellement l'objectif de sauvegarder le maximum d'emplois".

Nul doute que les arrêts *Pages jaunes* auraient eu un impact et une portée différents s'ils avaient comporté ces précisions de fait et de droit. Mais le communiqué n'est pas l'arrêt, qui seul restera dans les prétoires où depuis le 11 janvier 2006, il est largement utilisé par la défense patronale.

Et c'est bien là sa nocivité dans le débat judiciaire que de laisser supposer un revirement ou un assouplissement qui, en définitive, n'aurait pas eu lieu. Ainsi, la mission normative revendiquée par la Cour de cassation passe nécessairement par une meilleure lisibilité de sa jurisprudence.

II. Les "dommages collatéraux"

Un adage dit qu'il n'y a de bonne justice qu'une justice bien comprise. On peut douter qu'il soit aujourd'hui satisfait à cette règle.

1) M. le Président Sargos souligne, à juste titre, que l'effet de masse du contentieux soumis à la Haute juridiction met en péril la mission normative de cette dernière (13). Et il cite, sur ce point, un chiffre particulièrement éloquent : 346 décisions publiées au Bulletin en 2004, contre 9 324 pourvois enregistrés au cours de la même année.

Il préconise la poursuite des réformes permettant la gestion de l'effet de masse en ouvrant la réflexion sur d'autres réformes pouvant conduire, par la redéfinition du pourvoi en cassation et de ses cas d'ouverture, à une limitation encore plus grande du nombre de pourvois.

On peut s'interroger sur ces orientations.

2) C'est d'abord l'utilisation massive des dispositions de l'article L 131-6 du COJ mis en place par la loi 2001-539, et organisant la procédure d'admission des pourvois. On apprend ainsi que c'est pratiquement un pourvoi sur deux qui est ainsi évacué grâce à la formule liminaire et économique en terme de rédaction : "*Attendu que le moyen de cassation qui est invoqué à l'encontre de la décision attaquée n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi*". Quarante et un des pourvois en 2004 (3 082 décisions), 42,8 % des pourvois en 2005 (3 717 décisions), selon les rapports d'activité de la Chambre sociale de la Cour de cassation, sont ainsi traités (soit encore : 45 % des pourvois hors désistements, irrecevabilités ou instances en rectification).

M. le Président Sargos souligne, à ce titre : "*Le gain de temps généré par les décisions de non-admission se situe donc essentiellement au niveau de la rédaction – ce qui est précieux pour les services du greffe – qui se borne à indiquer que le moyen n'est pas de nature à permettre l'admission des pourvois.*"

Quelle que soit la position prise par la CEDH, le 9 mars 1999, sur cette pratique, il est difficile d'admettre que la question matérielle des moyens puisse aboutir à ce que les justiciables ressentent les décisions prises au titre de l'article L 131-6 du COJ comme un véritable déni de justice.

Le justiciable a droit à une explication, il a le droit de comprendre. Économiquement, il a dû assumer une procédure devant le Conseil des prud'hommes, puis devant la Chambre sociale d'une Cour d'appel, et enfin, devant la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Pour l'engagement de sa procédure ainsi qu'à l'occasion de l'exercice de chaque voie de recours, il a été conseillé, en particulier pour la régularisation d'un pourvoi en cassation (et nos confrères auprès de la Cour de cassation n'hésitent pas à décourager les pourvois hasardeux).

En fin de parcours, il n'obtient pas satisfaction, sans qu'aucune explication ne lui soit fournie, s'il n'est pas, de surcroît, retoqué d'une indemnité de 2 500 € au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

Il ne conservera de cette expérience qu'un profond sentiment d'amertume et d'injustice.

(13) Pierre Sargos : Droit Social janvier 2006, p. 48.

3) Autre moyen d'évacuer le contentieux judiciaire : l'institution de la représentation obligatoire pour tous les pourvois formés à compter du 1^{er} janvier 2005 (14).

En 2005, année dite de transition pour la mise en place de ces mesures, M. le Président Sargos estime que la réduction du flux judiciaire en résultant est de 35 % de l'activité de la Chambre. Le rapport d'activité 2005 de la Chambre sociale de la Cour de cassation précise que 6 615 dossiers ont été enregistrés en 2005, contre 9 451 en 2004. On peut raisonnablement penser que ce chiffre augmentera dans les années à venir.

La régularisation des flux judiciaires par l'argent est donc efficace... mais se fait au détriment de l'accès au droit et à la justice.

Les salariés sont bien évidemment les premiers visés. Ils ont perdu la liberté et le droit d'assumer, seuls, leur représentation devant les juridictions prud'homales. Ils ne peuvent économiquement, surtout lorsqu'ils n'ont pu obtenir satisfaction en tout ou partie devant le juge du fond, faire face au coût d'un pourvoi.

Cette considération en appelle une autre. Selon le répertoire général civil du ministère de la Justice, le taux d'appel des jugements des Conseils de prud'hommes est de 62,20 % en 2002, contre moins de 15 % (au maximum) pour les autres juridictions. Si l'institution de la représentation obligatoire devant la Cour de cassation est efficace pour vider le contentieux, il est à craindre que cette solution soit également mise en œuvre devant les Chambres sociales de Cours d'appel. Le rapport Coulon/Tellier sur les réflexions et propositions sur la procédure civile (1998) proposait, en conclusions (p. 102), d'étendre le principe de la représentation obligatoire non seulement devant la Chambre sociale de la Cour de cassation, mais encore, devant les Chambres sociales des Cours d'appel.

C'est chose faite depuis le 1^{er} janvier 2005 pour la Cour de cassation. A quand la discrimination par l'argent devant les Chambres sociales des Cours d'appel ?

4) On revient aux *Pages jaunes* : cassation sans renvoi.

D'une manière générale, on peut comprendre l'utilisation de l'article 627 du NCPC dans les hypothèses où la cassation, à titre d'exemple, porte sur la recevabilité de l'appel, lorsqu'en conservant la solution adoptée par les juges du fond, la Cour de cassation lui substitue la règle de

droit appropriée, bref, quand le renvoi devant une Cour d'appel n'aurait aucune utilité pratique.

En l'espèce, la Cour d'appel de Montpellier était saisie d'une critique portant :

- sur l'élément causal du licenciement,
- sur le respect par l'employeur de son obligation préalable de reclassement (15).

Estimant que le motif économique n'était pas établi, la Cour d'appel de Montpellier n'a pas eu à se prononcer sur le second moyen qui, dès lors, ne pouvait être élevé devant la Cour de cassation.

Moyen d'autant plus sérieux qu'il s'appuyait sur un avis donné en cours de procédure de consultation par l'inspecteur du travail, estimant que les efforts de reclassement au sein du groupe n'avaient pas été effectifs.

L'arrêt du 11 janvier 2006 interdit toute discussion sur ce point. D'une part, aucune Cour de renvoi n'a été désignée pour en traiter. D'autre part, la règle de l'unicité de l'instance des articles R 516-1 et 2 s'opposerait à toute reprise de ce débat devant le juge du fond. Cette conséquence est bien évidemment inacceptable.

Les renvois sans cassation représentaient 4 % de l'activité de la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2004 (311 décisions), et 5,2 % de cette activité en 2005 (450 décisions).

La volonté d'évacuer le contentieux, de solutionner définitivement les litiges et de gagner du temps ne peut se faire au détriment de la qualité.

Nul ne conteste l'indigence et l'inadaptation de notre système judiciaire. La réponse n'est certainement pas dans la gestion de la pénurie, la régulation discriminante des flux judiciaires par l'argent, une justice non motivée, non comprise, au risque d'être perçue comme expéditive.

Les chiffres relatifs à la gestion des "stocks" judiciaires sont toujours impressionnants. Les replacer dans le contexte social permet de les relativiser.

Selon la DARES (16), seulement 20 % des licenciements pour motif personnel sont contestés devant les Conseils des prud'hommes et... 3 % des licenciements pour motif économique (17). Le traitement d'un tel contentieux n'a rien d'insurmontable si on en donne les moyens à la justice.

Paul Darves-Bornoz

(14) Sur cette question v. Dr. Ouv. janv. 2005 P. Tillie "Le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile et ses effets sur la procédure prud'homale et l'accès à la justice" p. 12 et les affaires de *Percin* et *Adressonord* p. 15 ; affaire *Moulin Bleu*, Dr. Ouv. décembre 2004 p. 552 ; déclaration CGT, Dr. Ouv. sept. 2004 p. 409 et la note ; Y. Saint-Jours "Haro sur l'assistance et la représentation syndicales en matière prud'homale" Dr. Ouv. 2004 p. 349. Le recours formé

par la CGT contre ce décret (mémoire Dr. Ouv. 2005 p. 387) a été rejeté par décision CE 6 avr. 2006 req. n° 273311.

(15) p. 13 à 15 des conclusions déposées par les salariés devant la Cour, reproduite en annexe 2 page suivante.

(16) Premières synthèses de mars 2006 n° 11-1.

(17) Précédemment déjà "Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel", Dares, Premières synthèses, Dr. Ouv. 2003 p. 511.

Annexe 1 - Dépêche AFP

PARIS, 16 jan 2006 (AFP) – L'arrêt rendu jeudi par la Cour de cassation en matière de licenciements économiques ne modifie pas la jurisprudence de la Cour et n'entraîne pas une facilitation de cette procédure pour les entreprises, estime-t-on lundi à la haute juridiction.

Jeudi, la Chambre sociale de la Cour de cassation, présidée par Pierre Sargos, a rendu trois arrêts précisant la procédure de licenciement économique en cas de difficultés de l'entreprise.

Dans ces décisions, la haute juridiction estime que *"la réorganisation de l'entreprise constitue un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient"*.

Elle affirme également que *"la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir, liées à des évolutions*

technologiques et leurs conséquences sur l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement" répond au critère de sauvegarde de la compétitivité.

Certains observateurs ont vu dans ces décisions une ouverture permettant de faciliter les licenciements pour les entreprises mais à la Cour de cassation, on dément cette interprétation.

"Ce n'est en aucun cas un revirement de jurisprudence, et encore moins un blanc-seing pour les licenciements préventifs", a déclaré à l'AFP un haut magistrat de la Cour. Pour lui, ces arrêts prennent en compte l'importance de la gestion prévisionnelle des emplois, affichée comme l'un des objectifs de la loi de cohésion sociale, votée le 18 janvier 2005.

Annexe 2

Extraits des conclusions de M^e Kirkyacharian, Avocat au Barreau de Montpellier

Sur l'absence de tentative de reclassement de M. Marque par la société Pages jaunes :

De surcroît, la Cour constatera que M. Marque, au même titre que les autres salariés licenciés, n'a jamais bénéficié de la moindre tentative de reclassement à l'intérieur du groupe.

A cet égard, le Conseil pourra utilement se référer à la décision prise par M. l'inspecteur du travail laquelle indique :

« Considérant que les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises,

« Considérant que les offres de reclassement au sein du groupe proposées dans le plan de sauvegarde de l'emploi faisaient état de délais de réponse pour la plupart en février et mars 2002 (227 et 266 postes),

« Considérant les fiches des postes disponibles au sein du groupe France Télécom sont accessibles sur l'intranet du groupe ("Pianetemploi"),

« Considérant que les salariés en dispense d'activité n'ont plus eu accès à cet Intranet, leur outil informatique leur ayant été retiré,

« Notons que les nombreuses questions écrites de M. Marque, posées à Mme Mazuel, responsable de la cellule de reclassement interne à la DRH sont restées sans réponse.

(...)

« Considérant par conséquent que les efforts de reclassement au sein du groupe ne sont pas effectifs (...). »

Pièce n° 15, page 3 et 4

Au surplus, il n'est pas contestable :

– d'une part, que la mise en œuvre d'un plan social par l'employeur ne le dispense pas de son obligation de tenter de

rechercher le reclassement des salariés concernés par un éventuel licenciement (Cass. Soc., 17 janvier 2001, TPS avril 2001, page 12 n° 126).

– D'autre part, le périmètre du reclassement, depuis les arrêts de principe Vidéocolor et SA TWR REPA (Cass. Soc., 5 avril 1995 n° 93-42.690 et 93-43.866 ; article L. 321-1 dernier alinéa du Code du travail), est le GROUPE. Or, le Conseil de céans conviendra qu'il semble peu probable que le groupe France Télécom ne dispose pas en France ou à l'étranger de postes disponibles pour permettre le reclassement de M. Marque, sur des emplois de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure.

A ce titre, la Cour de cassation décide, par application de la jurisprudence constante de la Cour de cassation et de l'article L. 321-1 du Code du travail, qu'il appartient à l'employeur de prouver :

– qu'il a tenté de reclasser le ou les salariés concernés (Cass. Soc., 12 janvier 1994 n° 90-42.675) ;

– que ce reclassement était impossible en raison de l'absence de poste disponible au sein du groupe (Cass. Soc. 18 février 1998 n° 95-45.502).

A DEFAUT DE RESPECTER L'UNE OU L'AUTRE DE CES PRESCRIPTIONS, LE LICENCIEMENT DEVRA ÊTRE DECLARE SANS CAUSE RELLE ET SERIEUSE (Cass. Soc., 10 mai 1994 n° 92-45.268).

Ainsi, le licenciement de M. Marque est à nouveau entaché d'une irrégularité le rendant *ipso facto* dépourvu de cause réelle et sérieuse.