

A propos de l'arrêt *Vivéo* : faisons un rêve (1)

par *Michel HENRY*, Avocat au Barreau de Paris

La Cour de cassation a rendu sa décision dans l'affaire *Vivéo* (2). La clarté de la motivation fait apparaître comme une évidence une solution qui avait pourtant suscité un niveau de controverse rarement atteint :

« Mais attendu que l'employeur qui consulte le comité d'entreprise dans le cadre d'un projet de licenciement collectif économique est tenu de justifier, conformément à l'article L. 1233.31 du Code du travail, la ou les raisons économiques financières ou techniques des mesures envisagées, ce dont il résulte que, faute de satisfaire au moins en apparence à cette exigence, les représentants du personnel ne peuvent être en mesure de fournir un avis éclairé sur le projet.

Et attendu que si l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi permet au juge, par application de l'article L. 1235.10 du Code du travail de suspendre ou d'annuler la procédure de licenciement et, le cas échéant, les actes subséquents, il en est nécessairement de même lorsqu'en l'absence de motif économique, le Comité d'entreprise n'a pas lieu d'être consulté sur un plan de reclassement. » (3).

A l'occasion de sa décision, la Chambre sociale de la Cour de cassation a publié le communiqué suivant :

« Les conditions d'une consultation adéquate du comité d'entreprise saisi d'un plan de licenciement collectif économique ne peuvent être satisfaites si les informations portées à la connaissance des élus n'établissent pas, au moins en apparence, l'existence d'une cause économique.

De même, le PSE, dont l'absence ou l'insuffisance est sanctionnée par la nullité de la procédure et celle des actes subséquents, ne peut répondre aux exigences de prévention et de traitement des suppressions d'emploi si, en l'absence de cause économique, il n'a pas lieu d'être établi.

Le contrôle que le juge doit exercer sur la pertinence, l'utilité et la proportionnalité du PSE ne peuvent conduire qu'à l'annulation de la procédure de licenciement puisque ce plan ne peut, en l'absence de motif économique, répondre aux exigences de la loi. » (4).

(1) Que la Chambre sociale de la Cour de cassation et particulièrement son Conseiller Doyen, M. Pierre Bailly, veuillent bien pardonner au Droit Ouvrier d'avoir pris, le temps d'un article, ses rêves pour des réalités et de s'être livré à cette facétie en forme d'imposture ; l'intention est d'illustrer que des arguments, au moins aussi convaincants et structurés que ceux contraires, admis par la Chambre sociale de la Cour de cassation, auraient pu être retenus.

(2) Sur l'affaire *Vivéo* :

- Antoine Lyon-Caen « La nullité d'une procédure de licenciement collectif pour défaut de motif économique » Dr. Ouv. 2011, p. 537 ;
- Stéphane Beal « L'arrêt *Vivéo* ou la dernière étape d'une trilogie infernale » Semaine Juridique éd. Sociale 14.02.2012, n° 1065 ;
- Pascal Lokiec et Antoine Lyon-Caen « Contre la violation efficace du

droit » Semaine Sociale Lamy n° 1532, 2.04.2012 ;

- Françoise Favennec-Héry « L'arrêt *Vivéo* : fin d'une controverse ? »

Semaine Juridique 5.06.2012, n° 1241 ;

- Emmanuel Dockès « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt *Vivéo* » Dr. Soc. 2012, n° 6, p. 606 ;

- Gérard Couturier « Procédure de licenciement collectif et contestation du motif économique » Dr. Soc. n° 6, p. 600 ;

- Tatiana Sachs « Du bon usage de la fraude dans le droit du licenciement pour motif économique » Semaine Sociale Lamy 11.06.2012, n° 1542.

V. également la consultation sur cette affaire transmise par la CGT à la la Chambre sociale, publiée au Dr. Ouv. 2012, p. 278.

(3) Le véritable arrêt *Vivéo* figure en annexe, p. 635.

(4) Le véritable communiqué de la Cour est disp. sur son site.

A l'occasion de cette décision le Conseiller Doyen de la Cour de cassation a bien voulu accorder au Droit Ouvrier un entretien (5) :

Le Droit Ouvrier :

Votre arrêt va sans nul doute faire l'objet des mêmes critiques que celui rendu par la Cour d'appel de Paris de la part de certains milieux patronaux, de leurs conseils, mais aussi d'une partie de la doctrine. Je résume : immixtion intempestive du juge dans le pouvoir de gestion de l'employeur, atteinte à la liberté d'entreprendre, création *ex nihilo* d'une nullité sans texte et même, en méconnaissance des intentions du législateur, bouleversement de l'équilibre général du droit du licenciement économique... Que répondez-vous à ces critiques ?

Le Conseiller Doyen :

Avant de reprendre l'examen de ces critiques, je voudrais d'abord souligner qu'elles reposent toutes sur une même confusion : le juge a en l'espèce non pas annulé des licenciements économiques non causés mais une procédure de consultation du comité d'entreprise saisi d'un projet de suppression d'emploi accompagné d'un PSE.

Le contrôle du juge portait, à l'initiative et dans le cadre des prérogatives propres du comité d'entreprise, sur la validité du projet de suppression d'emploi, accompagné d'un PSE, c'est-à-dire sur la régularité d'un processus décisionnel et non pas sur le caractère réel et sérieux d'éventuels futurs licenciements.

Le Droit Ouvrier :

Reprenons donc ces critiques et d'abord celles relatives à la liberté d'entreprendre et à l'immixtion du juge dans le pouvoir de gestion de l'employeur.

Le Conseiller Doyen :

Cette question est au cœur du contrôle judiciaire en droit social. Elle se situe à un point d'équilibre entre les forces antagonistes que constituent deux principes constitutionnellement garantis, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, et par extension de le conserver, et la liberté d'entreprendre qui peut faire l'objet de limitations liées à cette exigence, à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Or, précisément, ces limitations existent.

Elles découlent du dispositif législatif qui définit, d'une part, le niveau de contrainte économique requis pour être admis à procéder à des suppressions d'emploi, d'autre part, des règles substantielles qui encadrent la consultation des élus sur le projet lui-même et sur le dispositif de prévention et de reclassement formalisé dans le plan de sauvegarde de l'emploi.

Certes, après avoir, dès le premier trimestre 1990, défini la nature et l'étendue du contrôle judiciaire sur la réalité et le sérieux du motif économique, la Chambre sociale, à partir de 1996, a aussi établi une distinction entre le contrôle du plan social et la vérification de la cause du licenciement en énonçant qu'« *il n'appartient pas au juge, dans le cadre du contrôle juridictionnel de la pertinence du plan social... d'apprécier les choix économiques qui ont conduit l'employeur à engager une procédure de licenciement collectif pour cause économique, ni de vérifier dans le cadre de cette action, les motifs économiques invoqués par l'employeur* » (6).

Il ne peut donc, selon cette jurisprudence, y avoir de contrôle en amont de la cause économique qui a présidé à l'engagement de la procédure consultative.

L'enjeu de l'affaire *Vivéo* était de savoir si cette position de la Cour de cassation devait être maintenue.

L'intérêt social, humain, de revenir sur la doctrine de la Chambre nous est apparu certain tout en situant la solution retenue dans une lecture cohérente des textes.

Rappelons que la France vient de franchir la barre des trois millions de chômeurs et que l'affaire dont nous étions saisis est emblématique des licenciements économiques actuels qui, pour nombre d'entre eux, sont consécutifs à des fermetures de sites en vue de la relocalisation des activités vers des lieux de plus grande attractivité sociale ou fiscale, là où de meilleurs profits peuvent être escomptés.

La santé florissante de bon nombre de ces entreprises leur permet d'offrir aux salariés concernés des incitations financières fortes en les associant à des formes de rupture aseptisées qui ne sont pas comptabilisées comme des licenciements économiques.

Les conséquences sociales désastreuses de ces ruptures sont ainsi largement masquées, la réalité ne réapparaissant que dans les chiffres globaux du chômage, en augmentation constante.

Qui pourrait par ailleurs nier qu'il vaut mieux prévenir qu'indemniser ou, selon la formule de l'un de mes éminents prédécesseurs : « *Il vaut mieux interrompre une procédure nulle avant que les licenciements soient prononcés* » (7).

Le Droit Ouvrier :

Revenons à ce grief fait par une partie de la doctrine selon lequel (8) si le juge interdit les licenciements, il s'immisce dans les choix de gestion de l'entreprise ou encore si le

(5) Le vrai entretien avec M. Pierre Bailly, Conseiller Doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation avec son rapport se trouve à la Semaine Sociale Lamy, n° 1537.

(6) Soc. 25 oct. 2006 n° 04-19845.

(7) Note Philippe Waquet, sous Soc. 16 avril 1996, *Sietam*, RJS 1996.

(8) Stéphane Beal « L'arrêt *Vivéo* ou la dernière étape d'une trilogie infernale » Sem. Jur. ed. Sociale 2012, n° 7, n° 1065.

juge dissuade l'employeur dès le stade de la procédure consultative, à travers le régime de la nullité, de rompre le contrat de travail des salariés, il contrôle nécessairement la décision de l'employeur et non pas seulement la régularité de la procédure (9).

Le Conseiller Doyen :

La Chambre sociale est accoutumée à voir ce grand tabou brandi dès que le juge doit se livrer à un contrôle sur le motif des licenciements économiques.

Dès que l'autorisation administrative de licenciement a été supprimée par les lois des 3 juillet et 30 décembre 1986, transférant au juge judiciaire le contrôle jusqu'alors exercé de manière fort déficiente par le juge administratif, les milieux patronaux ont donné de la voix, soutenant que la recherche du profit étant de l'essence même de l'activité d'entrepreneur et celui-ci étant seul juge des moyens à mettre en œuvre, le licenciement économique trouvait sa justification dans la seule allégation par l'employeur de son utilité.

Or, nous avons bien vu que, s'appuyant sur les termes de l'ancien article L. 321.1 CT issu de la loi du 2 août 1989, la Chambre sociale, à partir du premier trimestre 1990, a défini le contrôle des conditions exigées pour justifier d'une cause économique réelle et sérieuse, en particulier en distinguant la sauvegarde nécessaire de la compétitivité de la seule recherche de profits accrus.

Le contrôle du juge s'inscrit dans le cadre législatif existant.

La Cour d'appel de Paris avait d'ailleurs pris soin de préciser qu' « *en contrôlant la réalité du motif économique... il ne s'agit nullement... de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise et de porter atteinte à la liberté d'entreprendre* ».

En réalité nous voyons bien que l'enjeu, pour les détracteurs de la solution retenue par la Cour d'appel de Paris, était de desserrer l'étreinte que constitue la notion de « *sauvegarde* » nécessaire de la compétitivité qualifiée de « *facteur d'immobilisme économique* » (10) pour y substituer une notion plus souple qui serait celle de « *d'anticipation* » d'une perte de compétitivité lorsque les critères légaux ne sont pas réunis.

Il est ainsi fait grief à la Cour de cassation d'empêcher des réorganisations visant à rendre la gestion de l'entreprise plus rationnelle ou à améliorer l'organisation de l'entreprise et, comble de l'atteinte à la liberté d'entreprendre, le juge pourrait dorénavant rendre impossibles des licenciements « *tant que le motif n'est pas lié aux difficultés économiques*

au niveau du secteur d'activité du groupe ou à la nécessité de sauvegarder la compétitivité au niveau de ce même secteur » (11) !

Le voile est dès lors levé. Ce que veulent ces défenseurs de la liberté d'entreprendre, c'est, d'une part, ne pas être empêchés de procéder à des licenciements prétendument économiques pour des motifs autres que ceux énoncés par l'article L. 1233.3 CT, d'autre part, disposer de la faculté d'intégrer, comme une majoration du coût de l'opération de réorganisation, des dommages et intérêts qui seront, le cas échéant, accordés aux salariés abusivement licenciés.

La référence à la jurisprudence *SAT* n'est pas plus pertinente. Dans cette affaire, l'immixtion du juge aurait consisté à « *contrôler le choix effectué par l'employeur entre les différentes solutions possibles* » qui toutes trois répondaient à la définition du motif économique (12) ou, pour reprendre la formule décalquée par le Conseil constitutionnel, « *à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles* » (13).

Il n'y a rien de tel en l'espèce ; la Cour d'appel, s'appuyant sur les éléments d'analyse débattus par les parties et notamment ceux résultant de la note économique établie par la société Vivéo France elle-même ainsi que sur le rapport de l'expert mandaté par le comité d'entreprise, a retenu que l'entreprise affichait « *une très forte rentabilité* », une progression rapide de son chiffre d'affaire, et des indicateurs comptables qui attestaient d'une santé et de perspectives florissantes pour conclure au « *défaut de motif économique* ».

Cette appréciation était-elle erronée ? Nul ne le soutient vraiment.

Les termes du débat, d'ordre idéologique, portaient sur le principe du crime de lèse-majesté qu'aurait commis le juge.

La Cour de cassation devait dès lors constater que la Cour d'appel s'était bornée à contrôler la cause économique alléguée à travers le filtre de la définition légale.

Le Droit Ouvrier :

La critique paraissait plus incisive lorsqu'elle dénonçait l'instauration d'une nullité qu'aucun texte ne prévoit.

Le Conseiller Doyen :

J'écarterais d'emblée la référence à tous égards inappropriée à un prétendu adage, dérogatoire aux principes civilistes, selon lequel « *en droit du travail il n'y a pas de nullité sans texte* ».

(9) Romain Chiss « *Affaire Leader Price : premier acte de résistance à l'arrêt Vivéo* » Semaine Juridique Sociale 2012, n° 23, p. 1246.

(10) Stéphane Beal article précité citant deux arrêts inédits, notes 15 et 16.

(11) Stéphane Beal précité.

(12) Assemblée Plénière 8 décembre 2000, n° 97-44219, Dr. Ouv. 2001, p. 357, n. M. Henry et F. Saramito.

(13) Conseil Constitutionnel décision n° 2001-455 DC 12 janvier 2002 modernisation sociale.

Disons-le clairement : cet adage n'existe pas, même si le Conseil constitutionnel a pu, dans la décision *Modernisation sociale* du 12 janvier 2002, utiliser une formule proche selon laquelle en matière de licenciement « la nullité ne se présume point ».

Interpellé par François Gaudu sur la question des énoncés de droit dans les décisions du Conseil constitutionnel à propos de cette affirmation controversée, le Conseiller Olivier Dutheillet de la Motte a répondu : « *Je vais pouvoir vous faire une réponse qui vous donne totalement satisfaction et qui en plus est toute récente. Si vous lisez de près la décision hadopi 2... vous verrez qu'elle reprend une formule... exprimée... de manière pure, franche et limpide. Le Conseil constitutionnel y affirme, la formule est à l'origine du Doyen Vedel, qu'il n'a compétence pour interpréter les lois qui lui sont déferées que pour autant que cette interprétation est nécessaire à l'appréciation de leur constitutionnalité. Je crois que c'est la réponse à la question que vous posez... que c'est un principe très sain qui est de nature à éviter... les inconvénients de la doctrine du droit vivant. Autrement dit chaque Cour doit respecter le champ d'interprétation de l'autre.* » (14).

De fait, si vous vous reportez à la jurisprudence de la Chambre sociale, vous constaterez que notre doctrine, sans doute encore un peu timorée, a évolué.

Dans l'affaire *Clavaud*, nous avons trouvé une voie détournée pour confirmer la nullité du licenciement de ce salarié congédié pour avoir fait le récit de ses conditions de travail dans le journal *L'Humanité* (l'article s'intitulait « *Vol de nuit* ») alors même que l'Avocat général nous avait exhortés à consacrer un principe de nullité du licenciement en cas de violation d'une liberté fondamentale, en l'espèce la liberté d'expression.

Depuis la loi du 4 août 1982 qui a édicté un principe de nullité en cas de discrimination, nous avons étendu au-delà des textes la sanction de la nullité de licenciement et du droit à la réintégration à des hypothèses où, précisément, le salarié a été congédié pour un motif qui caractérise la « violation d'une liberté fondamentale » (15).

Dans le domaine du licenciement économique, je rappelle que l'argument « *pas de nullité sans texte* » avait été invoqué dans l'affaire *Samaritaine* et pouvait même prendre appui sur un argument de texte puisque l'ancien article L. 321.4.1 CT (16) issu de la loi du 27 janvier 1993 disposait « *la procédure de licenciement est nulle tant que...* », ce qui autorisait à soutenir que seule la procédure encourrait la nullité.

Pour donner à la sanction envisagée par le législateur toute sa cohérence, nous n'avons pourtant pas hésité, dans la logique du texte, à étendre la nullité de la procédure à celle des actes « *subséquents* », c'est-à-dire aux licenciements eux-mêmes, solution déjà décrite, mais validée par le législateur à l'occasion de la loi du 17 janvier 2002.

L'arrêt *Samaritaine* (17) n'a pas entraîné, comme l'annonçait imprudemment le chroniqueur du journal *Le Monde* le lendemain de la décision, des dizaines de milliers d'actions en annulation, mais elle a eu pour effet d'élever significativement, sous le contrôle des juges, le niveau d'efficacité des plans de reclassement et nul, je crois, ne s'en plaint.

De même, l'arrêt *Vivéo* ne risque pas de paralyser l'action des chefs d'entreprise et encore moins l'économie française. On peut seulement espérer qu'il écartera dorénavant du champ des procédures collectives de licenciement des plans de suppression d'emplois qui n'ont pas de cause économique et qu'ainsi, il soit amené à jouer un rôle, certes modeste mais réel, dans la prévention de ruptures injustifiées.

Cela étant, je me suis laissé entraîner à répondre à ceux qui brandissent le spectre de la nullité appliquée aux licenciements économiques comme s'il s'agissait d'une hérésie juridique et d'un fléau économique, car en réalité la question dont le juge était saisi dans l'affaire *Vivéo* ne portait pas sur la validité de licenciements individuels qui n'étaient qu'au stade de projet collectif.

L'affaire portait sur la validité d'un processus décisionnel qui avait pour interlocuteur le comité d'entreprise.

Le Droit Ouvrier :

Il semble que nous touchions là le cœur de la question. Par delà l'accusation d'avoir créé *ex-nihilo* un nouveau cas de nullité des licenciements, il a été fait le reproche à la Cour d'appel d'avoir opéré, en amont de la procédure consultative des IRP, un contrôle du motif économique et ainsi d'avoir créé une sanction que le juge du contrat de travail n'avait pas lui-même le pouvoir de prononcer dans le cadre des dispositions des articles L. 1235.3 CT et L. 1235.5 CT qui, à défaut de réintégration acceptée, ne permettent qu'une réparation indemnitaire.

Vous auriez, en méconnaissance des intentions du législateur, ouvert en grand une porte « *à l'interdiction de tout licenciement en France* », comme l'a écrit un groupement d'avocats d'entreprises ou, comme le dit

(14) Compte rendu du colloque, *Le Conseil d'Etat et le droit social*, ed. Montchrestien Collection Grands Colloques 2011 p. 81 et 82 ; add. François Gaudu « Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte », Dr. soc. 2010, p. 151.

(15) Soc. 13 mars 2001, *France Télécom*, n° 99-45. Bull. Civ. V n° 87, Dr. Ouv. 2001, p. 300 n. Marie-France Bied-Charreton ; Soc. 22 février 2006, n° 03-46027.

(16) Aujourd'hui L. 1235.10 et L. 1233.61 CT.

(17) Soc 13 février 1997, Bull. n° 63 et 64, Dr. Ouv. 1997, p. 94, n. Pascal Moussy.

plus sérieusement le Professeur Gérard Couturier, porté atteinte à l'ordonnement du droit du licenciement.

Le Conseiller Doyen :

Ecartons d'emblée l'argumentation largement outrancière de ce groupement d'avocats dont le nom m'échappe (18).

Car que doivent penser tous ces chefs d'entreprise qui prennent leurs décisions dans le respect des exigences sociales et se soumettent à leurs contraintes ?

Quelle image en donnent ceux qui prétendent au droit de contourner impunément la loi ?

Il n'y a pas de pouvoir sans contrôle et plus l'exercice de celui-ci est proche de la décision, plus il répond à son objet, *a fortiori* lorsque la règle contrôlée a pour finalité la prévention des licenciements économiques.

L'objection du Professeur Couturier est autrement plus acérée.

Il nous est cependant apparu qu'elle reposait sur une confusion entre, d'un côté, le contrôle prud'homal de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement économique contesté et, de l'autre, le contrôle du respect des prérogatives du comité d'entreprise à l'occasion d'un processus décisionnel qui requiert sa consultation utile.

La saisine du comité d'entreprise au titre d'un projet de licenciement collectif au sens de l'article L. 2323.15 CT implique l'existence d'un motif économique de nature à justifier les suppressions d'emplois envisagées que le PSE aura pour objet d'« éviter... ou en limiter le nombre » (L. 1233.61). Le CE est destinataire, sous le contrôle du juge, des éléments propres à justifier « *la ou les raisons économiques, financières ou techniques* » du projet. Si, notamment assisté de son expert-comptable, le CE constate que les éléments qui lui sont fournis n'établissent pas l'existence d'une cause économique par ailleurs alléguée, il peut agir dans le cadre de l'article L. 1235.7 CT pour contester la régularité du processus consultatif et obtenir la suspension de la procédure tant que les informations sollicitées ne lui auront pas été fournies ou encore dans l'attente de la décision au fond sur une demande d'annulation de la procédure (dans l'hypothèse, par exemple, où la saisine du CE n'a pas été accompagnée des éléments d'information permettant d'engager la consultation).

En interdisant la poursuite de la consultation, le juge suspend la procédure de licenciement.

Si l'information fournie aux élus du personnel démontre que la cause de l'opération telle qu'elle est présentée par l'employeur se situe manifestement hors

du cadre légal définissant la cause économique, il paraît légitime de considérer que la procédure de consultation est viciée *ab initio*. Si l'insuffisance de l'information peut justifier la suspension de la procédure, on aurait du mal à comprendre que l'absence de toute justification économique ne puisse pas entraîner les mêmes effets.

Sans doute le juge ne peut-il contrôler en amont la cause économique réelle et sérieuse avant même qu'elle ne s'incarne dans des licenciements réels. Cependant, il ne s'agit ni du même juge, ni du même contrôle. Dans un cas le juge de droit commun doit constater que le rôle du comité d'entreprise est instrumentalisé pour donner un habillage économique à une procédure consultative dévoyée, dans l'autre cas, le juge prud'homal, avec ses critères propres et en intégrant l'examen du respect de l'obligation de reclassement, apprécie la cause réelle et sérieuse de la rupture dans le cadre d'un examen individuel et applique les sanctions indemnitaires de la loi.

L'appréciation du motif économique de la procédure collective par le juge de droit commun ne peut naturellement pas le conduire à vérifier de manière approfondie le sérieux de la cause économique invoquée, mais il pourra au moins s'assurer du caractère suffisant de l'allégation de l'employeur.

Disons que le contrôle du juge doit s'exercer sur l'existence d'un motif constituant, au moins en apparence, une cause économique au sens de la loi.

Le juge peut sans doute aussi tenir en échec une procédure fondée sur des motifs économiques manifestement faux.

Certains ont fait valoir que la cause qualificative du licenciement économique qui détermine l'engagement de la procédure consultative des IRP est indépendante de la cause justificative, de telle sorte qu'un licenciement économique jugé sans cause réelle et sérieuse ne perd pas sa qualification, le salarié conservant par ailleurs le bénéfice des mesures du PSE.

Doit-on pour autant en déduire que le juge serait impuissant à censurer une procédure consultative fondée sur une cause inexistante ou manifestement fautive ?

L'annulation de la procédure décidée dans l'affaire *Vivéo* répond à cette objection, dans la mesure où l'employeur est précisément empêché de poursuivre la procédure de licenciement économique et, s'il passait outre à cette interdiction, les licenciements prononcés ne seraient pas des licenciements économiques sans cause réelle et sérieuse, mais des licenciements nuls passibles à ce titre d'une réintégration, comme tout licenciement prononcé en violation d'une interdiction judiciaire (19).

(18) Avosial « Lettre ouverte à Mesdames et Messieurs les candidats à l'élection présidentielle » 16.02.2012.

(19) Soc. 14 janvier 2003, n° 01-10.239, Bull. n° 5, Dr. Ouv. 2003, p. 152, n. Maurice Cohen ; Soc. 7 avril 2004, Bull. n° 108.

L'interdiction de poursuivre un processus consultatif vicié, aura pour effet non pas d'annuler des licenciements qui n'existent qu'à l'état virtuel, mais de censurer un détournement de procédure.

La sanction n'est pas différente de celle que prononce le juge dans tous les cas où il constate une irrégularité procédurale, étant entendu qu'ici l'irrégularité présente un caractère particulièrement substantiel.

Sans doute les salariés susceptibles d'être concernés à ce moment de la procédure bénéficient-ils de la censure du juge, mais ce n'est pas au titre d'une action ou d'un effet de substitution.

Le CE n'exerce pas son action au nom des salariés (20), même s'il a en charge « *la prise en compte permanente des intérêts des salariés dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise* » (L. 2323.1, al.1).

C'est pour donner son sens aux prérogatives du comité d'entreprise que le juge interdit à l'employeur de prononcer des licenciements dès lors que « *l'irrégularité a été soulevée avant le terme de la procédure à un moment où elle pouvait encore être suspendue ou reprise* » et ce même si, au jour où le juge statue, l'employeur « *a néanmoins notifié les licenciements* » (21).

En faisant droit à l'action du comité d'entreprise, le juge tient par ailleurs en échec des mesures de réorganisation, mais ce pouvoir est consacré par notre jurisprudence depuis longtemps.

Le conflit de logique auquel le juge est confronté entre le pouvoir du détenteur du capital et le respect des prérogatives du comité d'entreprise est parfaitement illustré par un moyen du pourvoi en cassation de la Société Sietam Industrie :

« *La cession régulière entre particuliers d'actions d'une société constitue une opération patrimoniale d'ordre privé qui ne saurait être suspendue ou différée par l'application des règles du Code du travail intéressant les seuls rapports du chef d'entreprise et des salariés* ».

La Cour de cassation, pour écarter à cet argument, a relevé que l'absence de consultation préalable constitue un trouble manifestement illicite et que le juge des référés était fondé à ordonner la mesure de remise en état qui s'imposait pour faire cesser ce trouble. (22)

Le juge des référés de Lyon, dans une autre affaire, avait fait litière du même argument patronal en des termes pédagogiques qui réduisent le débat à une remise en ordre

chronologique des prérogatives respectives : « *une telle mesure n'est pas, comme le soutient CCMC, de nature à mettre en échec le pouvoir de décision de l'employeur, mais a pour seul effet de permettre aux institutions représentatives d'exercer leurs propres prérogatives avant que l'employeur n'exerce les siennes* ». (23)

Le Droit Ouvrier :

Cette approche n'est-elle pas en contradiction, sinon avec la lettre, du moins avec l'esprit des articles L 1235.10 CT et L 1235.11 CT qui réservent la nullité des licenciements économiques aux seuls cas d'absence ou d'insuffisance du plan de reclassement ?

Le Conseiller Doyen :

L'amendement de 1993, surgi en cours de débats parlementaires, était apparu aux yeux de certains comme une incongruité qui portait atteinte à l'équilibre du droit du licenciement, en particulier si l'on voulait en déduire, comme la Cour de cassation l'a fait, la nullité des actes « *subséquents* ».

La force propre de ce terme, familier aux juristes, avait imposé sa logique mais il a été suffisamment soutenu que nous avions été au-delà des intentions du législateur.

Il faut être prudent lorsqu'il s'agit de prétendre interpréter les intentions du législateur, surtout lorsqu'elles ne ressortent aucunement des débats parlementaires.

Le juge doit s'efforcer de fournir aux textes un sens cohérent et un effet utile.

Ici, sans forcer le sens du texte, on peut considérer qu'un plan de sauvegarde de l'emploi ne peut être jugé pertinent s'il est bâti sur l'hypothèse de suppressions d'emploi qui en réalité n'ont, en l'absence de cause économique, pas lieu d'être.

Et puisque l'on parle de cohérence, aurait-il été logique de prévoir l'annulation de la procédure de licenciement en cas d'insuffisance du PSE et de l'exclure lorsqu'il n'y a pas lieu d'établir un PSE en l'absence de motif économique au moins apparent ?

Il manque un antonyme au terme « *subséquent* » qui désignerait dans la suite causale le fait générateur, ici la cause économique, qui doit préexister et donner une raison d'être au plan de reclassement mais ne suffit-il pas de dire qu'un plan de sauvegarde de l'emploi ne peut, par essence, être suffisant s'il est sans objet ?

En conclusion je dirais que nous avons certes eu conscience de la nécessité d'une intervention législative pour redonner au droit du licenciement économique une

(20) Soc. 18 mars 1997, Dr. Soc. 1997.544, obs. Gérard Couturier.

(21) Soc. 14 janvier 2003, préc. ; Soc. 7 avr. 2004, préc.

(22) Soc. 16 avril 1996, *Sietam Industrie*, Dr. Soc. 1996, p. 490, n. Antoine Lyon-Caen.

(23) TGI Lyon, Ord. Référé, 8 octobre 1990, *CCE SA CCMC c/ CCMC*, non publiée

cohérence perdue ou qu'il n'a sans doute jamais eue.

Il faudrait pour cela abandonner la distinction artificielle entre règles procédurales et droit substantiel, la validité des décisions de l'employeur étant tributaire de la validité des processus décisionnels dont elles sont issues.

Il faudrait renforcer le rôle des IRP, notamment en cas de désaccord sur la nécessité de procéder à des suppressions d'emplois qui peuvent être de pure convenance, et en particulier quand sont en cause la fermeture de sites industriels.

Il faudrait aussi sans doute renforcer l'efficacité des

sanctions en cas de licenciement injustifié, et je rappelais à ce propos que d'autres législations, comme la législation allemande ou italienne, prévoient la sanction de la nullité.

Fallait-il attendre cette intervention législative pour parvenir à la solution retenue ?

La situation de l'emploi en France n'y incitait pas et, comme en 1997 avec la décision *Samaritaine*, nous sommes convaincus que, loin d'être finalement jugée téméraire, l'orientation retenue s'imposera par son bon sens.

Michel Henry

Annexe

LICENCIEMENT POUR MOTIF ECONOMIQUE Plan de sauvegarde de l'emploi – Nullité – Cause – Motif économique – Appréciation – Office du juge – Limites.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 3 mai 2012

Vivéo contre Comité d'entreprise de la société Vivéo (pourvoi n° 11-20.741)

Vu l'article L. 1235-10 du Code du travail ;

Attendu qu'en vertu de ce texte seule l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi soumis aux représentants du personnel entraîne la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'après son intégration dans le groupe Temenos, la société Vivéo France a soumis à son comité d'entreprise, en février 2010, un projet de restructuration impliquant la suppression de 64 emplois, ainsi qu'un plan de sauvegarde de l'emploi établi à cet effet ; qu'après avoir pris connaissance du rapport de l'expert qu'il avait désigné, le comité d'entreprise a engagé une procédure de référé tendant à l'annulation de la procédure de licenciement, dont il a été débouté, puis a saisi à jour fixe le tribunal de grande instance, pour qu'il soit jugé qu'aucune cause économique ne justifiait l'engagement d'une procédure de licenciement et pour obtenir l'annulation de celle-ci ;

Attendu que pour déclarer nulle la procédure de licenciement et tous ses effets subséquents, la cour d'appel a retenu qu'en prévoyant expressément que l'absence de présentation d'un plan de reclassement, intégré au plan de sauvegarde de l'emploi, est sanctionnée par la nullité de la procédure, le législateur a édicté une sanction qui n'apparaissait pas aller de plein droit car - sans cette précision - l'inobservation de cette obligation eut pu paraître insuffisante pour vider, d'emblée, la procédure de son objet et rendre, par là même, sans intérêt la consultation du comité d'entreprise ; que tel ne peut être le cas, en revanche, d'une procédure engagée par l'employeur en l'absence de motif économique véritable, une telle carence vidant de sa substance cette consultation et privant de fondement légal le projet économique du chef d'entreprise ; que conclure le contraire reviendrait à ôter à l'intervention des représentants du personnel le sens et la portée des prérogatives que le législateur a entendu leur confier ; qu'une consultation sur un projet présentant comme existant un motif économique en réalité défaillant, ne peut caractériser une consultation conforme au vœu du législateur, lequel aurait manqué à la logique la plus élémentaire s'il avait entendu prévoir la nullité de la procédure de licenciement, en cas d'absence de plan de reclassement, sans avoir voulu la même nullité lorsque c'est le fondement même de ce plan et l'élément déclenchant de toute la procédure qui

est défaillant ; que la lecture de l'article L. 1235-10 du Code du travail ne peut donc se faire qu'à la lumière, à la fois, des règles de droit commun, selon lesquelles pour qu'un acte soit valable il doit respecter les prescriptions légales, et des dispositions particulières régissant, dans le Code du travail, les relations du chef d'entreprise et des institutions représentatives du personnel ; que le tribunal de grande instance remplit son office en veillant au respect de la loyauté qui doit inspirer ces relations et, au premier chef, le projet de licenciement soumis par le chef d'entreprise au comité d'entreprise ; qu'en contrôlant la réalité du motif économique, invoqué dans ce projet, il ne s'agit nullement pour lui de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise et de porter atteinte à la liberté d'entreprendre, mais seulement de contrôler la légalité de la procédure suivie ; qu'en l'espèce, il résulte du rapprochement de l'analyse des éléments comptables des sociétés du groupe Temenos et des perspectives de l'avenir commercial des activités de celui-ci que l'activité de ce groupe ne présente aucune fragilité actuelle ou inéluctable dans un proche avenir ; qu'il n'est pas établi que la compétitivité du groupe Vivéo France soit actuellement en cause et que, partant, la procédure de licenciement réponde à une nécessité d'assurer la sauvegarde de cette compétitivité ; que le défaut de motif économique rendant sans objet la consultation du comité d'entreprise et l'ensemble de la procédure subséquente s'avérant par là même dépourvue d'effet, c'est à bon droit que le comité d'entreprise de la société Vivéo France sollicite l'annulation de la procédure et de tous ses effets subséquents ;

Qu'en statuant ainsi alors que la procédure de licenciement ne peut être annulée en considération de la cause économique de licenciement, la validité du plan étant indépendante de la cause du licenciement, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 mai 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

(M. Lacabarats, prés. – M. Bailly, rapp. – M. Foerst, av. gén. – SCP Didier et Pinet, SCP Gatineau et Fattaccini, av.)