

## NEGOCIATION COLLECTIVE ET CONTRAT DE TRAVAIL : UN POUR TOUS, TOUT POUR UN ?

### II. Impacts des accords collectifs sur la rupture du contrat de travail

## Négociation collective et PSE : les tontons flingueurs ?\*

par Judith KRIVINE, Avocate au Barreau de Paris

#### PLAN

#### I. Une négociation encadrée de A à Z pour limiter les possibilités de recours

A. Les sujets de négociation

B. La validité de l'accord signé

#### II. Les conséquences pour les salariés licenciés

A. La contestation du licenciement

B. Les conséquences d'une absence ou d'une annulation de la validation de l'accord

Nous en arrivons à la dernière partie du colloque, la conséquence extrême des effets possibles de la négociation collective sur le contrat de travail, puisqu'elle intervient pour organiser la procédure de licenciements et accompagner les ruptures.

**Pourquoi Les tontons flingueurs ?** D'abord et surtout parce qu'il fallait un titre en lien avec le reste du colloque. Ensuite, peut-être, en y réfléchissant, parce qu'on imagine des gars autour d'une table, en train de fumer et discuter pour décider qui ils vont flinguer... ou alors sans fumer, en train de négocier pour décider qui va être licencié...

D'où l'un des aspects du sujet : les OS *doivent-elles* négocier ? Peuvent-elles négocier sans cautionner la décision de licencier ? Doivent-elles négocier sur tout : la procédure d'information et consultation du CE ou seulement les mesures d'accompagnement ou aussi, par exemple, les critères d'ordre et les catégories professionnelles impactées ?

Parce que, parfois, pendant les négociations, on rencontre un certain cynisme, une certaine déloyauté, au point que certains en viennent à reprendre l'une des phrases cultes du film : « *les cons, ça ose tout, c'est même à ça qu'on les reconnaît* »... D'où un autre aspect du sujet : qui contrôle la *loyauté* dans les négociations et comment ? Puis, qui contrôle la *loyauté* dans l'*application* de l'accord signé le cas échéant ?

Parce qu'une fois décidé, le « flingage » est quasi inéluctable, les désignés ont peu de chance de s'en tirer... D'où un autre aspect encore du sujet : de quels outils les salariés disposent-ils pour se défendre, *échapper* au licenciement ou obtenir une *réparation* sérieuse.

Ces questions ne sont pas vraiment nouvelles, car la négociation collective en matière de PSE n'est pas née avec la LSE. Elle existait avant : les « accords de méthode » ont été institués, à titre expérimental, par la loi de modernisation sociale 2002-73 du 17 janvier 2002 (1), puis pérennisés par la loi de cohésion sociale 2005-32 du 18 janvier 2005 (2). L'ancien article L. 1233-22 disposait : « *L'accord prévu à l'article L. 1233-21 fixe les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise : 1° Est réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise ; 2° 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. L'accord peut organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe. Il peut déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi prévu à l'article L. 1233-61 fait l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci* ». Et l'article suivant précisait les limites aux dérogations possibles.

\*Les références cinématographiques des intitulés initiaux et échanges du colloque ont été conservées.

(1) C. Baumgarten « Accords de méthode : un marché de dupes », Dr. Ouv. 2003.358.

(2) E. Gayat « Accords de méthode », Dr. Ouv. 2005 p.349.

Mais la LSE a consacré, renforcé et encadré la négociation :

– les sujets de négociation sont précisément énumérés : « *L'accord collectif mentionné à l'article L.1233-24-1 porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L.1233-61 à L. 1233-63. Il peut également porter sur : 1° Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise ; 2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L.1233-5 ; 3° Le calendrier des licenciements ; 4° Le nombre de suppressions d'emploi et les catégories professionnelles concernées ; 5° Les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévues aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1* ». (art. L. 1233-24-2)

– les dérogations interdites le sont toujours :

Article L.1233-24-3 (identique, mais suppression de la mention relative à « *l'obligation d'effort de formation, d'adaptation et de reclassement* ») ;

Article L.1233-23 : « *L'accord prévu à l'article L.1233-21 ne peut déroger : 1° Aux règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise (...); 2° À la communication aux représentants du personnel des renseignements (...); 3° Aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, (...)* ».

– Les conditions de validité sont renforcées par une majorité spécifique (la même que pour les accords de maintien de l'emploi (art. L. 1233-24-1))

– L'accord est soumis à une validation par la Direccte (art. L. 1233-57-2) ;

– La procédure est également précisée et encadrée à défaut d'accord ; dans ce cas, le PSE est établi par l'employeur sous la forme d'un document unilatéral (art. L. 1233-24-4) ; ce document unilatéral doit être homologué par la Direccte (art. L. 1233-57-3).

Il en résulte que le contentieux n'est plus du tout le même. On attaque, en effet, la décision adminis-

trative et non plus la décision de l'employeur, donc le tribunal compétent est le Tribunal administratif. Nos adversaires sont désormais les employeurs et le ministère du Travail...

Comme l'a rappelé Jean-Philippe Mazaud, les juridictions administratives appliquent un principe d'économie de moyen et, souvent, de nombreux arguments ne sont, de ce fait, pas tranchés (ce qui est parfois un peu frustrant, mais peut aussi éviter des décisions qui pourraient se révéler gênantes pour d'autres dossiers...).

L'intérêt de négocier un accord, pour l'employeur, est très fort :

- obtenir des dérogations ;
- être soumis à un contrôle très restreint de la Direccte par rapport à l'homologation d'un document unilatéral ;
- limiter au maximum les recours pour les salariés.

L'intérêt de négocier un accord, pour les organisations syndicales, est moins évident :

- obtenir, certes, des aménagements du projet ou des mesures d'accompagnement plus conséquentes, puisque l'employeur a vraiment intérêt à négocier ;
- mais limiter le contrôle de la Direccte, donc les possibilités d'action devant le Tribunal administratif, voire les possibilités d'action des salariés ensuite aux prud'hommes.

La question qui se pose, notamment au regard de l'introduction faite par Sophie Nadal, est : en matière de PSE, la négociation collective a-t-elle réellement une fonction améliorative des droits des salariés ?

J'essaierai de démontrer ici que la loi de sécurisation de l'emploi est surtout une loi de sécurisation des procédures, donc des employeurs, en matière de négociation collective des PSE (2 bis), puisque, d'une part, les négociations sont très encadrées et les recours sur les accords négociés très limités (I.) et, d'autre part, les recours des salariés licenciés sont eux aussi très limités (II.).

## I. Une négociation encadrée de A à Z pour limiter les possibilités de recours

### A. Les sujets de négociation

#### 1. La négociation peut porter sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise (délais, moyens), mais ne peut conduire ni à la cogestion, ni, à l'inverse, à priver les élus de leurs droits

Même si l'on cite souvent le modèle allemand, la France ne veut pas de la cogestion, au nom d'une certaine conception de la liberté d'entreprendre

(principe général du droit issu du décret d'Allarde – 2 et 17 mars 1791). En matière de licenciement économique, la traduction est la suivante : même si le licenciement est injustifié, le juge ne peut pas s'immiscer dans la décision de l'employeur en amont, le Conseil de prud'hommes peut seulement ensuite constater l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement et condamner l'employeur à réparer le préjudice subi par le salarié.

(2 bis) NDLR. On se reportera utilement p.259 aux documents et débats sur le rôle de l'Administration du travail.

L'arrêt *Viveo* (3) est consacré par la loi de sécurisation de l'emploi et par les instructions ministérielles (notamment instruction DGEFP n° 2013-10 du 26 juin 2013 relative aux orientations pour l'exercice des nouvelles responsabilités des Direccte/Dieccte dans les procédures de licenciement économique collectif : « *Si vous n'avez pas à examiner le bien-fondé du motif économique, qui demeure soumis au contrôle du Conseil de prud'hommes postérieurement aux licenciements, la portée du contrôle sera différente selon la voie choisie...* »).

Néanmoins, les représentants du personnel gardent et doivent garder le droit à une information pertinente sur les raisons économiques du projet de réorganisation et de licenciements.

Ainsi, la Cour administrative d'appel de Versailles a jugé, le 16 septembre 2014, dans une affaire *Heinz*, que, « *s'il n'appartient pas à l'administration, dans le cadre de son contrôle, de se prononcer sur la pertinence du périmètre retenu par l'employeur pour justifier de ses difficultés économiques et sur l'existence et le bien-fondé du motif économique invoqué par lui, il lui revient, en revanche, de s'assurer que la procédure d'information et consultation du comité d'entreprise a été régulière et que le comité a notamment pu se prononcer, en toute connaissance de cause, sur le motif économique invoqué par l'employeur* » (3 bis).

Les représentants du personnel gardent également le droit d'être valablement informés sur le sort des salariés qui ne seront pas licenciés (ceux dont le contrat de travail se poursuit au-delà du PSE).

*A priori*, les juridictions judiciaires ont tendance à s'estimer incompétentes pour statuer sur l'obligation de prévention en matière de sécurité, santé et conditions de travail en cas de PSE (4). Nous pensons néanmoins toujours possible une action autonome du CHSCT devant le TGI en invoquant non pas des difficultés d'information et consultation sur le projet de licenciements économiques, mais l'obligation de prévention sur le projet de réorganisation à strictement parler.

En tout état de cause, dans une affaire *Asterion* (5), la Cour administrative de Versailles a considéré que le document fourni par l'employeur au CHSCT « *ne détaillait aucunement les conséquences sociales du projet de réorganisation, et, en particulier, l'organisation du travail à venir et n'identifiait aucun des risques psychosociaux liés au changement* » et en a déduit « *qu'alors*

*même que le CHSCT a donné un avis négatif sur le projet, il ressort des pièces du dossier que ce comité ne disposait pas, à la date de sa dernière réunion du 18 décembre 2013, des éléments lui permettant de donner un avis utile ; que, par suite, c'est à tort que l'administration a, par décision du 13 janvier 2014, considéré que ce CHSCT avait été régulièrement informé et consulté et, d'une part, validé l'accord partiel et, d'autre part, homologué le document unilatéral adressés par la société Astérior le 24 décembre 2013* ».

## 2. La négociation peut porter sur les critères d'ordre, les catégories professionnelles et les mesures du PSE

La négociation peut porter sur les critères d'ordre et catégories professionnelles. Pour l'instant, il existe une différence entre accord et document unilatéral dans ce cas : confirmant la jurisprudence constante, et très récemment réaffirmée encore, de la Cour de cassation sur des affaires antérieures à l'application de la LSE, la Cour administrative d'appel de Versailles a jugé, dans un arrêt du 22 octobre 2014, que : « *considérant que le document unilatéral, qui a été homologué par la décision du 3 mars 2014 de la Direccte d'Île-de-France, prévoit de procéder, pour l'application des critères de l'ordre de licenciement, au niveau de chaque agence appartenant à la société Mory-Ducros sur le territoire national ; que, toutefois, la définition d'un tel périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise n'est envisageable que dans le cadre d'un accord collectif, les dispositions précitées des articles L.1233-24-2 et L.1233-24-4 du Code du travail, dans leur rédaction issue de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, éclairées par les travaux préparatoires, n'ayant pas entendu remettre en cause un tel principe ; (...)* » (6).

À noter que le projet de loi *Macron* prévoit de remédier à cette jurisprudence jugée insuffisamment protectrice des employeurs..., au cas où le Conseil d'État ne suivrait pas la position du ministère, qui a décidé d'exercer un pourvoi contre cette décision de la Cour administrative d'appel de Versailles, avec un article ainsi rédigé : « *Pour les entreprises soumises à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements peut être fixé par l'accord collectif mentionné à l'article L.1233-24-1 du Code du travail ou par le document unilatéral mentionné à l'article L.1233-24-4 à un niveau inférieur à celui de*

(3) Cass. Soc. 3 mai 2012, n°11-20.741, Dr. Ouv. 2012 p. 629 n. M. Henry.

(3 bis) Cf. Contrôle de la décision d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi – Claire Rollet-Perraud – AJDA 2014. 2126 ; Dr. Ouv., janvier 2014 et nos obs.

(4) Ordonnance du TGI de Nanterre du 10 septembre 2014.

(5) CAA Versailles, 22 octobre 2014, Dr. Ouv. 2015 p. 202 et nos obs.

(6) Cass. Soc. 15 mai 2013, n° 11-27.458 (n° 877 FS-PB), *Sté Sony France c/ C.*, Dr. Ouv. 2015 p. 169 n. M.-F. Bied-Charreton.

*l'entreprise*. » Un tel texte paraît contraire à la volonté affichée par le Gouvernement de favoriser le dialogue social (à quoi bon négocier si, en l'absence d'accord, l'employeur peut décider seul ?) et peu respectueux du principe de séparation des pouvoirs (le Conseil d'État étant saisi du dossier *Mory-Ducros*) ; le message du Gouvernement semble le suivant : si les organisations syndicales ne suivent pas la position de l'employeur, l'employeur décide seul ; si les juges ne suivent pas l'interprétation de la loi voulue par les employeurs et le ministère du Travail, le Gouvernement (de surcroît via le ministère de l'Économie...) modifie la loi !

À ma connaissance, les juges administratifs n'ont pas encore rendu de décision portant expressément sur les catégories professionnelles.

La négociation peut également porter sur les mesures d'accompagnement et la différence entre validation et homologation est, sur ce point, très importante, puisqu'en cas d'accord :

- le CE n'est pas consulté sur les mesures (L. 1233-30, alinéa 4 : « *Les éléments mentionnés au 2° du présent I qui font l'objet de l'accord mentionné à l'article L.1233-24-1 ne sont pas soumis à la consultation du comité d'entreprise prévue au présent article.* ») ;
- le contrôle de la Direccte est restreint (en particulier, elle ne contrôle pas la proportionnalité des mesures au moyen du groupe, alors qu'en cas de document unilatéral, elle exerce bien un contrôle (7)).

Là encore, le projet de loi *Macron* vise à limiter tant le contrôle de la Direccte que les contraintes pour les employeurs, même en cas de document unilatéral, au moins pour les entreprises en difficulté, puisqu'un article prévoit : « *En cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas, qui envisage des licenciements économiques, met en œuvre un plan de licenciement dans les conditions prévues aux articles L.1233-24-1 à L.1233-24-4. Toutefois, par dérogation au 1° de l'article L.1233-57-3, l'autorité administrative homologue le plan de sauvegarde de l'emploi après s'être assurée du respect par celui-ci des articles L.1233-61 à L.1233-63 au regard des moyens dont dispose l'entreprise.* » Ces dispositions créent une grande inégalité entre salariés appartenant à des entreprises placées en procédure collective et entreprises *in bonis*. Elles risquent aussi d'inciter les entreprises appartenant à des groupes (internationaux ou non) à « organiser » leur cessation de paiement

(paiement de loyers ou de dividendes importants à la société-mère située à l'étranger, prix de transferts intragroupe trop élevés empêchant l'entreprise française de faire des bénéficiaires, quel que soit son chiffre d'affaires etc.), afin de bénéficier de ces mesures réduisant très fortement leurs obligations en matière de licenciement économique.

## B. La validité de l'accord signé

### 1. La Direccte peut être saisie de demandes d'injonction même si, en parallèle, des négociations sont en cours

Le rôle des organisations syndicales et celui des représentants élus ne sont pas les mêmes.

Les organisations syndicales, aidées, le cas échéant, d'un expert-comptable (si possible prenant lui-même appui sur un avocat, comme cela se pratique souvent, même si la loi ne le prévoit pas expressément, notamment car la rédaction d'un accord relève plus de la compétence des avocats que des experts-comptables), peuvent négocier sur les différents points prévus par l'article L. 1233-24-2.

Le CE est informé et consulté (lui aussi avec l'appui d'un expert-comptable – le même que les organisations syndicales) sur le projet de réorganisation et de licenciements économiques, mais pas sur les mesures d'accompagnement prévues dans l'accord. Il peut faire valoir son droit à être valablement informé et consulté, indépendamment de la signature de l'accord. De même pour le CHSCT (8).

Tout comme elle ne peut pas homologuer un document unilatéral qui lui est soumis si la procédure d'information et consultation n'est pas régulière, la DIRECCTE ne devrait pas valider un accord signé si les instances représentatives élues ne s'estiment pas valablement informées et consultées et tout au long de la procédure elle doit veiller à favoriser la régularité de la procédure, au besoin en adressant à l'employeur des lettres d'injonction, comme le permet l'article L.1233-57-5 du Code du travail.

### 2. Le contrôle par la Direccte du respect de la règle de majorité et de la qualité à agir des signataires

Plusieurs juridictions ont annulé des décisions de validation d'accords au motif que les signataires n'étaient pas valablement mandatés pour signer les accords (9).

(7) Plusieurs décisions dont TA Melun, *Kodak*, 12 novembre 2014 ; CAA Nancy, 27 novembre 2014, *PIM Industrie*, pour une entreprise en difficulté.

(8) Cf. arrêt *Asterion* précité.

(9) CAA Versailles, 30 septembre 2014, *Sanofi* à propos duquel on se reportera au Dr. Ouv. 2015 p. 19 et aux échanges ci-après p. 259 ; CAA Versailles, 22 octobre 2014, *Pages Jaunes*.

### 3. Le respect de l'accord

Le non-respect de l'accord, même avant qu'il ne soit validé, relève du juge judiciaire : selon le Tribunal administratif de Montreuil (10), la notification d'un licenciement avant la décision de validation de l'accord collectif est sans incidence sur la légalité de la décision de validation prise postérieurement par l'administration.

Après la validation : selon l'article L.1233-63 du Code du travail : « *Le plan de sauvegarde de l'emploi détermine les modalités de suivi de la mise en œuvre effective des mesures contenues dans le plan de reclassement prévu à l'article L. 1233-61. Ce suivi fait l'objet d'une consultation régulière et détaillée du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, dont les avis sont transmis à l'autorité administrative. L'autorité administrative est associée au suivi de ces mesures et reçoit un bilan, établi par l'employeur, de la mise en œuvre effective du plan de sauvegarde de l'emploi.* »

Puisqu'il faut chercher comment interpréter et appliquer cette Loi de sécurisation de l'emploi, nous devons sans cesse nous poser des questions. Ainsi, sur le sujet du respect de l'accord, quelles sont les possibilités d'intervention de la Direccte en cas de non-respect de cette obligation, ou en cas de mise en œuvre irrégulière ou déloyale du PSE par l'employeur (par exemple, dans les modalités de mise en œuvre des volontariats ou des reclassements) ? Peut-on lui demander d'intervenir et sa décision constitue-t-elle une décision administrative susceptible de recours devant le Tribunal administratif ?

Sinon, le Tribunal de grande Instance serait-il compétent pour enjoindre (en référé) à l'employeur de respecter le PSE avant le prononcé des licenciements ? La difficulté risque d'être liée aux délais principalement...

## II. Les conséquences pour les salariés licenciés

### A. La contestation du licenciement

#### 1. Le motif économique du licenciement

Comme évoqué précédemment, seul le Conseil de prud'hommes est compétent pour apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement (sauf pour les salariés protégés).

Mais quelles seront les chances de succès pour un salarié si le PSE a fait l'objet d'un accord validé par la Direccte ? Comment éviter que les conseillers considèrent que, d'une certaine manière, les organisations syndicales signataires ont confirmé par leur signature la nécessité de mettre en œuvre un PSE ? La réponse est dans la rédaction même de l'accord : la rédaction du préambule de l'accord doit faire l'objet d'une attention toute particulière – d'où, là encore, l'importance pour les organisations syndicales d'être assistées non seulement par des experts-comptables, comme la loi le prévoit, mais également par des avocats. Rien n'empêche, par exemple, que soient précisés dans le préambule le contexte de la négociation et le fait que la signature de l'accord ne signifie en aucun cas que les organisations syndicales « cautionnent » le projet de réorganisation et le PSE.

La signature d'un accord, par ailleurs, n'empêche pas les salariés de faire appel à la notion de

co-emploi. À cet égard, il convient de noter que, dans une décision du 22 juillet 2014, *Librairies Chapitre*, le Tribunal administratif de Paris a considéré « *qu'il appartient à l'administration et, le cas échéant, au juge administratif, de contrôler que le document unilatéral qui lui est soumis a bien été élaboré par l'employeur, conformément aux dispositions de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail et, par conséquent, de se prononcer sur l'existence d'une éventuelle confusion d'intérêts, d'activités et de direction avec une autre société, de nature à faire regarder cette dernière comme co-employeur des salariés* » même s'il a jugé qu'en l'espèce, les circonstances étaient « *insuffisantes pour caractériser l'existence d'une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre la société France Loisir et les sociétés de l'unité économique et sociale Librairies Chapitre* ». Ainsi, il semble que les juridictions administratives s'estiment compétentes pour trancher la question du co-emploi et retiennent les critères définis par la Cour de cassation, tout en les appliquant avec une grande exigence. *A priori*, la compétence du juge administratif, admise dans cette affaire, ne devrait pas ôter aux autres juridictions (Tribunal de grande instance et Conseil de prud'hommes) leur compétence pour juger l'existence ou non d'un coemploi.

(10) 3 novembre 2014, *Nextiraone*.

Face aux difficultés rencontrées pour tenter de contraindre les groupes à aider leurs filiales, y compris dans le cadre des PSE, que ce soit avec l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de co-emploi ou, par exemple, avec le projet de loi *Macron* (selon lequel, en cas de redressement ou liquidation judiciaire, « *par dérogation au 1° de l'article L.1233-57-3, l'autorité administrative homologue le plan de sauvegarde de l'emploi après s'être assurée du respect par celui-ci des articles L.1233-61 à L.1233-63 au regard des moyens dont dispose l'entreprise* » ; donc le PSE n'aurait plus à être proportionné aux moyens du groupe), de nouvelles actions de salariés voient le jour, visant à mettre en cause la responsabilité du groupe, devant le Tribunal de grande instance, sur le fondement notamment de l'article 1382 du Code civil, la difficulté résidant, pour ces actions, à trouver des éléments de preuve pour démontrer l'existence d'une fraude dans les opérations effectuées au sein du groupe et un lien de causalité avec le préjudice subi par les salariés licenciés. L'on ne peut que souhaiter que les AGS interviennent le plus souvent possible aux côtés des salariés dans ce type d'action.

## 2. L'insuffisance du PSE

Il est évident que, lorsque les organisations syndicales signent un accord, il devient quasiment impossible en pratique pour les salariés de demander la nullité du PSE en raison d'une insuffisance des mesures d'accompagnement.

Il en va différemment en cas de document unilatéral, bien que l'homologation par la Direccte rende tout de même les actions à ce titre nettement plus délicates.

En tout état de cause, il va de soi que, pour signer un accord, les organisations syndicales doivent se montrer particulièrement exigeantes sur la qualité des mesures d'accompagnement.

## 3. L'application individuelle du PSE

Si, en cas de signature d'un accord collectif, la reconnaissance d'une absence de motif économique valable ou la nullité pour insuffisance du PSE devient beaucoup plus difficile pour les salariés, comme on l'a vu précédemment, il reste toujours la possibilité de contester l'application individuelle du PSE.

Le salarié peut toujours, comme auparavant, contester, par exemple, la réalité de la conséquence du motif économique sur son emploi, à savoir la

suppression de poste ou la modification du contrat de travail. Il peut également contester le respect par l'employeur, à son égard, de l'obligation individuelle de reclassement. Il peut encore contester le respect par l'employeur de ses obligations dans l'application des critères d'ordre du licenciement (choix de la catégorie professionnelle, calcul individuel des points).

## B. Les conséquences d'une absence ou d'une annulation de la validation de l'accord

### 1. Licenciement en l'absence de validation ou d'homologation ou annulation pour insuffisance du plan

Un licenciement prononcé sans aucune validation ni homologation du PSE sera rare en pratique. On pourra peut-être rencontrer cette situation dans le cas où un employeur pense qu'il n'est pas obligé de mettre en place une procédure de PSE. Plus fréquentes seront les annulations pour insuffisance du PSE (11).

Il résulte de la combinaison des articles L.1235-10 et L.1235-11 du Code du travail que la réintégration ne peut être prononcée que si elle est demandée, d'une part, et si elle est possible, d'autre part. À défaut de réintégration, l'indemnisation est d'au moins 12 mois de salaire, sauf dans le cas du redressement ou de la liquidation judiciaire, auquel cas, selon l'article L.1233-58 du Code du travail : « *En cas de licenciements intervenus en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou en cas d'annulation d'une décision ayant procédé à la validation ou à l'homologation, le juge octroie au salarié une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. L'article L.1235-16 ne s'applique pas* ».

### 2. Annulation de la validation ou de l'homologation pour un autre motif que l'insuffisance du plan

Dans ce cas, il résulte de l'article L.1235-16 que la réintégration n'est possible que si les deux parties sont d'accord. Cette distinction est importante : c'est elle qui a justifié, par exemple, l'obtention d'une ordonnance de référé, le 7 février 2014, devant le TA de Cergy Pontoise dans l'affaire *Heinz* (12), car les licenciements risquaient d'être notifiés avant la décision au fond et que, contrairement à ce qu'indiquait l'administration, non sans mauvaise foi, ces licenciements seraient irréversibles (l'administration

(11) CAA Nancy, 27 novembre 2014, *PIM Industries* ; TA Melun, 12 novembre 2014, *Kodak*.

(12) Dr. Ouv. 2014 p.311 n. M. Grévy.

allait jusqu'à prétendre que les salariés ne subiraient pas de préjudice, puisqu'ils feraient toujours partie des effectifs grâce au congé de reclassement – mais le congé de reclassement est, tout d'abord, facultatif et, ensuite, il ne fait que décaler dans le temps la date de sortie des effectifs, la rupture du contrat de travail étant définitive dans son principe).

À défaut de réintégration, l'indemnisation ne peut être inférieure à 6 mois de salaire.

À noter que, pour limiter les conséquences des décisions des juges administratifs ayant conduit à une annulation pour insuffisance de motivation de la décision de la Direccte, le projet de loi *Macron* – dont la vocation semble décidément de sécuriser les procédures pour les employeurs – prévoit que « *En cas d'annulation d'une décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-3 en raison d'une insuffisance de motivation, l'autorité administrative prend une nouvelle décision suffisamment motivée, qui est portée par l'employeur à la connaissance des salariés licenciés à la suite de la première décision de validation ou d'homologation, par tout moyen permettant de conférer une date certaine à cette information. Dès lors que l'autorité administrative a satisfait à l'obligation d'édiction d'une seconde décision suffisamment motivée, l'annulation pour le seul motif d'insuffisance de motivation de la première décision de l'autorité administrative est sans incidence sur la validité du licenciement et ne donne lieu ni à réintégration, ni au versement d'une indemnité à la charge de l'employeur.* »

Compte tenu du principe d'économie de moyens selon lequel le juge administratif peut annuler une décision sur un seul moyen sans examiner les autres, cette disposition, si elle était adoptée, reviendrait indirectement à priver les salariés d'un moyen d'action : à quoi bon invoquer un motif d'annulation, fut-il valable, si c'est pour risquer d'être privé de toute indemnisation à la charge de l'employeur ?

## En conclusion

Le projet de loi *Macron* doit attirer toute notre attention non seulement sur les sujets qui font la une (dont la réforme des Conseils de prud'hommes), mais aussi en matière de PSE.

De plus en plus, le Medef, avec, paradoxalement, l'appui du Gouvernement, au nom de la sacro-sainte « sécurité de l'emploi », censée tout justifier, peut limiter ses risques à un risque financier précalculé, qui peut donc être provisionné comptablement (pour preuve, les tentatives de « barémisation » des indem-

nisations de préjudice, notamment en conciliation) et ce, même en matière d'entrave au bon fonctionnement des instances représentatives du personnel (avec le projet de loi *Macron*).

Le nouveau différé d'indemnisation et la possibilité pour Pôle Emploi de demander remboursement sont encore un obstacle posé aux possibilités d'action pour les salariés – heureusement, le nouveau délai de 6 mois n'est pas applicable pour les licenciements économiques.

Au vu de ce qui précède, l'on ne peut que constater que la vocation de la négociation collective, dans l'esprit du législateur, est – on s'en était douté dès la négociation de l'ANI – de sécuriser les procédures, de sécuriser l'employeur, plus que de sécuriser l'emploi, puisque l'idée est clairement de faciliter les licenciements et de cantonner au maximum les actions possibles des salariés, qu'elles soient collectives, en amont des licenciements, ou individuelles, après. Il s'agit clairement d'une situation où la négociation collective ne permet plus d'assurer un meilleur équilibre entre « partie forte » et « partie faible » au contrat de travail.

La confrontation du droit à l'emploi et du droit du travail devient un prétexte pour porter atteinte à la finalité du droit du travail : un droit spécial visant à rétablir, à travers le Code du travail et les accords collectifs (et ici, il s'agira toujours d'accords d'entreprise et non de branche), l'équilibre des parties au contrat de travail (« partie forte » / « partie faible »).

La seule manière de résister efficacement serait de trouver des économistes qui nous aident à démontrer que faciliter les licenciements ne facilitera pas les embauches. Plus que jamais, il nous faut, avocats en droit du travail et syndicalistes, renforcer nos compétences en droit international et européen, en droit des sociétés, en droit des procédures collectives, en économie...

**Judith Krivine**