

La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique

par Antoine LYON-CAEN,

professeur à l'Université de Paris-X Nanterre (IRERP)

La messe est-elle dite (1) ? L'article 107 de la loi de modernisation sociale, texte symbole d'une nouvelle réforme du droit du licenciement économique, a été déclaré non conforme à la Constitution. Son inscription dans la législation de la République française n'advient pas.

L'épisode laissera-t-il des traces ? (2) De l'amertume peut-être, de la satisfaction sans doute, de l'indifférence, à coup sûr. Mais laissons à d'autres le soin d'étudier les émotions. Ce sont d'autres traces qui méritent attention. Car les débats qu'ont nourris le texte non avenu et la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002 apportent leur lot de stimulantes suggestions.

Quitte à user du terme dans un sens qui n'est pas habituel dans la langue juridique, on voudrait présenter ces stimulantes suggestions au moyen du terme de *procédure*. Son importance apparaît déjà derrière la querelle qu'alimente la prétendue définition du licenciement pour motif économique. Mais la procédure doit sortir du creux de ou des définitions et être saisie positivement : glisser de l'ombre vers la lumière.

I.

A l'ombre de la définition

I.1 – Aussi maladroite que soit sa rédaction, aussi incertaines que soient les ambitions de ses promoteurs, l'article 107 devrait, si ce n'est déjà fait, aider à comprendre que le droit du licenciement pour motif économique régit un **processus de décision**. Il ne saisit pas un acte juridique, le licenciement ; il saisit le processus qui peut conduire à un tel acte.

Si cette analyse servait à tous de guide, une équivoque serait déjà dissipée : l'article 107 n'avait ni pour objet ni pour effet d'altérer la définition du licenciement économique (3), autrement dit, la définition des initiatives qui rendent applicables les règles qui forment le droit des licenciements économiques. La prétention de l'article 107 était autre. Si l'on veut s'en convaincre, il faut faire apparaître le processus de décisions que conçoit, en le réglementant, le droit des licenciements économiques.

Ce processus se décompose en deux phases. Cette décomposition a, entre autres intérêts, l'avantage de montrer que certaines règles changent de sens si elles sont rattachées à une phase plutôt qu'à l'autre.

La première phase relève du pouvoir de direction économique : elle consiste, *brevitatis causa*, en un projet de réorganisation de l'entreprise. Oublions un instant qu'il se prête en général à l'information et à la consultation des représentants du personnel, au titre des dispositions du Livre IV du Code du travail. Un tel projet suscite au moins deux questions, provoquées par le droit des licenciements économiques. Première question : quel projet requiert l'engagement de la procédure propre aux licenciements économiques ? À ce stade, une définition est nécessaire, la définition des initiatives soumises aux dispositions du Livre III du Code du travail. En toute logique, mais aussi dans le respect de la chronologie du processus réglementé, la définition utile ne saurait être une définition du licenciement économique, puisque l'entreprise peut n'en annoncer aucun et qu'en annoncerait-elle, la procédure ouverte tend à éviter qu'un licenciement intervienne. Ce qui demande un travail de définition, c'est une initiative d'organisation. Et à suivre les efforts accomplis par la Cour de cassation depuis plus

(1) Cet article prolonge, sans les reprendre, les conclusions présentées à l'issue du colloque de la Commission de droit social du SAF, tenu le 8 décembre 2001.

(2) V. Droit social, mars 2002 v. la loi de modernisation sociale et le droit du travail, avec en particulier les contributions de X.

Pretot, G. Carcassonne et Ph. Waquet ; Dr. Ouv. février 2002 et les articles de F. Saramito et B. Mathieu.

(3) V. en ce sens Ph. Waquet, "Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale", Droit social 2002 p. 264 spéc. p. 265.

de dix ans, mais aussi les formules législatives, les initiatives qui rendent applicables les dispositions du Livre III sont aisées à nommer : il s'agit de tout projet conçu, sans considération de la personne des salariés, de mise en cause d'emploi(s) (4) ou de modification de contrat(s).

Une seconde question se greffe alors sur la première ; elle intéresse cette première phase du processus, même si le plus souvent elle n'est débattue qu'ultérieurement, une fois des licenciements intervenus.

Il s'agit de savoir si le projet de réorganisation - qui met en cause emploi(s) ou contrat(s) - a une justification telle que, exécuté, il pourrait à son tour justifier des licenciements subséquents. C'est à renouveler le règlement pratique de cette question que s'attachait l'article 107 de la loi de modernisation sociale. Et l'on sait avec quel résultat.

Il n'en faut pas moins insister sur l'autonomie de cette question qui ne se laisse absorbée ni par celle, logiquement distincte et chronologiquement antérieure, que soulève la qualification du projet de réorganisation à l'effet de déterminer s'il est régi par le droit du licenciement économique, ni complètement par celle de la régularité d'éventuels licenciements. À quoi tient son autonomie ? À deux traits qui se conjuguent. En premier lieu c'est le projet de réorganisation qui doit, en lui-même, répondre à certaines exigences, si l'employeur prétend ensuite licencier des salariés. En second lieu, selon la Cour de cassation, ces exigences prennent le plus généralement la forme de **raisons** ou encore de causes, au sens non pas d'origines mais de justifications. Par exemple, si l'on se réfère à l'expression forgée par la Chambre sociale, la réorganisation doit être "*nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise*". Mais l'on pourrait trouver, derrière les mots utilisés, la même présentation lorsque l'entreprise invoque des difficultés économiques : la réorganisation doit alors être nécessaire au redressement de l'entreprise.

L'une des œuvres les plus réfléchies de la chambre sociale de la Cour de cassation dans la dernière décennie a consisté à circonscrire, à partir des dispositions législatives, les **raisons admissibles ou recevables** de réorganisations justifiant d'éventuels licenciements. Toute réorganisation est possible, mais toute réorganisation ne justifie pas des licenciements pour motif économique.

Avec l'initiative mettant en cause des emplois ou des contrats, le processus ne s'épuise pas. S'ouvre en effet une seconde phase qui va du projet de réorganisation aux éventuelles ruptures.

Selon une présentation courante, c'est à cette phase que s'appliquent les règles relatives au plan de sauvegarde de l'emploi (ci-devant plan social), au reclassement, accompagné le cas échéant de mesures de formation et d'adaptation, à l'ordre des licenciements, etc.

Cependant, une telle présentation recèle certaines questions importantes.

Le plan de sauvegarde de l'emploi doit-il tenir pour acquise la réorganisation ? C'est ce que suggèrent les auteurs les plus autorisés (5). Pourtant, on se prend, par expérience et par raisonnement, à douter de la césure ainsi proposée. Si le plan a pour objet les mesures propres à éviter les licenciements, à maintenir les emplois, dont la réduction de la durée du travail (6), il doit pouvoir affecter la teneur même de la réorganisation. L'ordre des licenciements doit-il, lui aussi, être édicté et mis en oeuvre, la réorganisation étant tenue par intangible. C'est ce qu'indique la Cour de cassation lorsqu'elle énonce que l'ordre ne doit être établi qu'une fois les licenciements décidés (7). Toutefois il paraît discutable d'en dispenser un employeur qui propose des modifications de contrat (8), c'est-à-dire à un moment où il définit la teneur d'une réorganisation.

1.2. -- Que le droit du licenciement pour motif économique régit, en même temps qu'il le construit, un processus de décision, voilà, somme toute, une affirmation fort banale. La prendre au sérieux a néanmoins quelques mérites.

L'un d'eux a déjà été aperçu : l'analyse permet de mieux réfléchir au rôle et à la place de certaines obligations imposées à l'employeur. La pertinence d'un plan de sauvegarde de l'emploi doit-elle être appréciée à réorganisation constante ? Ou n'invite-t-elle pas à ausculter le projet de réorganisation et à laisser ouverte une discussion sur sa consistance (9) ? La détermination et le classement des salariés affectés ne deviennent-ils nécessaires et contrôlables qu'une fois tout décidé, sauf les licenciements ? Ou l'ordre des licenciements n'est-il pas mal nommé et ne doit-il pas se muer en ordre des salariés affectés par la réorganisation ?

D'autres mérites apparaissent. L'analyse conduit à concevoir sur des fondations plus saines ce qu'il est convenu d'appeler la définition du licenciement économique, puisque si définition il doit y avoir, elle a trait aux initiatives d'organisation relevant du régime propre aux licenciements économiques. Aussi devrait-on écarter sans trop de peine la tentation de licenciements dits de "troisième type", sans motif personnel ni motif

(4) Cette formule synthétique revient à H.J. Legrand, "L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suppression d'emploi", Droit social 1995-243.

(5) Au premier rang desquels Ph. Waquet, "Quelques réflexions sur l'arrêt SAT en particulier et sur le licenciement économique en général", RJS 7/2001 p. 567

(6) Soc. 23 janvier 2002 non encore publié.

(7) V. par ex. Soc. 3 décembre 1996 : Droit social 1997-105 note G. Couturier ; 7 octobre 1998 : RJS 11/1998 n° 1356 ; 10 mai 1999 : JCP éd E 1999 p. 1972, note F. Duquesne.

(8) V. Dijon 7 novembre 1996, Monterrat, inédit ; rapp. Soc. 6 juillet 1999 : Bull V n° 239.

(9) V. J. Porta note sous Soc. 3 octobre 2001, D. 2002 som. 771.

économique. Si une initiative patronale met en cause un emploi ou un contrat sans considération de la personne du ou des salariés affectés, elle relève du régime des licenciements économiques, ce qui ne veut pas dire que le licenciement qui en résulte ou en est résulté est justifié. Une réorganisation peut être régie par le droit du licenciement économique sans avoir ipso facto une justification telle que la rupture qui s'en suit soit justifiée (10).

L'analyse estelle en mesure d'enrichir les réflexions que suscite l'intervention du juge des référés ? Rien n'interdit de le penser. Qu'on en juge. Si l'initiative

patronale entre à l'évidence dans le champ des règles propres au licenciement économique, ne peut-il enjoindre à l'employeur d'engager la procédure prévue ? Si l'initiative patronale s'accompagne immédiatement de projets de licenciement(s), alors qu'elle n'obéit manifestement pas à une raison admissible à cette fin, le juge des référés ne peut-il contrarier l'ambition affichée et paralyser l'action engagée ?

Si le droit du licenciement économique s'intéresse à un processus, à une procédure de décision, est-ce autre chose que de dire qu'il lui assure un traitement procédural ?

II.

La procédure en (toute) lumière

Si le droit du licenciement pour motif économique est aujourd'hui constitué de sédiments multiples, dont la généalogie est connue, s'il est composé de règles complexes, dont la combinaison s'expose toujours à des controverses, l'effort doit être fait pour en dégager les caractères dominants. Qu'observe-t-on ?

II.1. – A grands traits, apparaissent quelques caractères. Pour l'essentiel, les règles ne signifient aucun modèle précis, susceptible a priori de fournir un guide à l'action d'un employeur (11). L'observation vaut déjà pour l'exigence générale d'une cause réelle et sérieuse de licenciement ; elle vaut plus encore pour l'évaluation d'une réorganisation, qui doit être nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou encore pour l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi, soumis à une exigence de pertinence. Si contestation il y a devant des juges, la référence dont ils se servent pour apprécier l'initiative d'un employeur et les licenciements qui en sont la suite ou la conséquence, ne peut résulter que d'un échange d'arguments sur la conduite tenue et la conduite à tenir dans le contexte particulier de l'entreprise (ou du groupe) concernée.

Faisons un pas de plus et tentons de résumer ce que des juges, sollicités à cette fin, sont invités à faire. Ils peuvent d'abord veiller à la présentation qu'a donnée et que donne devant lui l'employeur de son initiative et des licenciements qui en sont résultés : son argumentation doit être circonstanciée, cohérente et ordonnée, de telle sorte que les étapes de son raisonnement et de son action obéissent à une certaine logique (12).

Ils peuvent ensuite vérifier que les choix de l'employeur ont été raisonnables. C'est à ce point que l'incertitude qui pèse actuellement sur les paramètres judiciaires de ce qu'est un choix raisonnable doit être mentionnée. On se souvient en effet que dans son arrêt du 8 décembre 2000, l'assemblée plénière de la Cour de cassation énonce tout à la fois que pour justifier un licenciement la réorganisation doit être nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (et place le contrôle de cette raison entre les mains des juges) et que les juges ne doivent pas s'immiscer dans le choix par l'employeur des solutions possibles (13). Les deux formules ne paraissent pas conciliables (14). Mais passons, pour l'heure.

Les juges peuvent enfin pénétrer dans le monde même des raisons ou des justifications, où une importance extrême est donnée aux faits, à leur sélection, à la cohérence de leur exposition, mais aussi à leur évaluation ou encore à l'enchaînement des arguments.

Toutefois l'office ainsi rempli par les juges, lorsqu'ils sont saisis, ne se comprend pas sans un regard sur ce qui est supposé se passer avant sa saisine. En amont, se trouve un processus de décision que le droit du licenciement économique construit et réglemente. Ce processus de décision doit répondre lui-même à plusieurs canons. Il doit être réflexif, en ce sens qu'il doit donner lieu à une délibération de la part de l'auteur de la décision projetée, délibération qui intègre notamment l'examen des conséquences et effets que la décision est susceptible d'entraîner. C'est dans cet esprit qu'il faut interpréter les dispositions nouvelles (15) qui, en cas de cessation d'activité, obligent les organes sociaux à délibérer en considération d'une étude d'impact. Mais

(10) V. avec une belle netteté Soc. 11 décembre 2001, arrêt n° 5196 FS-P, non encore publié.

(11) V. F. Guiomard, "La justification des mesures de gestion du personnel", thèse Paris X-Nanterre 2000, promise à une future publication.

(12) Sur tous ces points, v. F. Guiomard, thèse citée.

(13) Ass. plén. 8 décembre 2000 : R.J.S. 2/02 n° 180 et la chr. de P. Antonmattei p. 95, Dr. social 2001-126 concl. P. de Caigny

et note A. Cristau, Dr. Ouv. 2001-537 note M. Henry et F. Saramito, D. 2001-1125 note J. Pélissier, RPDS 2001-13 note M. Scheidt.

(14) V. notre "Note sur le pouvoir de direction et son contrôle". Mélanges dédiés au président Michel Despax, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 95.

(15) Articles L. 239-1 et 239-2 du Code de commerce issus de la loi du 17 janvier 2002.

c'est aussi dans cet esprit qu'il faut interpréter l'exigence d'une procédure d'information et de consultation des représentants du personnel en cas de restructuration, préalable à la procédure dite des licenciements économiques, ou encore l'exigence de la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, dès l'ouverture de cette dernière procédure.

C'est encore la même idée, celle d'un employeur obligé d'intégrer, dans son raisonnement et dans ses décisions, leurs conséquences et leurs effets possibles qui se manifestent lorsque des employeurs sont blâmés pour imprévoyance ou défaut de toute prévision.

Si le processus doit être réflexif, c'est parce que les dirigeants d'une entreprise en passe d'être réorganisée sont tenus de rendre des comptes. L'expression, par sa vigueur, peut surprendre. Pourtant elle est seule à même de donner leur sens aux obligations d'information et de consultation des représentants du personnel et surtout seule à même de donner leur sens aux obligations pesant sur l'employeur, d'expliquer et justifier ses choix et de les soumettre à un débat.

Si cette présentation convainc de sa justesse, elle livre au moins deux enseignements. Tout d'abord, il existe des liens étroits entre la réglementation du processus préalable à tout licenciement pour motif économique et la conception du contrôle que les juges exercent.

Entre l'obligation de se justifier à charge de l'employeur et le contrôle judiciaire des justifications de la réorganisation et des licenciements subséquents, il y a une continuité. En second lieu, l'originalité de la réglementation (16) tient à ce qu'elle ne tend pas à fixer, a priori, les frontières matérielles entre réorganisation et licenciement économique justifiés et réorganisation et licenciement économique injustifiés. La réglementation ne s'en remet pas pour autant à la seule volonté des employeurs. C'est cette originalité qui invite à parler d'une réglementation procédurale.

II.2. – A l'aide du droit du licenciement pour motif économique, il est possible de repérer les principaux traits d'une réglementation procédurale. Négativement, elle s'oppose à une réglementation qui déterminerait a priori pour l'action qui lui est soumise les frontières entre le permis et l'interdit ou le légal et l'illégal. Elle ne permet donc guère l'épanouissement de raisonnement déductif. Positivement, sont mises en relief trois exigences, certes contrôlées par les juges, s'ils sont saisis, mais dans ce cas, surtout destinées à forger ou étayer leur conviction.

La première exigence a trait au récit de l'action envisagée ou accomplie ; elle conduit au contrôle de la délibération (17). Le récit suppose des faits ; il requiert surtout qu'ils donnent lieu à une argumentation, dont, le cas échéant, chaque étape doit pouvoir être explicitée, et plus encore le passage d'une étape à une autre. Par là s'éclaire la construction, par le droit du licenciement économique, de la décision comme processus. Un récit ne convainc de sa vraisemblance que si les liaisons entre les épisodes sont rigoureusement expliquées.

La deuxième exigence concerne les justifications de l'action et des différents choix qui la composent. C'est à ce stade qu'il faut insister sur un point majeur sans lequel une réglementation procédurale ne se concevrait pas. Si un accord existait, entre protagonistes sociaux, mais aussi entre eux et les autorités publiques sur une justification unique et ultime de l'action, il n'y aurait pas place pour une réglementation procédurale. Ce qui la constitue dans son originalité, c'est la pluralité des justifications et c'est, donc, la nécessité de les composer ou combiner. Quand on réexamine les règles applicables au licenciement pour motif économique, à la lumière de cette dernière proposition, on comprend mieux que les décisions que suscitent les raisons admissibles d'une réorganisation, le plan de sauvegarde de l'emploi, le choix des salariés exposés à un licenciement, ne sont que l'expression d'exigences de justification, plus, de la pluralité des justifications. Analyser cette pluralité, déceler dans l'oeuvre judiciaire comment elles s'expriment, saisir le poids respectif des uns et des autres, voilà des connaissances auxquelles il faudrait accéder (18).

Enfin, troisième exigence, qui traverse les deux précédentes, l'évaluation du récit et des justifications est ancrée dans le contexte de l'action projetée ou accomplie.

*
* * *

Concédonsons que cette présentation est schématique. Mais espérons au moins qu'elle stimulera le travail des juristes, qu'ils se revendiquent ou non comme praticiens. Espérons aussi qu'elle aidera ceux qui dénoncent la procédure et les réglementations procédurales, comme des catégories inutiles ou dangereuses, à ne pas se tromper de cible (19).

Antoine Lyon-Caen

(16) Il est fort probable que cette originalité est moindre que notre propos ne le suggère. D'autres pans du droit du travail révéleraient la même originalité.

(17) V. F. Guiomard, thèse citée.

(18) Telle est l'une des contributions de la thèse précitée de F. Guiomard, à laquelle, une fois encore, nous renvoyons.

(19) Allusion est ici faite notamment à F. Gaudu, "L'ordre public en droit du travail", Études offertes à J. Ghestin, LGDJ 1999 p. 363.