

Les acteurs et les outils du contrôle et de la sanction

par Myriam PLET, avocate au Barreau de Lyon

P L A N

I. La représentation élue

1.1. Sur le plan des moyens à disposition des élus pour accéder à l'appréciation de la situation de l'entreprise figure le recours à l'expert-comptable.

1.2. Parmi les dispositifs offerts au comité d'entreprise dans sa quête permanente d'informations sur les projets économiques (dont l'emploi est une composante) figure la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (article 432-1-1).

1.3. Que penser de la concomitance dans le temps, et non dans l'instant, de l'information au titre du livre IV (le projet économique) et du livre III (les mesures d'accompagnement).

II. Les organisations syndicales

III. L'administration

IV. Le juge

V. Le salarié privé d'emploi

Confronter les pratiques, enrichir la boîte à outils de tous les intervenants confrontés à un processus de restructuration et de licenciements économiques, tel était l'objet du colloque du SAF, qui s'est tenu quelques semaines avant la loi dite de modernisation sociale (1).

A qui était-il donc destiné ?

Aux élus des comités d'entreprise qui sont en première ligne et ont la lourde charge, le moment venu, d'exprimer un avis ; ils ont, pour certains d'entre eux, déjà connu deux ou trois plans de restructuration, ou vivent sous un plan social permanent, auprès de salariés électeurs qui ne croient plus, pour certains, au catalogue des mesures de reclassement, et sont déterminés, puisqu'à 55 ans on les dit inemployables, à quitter l'entreprise au plus tôt avec une indemnité, sans toujours bien comprendre les stratégies dont les résultats sont difficilement évaluables tant l'issue leur paraît inéluctable.

Aux organisations syndicales en charge de la défense des intérêts individuels et collectifs des travailleurs, qui peuvent contribuer par la négociation à la création d'une source de droit en signant des accords de réduction du temps de travail, de création/garantie d'emplois, à condition d'une part de se donner les moyens de vérifier que les engagements pris sont bien tenus, en terme d'emplois identifiés, au-delà même d'un volume "équivalent-temps-plein" (2), et d'autre part de ne pas priver le salarié licencié du droit de voir aboutir sa propre démarche judiciaire individuelle de contestation du licenciement subi.

Au-delà des acteurs exposés (plutôt que protégés) que sont les élus au comité d'entreprise et les représentants des syndicats, la confrontation des pratiques et l'enrichissement de la boîte à outils requièrent la contribution des experts du comité d'entreprise, de ceux qui jugent ou qui assurent une fonction de conseil et de défense militante et/ou professionnelle (3), y compris à l'occasion de licenciements sans plan social, qu'ils concernent moins de dix salariés ou des petites entreprises non dotées de représentants du personnel.

Les "acteurs" font le constat d'une forme d'impuissance relative ou, en tout cas, d'une limitation de leur prérogative dans un processus qui commençait (4) au moment choisi par une entreprise, après une patiente et minutieuse élaboration, par une convocation des élus du comité d'entreprise libellée comme suit :

"- information/consultation sur le projet économique (livre IV),

- information/consultation sur les mesures d'accompagnement (livre III)".

Sur le projet économique, qui constituera la cause économique de probables modifications de contrats et licenciements, les élus se mettent en quête d'informations avec l'aide d'experts, et constatent, par exemple, que le projet est en réalité étranger à toute difficulté économique, à toute mutation technologique, à tout besoin de sauvegarde de la compétitivité ou encore que

(1) Certains éléments de la décision du Conseil Constitutionnel et de la loi du 17 janvier 2002 sont évoqués, mais l'analyse et la mise en acte sont à venir.

(2) Voir sur ce point les articles de F. Dufour et F. Géa in "Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi" Doc. française mars 2001.

(3) P. Bourdieu "Pour un savoir engagé" Le Monde Diplomatique - février 2002.

(4) Jusqu'à la loi du 17 janvier 2002.

les difficultés sont le résultat de fautes de gestion du chef d'entreprise, ou encore que les seuls emplois conservés ne permettront pas d'atteindre l'objectif économique proposé, ou que le projet est lourd en terme d'emplois supprimés, alors même qu'un autre choix économique également viable, mais plus fécond en terme d'emplois préservés, pourrait être adopté.

Dans ces hypothèses, les élus contestent naturellement la pertinence du projet économique.

Tout naturellement, le plan de sauvegarde de l'emploi est discuté est contesté puisqu'il n'est que la traduction en terme d'emplois d'un projet économique lui-même contesté.

Et cependant, ce couple projet économique/plan de sauvegarde de l'emploi examiné l'un par rapport à l'autre en terme de paramétrage entre les objectifs et les moyens humains, se trouve dissocié lorsqu'il est soumis au juge en amont du licenciement.

Ainsi, le juge pourra annuler un plan social non conforme à l'article 321-1 du Code du travail, et ce dès sa présentation ; en revanche le questionnement autour de la pertinence du motif économique en présence notamment de projets de licenciements d'économie, n'empêchera pas la mise en œuvre des suppressions d'emplois, avec son corollaire en terme de modifications de contrats et de ruptures des contrats de travail ; le juge refuse d'examiner la pertinence du projet économique pourtant annonciateur du motif économique que l'on trouvera dans les lettres de rupture à venir (5).

En amont, avant la décision de licenciement, au stade de l'information puis de la consultation sur le motif économique, le Juge est privé ou se prive de tout contrôle sur le motif économique; le contrôle judiciaire sur ce point est renvoyé au débat individuel post-licenciement devant le Conseil de prud'hommes.

Cette situation serait regrettable, mais pas irréparable, si la sanction a posteriori de l'absence de motif économique réel et sérieux était la remise en état, le Juge faisant choix de mesures de nature à *"supprimer l'acte illicite et à rétablir la légalité"* (6).

Si le salarié victime d'un licenciement pour une cause économique non réelle et sérieuse retrouvait son emploi, obtenant ainsi une réelle remise en état, le débat se limiterait au point de savoir qui, du salarié sur un plan individuel, ou du comité d'entreprise et des organisations syndicales sur le plan collectif, décide d'agir en justice et à quel moment (7).

Sur le plan de l'effectivité du droit, il suffirait d'être patient ; le levier que constituerait la menace d'une possible réintégration dans l'emploi des salariés licenciés pour un motif économique non réel et sérieux donnerait aux CE et organisations syndicales une marge de discussion et de négociation bien supérieure tant est fort le besoin de sécurité juridique des entreprises.

En l'état, au contraire, lorsqu'une entreprise élabore un plan social convenable, parce qu'elle en a les moyens, respecte scrupuleusement la procédure de consultation et se donne du temps en anticipant largement, en informant complètement, en consultant le moment venu seulement, puis procède à des licenciements, sans cependant faire état d'un motif économique réel et sérieux ; elle prend certes le risque d'une condamnation à des dommages et intérêts, mais pas celui de devoir rétablir le salarié titulaire d'un droit à l'emploi, dans celui qu'il occupait jusqu'à son licenciement.

Ainsi, les licenciements dépourvus d'une cause économique réelle et sérieuse qui auraient été prononcés sont irréversibles.

Le Conseil Constitutionnel marque sa préférence pour la réparation indemnitaire en excluant la nullité avec réintégration comme sanction du non respect de l'obligation de négocier, voire conclure, un accord collectif de réduction du temps de travail, avant d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi (8).

Une autre illustration de l'impuissance relative des acteurs nous vient de l'arrêt SAT (9).

Imposer le choix du mieux-disant social n'est pas étranger à notre système juridique : la commission chargée de statuer sur une opération de concentration au niveau de l'Union lorsqu'elle est en présence de deux ou plusieurs alternatives toutes conciliables avec l'exigence de la libre concurrence, peut néanmoins choisir celle qui a le moins d'effets néfastes sur l'emploi. De même, le Tribunal de commerce à l'occasion de l'examen de projets de cession d'une entreprise en redressement judiciaire doit tenir compte de celui qui préserve le mieux l'emploi.

Dissocier projet économique et plan de sauvegarde de l'emploi pour s'interdire de considérer comme dépourvu de cause réelle et sérieuse un licenciement économique alors même qu'il existait plusieurs hypothèses de réorganisation, qui toutes préservaient la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, mais

(5) Soc. 12 novembre 1996, Soc. 2 mars 1999 SEMCA Fonderie de l'Authion.

(6) La sanction civile en droit du travail - Manuela Grévy, Droit Social 2001 p.598.

(7) Chacun peut agir successivement - Soc. 30 mars 1999 ALEPPA - Dr. Ouv. 99 p.365.

(8) Article 96 loi du 17 janvier 2002 - Conseil Constitutionnel décision n° 2041-455 BC, Dr. Ouv. 2002 p. 59.

(9) Cass. 8 décembre 2000 - SAT / Coudière - Dr. Ouv. août 2001 p. 31.

dont l'une était moins dommageable pour l'emploi, au motif que le juge s'interdit de contrôler le choix fait par l'employeur, permet en réalité à l'entreprise de remédier à une absence de cause économique réelle et sérieuse par un bon plan social.

Le Conseil Constitutionnel a, semble-t-il, renforcé la portée de cet arrêt, en plaçant le curseur plus près de la liberté d'entreprendre - tirée de l'article 4 de la déclaration 1789 qui stipule "*la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*" - que du droit au travail inscrit, lui, explicitement dans le préambule de la Constitution.

Cependant, la loi de modernisation sociale ouvre sur ce point une perspective ; elle comporte la faculté, pour

le comité d'entreprise informé d'un projet de restructuration et de compression d'effectif, de formuler des propositions alternatives, d'user d'un droit d'opposition, de saisir un médiateur qui lui-même fait des recommandations dont il faudra bien que le juge fasse quelque chose (10).

Est-il imaginable que l'auditeur réservé de deux logiques en conflit, féconde pour l'une de propositions alternatives limitant ou supprimant le risque de compression d'effectif demeure muet et taisant quant à l'écho à donner à une proposition préservant le droit à l'emploi, fût-ce contre la liberté d'entreprendre ? (10 bis)

En l'état, cependant, quels outils peuvent être mobilisés par les différents acteurs ?

I. La représentation élue

Il s'agit selon la configuration de l'entreprise, des délégués du personnel, du comité d'entreprise, des comités d'établissement et comité central d'entreprise, du comité de groupe et du comité d'entreprise européen.

Les uns et les autres sont à la recherche d'un **interlocuteur pertinent**.

Or, le périmètre de désignation des représentants du personnel est bien souvent calé sur les sociétés, personnes morales, alors même que cette configuration juridique ne correspond en rien à la localisation réelle du pouvoir de décision. L'entreprise est atomisée et la structuration sous forme de groupe de sociétés, rend la recherche de l'interlocuteur pertinent plus difficile encore.

Mais, de plus, la structure économique, y compris sous forme de groupes et de filiales inféodées, est mobile, changeante et l'on assiste à des phases de concentration économique, d'externalisation, d'atomisation juridique, mouvements successifs ou simultanés sans bien sûr que les institutions représentatives du personnel puissent, elles, se recomposer en temps réel.

La question permanente que les élus ont à se poser est bien celle de la pertinence de leur périmètre d'action au regard du niveau de prise de décisions pouvant avoir des conséquences sur l'emploi, les conditions et l'organisation du travail. Et le débat sur les conséquences au niveau de l'emploi n'a de sens que si les élus ont en face d'eux le détenteur du pouvoir de décision.

L'un des outils élaboré par la pratique, et qui a été repris par la loi du moins pour ce qui concerne les comités d'entreprise, est bien sûr l'unité économique et sociale.

La reconnaissance d'une unité économique et sociale permet notamment d'atteindre l'effectif autorisant la mise en place de délégués du personnel ou d'un comité d'entreprise, avec tous les droits qui y sont attachés en terme d'information, de recours à l'expert et de consultation.

Malheureusement, bien souvent ce n'est qu'au moment où les élus reçoivent les projets économiques et de plan social qu'ils s'interrogent sur l'existence d'une unité économique et sociale. On constate même, que ce sont les directions d'entreprise qui y songent, pour rationaliser et centraliser l'information et la consultation.

Et cependant la négociation annuelle obligatoire, relative aux protocoles préélectoraux, ou aux accords 35 heures puisque la réduction du temps de travail est obligatoire dans les UES de plus de vingt salariés depuis le 1^{er} janvier 2000, peut être l'occasion pour les organisations syndicales de s'interroger sur l'existence d'une unité économique et sociale permettant de dépasser le cadre de sociétés juridiquement distinctes pour faire reconnaître le niveau réel de prise de décisions, et y instituer la structure de représentation du personnel adaptée.

C'est donc au fil du temps, en dehors même des restructurations et turbulences sur le plan économique

(10) Article 432-1 nouveau.

(10 bis) Article 432-1 nouveau.

que la question du niveau pertinent de l'institution représentative peut être posée, par les syndicats.

1.1. Sur le plan des moyens à disposition des élus pour accéder à l'appréciation de la situation de l'entreprise figure le recours à l'expert-comptable.

Le comité central d'entreprise, confronté à un projet économique et un plan social, peut naturellement faire usage de son droit de recourir à un expert (11).

Mais le comité d'établissement dispose des mêmes prérogatives, même lorsque le projet dépasse l'établissement mais concerne la société dans son ensemble pourvu que l'établissement soit concerné par le projet (12). Ainsi, le comité d'établissement peut pallier la carence du comité central d'entreprise dans le recours à l'expert. Qu'en est-il si le comité central d'entreprise fait moins encore que s'abstenir d'en débattre, et renonce explicitement à recourir à l'expert ?

Par analogie avec l'article L 432-1 (13), le comité d'établissement devrait pouvoir dans ce cas recourir à l'expertise.

L'expert peut, à son tour, utiliser les prérogatives qu'il tient de l'article 434-6 et de la jurisprudence à l'occasion de chacune des missions (examen des comptes annuels et prévisionnels, droit d'alerte, projet important dans les entreprises de plus de 300 salariés et, bien sûr, licenciement économique), et permettre aux élus d'accéder aux éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à "l'intelligence des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise" (11). La conception que les experts et leurs clients ont de cette exigence, a amené la jurisprudence à dépasser le cadre de la société, personne morale, pour accéder à une connaissance plus large dans l'espace et dans le temps.

Dans l'espace puisque l'expert a accès aux comptes de la société mère, des sociétés sœurs, autres filiales du groupe, à la comptabilité analytique si elle existe, aux comptes des divisions, même lorsque l'organisation de l'entreprise aboutit à des divisions trans-sociétés (14).

Dans le temps, l'expert a accès aux comptes des dernières années et donc à un passé et un futur prévisible, dans le cadre d'une mission d'examen des comptes prévisionnels ; cela permet aux CE d'interpeller la direction de l'entreprise, sur les conséquences prévisibles en matière d'emplois, des prévisions comptables.

(11) Article 434-6.

(12) Soc. 25 janvier 1995 BC V n° 37.

(13) Loi du 17 janvier 2002 - article 101.

(14) Soc 27 novembre 2001, Benoît Girard Syndex, DS janvier 2002 p. 164 ; à paraître au Dr. Ouv.

Les réponses d'une direction, à l'occasion de la présentation d'un rapport sur les comptes annuels et prévisionnels, rendent plus difficile le culte du secret et les longues maturations occultes des entreprises. Le rapprochement des comptes prévisionnels et des projets économiques avec compression d'effectif donne la mesure de la loyauté de l'entreprise dans le moment choisi pour informer les élus.

Si un comité accède à la connaissance des prévisions dans la gestion des moyens humains et matériels, à travers les rapports de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC), il devient difficile de concevoir dans l'opacité un projet masqué ou découpé en séquences présentées comme totalement indépendantes. C'est une illustration de la technique "Saumon" chère à Jean Meloux.

La loi du 15 mai 2001 (14 bis), dite loi sur les Nouvelles Régulations Economiques, prévoit expressément pour le comité d'entreprise le droit de recourir à un expert en cas de dépôt d'une offre publique d'achat ou d'une offre publique d'échange. Ce recours n'était pas interdit avant le 15 mai 2001. Il s'agissait cependant d'une mission conventionnelle. Aujourd'hui il s'agit d'une mission légale ; l'expert a ainsi explicitement accès aux documents de toutes les sociétés concernées par l'opération. Le comité d'entreprise ou le comité de groupe peut également avoir recours à l'expert lorsque l'entreprise est partie à une opération de concentration.

1.2. Parmi les dispositifs offerts au comité d'entreprise dans sa quête permanente d'informations sur les projets économiques (dont l'emploi est une composante) figure la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (article 432-1-1)

La procédure d'information puis la consultation sur un rapport écrit est considérée comme un préalable à la consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciements économiques. Elle doit être effectuée au niveau de la société comme du groupe, et le projet, peut, dans l'attente, être suspendu (15). Une telle demande doit, pour avoir un effet suspensif, être formée par le comité d'entreprise au stade de l'information et avant l'expression de son avis.

Le droit à l'information et à la consultation s'est précisé depuis la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, lorsqu'une entreprise est l'objet d'une OPA ou d'une OPE, ou est partie à une opération de concentration.

(14 bis) Les dispositions modifiant le Code du travail ont été reproduites dans le Dr. Ouv. de juillet 2001. Voir également M. Cohen "Les nouvelles attributions des CE depuis la loi NRE" Dr. Ouv. fév. 2002.

(15) TGI Lyon 12 octobre 1999 CE SYSTUS.

Jusqu'à-là, à l'occasion d'une offre publique d'achat ou d'une offre publique d'échange, le comité d'entreprise était informé et pouvait inviter l'auteur de l'offre pour qu'il expose son projet, et ce en application de l'article 432-1.

L'information est désormais formalisée. L'auteur de l'offre doit adresser au comité d'entreprise la note d'information ; le CE est réuni dans les quinze jours de la publication de la note et peut décider d'entendre l'auteur de l'offre. Celui-ci est ainsi convoqué trois jours avant l'audition et prend connaissance des observations du comité d'entreprise assisté de son expert.

La loi NRE précise également la sanction du non-respect de ces dispositions. Ainsi, dans l'hypothèse où l'auteur de l'offre ne se rend pas à la réunion à laquelle il est invité, il se trouve privé des droits de vote attachés aux titres qu'il détient dans la société, objet de l'offre et également à ceux qu'il possède dans la société qui la contrôle ou qu'elle contrôle. Cette sanction a une durée déterminée ; elle est levée si l'auteur de l'offre se rend à la réunion ou si le CE omet de le réinviter à une seconde réunion quinze jours après la première.

La loi 15 mai 2001 introduit également un droit nouveau pour le comité d'entreprise, lorsque la société est partie à une opération de concentration.

Le chef d'entreprise réunit le CE dans les trois jours de la publication du communiqué du Ministère de l'Economie et le CE peut recourir à un expert ce qui provoque une deuxième réunion de présentation des travaux de l'expert (16). Cependant, le chef d'entreprise n'a pas l'obligation d'informer le comité de groupe et les comités d'entreprise ; il peut n'informer que le comité de groupe et est alors dispensé de toute information auprès des comités d'entreprise.

Ce texte élargit-il, ou au contraire borne-t-il l'accès à l'information ?

La pratique législative qui consiste à donner beaucoup de précision dans les prescriptions comme dans les sanctions, restreint bien souvent le champ des possibles, et les praticiens du droit puisent plus de ressources dans un texte de principe, qui pose une règle générale que dans un maillage de dispositions très serré qui enferme, restreint, et limite (17).

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a complété ce dispositif au stade de la présentation du projet économique au comité d'entreprise.

Lorsqu'il s'agit d'un projet de restructuration et de compression des effectifs, le comité d'entreprise peut formuler des **propositions alternatives**, et exercer un droit d'opposition "qui se traduit par la saisine d'un médiateur".

Le comité d'entreprise peut recourir à l'assistance d'un expert-comptable à moins que l'on se trouve dans une configuration CCE/CE et si le projet excède le pouvoir d'un chef d'établissement, auquel cas c'est le CCE qui procède à la désignation, le comité d'établissement conservant néanmoins cette prérogative si le CCE n'en use pas.

La formulation par le comité d'entreprise d'avis ou/et de propositions alternatives entraîne la tenue d'une autre réunion au cours de laquelle l'employeur est tenu de fournir au comité d'entreprise une réponse motivée. Le délai entre les deux réunions est de quinze ou vingt et un jours, selon qu'un expert-comptable n'a pas été ou a été désigné. Le rapport doit être transmis aux élus et au chef d'entreprise huit jours avant la deuxième réunion (18).

Cependant il ne suffit pas que des délais soient institués pour qu'ils aient un "effet utile" au regard de l'objectif poursuivi par les élus (19) ; la qualité et le contenu de l'information fournie, sur le lien entre le projet économique et l'impact sur l'emploi, sur la proportionnalité, objectif économique/moyens humains seront légitimement exigés par les comités d'entreprise qui se prévaudront du droit à l'information précise et écrite et d'un délai d'examen suffisant pour être en mesure de formuler des propositions alternatives.

Au niveau européen, la nécessité reconnue d'une information et d'une consultation des travailleurs d'entreprises ou groupe d'entreprises opérant dans plusieurs états membres est à l'origine des directives de l'Union.

Ainsi, les représentants des travailleurs qui souhaitent la mise en place d'un comité d'entreprise européen, ont au préalable besoin de savoir si l'entreprise ou le groupe dont ils dépendent remplit les conditions qui lui permettent d'être qualifié d'entreprise de dimension communautaire définie comme celle qui possède des établissements dans au moins deux états membres et emploie 1000 salariés au moins dont 150 dans au moins deux états membres. Accéder à cette information de base, qui concerne la structure du groupe et les effectifs, peut justifier une procédure contre **toute entreprise du groupe** et non contre la seule société dominante (20).

(16) Article L 432-1 bis.

(17) A vouloir moins préciser, on judiciarise certes, mais ce faisant, on ouvre des champs. Songeons à cet égard au succès qu'a pu avoir le "notamment" de l'article 321-1

(18) Articles L 432-1 nouveau.

(19) CA Versailles 7 mai 1997 DS 97 p.506.

(20) CJCE 29 mars 2001, Bedriehrat der Bofrost, Dr. Ouv. 2002 p. 84.

C'est la notion **d'effet utile** de la directive qui a permis ce résultat.

Toujours sur le plan du droit de l'Union, des évolutions sont à prévoir dans deux directions :

- le renforcement des droits à l'information et à la consultation, notamment en cas de fusion ou de restructuration, fait l'objet d'une proposition de directive soumise au Parlement européen. C'est bien le contenu de l'information, la portée de la consultation, et les sanctions du non-respect de ces obligations (suspension ? nullité ?), qui est actuellement en débat.
- la création d'un corps de médiateurs européens.

Sur le plan méthodologique et quelle que soit l'institution représentative requise, atteindre l'étape décisive qu'est l'expression d'un avis suppose certaines évolutions.

Les projets de convocation des institutions représentatives du personnel ne devraient pas comporter la mention "information/consultation" car enfin comment prétendre recueillir un avis le jour même où l'on expose un projet à supposer qu'il soit doté de toutes les informations sur son fait générateur et ses conséquences possibles sur les emplois et l'organisation du travail. L'initiative du secrétaire, relayée par les élus au comité d'entreprise, au moment de la signature de l'ordre du jour est une étape charnière.

Comment les propositions alternatives que l'on crédite le comité d'entreprise de pouvoir élaborer (21) avec l'aide d'un expert pourraient elles être formulées avant le dépôt du rapport de l'expert ? Comment le chef d'entreprise peut-il sérieusement prétendre fournir une réponse motivée à des propositions alternatives élaborées en huit jours ?

C'est bien avec le souci de donner aux normes un "effet utile" qu'il conviendra d'organiser le calendrier des réunions du comité d'entreprise et le contenu des informations remises aux élus et à l'expert.

1.3. Que penser de la concomitance dans le temps, et non dans l'instant, de l'information au titre du livre IV (le projet économique) et du livre III (les mesures d'accompagnement).

Lorsque la concomitance est arrivée dans les pratiques patronales, il y a eu un mouvement de rejet de la part des CE, et de leur secrétaire qui refusaient de signer l'ordre du jour proposé par le chef d'entreprise.

Cependant, et dès lors que les élus veillaient à ce que la procédure se déroule selon les délais utiles en sorte que le calendrier du livre III ne vienne pas accélérer et vider de son effet utile le déroulement du livre IV, les délais les plus favorables étant au contraire respectés, cette concomitance est apparue comme dépourvue d'inconvénient.

Elle présentait même l'avantage de coupler ce qui est intimement lié, c'est-à-dire le projet économique (avec son organisation, son effectif cible, ses reclassements potentiels, ses moyens, et aussi ses emplois supprimés) et le plan de sauvegarde de l'emploi (avec ses mesures de nature à permettre de reclasser les salariés, d'éviter ou limiter le nombre de licenciements). La loi du 17 janvier 2002 sépare ce que l'imagination des entreprises et le pragmatisme des juridictions soucieuses de donner un effet utile aux exigences légales sur le contenu de l'information avaient uni.

Désormais, l'employeur ne peut présenter un plan de sauvegarde de l'emploi tant qu'il n'a pas apporté de réponse motivée aux avis et propositions alternatives formulées par le comité d'entreprise, consulté sur un plan de restructuration.

Cela signifie-t-il que, pour ouvrir le livre III, il faut avoir refermé le livre IV ? ou encore que le comité d'entreprise s'interdit de formuler des propositions alternatives au projet de restructuration évoqué dans la phase n° 1, dès lors qu'il se trouve dans la phase n° 2, pendant laquelle on n'évoque que les mesures de nature à éviter les licenciements, en limiter le nombre et faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement n'a pas pu être évité.

L'examen du projet économique dans la première phase devra-t-il nécessairement exclure l'analyse du "social" réservé à la deuxième phase ?

Répondre par l'affirmative relève d'une méconnaissance de la capacité des comités d'entreprise à formuler des propositions. Lorsqu'un projet économique est encore en débat, et en devenir, il recèle une souplesse de nature à enrichir le nombre et la qualité des emplois dédiés au reclassement des salariés.

En revanche, lorsqu'un schéma est figé, lorsque les élus l'ont involontairement renvoyé à l'opacité en exprimant un avis, il y a moins de grain à moudre dans la recherche de reclassement interne.

Les salariés, leurs élus, leurs syndicats, leurs experts et leurs avocats vont devoir faire preuve d'imagination pour retrouver, ce dont la loi semble, à s'en tenir à une lecture hâtive, les priver.

(21) Article L 432-1 nouveau.

II. Les organisations syndicales

Le syndicat a le monopole de la négociation, clairement distinguée de l'information en vue de la consultation, qui est la prérogative de la représentation élue (22). Le syndicat, à la différence du comité d'entreprise, n'exprime pas un avis. En signant des accords, il crée le droit applicable. Quelle est sa place en amont de la décision susceptible d'aboutir à une modification du contrat individuel ou à sa rupture ?

Bien sûr, défendre l'intérêt collectif, susciter, organiser la mobilisation des salariés pour la défense de l'emploi, en maintenant la cohésion et en évitant que les négociations individuelles puissent contrecarrer l'action collective.

Mais aussi sans doute négocier, dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire, ou de la réduction du temps de travail en s'assurant, au stade de l'exécution des accords, du respect des engagements précis sur l'emploi pris par l'entreprise.

La remise en cause d'un engagement de maintien d'emplois, figurant dans un accord un couple projet économique - plan social ultérieur, permet à tout le moins au syndicat signataire de l'accord de demander que soit constatée la nullité de la procédure et du plan social, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil (23).

Les organisations syndicales qui signent ces accords savent que le suivi de leur mise en œuvre implique la

conception préalable des instruments permettant d'identifier les emplois créés ou sauvegardés, autrement qu'en volume. Il leur appartient de veiller à la transparence de l'information et de prévoir pour cela des moyens et une méthode (rythmes des réunions, procès-verbaux) pour les commissions de suivi.

Mais pour aller au-delà et toucher peut-être ce qui fait problème ou, en tout cas, fait débat, quelle est la place de l'organisation syndicale lorsqu'un projet économique et des mesures d'accompagnement sont soumis au CE ? Y a-t-il matière à négociations ?

La réponse en droit est très certainement positive puisque le plan social peut faire l'objet d'une négociation et d'un accord entre la direction de l'entreprise et les organisations syndicales (24).

Mais l'opportunité d'envisager une négociation trouve sa limite dans l'objet même de celle-ci. Il s'agit en effet pour les organisations syndicales de ne pas priver les salariés de leur droit à contester avec succès leurs licenciements, notamment en ce qui concerne la définition des critères d'ordre, les mesures de reclassement, prévues ou non dans le plan. Il s'agit également de respecter les prérogatives du CE : informer / négocier / consulter s'articule alors sans confusion ni empêtement.

III. L'administration

Celle-ci dispose de deux modes d'intervention :

- le constat de carence, lorsqu'elle estime qu'il n'existe pas de plan social au sens de l'article 321-4-1,
- l'avis écrit, lorsque le processus d'information puis de consultation ou les règles relatives à l'élaboration des mesures du plan social n'ont pas été respectées, ou encore lorsque les mesures du plan n'ont pas été mises en œuvre.

Ni l'avis ni le constat de carence n'ont pour effet d'interrompre la procédure ou même de contraindre l'entreprise à mettre son projet en conformité ; le chef d'entreprise n'a donc aucun intérêt à engager quelque recours que ce soit pour faire annuler la décision par le juge administratif (25).

Le constat de carence ou l'avis de l'administration est cependant plein d'intérêt pour le comité d'entreprise,

qui peut naturellement s'en emparer pour l'inscrire dans le débat susceptible de s'instaurer devant le juge judiciaire. Les salariés licenciés peuvent naturellement faire de même devant le Conseil de prud'hommes.

La loi du 17 janvier 2002 vient donner un rythme plus interactif à l'échange employeur/autorité administrative/comité d'entreprise. L'administration pourra **tout au long de la procédure** et jusqu'à la dernière réunion du comité d'entreprise présenter des propositions destinées à compléter ou modifier les plans de sauvegarde de l'emploi. Après même l'achèvement de la phase de consultation, par l'expression de l'avis du comité, le plan transmis à l'administration peut faire l'objet d'un constat de carence, qui permettra de réouvrir le débat au sein du comité si celui-ci demande, une réunion complémentaire. Cette nouvelle phase, si les élus s'en emparent, peut les amener à modifier leur avis, le

(22) Cass. 28 novembre 2000 UAP RJS 2001 n° 212.

(23) SAS BSN-VMC/CCE CGT CFDT C.A. Lyon 11.10.2001.

(24) Article 321-6.

(25) Conseil d'Etat 20 mars 1997 - DS 97 p.462 ; Cassation 3 décembre 1996 - BC V n°411.

compléter, susciter de nouvelles observations auxquelles l'entreprise devra bien apporter une réponse motivée.

L'administration surgit également dans le nouvel espace que le Législateur a appréhendé à travers la notion de bassin d'emploi. Si l'équilibre économique de celui-ci se trouve affecté par des licenciements, **le Préfet** peut susciter la concertation au-delà même du cadre de l'entreprise.

Ainsi, l'employeur, les organisations syndicales présentes ou non dans l'entreprise, les élus de la sphère politique et les organismes consulaires sont invités à débattre des moyens que l'entreprise, auteur des licenciements, peut mobiliser pour contribuer à la création d'activité, à la formation, au développement des emplois dans la sphère géographique, en fonction de ses capacités.

IV. Le juge

En amont de la décision de licenciement, c'est le Tribunal de grande instance qui se trouve compétent dans la phase de contestation d'un processus et d'un projet, même si l'entreprise est en redressement judiciaire (26).

Le juge se trouve alors saisi de demandes de suspension de la procédure d'information, dès lors que les élus et ou les organisations syndicales considèrent qu'ils sont insuffisamment ou irrégulièrement informés et consultés, tant sur le projet économique que sur le plan de sauvegarde de l'emploi.

Il en est ainsi notamment lorsqu'il s'agit d'obtenir des informations jusque-là gardées secrètes, ce que Paul Bouaziz appelle "*les projets masqués ou encore les projets à tiroir*", dont l'employeur n'ouvre que le premier. Le Juge prend alors toute mesure de nature à assurer à la représentation élue comme au syndicat, une information loyale et complète, à un niveau pertinent. Les élus diffèrent l'expression de leur avis, jusqu'à obtention des informations qui leur sont dues.

En ce domaine, il faut saluer la pertinence des réponses judiciaires, la disponibilité dont les magistrats font preuve à l'occasion de procédures complexes, engagées dans l'urgence, souvent même à bref délai. La procédure d'information en vue de la consultation est devenue effective, a eu un contenu et un déroulement utiles pour les élus et les syndicats grâce aux procédures judiciaires à l'occasion desquelles le juge pose les conditions d'une information complète, d'une articulation comité/syndicat qui garantit à

Ainsi, le paramétrage des capacités d'une entreprise/initiatives en matière d'emplois supprimés mais aussi créés, entre dans le débat public, auquel participeront sous la houlette du Préfet, les intervenants extérieurs à l'entreprise que sont les élus "intéressés" et les organismes consulaires.

Quels seront les effets de ce débat ?

Restera-t-il formel, les sociétés préférant demeurer dans l'opacité et se résigner au financement plafond en négociant avec l'administration "l'amende" liée à la non-réactivation du bassin d'emplois : l'instauration du droit de ne pas réactiver l'emploi moyennant finance, constituerait l'échec de la loi, comme celui, dans un autre domaine, de payer pour continuer à ne pas respecter l'environnement...

chacun le respect de ses prérogatives, tant dans l'avis à émettre que dans la négociation et l'application des accords.

S. Guinchard dit du droit processuel, qu'il est le pivot de la garantie des droits, et que le droit du procès devient une garantie fondamentale (27).

On peut dire de même du droit à l'information pour les représentants des salariés ; la procédure d'information en vue de la consultation est au cœur de la garantie des droits et de leur effectivité.

Comme le droit processuel, elle ne se résume pas au formalisme ; ils sont tous deux l'instrument et la condition de l'exercice d'un droit ; l'effectivité des droits du comité d'entreprise et des syndicats a, sur le terrain qui nous occupe, été garantie par l'accès au juge.

Cette intervention du Juge comme recours pour garantir le bon déroulement d'un processus est intégrée par la loi du 17 janvier 2002 (28).

Pour ce qui concerne le contenu même du plan social, la loi du 17 janvier 2002 s'enrichit de certaines actions :

- création d'activité nouvelle, soutien de la réactivation du bassin d'emplois, action de formation, de validation des acquis, réduction du volume des heures supplémentaires, etc.

Quant au paramétrage entre le plan, et les moyens dont dispose l'entreprise, né de la jurisprudence (29), il trouve aujourd'hui une nouvelle consécration dans la loi.

(26) Cassation 14 octobre 1997 Arm systèmes Dr. Ouv. 98 p.141.

(27) Droit processuel, Serge Guinchard- éd. Dalloz.

(28) L.321-4-1 qui reprend l'amendement dit Michelin. Il ne sera rien dit ici du médiateur, de ses recommandations qui peuvent avoir les effets juridiques d'un accord - L 432-1-3 nouveau.

(29) Cass.soc.28 mars 2000 société Lanon n° 1524 PB, Dr. Ouv. 2000 p. 493, rapp. C. Cass. 2000 Dr. Ouv. 2001 p. 345.

Pour conclure sur cette phase amont de la décision de licenciement, ou de modification du contrat, et pour relever les insuffisances et limites de l'état actuel du droit, force est de constater que les salariés des entreprises de

moins de 50 se trouvent relativement dépourvus de possibilités d'action. Sauf à rechercher l'existence d'une possible unité économique et sociale au-delà des frontières de la personne morale qui les emploie.

V. Le salarié privé d'emploi

Il ne peut agir en justice qu'après le licenciement, pour demander la poursuite de son contrat de travail ou des dommages et intérêts.

La poursuite du contrat de travail peut être obtenue dès lors que le plan de sauvegarde de l'emploi est nul, puisque alors la procédure est nulle et de nul effet.

Cette demande peut être formulée en référé (30), même en présence d'une précédente décision, elle aussi rendue en référé, rejetant la demande du CE de voir la procédure d'information reprise (31).

La demande tendant à voir le Juge constater la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi serait soumise à la prescription quinquennale, sans cependant qu'en l'état le fondement d'un tel délai soit bien explicite (32). La loi du 17 janvier 2002 vient utilement préciser, que le salarié qui ne demande pas la poursuite de son contrat de travail, pourra obtenir une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des douze derniers mois (33).

En revanche, en cas de non-respect de l'obligation de reclassement et du devoir d'adaptation, la sanction n'est qu'indemnitaires (34). L'hypothèse de la nullité sans texte qui la prévoit expressément ou lorsque le texte prévoit expressément une autre sanction, est-elle aujourd'hui à écarter (36) ?

En l'état de la jurisprudence, l'indemnisation est également la sanction du licenciement économique dépourvu de cause justificative réelle et sérieuse, du non respect des engagements pris dans le plan social (35) et enfin de la légèreté blâmable de l'employeur dans la mise en œuvre du plan (37).

Le retard dans la demande à l'administration d'une convention FNE, alors que ce dispositif figurait dans le

plan social, est considéré comme une faute entraînant des dommages et intérêts au profit des salariés. Dans ce cas c'est le mécanisme de la responsabilité civile et de l'article 1382 qui est mis en œuvre, et non la notion d'absence de cause réelle et sérieuse (38), puisque le FNE n'est pas une mesure d'évitement du licenciement, mais d'atténuation de ses conséquences.

Le salarié peut se prévaloir de la non mise en place d'un CE, en l'absence d'un constat de carence, mais la sanction n'est qu'indemnitaires qui ne peut être inférieure cependant à un mois de salaire brut (39).

Se trouve également modifié le délai pour faire valoir une priorité de réembauchage, qui est, comme l'obligation elle-même porté à une année (40).

* * *

La non-réintégration comme sanction de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse laisse insatisfait.

Il s'agit bien en effet de supprimer l'acte ou la situation juridique illicite, de mettre en œuvre l'exécution forcée d'une obligation pourtant méconnue.

Si l'on conçoit la sanction civile comme la mesure de nature à permettre le rétablissement de la légalité (41), seule la réintégration est de nature à donner satisfaction au salarié licencié.

Sur ce terrain, la loi du 17 janvier 2002 permettra-elle, grâce à un accès à l'information amélioré et anticipé, de considérer les licenciements, en amont, comme l'ultime remède, et donc à en limiter le nombre.

La réponse est à venir (42).

Myriam Plet

(30) Cass.soc.13 février 1997 deux arrêts Dr. Ouv. février 1997 p.94.

(31) Cass.soc.30 mars 1999 ALEFPA/Berthelin, Dr. Ouv. 1999 p.365.

(32) Certains auteurs évoquent l'article 1315 du Code Civil sur la prescription des actions en nullité des conventions... mais le plan social n'est pas une convention, il s'agit d'un engagement unilatéral. Le principe de sécurité juridique est également invoqué sans pour autant que la Cour de Cassation y ait fait strictement référence en matière de plan social (Cass. 28 mars 2000 n° 1026 P - Dalloz 2001 - J page 35).

(33) L.122-14-4 nouveau.

(34) Article 321-1 nouveau. Conseil Constitutionnel 12 janvier 2002 considérant n° 21

(35) Soc. 6 juin 2000 - RJS n° 786.

(36) Soc. 10 juillet 2001 - commentaire JM Verdier - DS 2001 p. 1035, Dr. Ouv. 2001 p. 490.

(37) Soc. 10 juillet 2001 - DS 2001 p. 1125.

(38) Soc.14 novembre 2001 AGS/Alain Blum n°4666 F - D.

(39) L.321-2-1 nouveau.

(40) L.321-14 nouveau.

(41) Plus qu'un instrument de satisfaction des intérêts privés, de résolution des litiges, la sanction civile s'affirme ainsi comme le garant d'une certaine intégrité de l'ordre juridique dont le Juge est la figure emblématique. Lorsque cet ordre est atteint par un acte illicite, reconnaître et caractériser la nature et le degré d'illicéité fait figure d'exigence fondamentale tant au regard de l'ordre juridique lui-même que de l'atteinte portée aux droits de la personne - Manuela Grévy - DS 06/2001 page 598.

(42) Cette article ne comporte aucune référence à la sanction pénale. Les infractions en ce domaine ne semblent pas faire partie de la politique pénale mise en œuvre. Elles ne sont même pas comptabilisées dans les statistiques, un assez bon baromètre de la volonté politique en œuvre.