

Vers une négociation sur les restructurations destructrices d'emplois

par Gérard LYON-CAEN,

Professeur émérite de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

PLAN

I. La loi du 17 janvier 2002 devient "provisoirement" inapplicable (pour partie).

- 1) Une loi suspensive.
- 2) Les règles qui sont suspendues.

II. Une négociation "prélégislative".

- 1) Une "négociation" annoncée.
- 2) Une négociation qui ne mérite pas son nom.
- 3) Négocier les restructurations elles-mêmes.

III. Des accords partiellement dérogatoires.

- 1) La négociation d'entreprise sur la restructuration de celle-ci.
- 2) Droit transitoire.

suspendre ainsi ce que le législateur avait antérieurement statué. Abroger une loi antérieure entre dans ses attributions ; mais la suspendre ? C'est une suspension d'application, dit le texte, ce qui implique que le texte ancien subsiste, sans toutefois pouvoir être appliqué. Est-ce conforme au sens du mot : loi ? Le propre de la loi c'est, une fois promulguée, d'être obligatoirement appliquée. La définition même de la loi en sort malmenée et le Conseil constitutionnel aura – du moins l'espère-t-on – à se prononcer. Admettra-t-il que le législateur soit ainsi resté en deçà de sa compétence ?

Cette suspension doit durer dix-huit mois (plus un an comme on le verra). En attendant les négociations professionnelles doivent s'ouvrir, et au vu de leur conclusion, un nouveau projet de loi devra être déposé. Est-il trop audacieux de supposer que les négociations peuvent ne pas aboutir ? Est-il outreucidant d'envisager l'hypothèse où un Parlement autrement composé, n'adopterait pas le projet de loi annoncé, ou adopterait un texte différent de celui qu'auront signé les organisations professionnelles ? Quelle sera la situation de la législation française en semblable occurrence ? La

I.

La loi du 17 janvier 2002 "provisoirement" inapplicable (pour partie)

1) Une loi suspensive

Que va-t-il rester de cette loi du 17 janvier 2002 aux vastes prétentions, qui avait osé s'intituler de « modernisation sociale » ? Un article clef, celui qui proposait une nouvelle définition du licenciement économique, a été annulé par le Conseil constitutionnel (1).

Voici, selon un projet à voter au cours de cette session, neuf articles dont l'application sera « suspendue ». Il importe de s'arrêter un instant à cette formule, et de s'interroger sur la faculté pour le législateur de

loi aujourd'hui suspendue, rentrera-t-elle en vigueur ? Il ne paraît pas qu'il y ait beaucoup de précédents ; la seule comparaison possible est avec l'Ordonnance portant rétablissement de la légalité républicaine, en 1944. Elle avait validé certains actes de l'autorité de fait, en avait annulé d'autres, et elle avait « provisoirement maintenu en vigueur » une catégorie intermédiaire d'actes dits lois. Un rapprochement est concevable entre une loi de Vichy « provisoirement maintenue en vigueur » en attendant de disparaître et cette loi de modernisation sociale suspendue dans certaines conditions et pour un certain délai en attendant d'être abrogée. Ce sont des lois qui sont encore quelque peu des lois, sans être des lois véritables... puisque lois provisoires vouées à une caducité prochaine.

2) Les règles qui sont suspendues

Le contenu de cette suspension n'est pas indifférent. Elle est relative aux prescriptions figurant dans sept articles (97, 98, 99, 101, 102, 104, 106, 109 et 116 loi 17 janvier 2002) (2).

– La cessation d'activité, laquelle ne pouvait résulter que de la décision des organes de direction, décision prise après consultation du comité d'entreprise et présentation à celui-ci d'une étude d'impact (« social » et « territorial »). La fermeture d'un établissement comme telle faisait ainsi son apparition ; mais – remarque utile –, dans le Code de commerce, non dans le Code du travail ; la corrélation des deux branches du Droit se trouvait de ce fait admise et renforcée. La fermeture d'un site est replacée dans son régime antérieur qui n'était remarquable... que par son absence. Quant à l'étude d'impact, c'est un concept d'avenir.

– Le projet de développement, lequel, dans la mesure où il affecte l'emploi (et il l'affecte toujours), doit également être l'objet d'une étude d'impact, sur laquelle les organes de la société se prononcent – mais apparemment pas le comité d'entreprise (beaucoup de travail pour les consultants d'entreprise).

– Le déroulement successif des consultations du comité : celle prévue au livre IV du Code du travail et

(1) C.C. 12 janvier 2002, Dr. Ouv. 2002 p. 59, comm. Saramito (p. 41), Matthieu (p. 44), Dr. social 2002, comm. Prétot (p. 244), Carcassonne (p. 255), Antoine Lyon-Caen (p. 258).

(2) Sur cette loi, v. n° spécial juin 2002 Trav. et prot. soc. s/direction Ch. Willmann et J.Y. Kerbourch et RPDS mai 2002 n° spécial "Le licenciement économique".

s'il y a recours à des licenciements économiques, celle mentionnée au livre III. Ici on retombe simplement dans un droit façonné depuis quelques années par la jurisprudence (2 bis).

– Le rôle du comité d'entreprise dans l'hypothèse d'une restructuration avec compression d'effectifs. Il pouvait selon la loi de modernisation, expressément faire une ou des propositions alternatives. Il recevait au surplus un *droit d'opposition* (qui était un droit de suspension), accompagné de la saisine d'un médiateur (outre le recours toujours possible à un expert-comptable). La procédure s'en trouvait d'autant prolongée... D'autant que l'employeur devait faire réponse motivée aux observations du comité.

Il n'est pas interdit de penser que c'est l'institution nouvelle d'un *médiateur* (dans un sens différent de celui habituellement reçu) qui a indisposé les entreprises. Le terme était évidemment mal venu, car comment penser qu'une direction d'entreprise puisse accepter qu'un tiers extérieur vienne lui demander des explications sur une mesure de restructuration ? Au minimum, fallait-il un mot moins connoté ; un « expert en restructuration » par exemple ; un « consultant indépendant » ? Ceci est si vrai qu'on revient plus loin au médiateur, en cas de divergence entre le projet de l'employeur et le projet alternatif présenté par le comité (ce qui ne pouvait manquer de devenir habituel). Le choix du médiateur, soit par accord, soit par décision du TGI ; les pouvoirs du médiateur, étaient alors, définis dans le détail, en

sorte qu'il devenait une des institutions clefs de la modernisation sociale, véritable commissaire aux restructurations, supervisant le chef d'entreprise, quoique rémunéré par lui. C'était un chiffon rouge ! Il fallait s'attendre à ce qu'au premier changement de majorité, le médiateur soit fusillé...

– Le licenciement économique prononcé sans qu'aient été mis en place dans l'entreprise un comité ou des délégués élus. Ce licenciement était dit *irrégulier*. Mais curieusement le texte n'en tirait pas toutes les conséquences (nullité des licenciements), se limitant à l'octroi d'une indemnité spécifique.

– L'ordre à suivre dans un licenciement collectif. Les qualités professionnelles n'y figuraient plus, elles réapparaissent, sans que cela soit dit.

– Le renforcement du rôle de l'autorité administrative, tout au long de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi (ex plan social), ce qui témoignait d'une certaine incohérence législative, la loi française ayant, depuis 1986, opté pour le contrôle judiciaire, au détriment du contrôle administratif. Certes ce n'était plus le licenciement que l'administration autorisait, c'était le plan social devenu plan de sauvegarde de l'emploi, qu'elle pouvait amender. Etant sortie par la porte, elle rentrait néanmoins par la fenêtre. Le pouvoir judiciaire avait pourtant pris des décisions de grandissime intérêt sur le plan social. On ne regrettera pas ici que ces nouveaux pouvoirs de l'administration soient suspendus.

II.

Une négociation "prélégislative"

1) Une « négociation » annoncée

La loi à venir ne se contente pas de suspendre la loi ancienne (pourquoi n'a-t-elle pas eu le courage d'abroger la loi de « modernisation » sociale ?). Elle ne la remplace cependant pas non plus par une autre loi (qu'on aurait méchamment pu appeler de « régression sociale »). Elle substitue à cette loi, pendant une certaine période, l'ouverture d'une négociation ; on reconnaît ici l'écho de la controverse théologique : en matière sociale la convention est préférable à la législation (en réalité, on a besoin des deux ; la norme sociale a une double nature : humaine et divine en quelque sorte). S'annonce d'abord une négociation nationale interprofessionnelle. Elle apparaît comme le cœur du nouveau dispositif appelé, après suspension, à se substituer à l'ancien. Elle devra porter sur les procédures de prévention des licenciements économiques, sur les règles d'information et de consultation des représentants du personnel, enfin sur le régime du plan de sauvegarde de l'emploi : trois gros chapitres. Mais rien n'est prévu en cas d'échec – toujours possible – de cette négociation.

Cette négociation n'est pas la seule envisagée. Une négociation d'entreprise est également prévue ; et celle-ci peut porter sur la procédure de consultation du comité d'entreprise elle-même.

Ces deux négociations – l'une en haut et l'autre en bas –, comme le dit le jargon à la mode, sont susceptibles de susciter d'amples difficultés juridiques, que l'optimisation du « tout négocié » ne pourra cacher indéfiniment.

2) Une négociation qui ne mérite pas son nom

La première interrogation concerne la négociation nationale interprofessionnelle. La place des négociateurs ne sera pas enviable, car ils vont être en quelque sorte écartelés entre deux lois : l'une, certes suspendue, mais figurant toujours provisoirement dans le Code, l'autre à venir, dont on les prie de dessiner les traits, mais dont ils ne savent encore rien. Au demeurant, la matière a toujours été de la compétence du législateur car elle est considérée comme d'ordre public. La tâche de cette négociation normative sera de se glisser dans l'entre deux. Le MEDEF ne devrait pas

seul la préparer. Que les syndicalistes s'y mettent. Si l'on prête attention à l'invitation de la loi nouvelle, la négociation devrait porter :

- sur la *prévention* des licenciements. Or sous cet intitulé la loi de modernisation sociale (non suspendue sur ce point) traitait de la formation professionnelle en vue de l'adaptation aux emplois ; de la gestion prévisionnelle des emplois (art. 94 et 95) ; elle abordait aussi la réduction de la durée collective du travail, mais incitait à aborder cette question plutôt comme préalable au plan de sauvegarde des emplois (plan social) (art. 96). On n'aperçoit pas clairement ce qui peut être utilement dit – sinon en répétant inlassablement la même phraséologie – dans une négociation nationale, portant sur ces questions. On ne peut fabriquer de bons gestionnaires, ce serait pourtant le point le plus important ;
- sur les règles relatives à l'*information et la consultation* des représentants du personnel. Or ces règles sont, depuis plus d'un demi-siècle, et avec des changements superficiels fréquents, élaborées par le législateur. Il faut bien reconnaître qu'une négociation au sens exact du terme n'est pas appropriée à ce type de sujet. Négocier c'est se faire des concessions réciproques pour dégager un ou des points d'entente : cette négociation interprofessionnelle préparatoire à une loi n'est pas vraiment une négociation. Il faut trouver un autre terme : travaux préparatoires, discussions préliminaires, suggestions communes, tout ce qu'il plaira aux interlocuteurs d'imaginer ; mais pas une négociation car, que concéderont les employeurs ? Quelles prétentions abandonneront ici les

syndicats ? C'est une activité « prélegislative » et c'est bien différent.

3) Négocier les restructurations elles-mêmes

Une remarque supplémentaire s'impose : il ne s'agit pas de modifier une fois de plus le régime des licenciements économiques *stricto sensu*, mais d'imaginer des normes (légales ou « conventionnelles », peu importe) sur les *restructurations* elles-mêmes, lesquelles ont évidemment des incidences sur l'emploi. La loi de modernisation l'avait en somme pressenti, puisque elle modifiait plusieurs articles du Code de commerce. Mais si elle l'avait pressenti, elle n'avait pas osé aller jusqu'à la conclusion logique : c'est *le droit des sociétés*, premier concerné, qu'il faut modifier. Et d'abord en précisant le sens de ce que les media ont en mauvais français appelé : restructurations, – qu'on qualifie parfois aussi de mutations économiques. Et si l'on entend donner voix au chapitre (même une toute petite voix) à ceux que l'entreprise restructurée emploie, c'est une très vaste et très redoutable entreprise. Les actionnaires eux-mêmes le savent bien, qui sont obligés de constituer des associations de défense, sorte de répliques des syndicats de salariés, et d'aller devant les juges. A l'arrière-plan on rencontre la fameuse « gouvernance » d'entreprise. *A fortiori* une réunion au sommet du MEDEF et des confédérations syndicales ne paraît vraiment pas une instance appropriée pour débattre de sujets aussi délicats. Au minimum faudrait-il admettre une fois pour toutes que les représentants du Parlement ont leur place dans une telle rencontre, dans la mesure où le régime économique et social de notre pays est bien le tripartisme. Quant aux actionnaires, leur représentant serait évidemment à sa place. Le Dialogue Social est largement dépassé ! Quadrilogue (invectif) plutôt.

III.

Des accords partiellement dérogoires

1) La négociation d'entreprise sur la restructuration de celle-ci

Si de la négociation au sommet, on passe à la négociation d'entreprise, on va du doute à la stupéfaction. La loi nouvelle innove ici radicalement, elle bafoue carrément la tradition, ce qu'on apercevra en exposant l'objet de cette négociation, sa portée, les parties signataires :

a) L'objet. Il est d'autant plus inattendu que depuis un demi-siècle bien compté, on oppose dans notre pays et ailleurs (en RFA par exemple) la négociation et la consultation. La négociation est le propre du syndicat, la consultation entre dans les attributions des organes élus. Et voilà qu'on assigne à la négociation non pas les conditions de travail et les salaires, comme dans la tradition, mais les modalités de la consultation sur une opération commerciale, à savoir : les pouvoirs mêmes du comité d'entreprise ; l'organisation des réunions du comité ; les contre-propositions qu'il peut élaborer ; la manière dont la direction doit répondre en motivant sa

réponse. Certes il s'agit des grands licenciements (plus de dix salariés en trente jours) ; mais l'innovation est de taille, car on n'avait jamais *négocié* sur de tels sujets. Pourquoi pas sur les heures de délégation ? Pourquoi pas sur l'élection du secrétaire ? Et ainsi de suite. Le syndicat empiètera ainsi sur les délibérations du comité, faisant double emploi à coup sûr.

Mais là n'est peut-être pas le plus surprenant : cette négociation d'entreprise (sortie du cerveau du ministre Auroux et de ses conseillers en 1981-1982) pourra porter dans la foulée sur les projets économiques à l'origine de la restructuration ayant des incidences sur l'emploi. Effectivement le législateur n'a pas pour préoccupation première les licenciements, mais les restructurations qui sont décidées en amont de ceux-ci.

Est-ce que la loi en préparation signifie qu'avant toute restructuration devant se prolonger par des suppressions d'emplois, il faut prévoir de négocier avec les syndicats ? Ou est-ce que sa portée se limite à l'obligation de poser conventionnellement les directives

qu'il sera nécessaire de respecter au cas où l'entreprise viendrait à se restructurer ? Bref, s'agit-il d'une future négociation ponctuelle ou d'une négociation-cadre ? On ne sait. Quelle que soit la méthode retenue, on ne peut se dispenser de dire que l'entreprise ne sera plus entièrement libre dans sa « politique des structures ». Elle partagera avec les syndicats la réflexion – qu'il s'agisse de s'affilier à un groupe, d'une prise de contrôle, de sous-traiter, de « se rapprocher » d'une autre entreprise, de se scinder, de se filialiser –. On peut même lire dans la loi qu'il faudra aller plus loin (pourquoi pas ?) ; elle partagera jusqu'à la décision elle-même. Effet vraiment inattendu de la condamnation de la loi de modernisation sociale. Le comité a ici la faculté de faire des contre-propositions (proposer une restructuration différente, moins coûteuse en emplois, ce que l'arrêt SAT lui interdisait) (3). Bien entendu dans cet objet de la négociation il faut inclure reclassements et reconversions (par exemple en faire conventionnellement des obligations de résultat). On veut espérer que le mouvement syndical se prépare intellectuellement : il ne s'agit plus de défilé, mais d'étudier la gestion d'une firme. Ajoutons qu'un alinéa autorise formellement (art. 2.1) à transformer le plan de sauvegarde de l'emploi – jusqu'ici acte unilatéral – en convention négociée.

b) La portée. Cette négociation est « expérimentale », ce qui est devenu la tarte à la crème du vocabulaire politique, quoique totalement dépourvu de sens (on a toujours pu réviser un accord en fonction de l'expérience acquise).

Le plus pressant est de savoir s'il s'agit d'une convention devant respecter l'ordre public social ou d'une convention, (comme on dit) dérogoire. Le libellé du projet est au minimum obscur : ...les accords « *le cas échéant par dérogation aux livres III et IV Code du travail* ». Plus loin il nous est exposé que ces accords « *ne peuvent déroger aux dispositions des onze premiers alinéas de l'art. L 321.4 ni à celles de l'art. L 321.9* ». Sans rechercher ici ce qui est sujet à dérogation et ce qui ne l'est pas, il suffira d'observer qu'il existe dorénavant en cette matière des dispositions d'ordre public et d'autres pour lesquelles la liberté contractuelle n'a pas de limites. Litiges en perspective. Ces nouveaux accords d'entreprise en matière de restructurations (comme naguère en matière de durée du travail), sont des accords qui peuvent partiellement s'écarter du Code, lequel pour le surplus demeure d'ordre public. Presque tout le droit du travail tend à être pour partie impératif, pour partie sujet à dérogation, c'est-à-dire supplétif par voie de négociation syndicale (4).

c) Les parties contractantes. La validité de ces accords implique la consultation préalable du comité ; ils doivent être signés par un ou des syndicats

représentatifs ayant recueilli la moitié des suffrages exprimés au premier tour des élections au CE. C'est la reprise du dispositif de la loi Aubry : l'accord suppose la signature du ou des syndicats *majoritaires* (c'est la formule admise). Ici aussi la tendance fait tache d'huile. Il y a dorénavant deux sortes d'accords d'entreprise, non seulement quant à leur portée mais également quant aux parties signataires.

2) Droit transitoire

On ne saurait passer par pertes et profits, les dispositions de droit transitoire contenues dans le projet que le Parlement va voter. Mais avec ces changements législatifs incessants, on vit dans une perpétuelle transition.

– La suspension elle-même relève du droit transitoire : 18 mois de suspension de la loi ancienne à compter de la nouvelle loi, puis un an de suspension après le dépôt d'un nouveau projet de loi qui entérinera (ou non) le produit de la négociation. Et rétablissement d'articles du Code du travail (dans leur teneur antérieure) pendant cette double suspension.

– Quant aux accords ils doivent intervenir dans les 18 mois de la suspension du premier type. Ils sont conclus pour une durée déterminée de deux ans.

– Mais que deviennent les procédures de licenciement en cours, au jour de la promulgation de la loi qui va être votée ? C'est un point où le mot *procédure* manifeste son danger, car il ne s'agit évidemment pas d'une procédure au sens habituel du droit (devant un juge), mais d'un acte juridique complexe, comportant plusieurs phases, échelonné dans le temps – au lieu, comme un contrat instantané (la vente), d'être réalisé en un seul trait de temps. C'est un acte à exécution successive. Un acte juridique est normalement régi par la loi en vigueur le jour où il a été accompli, ses effets étant néanmoins saisis par une loi nouvelle, si elle est d'ordre public. Ce droit commun est ici écarté et il ne pouvait pas en être autrement du fait de l'extrême complexité du mécanisme législatif.

a) Survie du Code du travail (par ailleurs « suspendu ») dans sa teneur résultant de la loi de modernisation, si le licenciement économique était commencé au jour de la promulgation de la loi nouvelle ;

b) sauf si un accord d'entreprise a été conclu (ce qui peut paraître bien improbable vu le temps que dure le déroulement du processus d'information-consultation). On comprend mal cette exception ; nouvelles complications à prévoir : « *ô temps suspend ton vol* ».

Gérard Lyon-Caen

(3) Plén. 8 déc. 2000, Jurisdata n° 2000.007299, Dr. Ouv. 2001 p. 357 n. M. Henry et F. Saramito.

(4) Certains ont parlé à propos de cette négociation d'entreprise, d'accords de *méthode*. Le terme – inconnu du langage juridique – n'a pas de signification claire.