

Accords de méthodes : un marché de dupes

par *Christophe BAUMGARTEN*,

Avocat au Barreau de Seine-Saint-Denis

P L A N

I. - Dès lors qu'ils portent sur l'articulation des procédures livre III et livre IV, sur le calendrier de ces procédures et sur la mission de l'expert, les accords dérogatoires ne peuvent qu'être plus défavorables que la loi

II. - Les accords de méthode sont non seulement inutiles, mais ils constituent de plus, dans leur principe même, une source de régression sociale en remettant en cause des fondements du droit du travail

La loi Fillon du 3 janvier 2003 suspend pour une durée de dix-huit mois la loi de modernisation sociale. Pendant ces dix-huit mois, organisations syndicales de salariés et employeurs sont invités à négocier au niveau interprofessionnel et au niveau des entreprises des accords de méthode (1).

C'est sur la base de ces accords qu'un projet de loi relatif à la « réforme du licenciement économique » sera déposé, ce qui ouvrira une nouvelle période supplémentaire d'un an de suspension de la loi de modernisation sociale, à l'issue de laquelle elle sera probablement remplacée par un nouveau texte.

Autant dire que la loi Fillon prétend généreusement laisser au patronat et aux organisations syndicales qui s'y prêteront le soin de fournir les germes de la régression sociale annoncée. Car les termes employés par la loi Fillon, censée porter « relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques », sont clairs : il s'agit de permettre par voie d'accord de « déroger » aux dispositions des livres III et IV du Code du travail (article 2.1).

Il n'a jamais été interdit aux employeurs de négocier avec les organisations syndicales des aménagements conventionnels aux dispositions légales. Cependant, l'ordre public social impose que ces aménagements soient plus favorables que la loi (2).

Permettre de « déroger » à la loi signifie au contraire que des dispositions moins favorables que la loi peuvent être introduites par les accords, et presque tous les accords actuellement signés ne s'en privent malheureusement pas.

Si théoriquement les accords peuvent porter sur « les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise a la faculté de formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi et peut obtenir une réponse motivée de l'employeur à ces propositions », dans la pratique, les entreprises refusent d'orienter les négociations dans cette direction, et les dérogations à la loi portent sur l'articulation des procédures livre III et livre IV, sur le calendrier des réunions, sur les missions de l'expert et, comme le permet désormais la Loi Fillon, sur « les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi fait l'objet d'un accord ».

Or, nous le verrons, la loi et la jurisprudence, qui ne dissocient pas les sujets traités et les domaines de ces deux consultations, qui n'enferment la consultation dans son ensemble dans aucun délai et qui donnent à l'expert les plus larges pouvoirs d'investigation, sont forcément plus favorables que les accords de méthode proposés (I). Mais en réalité, le mal est plus profond : le principe même de ces accords est une nouvelle brèche ouverte dans les fondements même du code du travail (II).

(1) Gérard Lyon-Caen « Vers une négociation sur les restructurations destructrices d'emplois », Dr. Ouv. 2002 p.559.

(2) Michèle Bonnechère « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », Dr. Ouv. 2001.411 et obs. sous TGI Paris 14 mai 2002 Dr. Ouv. 2002 p.451.

I. – Dès lors qu'ils portent sur l'articulation des procédures livre III et livre IV, sur le calendrier de ces procédures et sur la mission de l'expert, les accords dérogatoires ne peuvent qu'être plus défavorables que la loi

I-1. - Concernant l'articulation des deux livres, beaucoup aujourd'hui se sont rangés à une thèse patronale présentée comme une évidence : le livre IV concernerait le volet économique de la consultation, et le livre III le plan de sauvegarde de l'emploi, et encore, limité à ses seules mesures de reclassement.

Cette idée, comme nous le verrons fautive, permet de laisser croire qu'à défaut de négociation d'un accord de méthode, une première phase de consultation s'ouvrirait au titre du livre IV, au cours de laquelle les élus ne pourraient pas se faire assister de l'expert comptable prévu à l'article L 434-6 du Code du travail ; que cette première phase devrait être close avant l'examen du livre III ; que l'on ne pourrait pas revenir dans le cadre de l'examen du livre III sur les motifs économiques, sur d'éventuelles propositions alternatives, et qu'il ne resterait donc plus qu'à examiner, cette fois-ci avec le concours d'un expert, que les dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi, comme mise en œuvre inéluctable des décisions prises de façon irréversible à la clôture du livre IV (2 bis).

Cette vision erronée est fondée sur une confusion volontairement entretenue entre les dispositions suspendues de la loi de modernisation sociale, et celles qui ne le sont pas.

Certes, la loi de modernisation sociale séparait les deux procédures en imposant qu'elles se succèdent dans le temps, mais dans le même temps, elle renforçait considérablement les pouvoirs du comité d'entreprise dans le cadre de sa consultation au titre du livre IV : au moins deux réunions, faculté de se faire assister par un expert comptable dans le cadre de cette phase, faculté avec l'aide de cet expert de présenter des propositions alternatives ; faculté d'exercer un droit d'opposition aboutissant à la suspension de la procédure de consultation et à la désignation d'un médiateur.

Les employeurs tentent aujourd'hui de faire croire que la suspension de la loi de modernisation sociale, c'est la suspension des pouvoirs supplémentaires octroyés au comité d'entreprise dans le cadre du livre IV, mais le maintien de la séparation des deux procédures de consultation livre IV et livre III, de leur spécialisation et de leur succession dans le temps.

En réalité, la loi Fillon, en suspendant la loi de modernisation sociale, remet en vigueur les dispositions applicables aux procédures de consultation du comité

d'entreprise en l'état où elles se trouvaient avant cette loi, et qui sont les suivantes :

La loi prévoit une double consultation du comité d'entreprise : à la fois celle au titre du livre IV «sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, notamment les questions de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs ...» (3), et celle au titre du livre III, dès lors que l'employeur projette un licenciement pour motif économique (4).

Ainsi, l'article L. 321-3, qui résulte de la loi du 3 janvier 1975, édicte une règle spéciale, qui régit un cas particulier inclus parmi les situations visées dans la règle générale de l'article L. 432-1 du Code du travail, introduit dans l'ordonnance du 22 février 1945 par la loi du 18 juin 1966. Ces deux textes, loin de s'opposer, se combinent (il n'est d'ailleurs pour s'en convaincre que de rappeler que les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 321-3 du Code du Travail commencent par les mots « sans préjudice des dispositions de l'article L. 432-1... »). Fort heureusement d'ailleurs, car comment rendre un avis éclairé si l'on sépare la discussion sur la cause (l'opération économique envisagée), de celle sur ses effets (les conséquences sur l'emploi).

Le comité d'entreprise ne porte pas la même appréciation sur un projet économique selon qu'il est assorti ou non d'un plan de nature à éviter les licenciements. Inversement, l'examen d'un plan de sauvegarde de l'emploi commence par l'étude critique des objectifs de la restructuration et des conditions de son impact quantitatif et qualitatif sur les emplois.

Au-delà de ces arguments de bon sens, la simple lecture des articles L 321-3 et suivants permet de constater que l'examen du plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas détachable de la consultation sur le projet économique de l'employeur :

— D'abord en raison de la nature des documents et des informations que doit remettre l'employeur au comité d'entreprise au début de cette phase : « *L'employeur est tenu d'adresser aux représentants du personnel, avec la convocation aux réunions prévues à l'article L. 321-2, tous renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif.*

Il doit, en tous cas, indiquer : La ou les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement (...) » (5).

(2 bis) Sur ce point précis, à propos de l'articulation des deux procédures, voir ci-après les réflexions développées par Francis Saramito (p. 362).

(3) Art. L 432-1 du Code du travail.

Cette disposition précise d'ailleurs également que, simultanément à la présentation du plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur « doit faire connaître aux représentants du personnel les mesures de nature économique qu'il envisage de prendre ».

– Ainsi encore à travers le contenu de la mission de l'expert, désigné lors de la première réunion du livre III, qui « porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à l'intelligence des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise » (6).

– L'objectif assigné par l'article L. 321-4 au plan de sauvegarde de l'emploi d'« éviter les licenciements ou en limiter le nombre et faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité » n'est pas non plus détachable de la décision de nature économique envisagé par l'employeur.

Si l'on admet qu'au moment où débute la consultation au titre du livre III, la décision économique qui porte en germe les suppressions d'emploi est déjà arrêtée, voire a reçu un début d'exécution, cette consultation a perdu l'essentiel de son objet, car pour éviter les ou des licenciements qu'implique un projet donné, ce projet doit pouvoir être amendé ou même remplacé par une alternative.

Autrement dit, la consultation au titre du livre III n'a plus de sens si le plan de sauvegarde de l'emploi est examiné à une période où le nombre des licenciements est arrêté et qu'il n'existe plus de marges de manœuvre « économiques » pour éviter des licenciements.

Par exemple, la « création d'activités nouvelles » figurant parmi les mesures qui, selon l'article L 321-4-1 du Code du travail, doivent être obligatoirement mises en œuvre si elles sont de nature à éviter des licenciements (voir également l'arrêt *Lasnon* du 28 mars 2000) (7), ne peut plus être envisagée si le débat économique est clos.

– Rappelons enfin que la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécie « au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe », disposition introduite par la loi de modernisation sociale, non suspendue par la loi Fillon, et qui n'est qu'une reprise de la jurisprudence antérieure fondée sur le principe de proportionnalité de l'article L 120-2 du Code du Travail.

Comment dès lors apprécier la pertinence du plan social et son efficacité pour éviter des licenciements, s'il n'est pas discuté de la situation économique réelle de l'entreprise, de ses perspectives et donc des raisons économiques invoquées par l'employeur, des mesures économiques qu'il envisage de prendre, et des alternatives qui pourraient être mises en œuvre pour éviter des licenciements ?

Ainsi, le débat économique général au titre du livre IV ne peut avoir pour effet de priver le comité d'entreprise du débat, dans le cadre du livre III, sur les causes économiques des licenciements envisagés et leur pertinence, sur les alternatives économiques de nature à sauvegarder les emplois, et ce, cette fois-ci, avec l'assistance de l'expert comptable.

I-2. - Concernant maintenant la question des délais, il faut rappeler que si la loi et la jurisprudence imposent la double consultation au titre des livres III et IV, c'est pour permettre aux représentants du personnel de ne pas être enfermés dans les délais trop courts du livre III

La décision Sietam a été rendue au visa de l'article L. 431-5 qui prévoit que « la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise. Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise doit disposer d'informations précises et écrites transmises par le chef d'entreprise, dans un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée du chef d'entreprise à ses propres observations. Il peut, en outre, entreprendre les études et recherches nécessaires à sa mission » (8).

La jurisprudence antérieure à la loi de modernisation sociale, et qui a donc cours actuellement, prévoit que les deux procédures livre IV et livre III peuvent être menées concomitamment, à condition d'être menées de façon distincte et sous réserve de respecter les délais les plus favorables (9).

Dès lors, la fixation conventionnelle de délais de consultation est forcément moins favorable que la loi, qui n'en fixe aucun, la procédure de consultation ayant pour seule limite temporelle le moment où le comité d'entreprise dispose de toutes les informations nécessaires pour rendre un avis, après que l'employeur ait répondu de façon motivée à ses questions et propositions.

I-3. - Enfin, le moment de la désignation de l'expert ne peut conventionnellement être plus favorable que la loi : certes l'employeur n'est pas tenu d'accepter une désignation de l'expert dès la première réunion au titre du livre IV (ce qui était cependant une pratique très largement répandue avant la loi de modernisation sociale).

Il est conseillé, s'il ne l'accepte pas, soit de refuser de laisser clôturer le livre IV (les deux consultations pouvant être concomitantes) et d'exiger une consultation et une discussion sur les motifs économiques et les projets de restructuration de l'employeur au titre du livre III, phase

(4) Art. L 321-3 du Code du travail.

(5) Art. L 321-4 du Code du travail.

(6) Art. L 434-6 du Code du travail.

(7) Cass. Soc. 28 mars 2000 *Lasnon*, Dr. Ouv. 2000 p.493, rapp. ann. C. Cass. 2000 Dr. Ouv. 2001 p.345.

(8) Cass. Soc. 16 avril 1996 *Sietam* Bull. V n° 165, Michel Miné "Consultation du comité d'entreprise et procédure de licenciement collectif pour motif économique (à propos des arrêts *Sietam* du 16 avril 1996)", Dr. Ouv. 1996 p.317.

(9) Cass. Soc. 17 juin 1997 *Grands Magasins de l'Ouest*, Bull.V, n° 223.

au cours de laquelle l'expert pourra être désigné, soit d'en revenir à la pratique largement répandue avant la loi de modernisation sociale de déclencher un droit d'alerte, puisque le projet de restructuration assorti de suppression d'emplois constitue indéniablement un fait préoccupant qui permet l'exercice de ce droit.

Quant aux moyens de sa mission, il suffit de garder à l'esprit que « pour opérer toute vérification ou tout contrôle qui entre dans l'exercice de ses missions, l'expert-comptable a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes » (10).

II. - Les accords de méthode sont non seulement inutiles, mais ils constituent de plus, dans leur principe même, une source de régression sociale en remettant en cause des fondements du droit du travail

La volonté est évidente de gommer le caractère "politique" du droit du travail, socle de normes protectrices minimales édictées par le législateur, pour en faire une affaire de techniciens produisant des actes autonomes, sans rapport avec un ordonnancement juridique supérieur protecteur.

Les droits des salariés seraient amenés à varier selon le talent des négociateurs (en réalité selon le rapport de force) d'un secteur ou d'une entreprise à l'autre.

Cette vision réactionnaire du droit du travail emporte ici deux effets.

II-1. - Tout d'abord, l'affaiblissement de la représentation élue, sans pour autant renforcer les pouvoirs des organisations syndicales.

Le Code du travail sépare la négociation, qui relève des organisations syndicales, et porte sur les conditions de travail, la durée du travail les salaires..., de la consultation, qui relève des instances représentatives du personnel élues, et notamment du Comité d'entreprise.

A travers les accords de méthodes, la loi Fillon fait porter la négociation des organisations syndicales sur les modalités de la consultation, c'est-à-dire sur les pouvoirs même du Comité d'entreprise. Ce qui relevait jusqu'à présent de l'ordre public absolu, est considéré comme pouvant désormais être remis en cause dans le cadre de la négociation collective.

Il ne s'agit pas ici d'un renforcement du rôle des syndicats, mais uniquement d'un affaiblissement du rôle des instances élues par le personnel, dont les prérogatives pourraient se trouver dans l'avenir réduites dans d'autres domaines, et d'une nouvelle avancée de l'idée d'un code du travail subsidiaire à la négociation.

II-2. - Ensuite, la contractualisation non seulement de la procédure elle-même, mais également du plan de sauvegarde de l'emploi.

Le gouvernement ne se cache pas des objectifs assignés à ces accords : il s'agit de « sécuriser » (pour

les employeurs bien sûr, pas pour les salariés dont l'emploi est menacé) le processus de consultation :

- en prévenant les incidents de procédure générateur de risques de contentieux ;
- en garantissant la durée du processus de consultation, par une fixation de ses différentes étapes et de son achèvement à une date déterminée d'avance, enfermées dans un calendrier ;
- en spécialisant les différentes phases du processus de consultation, pour morceler le débat et ainsi escamoter le débat économique et la discussion sur les propositions alternatives au profit d'un débat sur les reclassements.

Pour y parvenir, une seule méthode : le contrat.

Dès lors, le processus du licenciement, qui était jusqu'alors constitué d'une succession d'actes unilatéraux de l'employeur, sous sa seule responsabilité, serait remplacé dans plusieurs de ses phases par un ou des contrats.

En fait, seul demeurerait comme acte unilatéral la décision finale de licencier, alors que l'essentiel des obligations de l'employeur, celle de consulter le comité d'entreprise et de lui présenter un plan de sauvegarde de l'emploi, mais également son obligation de reclassement, feraient l'objet d'un contrat entre l'employeur d'une part et des organisations syndicales d'autre part, contrat auquel les instances représentatives élues du personnel devraient se soumettre.

Désormais, les organisations syndicales, sans disposer de la moindre parcelle de pouvoir dans les décisions de gestion qui auront conduit aux suppressions d'emploi, sans être co-décideurs dans la décision de licencier, en deviendront co-responsables.

Le comité d'entreprise ne pourrait que se plier à la procédure telle qu'elle a été déterminée, et au contenu du plan de sauvegarde de l'emploi tel qu'il aurait été décidé contractuellement, sans pouvoir engager aucune action judiciaire.

(10) Art. L 434-6 du Code du travail.

De la même façon, le salarié ne pourra plus, devant le Conseil des prud'hommes, faire valoir l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi. Il est même probable que les employeurs feront plaider qu'un salarié est mal fondé à contester l'absence de motif économique, dès lors que la signature syndicale au bas du plan de sauvegarde de l'emploi garantirait le respect des dispositions légales en amont de la procédure, et pourrait lui conférer les effets d'un accord collectif.

Aussi, les accords de méthode font peser des menaces très lourdes sur le Code du travail, sur l'avenir du rôle des instances représentatives du personnel et sur les droits des salariés.

En conclusion, la négociation d'accords de méthode n'est acceptable que si elle est menée au sein du comité d'entreprise et porte sur :

- les moyens supplémentaires dont disposeront les experts du Comité (expert comptable, mais aussi

expert juridique, expert en organisation...) pour aider les représentants du personnel à formuler des propositions alternatives ;

- la façon dont, en cas de divergences d'appréciation entre le comité d'entreprise et l'employeur, un tiers pourrait être désigné pour donner un avis sur l'existence ou non du motif économique allégué par l'employeur et sur les propositions alternatives du comité ;
- les modalités de prise en compte de l'avis du Comité d'entreprise, et notamment en cas d'absence de motif économique (peut être serait-ce d'ailleurs l'occasion de définir des notions telles que « la sauvegarde de la compétitivité ») ou en présence de solutions alternatives moins coûteuses en terme d'emplois, passant soit par l'abandon du projet initial, soit par la prise en compte des solutions alternatives.

Christophe Baumgarten

A propos de l'articulation des consultations obligatoires prévues par les Livres III et IV du Code du travail

Il est difficile d'arbitrer une fois pour toutes le choix entre la succession ou la simultanéité de ces consultations. Il est en particulier excessif d'affirmer sans nuances que l'échelonnement dans le temps des procédures des livres III et IV du Code du travail est plus favorable aux intérêts des employeurs que leur emploi simultané. En fait, l'intérêt que peut présenter la succession ou la concomitance des procédures dépend des circonstances au regard d'un certain nombre de facteurs : la taille de l'entreprise, la plus ou moins grande syndicalisation du personnel, la nature des motifs invoqués pour justifier les licenciements.

Il se pourrait, par exemple, que dans une PME où la syndicalisation est faible sinon inexistante, l'employeur ait intérêt à bloquer les deux procédures de façon, en réduisant la durée de l'ensemble, à avancer le point de départ du délai d'envoi des lettres de licenciement. A l'inverse, la succession des procédures pourra éventuellement faciliter l'organisation de la résistance syndicale (sur ce point voir note de Francis Saramito, Dr. Ouv. 1997 p. 326).

Le risque de la simultanéité est de rendre plus incertaine la discussion des motifs économiques des compressions d'effectifs. La réunion du comité peut se trouver polarisée sur le seul problème des licenciements et du plan de sauvegarde de l'emploi, l'examen des conséquences de la décision patronale l'emportant sur celui de son contenu.

D'ailleurs, si la Cour de cassation admet la possibilité de la concomitance, elle ne le fait qu'en précisant que la procédure du livre IV doit être respectée et donner lors d'un premier avis du Comité, même si ces deux consultations se déroulent au cours d'une même séance

(Cass. Soc. 12 nov. 1997 - Conclusions Chauvy, Dr. Ouv. 1997 p. 49).

C'est pour éviter tout danger à cet égard que la loi de modernisation sociale imposait la succession dans le temps des deux procédures dans les articles dont l'application est aujourd'hui suspendue à la demande du MEDEF.

Certes, la consultation préalable sur le bien fondé ou l'utilité des décisions concernant la marche générale de l'entreprise et susceptibles d'affecter le volume des effectifs prévue à l'article L. 432.1 du Code du travail n'entre pas dans les hypothèses où l'article L. 434.6 ouvre au Comité la possibilité de se faire assister par un expert-comptable aux frais de l'entreprise, alors que l'article L. 321.3 le prévoit à l'occasion de la consultation portant sur la procédure de licenciement collectif.

Mais si le besoin d'un avis éclairé se fait sentir à l'occasion de la consultation de l'article L. 432.1, il reste possible de solliciter en justice un complément d'information ou de documentation en demandant la désignation d'un expert aux frais avancés de l'employeur dans le cadre des pouvoirs que le juge tire de l'article 269 du nouveau Code de procédure civile. Lorsque l'entreprise a la forme d'une société commerciale, il est également possible de faire appel à l'expertise de gestion prévue par l'article L. 223-37 du Code de commerce, la décision de justice pouvant en mettre les frais à la charge de la société (voir Marie-France Bied-Charreton, Dr. Ouv. 1999 p. 257). Le danger présenté par les accords de méthode serait en ce domaine de figer l'articulation des deux procédures dans un sens ou dans l'autre.

Francis Saramito