

Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail ⁽¹⁾

par *Sophie NADAL*, Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise,
Centre de recherches en droit économique (CRDE)

PLAN

I. La promotion de la démarche négociée en matière de licenciement économique

- A. Négociation de branche et accès à la démarche négociée
- B. Validité des accords et assouplissement des garanties d'adhésion à la démarche négociée

II. La diversification des thèmes de négociation en matière de licenciement économique

- A. Accords de méthode : une expression devenue pour partie inadéquate
- B. Programmation négociée du licenciement et nouveaux types d'accords

1 - "La législation n'est pas l'alpha et l'oméga des droits des salariés" (2) : tel est l'un des arguments avancés par les rapporteurs à l'Assemblée nationale pour inciter le législateur à élargir les horizons ouverts à la négociation collective en matière de licenciement économique. Certes, les accords de méthode de la seconde génération seront peut-être l'occasion pour les organisations syndicales d'agir plus significativement sur l'emploi (3). Mais ils abritent plus fondamentalement une autre ambition : tarir la jurisprudence et écarter la loi. En effet, c'est bien la diffusion d'un nouveau modèle du droit social (4) qui se poursuit implacablement au travers des dispositions introduites par la loi du 18 janvier 2005.

2 - Les négociations de procédure – inventées par la pratique – ont été initialement forgées en vue de faire face à l'œuvre créatrice de la chambre sociale. A plusieurs reprises – et parfois de façon spectaculaire – les juges avaient en effet dû rappeler l'importance de l'information et de la consultation des représentants du personnel à l'occasion des grands licenciements pour motif économique (5). L'insécurité engendrée par la jurisprudence (6) et la rigidité de la législation sur le licenciement économique ont alors été simultanément stigmatisées. La négociation collective fut donc courtisée pour détacher ostensiblement les règles du

- (1) Cette contribution s'inscrit dans le prolongement des travaux de la table ronde – organisée sous l'égide l'AFDT et présidée par M. P. Tillie – consacrée aux négociations de procédure, et qui s'est tenue dans le cadre plus général des journées d'études sur la réforme du droit du licenciement économique du 18 février 2005. M. R. Brihi et M. E. Dockès ont contribué aux débats menés sur ce thème.
- (2) F. de Panafieu et D. Dord, Rapport sur le projet de loi pour la cohésion sociale, Ass. Nat., n° 1930 déposé le 22/11/04, T. I., p. 59.
- (3) T. Grumbach, Redonner aux syndicats le pilotage de la négociation sur l'emploi, in "Les accords de méthode", SSL, supplément n°1152 du 19 janvier 2004, p. 17.
- (4) V. par exemple J. Barthélémy, La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel in "Les accords de méthode", SSL, supplément n° 1152 du 19 janvier 2004, p. 10.
- (5) Pour une analyse de cette jurisprudence : V. les observations consacrées à la procédure de licenciement et au plan de sauvegarde in *Les grands arrêts du droit du travail*, 3^e éd., J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, p. 395. Plus fondamentalement sur cette question : v. A. Lyon-Caen, "Procéduralisation et droit du travail", in "L'avenir de la concertation sociale en Europe", Tome II, Centre de philosophie du droit, Université catholique de Louvain, mars 1995, p. 183 ; du même auteur "La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique" Dr. Ouv. 2002, p. 161 ; v. également

E. Lafuma, "Des procédures internes : contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail", thèse Paris X, 2003 ; F. Guiomard, "La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur", thèse Paris X, 2000. Pour une appréhension sensiblement différente de la question : v. X. Lagarde, *Réflexions de civiliste sur la motivation et autres aspects de la procédure de licenciement*, Droit social, 1998, p. 908.

- (6) A ce propos, v. les observations d'A. Jeammaud sous Soc. 26 janv. 2005, Droit Social 2005, p. 567, spéc. p. 568. L'auteur observe notamment que la sécurité juridique qu'il s'agit de promouvoir "semble surtout être celle des employeurs". Les enjeux et la teneur du débat particulièrement vigoureux relatif à la sécurité juridique dépassent très sensiblement le propos de cette étude. Son évocation permet toutefois d'éclairer l'importance des glissements conceptuels qu'abritent actuellement les nombreuses réformes dont le droit du travail est l'objet, et qui – pour partie – traversent les dispositions de la loi du 18/01/2005 ici partiellement commentée. La réflexion critique est aujourd'hui largement nourrie, notamment depuis le rapport sur les revirements de jurisprudence, remis par le groupe de travail présidé par N. Molfessis (Litec, 2005). A ce propos, en plus des analyses d'A. Jeammaud déjà évoquées, v. R. Encinas de Munagorri et P. Deumier, RTD Civ. 2005 chron. n° 1 ; P. Waquet, SSL n° 119 du 20/12/2004 p. 5. ; v. également les développements d'I. Meyrat sur ce point dans sa contribution au présent numéro ainsi que les études consacrées à cette question dans le Dr. Ouv. d'avril 2005.

licenciement économique des prescriptions de la loi, et prémunir les employeurs de l'intervention du juge grâce au consensus réalisé par l'accord sur la procédure (7). L'ingénierie des accords de méthode est ensuite devenue plus attractive encore après l'adoption de la loi de modernisation sociale qui, on s'en souvient, donnait des pouvoirs accrus au comité d'entreprise. Cette nouvelle figure d'accord collectif s'est alors déployée en l'absence de toute disposition législative sur ce point. Avec la loi du 3 janvier 2003, l'aménagement par voie négociée des procédures légales d'information et de consultation a finalement été admis à titre expérimental par le législateur (8).

3 - C'est ce dispositif que le législateur a entendu affermir avec le nouvel article L. 320-3 (8 bis). Ce faisant, il enrichit le rôle confié à la négociation collective en matière de licenciement économique. D'un point de vue quantitatif, l'article L. 320-3 crée en effet les conditions pour que se développe sensiblement le traitement négocié du licenciement économique (I).

D'un point de vue qualitatif, de nouveaux thèmes sont ouverts à la négociation, si bien que la négociation collective pourra désormais agir sur le fond du licenciement. Les nouvelles dispositions légales diversifient de la sorte les figures conventionnelles concevables à l'avenir en matière de licenciement économique (II).

■ I. La promotion de la démarche négociée ■ en matière de licenciement économique

4 - Circonscrite à l'entreprise par la loi du 3 janvier 2003, la négociation en matière de licenciement collectif pour motif économique peut désormais se tenir en d'autres lieux. Le premier alinéa permet ainsi à la branche et au groupe – aux côtés de l'entreprise – d'accueillir une négociation lorsqu'un licenciement collectif pour motif économique est envisagé. Sans mésestimer les implications de l'ouverture de la négociation au niveau du groupe (9), c'est pourtant la possibilité de négocier au niveau de la branche qui retiendra notre attention. Le choix de faire figurer ce niveau parmi les dispositions du nouvel article L. 320-3 révèle en effet la volonté de favoriser l'accès des entreprises au droit négocié du licenciement économique (A). De la même manière, les nouvelles conditions de validité des accords de méthode illustrent cette détermination du législateur à promouvoir la négociation collective à l'occasion des licenciements économiques. Le silence de l'article L. 320-3 place en effet les accords sous le régime du droit commun des conventions et accords collectifs. Il s'agit d'une volonté et

non d'un oubli, et le traitement négocié du licenciement est de la sorte facilité (B).

A. Négociation de branche et accès à la démarche négociée

5 - La lettre rectificative au projet de loi de programmation pour la cohésion sociale ne faisait aucunement mention de la branche (10). C'est lors des débats au Sénat que la question de la négociation à ce niveau a été évoquée. Selon M. le sénateur Seiller, envisager l'éventualité de la conclusion d'accords de méthode au niveau de la branche devait permettre aux entreprises où la conclusion d'un accord n'est pas possible, de pouvoir néanmoins accéder aux souplesses offertes par ce type de négociation (11). C'est dans cet esprit que la suggestion a donc été retenue, bien que sa pertinence prête à discussion.

Éloignée des particularismes de l'entreprise, la branche peut sembler inadéquate pour traiter de manière efficace les problèmes spécifiques soulevés par un projet de

(7) V. J. Grangé, L'accord de méthode en pratique, in "Les accords de méthode", SSL, *op. cit.*, p. 14.

(8) V. G. Couturier, "Le choix de la procéduralisation conventionnelle" in "Les accords de méthode", SSL, *op. cit.*, p. 6. Add. les "Réflexions autour des accords de méthode et de la loi Fillon", Dr. Ouv. 2003 p. 358.

(8 bis) A ce propos, v. également la contribution de E. Gayat, *infra* p. 349.

(9) L'introduction de la référence au groupe s'explique essentiellement par la consécration des accords de groupe par la loi du 4 mai 2004. Cette possibilité n'en soulève pourtant pas moins quelques questions nouvelles, si l'on songe à l'articulation des dispositions conventionnelles. Ainsi, si le silence de l'accord de branche implique qu'il s'écarte devant l'accord d'entreprise, tel ne sera pas le cas devant un accord de groupe. En ce cas, faute de disposition expresse, l'application de la règle la plus favorable devrait recevoir application. L'enjeu peut toutefois paraître

théorique, si l'on conçoit que les accords de branche risquent fort d'être *a minima*. Mais des difficultés inattendues pourraient néanmoins apparaître y compris si l'on envisage les rapports conventionnels entre entreprise et groupe : v. P.-H. Antonmattéi, Accord de méthode, génération 2005 : la "positive attitude", Droit social 2005, p. 399, spéc. p. 400 n° 2. Plus largement sur cette disposition v. B. Teyssié, A propos d'une négociation triennale : commentaire de l'article L 320-2 du Code du travail, Droit social 2005, p. 377 ; v. aussi les contributions dans le présent numéro de T. Katz p. 322 et M.-F. Bied-Charreton p. 343.

(10) Pour consulter ce texte : V. doc. Sénat, 2004-2005, n° 31.

(11) Sénat, séance du 5 novembre 2004, Discussion sur l'amendement n° 585. Sur l'accès des TPE aux mécanismes instaurés par la loi du 18 janvier et les vertus prêtées à la branche en ce cas : v. Le préalable à la procédure, in A. J. CFDT n° 171, mars/avril 2005, dossier "Réforme du licenciement économique", p. 8, spéc. p. 10.

licenciement économique, si bien que leur contenu risque fort d'être peu innovant (12). Toutefois, sans même anticiper les résultats possibles d'une telle négociation, il reste permis d'interroger la rationalité du choix de la branche à l'aune du droit commun des conventions collectives. En effet, si la finalité voulue pour l'accord de branche était de permettre l'accessibilité des accords de méthode à toutes les entreprises relevant de son champ d'application, il aurait été judicieux d'en prévoir l'extension. Ainsi donc, les employeurs souhaitant bénéficier des dispositions conventionnelles de branche devront-ils remplir les conditions posées à l'application des conventions collectives ordinaires. Ici, en faisant nôtre une observation concernant le projet de loi relatif au dialogue social, il est tentant d'observer que le législateur met ainsi étrangement en place un moyen de "renforcer le syndicalisme patronal" (13). Sans doute n'est-ce pas là l'intention du législateur, ce qui fait ressortir – une fois encore (14) – les situations singulières auxquelles des modifications législatives en opportunité, sans que soit pris en compte l'environnement juridique du droit des conventions collectives en son entier, peuvent parfois donner naissance.

6 - L'absence de condition relative à l'extension interroge de la même manière si l'on envisage la sanction pénale en cas de manquement de l'employeur à ses obligations. Pour cela, il convient d'imaginer l'hypothèse d'une entreprise dotée d'un comité d'entreprise mais dépourvue de délégué syndical. Imaginons ensuite qu'elle ne soit pas en mesure d'utiliser les formes dérogatoires de négociation en l'absence d'accord de branche étendu sur ce point. Supposons enfin qu'elle soit soumise à un accord de branche ordinaire prévu par le nouvel article L. 320-3, lequel fixerait la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise. En ce cas, il pourrait être soutenu que l'inobservation des procédures d'information et de consultation prévues par la branche en cas de licenciement collectif ne sera pas constitutive du délit d'entrave. En effet – on l'a évoqué – l'extension n'est pas requise par le nouvel article L. 320-3 : dans ces conditions, les dispositions de l'article L. 153-1 ne sont donc pas

applicables. Certes, l'article L. 483-1 pourrait inciter à soutenir une toute autre analyse, mais le principe de la légalité des délits et des peines affaiblit sensiblement la position. *In fine*, le mécanisme permettrait ainsi à l'employeur d'éviter une sanction pénale à laquelle il s'exposerait en l'absence d'accord de branche. On objectera qu'il en sera de même en cas d'inobservation des procédures de licenciement organisées par la voie conventionnelle au niveau de l'entreprise (15). Il n'en reste pas moins que le degré de la contrainte attachée aux règles de procédure est à nouveau affaibli par le recours élargi à la négociation collective en matière de licenciement économique.

7 - Placés sous l'égide de la loi du 4 mai 2004, les rapports à venir entre les dispositions conventionnelles de niveaux différents pourraient susciter – théoriquement en tout cas – quelques difficultés. En effet, la loi étant silencieuse sur ce point, les accords de branche visés par le nouvel article L. 320-3 ne sont pas nécessairement cantonnés à l'hypothèse des entreprises dépourvues de la possibilité de négocier. Le point n'a d'ailleurs pas manqué d'être relevé (16). Si bien qu'une entreprise peut être soumise à un accord de branche – conclu selon les prévisions de l'article L. 320-3 – qui écarte la dérogation sur certaines de ses dispositions. Dans ce cas, la négociation d'entreprise ne pourra donc pas s'émanciper pleinement. En revanche, dans l'hypothèse où l'accord de branche est silencieux, le mécanisme de la supplévitivité conduira à d'évidentes inégalités face au licenciement économique entre salariés relevant de la même branche (17). En outre, le point est connu, le rattachement d'une entreprise au domaine professionnel d'un accord de branche n'est pas toujours aisé : les clauses d'option permettraient – le cas échéant – de répondre à la difficulté. En tout état de cause, il est permis de s'interroger sur le sort des mesures qui auraient été prises en vertu d'un accord de branche, alors que l'entreprise n'était pas comprise dans son champ d'application professionnel (18).

(12) En ce sens : v. P.-H. Antonmattéi, Accords de méthode, génération 2005 : la "positive attitude", *Droit social* 2005, p. 399, spéc. p. 400.

(13) V. P. Langlois, Dialogue social : approche critique des principales dispositions du projet de loi (I), *SSL*, n° 1152 du 19 janvier 2004, p. 6, spéc. p.10.

(14) On rappellera ici les réflexions de M. A. Souriac qui, à propos de la loi du 4 mai 2004, observait déjà que "Le droit des négociations et accords collectifs n'a jamais brillé par sa limpidité, mais s'il requiert de longue date patience et nuances, il a atteint progressivement une certaine maturité technique et de fond. Or le législateur en 2004 pourrait bien évoquer l'image connue de l'éléphant lâché dans un magasin de porcelaine, si ce n'était pas très injuste pour les éléphants" : V. Quelle autonomie pour la négociation d'entreprise ? *in* "La négociation collective à l'heure des révisions", Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p.89, spéc. p. 92.

(15) V. sur ce point l'avis de J. Barthélémy *in* "Les accords de méthode", *SSL*, supplément n° 1152 du 19 janvier 2004, p. 36.

(16) V. P.-H. Antonmattéi, Accord de méthode, génération 2005 : la "positive attitude", *op.cit.* p. 400.

(17) Plus largement d'ailleurs, on peut actuellement constater le déclin de l'action unifiante traditionnellement confiée aux accords et conventions de branche : V. notre contribution "Le destin de la négociation de branche" *in* "La négociation collective à l'heure des révisions", Dalloz coll. Thèmes et commentaires, 2005, *op. cit.* p. 59.

(18) L'affiliation syndicale de l'employeur n'est pas suffisante : "encore faut-il que l'entreprise considérée entre bien, de part ses activités économiques, dans les prévisions de l'accord" : v. M. Despax, Négociations, conventions et accords collectifs, Dalloz, 2^e éd, p. 381/385.

Sans évidemment pouvoir prétendre à l'exhaustivité quant aux difficultés susceptibles d'apparaître, il n'est guère contestable que le jeu des règles applicables à la négociation collective pourrait sensiblement gripper l'intelligibilité des conditions de mise en œuvre de l'article L. 320-3. Il est donc probable que l'application du droit commun des accords collectifs obscurcisse la destinée de la négociation de branche en matière de licenciement économique.

B. Validité des accords et assouplissement des garanties d'adhésion à la démarche négociée

8 - On se souvient que la loi du 3 janvier 2003 soumettait la validité des accords de méthode à l'exigence d'approbation majoritaire et à la consultation du comité d'entreprise. Dans son rapport, M. Dord avait ainsi fait valoir que ces garanties avaient été introduites car les accords peuvent "prévoir des modalités d'organisation du dialogue social un peu différentes de celles prévues par la loi" (19). Les conditions posées à la validité de ce nouveau type d'accord étaient ainsi envisagées comme "un gage d'adhésion des salariés à une démarche négociée, de recherche d'un compromis et de sécurité pour l'entreprise" (20). Déjà, on avait pu remarquer que la finalité voulue pour les accords de méthode aurait pu également impliquer "un accord du comité d'entreprise lui-même" (21). L'effet "quasi-transactionnel" (22) recherché à travers ces accords aurait ainsi été plus complet, étant rappelé que ce sont les prérogatives des élus du personnel qui étaient alors essentiellement en cause.

Le dispositif particulier relatif à la validité des accords prévus par la loi du 3 janvier 2003 avait été repris – au moins dans son esprit – par la lettre rectificative. S'agissant des exigences tenant à la signature syndicale, l'alinéa 4 de l'article L. 320-3 en sa rédaction initialement proposée subordonnait en effet la validité des accords au respect des conditions de conclusion prévues au 1^{er} du III de l'article L. 132-2-2 (23). De la sorte, si les organisations signataires ne satisfaisaient pas à la condition majoritaire en contemplation des résultats obtenus aux élections professionnelles, le texte conventionnel aurait été soumis à l'approbation du personnel. La recherche d'une adhésion des salariés à la démarche négociée en matière de licenciement était donc perceptible. En revanche, la condition de validité relative à la consultation du comité d'entreprise n'était pas évoquée. On perçoit alors l'importance du choix des parlementaires, qui ont finalement préféré biffer toute référence à la validité des accords dans le nouvel article L. 320-3.

9 - En l'absence d'accord de branche étendu sur ce point (24), c'est donc le droit d'opposition qui prévaut à l'avenir. Quant au comité d'entreprise, il semble qu'il devra se contenter de la jurisprudence *EDF-GDF* (25) sans pouvoir atteindre le fond de l'accord (26). Si bien que ces accords pourraient abriter la soumission à la fois des élus (27) et des salariés à des dispositions ayant bénéficié de la passivité des organisations majoritaires non-signataires. Certes, on peut penser que les parties à l'accord de méthode *stricto sensu* (28) se seront assurées de l'approbation informelle du comité d'entreprise (29).

(19) D. Dord, rapport sur le projet de loi relatif à la négociation collective sur les restructurations ayant des incidences sur l'emploi, 20 novembre 2002, disponible sur www.legifrance.gouv.fr, p. 19.

(20) D. Dord, rapport *op. cit.*, p. 20.

(21) G. Couturier, Le choix de la procéduralisation conventionnelle, in "Les accords de méthode", *SSL Supplément n° 1152, op.cit.*, p. 6, spéc. p. 9.

(22) L'expression est de G. Couturier.

(23) Article 37-2 de la lettre rectificative.

(24) Des difficultés pourraient d'ailleurs surgir dans le cas où s'appliqueraient à une même entreprise à activités multiples deux accords de branche étendus ne prévoyant pas des conditions identiques de validité des accords collectifs.

(25) Cass. soc. 5 mai 1998 : Bull. civ., V, n° 219 ; Droit social 1998, p. 579, rapp. J.-Y. Frouin, et p. 764 les observations de J.-E. Ray ; Dr. Ouv. 1998 p.350 n. D. Boulmier ; D. 1998, p. 608, note G. Auzero ; RJS 98, n° 750, comm., M. Cohen, p. 435 ; CSBP 1998 A 34 ; Jurisp. UIMM. n° 98-618, p. 244. V. également P.-H. Antonmattéi, Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe, RJS 98, p. 611 ; P.-Y. Verkindt, De la consultation à la négociation..., Droit social 1998, p. 321. Sur l'apport de cette jurisprudence à la qualité de la négociation dans le cadre d'une vaste réflexion sur les transformations à l'œuvre en droit de la négociation collective : v. M.-A. Souriac et G. Borenfreund, "La négociation collective entre désillusion et illusions", in "Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XIX^e siècle", Mélanges en l'honneur de J.M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 181, spéc. p. 224. Sur les prolongements de cette jurisprudence, et notamment sur l'arrêt *Cervac* du 19/03/03, v. la note de G. Couturier in Droit social 2003, p. 552 ;

v. également les développements consacrés à l'obligation d'informer et consulter les représentants du personnel in "Les grands arrêts du droit du travail", 3^e éd. avant-propos de G. Lyon-Caen, par J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jemaud et E. Dockès, p. 590, spéc. p. 591.

(26) En ce sens, P-H Antonmattéi, Accord de méthode, génération 2005..., *op. cit.*, p. 400. Comp. J. M. Mir, Restructurations et consultation du comité d'entreprise, in "La loi de programmation pour la cohésion sociale", Les petites affiches, 31 mars 2005, n° 64, p. 31, spéc. p. 38.

(27) Ici, signalons toutefois un cas singulier. De nouvelles situations pourraient – théoriquement en tout cas – être concernées par les nouveaux mécanismes de la négociation des accords de méthode. En effet, la conclusion des accords visés par l'article L. 320-3 étant placée sous l'égide de la loi du 4 mai 2004, une entreprise pourvue d'un comité d'entreprise, mais dépourvue de délégué syndical, pourrait-elle – dès lors qu'elle est soumise à un accord de branche étendu organisant les formes dérogatoires de négociation – engager la négociation visée par l'article L. 320-3 ? En supposant que le thème soit ouvert à cette forme de négociation, cette dernière pourrait – dans l'affirmative – être conduite avec le comité d'entreprise. L'acquisition par le texte négocié dans de telles circonstances de la qualité d'accord collectif dépendra ensuite de la commission paritaire de branche. On perçoit alors le paradoxe puisqu'il s'agit ici d'une approbation extérieure à l'entreprise du contenu d'un accord négocié et conclu un comité d'entreprise... sur lui même !

(28) Sur les autres objets de négociation possibles : v. nos développements *infra*.

(29) C'est ce que fait ressortir un extrait du bilan d'étape de la DGEFP cité par P-H. Antonmattéi in "Accords de méthode, génération 2005 : la "positive attitude", *op. cit.*, p. 400.

Quant aux accords susceptibles d'agir sur le fond du licenciement, on peut espérer une vigilance accrue de la part d'organisations syndicales qui ne sauraient demeurer contemplatives sur un sujet tel que le licenciement économique. Il n'en reste pas moins que l'assise majoritaire de l'engagement syndical sur le devenir des prérogatives des élus voire même des droits des salariés (30) sort singulièrement affaiblie de la loi du 18 janvier 2005. Il convient d'ailleurs sur ce point d'évoquer l'avenir réservé aux actions en contestation par le dernier alinéa de l'article L. 320-3 (30 bis). L'action intentée à l'encontre d'un accord de méthode proprement dit devra être engagée dans les trois mois suivant la date d'accomplissement des formalités de dépôt prévues par l'article L. 132-10. Le délai est porté à douze mois lorsque les accords ont trait au plan de sauvegarde de l'emploi (31). L'objectif recherché – pour reprendre l'expression passée dans le langage commun – est de "sécuriser" les accords (32). Mais l'instauration de ces délais dérogoires pourrait également être interprétée

comme un aveu de la fragilité des garanties offertes par l'accord en vue de prévenir les contentieux. En effet, il est permis d'espérer que les litiges sont d'autant moins nombreux que le consensus réalisé par l'accord est large (33), et que ses dispositions sont réellement considérées par leurs destinataires comme une "loi commune" (34). Il est donc tentant de suggérer que le dispositif de réduction des délais de recours sert à corriger en aval le déficit potentiel de légitimité des accords en amont (35). Plus généralement, il convient finalement d'observer qu'il sera plus difficile de voir à l'avenir dans ce type d'accord, le gage d'adhésion qui sert en son temps à justifier le recours à l'accord collectif sur un sujet aussi sensible que celui du licenciement. Le point est d'importance, une fois précisé que les accords envisagés par le nouvel article L. 320-3 pourront désormais porter sur des thèmes qui dépassent largement la seule hypothèse des procédures d'information et de consultation des représentants du personnel.

■ II. La diversification des thèmes de négociation en matière de licenciement économique ■

10 - Une brève évocation des nouvelles dispositions législatives laisse aisément percevoir que les accords envisagés par la réforme sont loin d'être réductibles à la seule conception qui se dégageait de la loi du 3 janvier 2003. Aussi l'expression "accords de méthode" ne restitue-t-elle plus pleinement le sens et la finalité des accords collectifs tels que le législateur vient de les introduire dans notre droit (**A**). Sans pouvoir envisager l'intégralité des types d'accords qui naîtront de pratiques fatalement imprimées par la singularité de chaque entreprise, quelques cas de figure semblent pouvoir être imaginés lorsque la négociation portera sur la sauvegarde de l'emploi (**B**).

A. Accords de méthode : une expression devenue pour partie inadéquate

11 - Avec la loi du 3 janvier 2003, le législateur avait admis – à titre expérimental – l'aménagement par voie négociée des procédures légales d'information et de consultation des comités d'entreprise. C'est ce dispositif que le législateur a entendu pérenniser grâce au nouvel article L. 320-3. A cette occasion, il modifie sensiblement le rôle des accords collectifs en matière de licenciement économique. Dès la première lecture, il apparaît clairement que le thème de la négociation des accords de méthode n'est plus seulement cantonné aux procédures d'information et de consultation. Certes, non sans quelques maladroites rédactionnelles, le législateur envisage cet objet initial de négociation et introduit d'ailleurs quelques nouveautés à cet égard (36). Mais le

(30) Pour une plus large réflexion sur la condition majoritaire, v. G. Borenfreund, Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon du 4 mai 2004, in "La négociation collective à l'heure des révisions", *op. cit.*, p. 7.

(30 bis) Sur ce point, v. P. Bouaziz p. 368.

(31) V. P.-H. Antonmattéi, "Accords de méthode, génération 2005 : la "positive attitude", *op. cit.*, p. 402.

(32) On peut d'ailleurs y lire une nouvelle manifestation de la volonté de limiter à l'avenir l'intervention du juge dans les rapports sociaux : v. F. Guiomard, "L'intervention des juges dans la vie conventionnelle", in "La négociation collective à l'heure des révisions", *op. cit.*, p. 33, voir également les analyses d'A. Lyon-Caen et de C. Baumgarten dans le présent numéro.

(33) V. G. Couturier, Le choix de la procéduralisation conventionnelle, *op. cit.*, p. 9.

(34) L'expression est empruntée à J. Barthélémy qui, sous un autre rapport, envisage le consensus réalisé par l'accord comme un

facteur sensible de réduction du nombre des litiges : "La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel" in "Les accords de méthode", *SSL*, supplément *op. cit.*, p. 10, spéc. p. 12.

(35) D'autres soutiendront qu'il incombe justement aux organisations syndicales et au comité d'entreprise d'emprunter la voie contentieuse aussitôt que le respect des règles de droit leur paraît contestable. L'attentisme procéderait alors d'une stratégie consistant à s'emparer de l'enclave judiciaire pour en faire "une source de création de nouveaux droits, ce qui n'est pas de la compétence naturelle des juges" : v. "Moderniser le code du travail : les 44 propositions du MEDEF", Direction des relations sociales, 4 mars 2004, p. 3. Ce document fait suite au rapport de Virville, qui abrite également une réflexion comparable : "Pour un code du travail plus efficace", La Documentation française, 2004.

(36) Sur ce point v. P.-H. Antonmattéi, Accord de méthode, génération 2005..., *op. cit.*, p. 400/401.

second alinéa du nouvel article L. 320-3 prévoit en outre que les accords peuvent désormais organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise ou du groupe. Ces nouvelles dispositions laissent donc entrevoir que les accords à venir pourraient agir sur la sphère contractuelle, ne serait-ce qu'au travers des actions de mobilité (37). Sans aller plus avant sur ce point, il s'agit de se borner ici à observer que les accords dits "de méthode" ne sont plus exclusivement... de méthode ! Le point a déjà été souligné : "voilà l'accord de méthode qui se mue partiellement en accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences" (38).

12 - Mais la mutation est bien plus spectaculaire si l'on évoque l'hypothèse du plan de sauvegarde. En effet, le troisième alinéa du nouvel article L. 320-3 prévoit que les accords peuvent aussi déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi fait l'objet d'un accord et *anticiper sur le contenu* de celui-ci. Le plan de sauvegarde fait ici son entrée parmi les thèmes de la négociation collective ce qui, pour avoir été suggéré depuis plusieurs années déjà, n'était pas clairement envisagé par la loi. Rappelons en effet que s'il n'a jamais été contesté que le licenciement collectif doit faire l'objet d'une concertation, il n'a jamais été question pendant longtemps d'envisager qu'il soit l'occasion d'engager de véritables négociations. Jusqu'alors, l'idée de la possible négociation du plan de sauvegarde figurait tout au plus dans l'article L. 321-6 qui en mentionnait l'éventualité (39). Le législateur était d'ailleurs demeuré très prudent à cet égard en 2003. L'importance de la mesure ne saurait donc être mésestimée. Il est vrai que des négociations relatives au contenu du plan de sauvegarde ont déjà eu lieu en pratique, mais les avis demeuraient partagés tant une telle évolution portait en elle "un changement radical de logique" (40). Que les organisations syndicales soient, aux côtés de l'employeur, parties prenantes dans la rupture des contrats de travail constitue en effet une étape audacieuse, d'autant que l'équilibre du droit des licenciements a toujours été précaire (41). Ici toutefois, les transformations qui traversent le droit de la négociation collective – notamment depuis 1982 – expliquent pour partie que le

cap soit aujourd'hui plus résolument franchi. L'évolution s'inscrit d'ailleurs dans un mouvement plus général où la négociation consiste de plus à plus à rechercher "une gestion optimale des ressources humaines" (42). En ce sens, les implications symboliques des dispositions introduites par l'article L. 320-3 ne peuvent être minimisées. En tout état de cause, les accords de méthode n'ont plus pour caractéristique essentielle "de ne pas (...) porter sur le fond des problèmes" (43). La loi convie à l'avenir la négociation à orienter et à prédéterminer l'intégralité du processus du licenciement économique, visant à la fois la phase de formation du plan et les mesures qui devront être envisagées à cette occasion. En d'autres termes, les négociateurs sont invités à fixer avec le plus grand degré de prévisibilité possible les allures du licenciement lorsque le risque se réalisera. Les accords conclus dans de telles conditions ont finalement pour objet de déterminer à l'avance les mesures et les opérations qui seront mises en œuvre lorsque le projet de licenciement se concrétisera. C'est en quelque sorte à des négociations de programmation du licenciement auxquelles le troisième alinéa donne finalement naissance.

B. Programmation négociée du licenciement et nouveaux types d'accords

13 - La négociation peut certes être engagée "à chaud", mais elle peut également se tenir en dehors de tout projet précis de licenciement. La circulaire du 26 février 2003 relative à la loi du 3 janvier 2003 incitait déjà à le penser (44), et l'absence de toute limitation de durée pour les accords à venir (45) corrobore l'analyse. Voici donc une négociation dont la finalité est bien de prévoir, de programmer le licenciement et les mesures qui seront mises en place à cette occasion.

L'expression "accord-programme" pourrait ainsi servir à caractériser de manière générique le fruit d'une telle négociation. Quelques types d'accords appartenant à cette nouvelle catégorie sont alors susceptibles d'être envisagés.

On peut imaginer la conclusion d'un accord faisant naître une obligation de négocier les mesures d'accompagnement, et qui détermine la procédure et les thèmes de la négociation sans que les données précises

(37) Plus largement sur ce point, v. F. Favennec-Héry, Loi Borloo : une nouvelle approche de la modification, SSL, n° 1198, 17/01/05, p. 9 ; v. également la contribution d'I. Meyrat au présent numéro p. 296.

(38) P.-H. Antonmattéi, Accord de méthode, génération 2005..., *op. cit.*, p. 401. Plus vastement, les accords de GPEC pourraient bien, selon certains auteurs, absorber les PSE anticipés : v. F. Favennec-Héry, Loi Borloo : une nouvelle approche de la modification, *op. cit.*, spéc. p. 11.

(39) V. G. Couturier, Le choix de la procéduralisation conventionnelle, *op. cit.*, p. 8.

(40) P. Lokiec, Contrat et pouvoir, LGDJ 2004, p. 260/262.

(41) G. Lyon-Caen, Le droit du travail une technique réversible, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995, p. 51 et s.

(42) M.-A. Souriac et G. Borenfreund : "La négociation collective entre désillusion et illusions", *op. cit.*, p. 222.

(43) G. Couturier, "Le choix de la procéduralisation conventionnelle", *op. cit.*, p. 6.

(44) Selon l'administration "l'engagement d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique n'est pas un préalable à la négociation et à la conclusion d'un accord de méthode" ; le texte est reproduit dans l'étude consacrée par la Semaine Sociale Lamy aux accords de méthode : V. supplément n° 1152, *op. cit.*, p. 74, spéc. p. 75/77.

(45) V. P.-H. Antonmattéi, Accord de méthode, génération 2005..., *op. cit.*, p. 401.

du licenciement ne soient encore précisément connues. Ces accords – pour employer des vocables déjà usités en d'autres domaines (46) – pourraient être désignés sous les appellations "*accords préparatoires*" du licenciement ou bien encore "*accords de principe*". Il s'agirait de les définir comme l'engagement conventionnel d'ouvrir une négociation et de la poursuivre en vue d'aboutir à la conclusion d'un *accord de sauvegarde de l'emploi*, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle ou en tout cas insuffisante pour que l'accord soit définitivement formé (47). Ici, l'expression "*accord de sauvegarde*" – qui fait écho à celle de "*plan de sauvegarde*" reflétant quant à elle le caractère unilatéral de l'acte – nous semble susceptible de restituer l'origine négociée des mesures d'accompagnement du licenciement (48).

Cependant, la négociation n'affecte pas nécessairement la nature juridique du plan. Elle peut aussi consister – en dehors de tout projet précis de licenciement – à esquisser par voie d'accord les mesures d'accompagnement que l'employeur devra soumettre au comité d'entreprise lorsque le projet de licenciement se précisera. En ce cas, c'est en quelque sorte "*un accord partiel*" qu'il s'agit ici de conclure. Une définition peut également en être proposée : c'est l'accord par lequel l'employeur s'oblige à proposer des mesures d'accompagnement avant même que les conditions précises du licenciement ne soient connues.

Quelles que soient les dénominations choisies, quelques questions peuvent en tout état de cause être brièvement évoquées.

14 - Lorsque le projet de licenciement se précise, quel est le sort des prérogatives du comité d'entreprise quand a été conclu un accord posant le principe de la négociation des mesures d'accompagnement ? On pressent que la procédure d'information et de consultation pourrait être absorbée par la négociation (49). De manière plus prosaïque, la question de la sanction en cas de violation d'un tel accord peut aussi être posée. Ici, le fondement de l'obligation de négocier étant conventionnel, une condamnation à des dommages et intérêts est envisageable. On peut également imaginer l'hypothèse dans laquelle un *accord de sauvegarde de l'emploi* a été conclu sans que les

garanties conventionnelles prévues par l'*accord de principe* concernant le déroulement de la négociation n'aient été respectées. En d'autres termes, c'est la régularité de l'*accord de sauvegarde* qui serait ici en cause. En ce cas, il n'est pas interdit de soutenir que la sanction pourrait être la nullité. En effet, la chambre sociale – en matière de révision – n'a t'elle pas récemment admis l'anéantissement d'un avenant conclu en violation du préavis conventionnel (50) ? Les implications d'une telle solution sur les licenciements prononcés en application d'un accord irrégulier devront alors être envisagées. De plus en ce cas, la contestation ne porterait pas sur l'*accord de principe* lui-même mais sur l'accord précisément conclu en violation de cet *accord de principe*. Si bien qu'il n'est pas certain que les délais d'action en contestation des accords visés par le troisième alinéa de l'article L. 320-3 puissent être invoqués pour contenir cette hypothèse de contentieux (51).

Bien d'autres questions peuvent encore être posées. Ainsi, les mesures d'accompagnement du licenciement étant susceptibles de figurer dans un accord collectif, ses rapports avec des règles conventionnelles conclues au niveau de la branche – virtuellement supplétive – devront être précisés. On songe par exemple aux indemnités conventionnelles de licenciement. De même, la question du rôle des organisations syndicales signataires dans l'exécution des mesures pourrait également soulever des difficultés, tout comme d'ailleurs celle de la recevabilité de l'action en inexécution formée par une organisation syndicale non-signataire de l'accord. Plus généralement, il n'est donc pas certain que la fixation négociée des mesures d'accompagnement aide la sécurité juridique recherchée par le législateur (52).

15 - D'ailleurs dans l'hypothèse plus classique où les mesures sociales siègeront dans l'acte unilatéral de l'employeur, des questions sont également susceptibles d'être posées. En effet, si l'on envisage l'hypothèse de l'"*accord partiel*" – au sens où nous l'avons entendu plus haut – des difficultés pourraient bien apparaître. Dans cette hypothèse, l'accord fixe les mesures d'accompagnement que l'employeur doit soumettre au comité d'entreprise

(46) Plus largement sur la période précontractuelle : v. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, précis Dalloz, 7^e éd., p. 167 et s.

(47) D'après I. Naajar, *L'accord de principe*, D. 1991, chron. XIII, p. 57.

(48) P. Morvan évoque l'idée de "plan de sauvegarde de l'emploi conventionnel" in "Le droit du licenciement pour motif économique après la loi de cohésion sociale", *Travail et Protection sociale*, février 2005, n° 2, p. 8, spéc. p. 11.

(49) Plus vastement sur cette question, v. la contribution de P. Rennes dans ce numéro p. 311 ; comp. E. Gayat p. 349 spéc. p. 352.

(50) Soc. 27 oct. 2004, RJS 1/05 et l'avis de J. Duplat p. 19. ; v. aussi nos observations in *Dr. Ouv.* mai 2005 p. 10.

(51) Plus généralement, sur le flou qui entoure les hypothèses dans lesquelles les dispositions relatives aux différents délais des actions en contestation sont ou non applicables ; v. P.-H. Antonmattéi, *Accords de méthode, génération 2005 : la "positive attitude"*, *op. cit.*, spéc. p. 402. V. également les réflexions de P. Bouaziz dans ce numéro p. 368.

(52) Il est tentant de transposer ici une observation déjà formulée à propos de la loi du 4 mai 2004 : "la complexité, les hésitations et incertitudes qui traversent les dispositions nouvelles n'annoncent en tout cas aucun recul des juges et de leur rôle, en une époque où pourtant il est devenu courant de le réclamer" : v. A. Lyon-Caen, "La révision du droit de la négociation collective. Observations de méthode" in "La négociation collective à 'heure des révisions'" ; *op. cit.*, p. 1, spéc. p. 6.

lorsque le projet de licenciement s'est précisé. Quelle est sa force contraignante ? Il est en effet permis de s'interroger en cas d'inobservation par l'employeur de ses obligations en raison de la transformation inattendue et sensible du contexte dans lequel intervient finalement la procédure de licenciement. En d'autres termes, quel est le sort des licenciements prononcés en application d'un plan de sauvegarde qui ne comporte pas tout ou partie des mesures prévues initialement par l'accord collectif ? Ce dernier est-il coercitif ou seulement indicatif ? Le problème ne manquera pas d'être soulevé. A prolonger l'analyse qui se dégage d'un arrêt relativement récent de la chambre sociale, il n'est en effet pas certain que la validité du plan puisse être mise en cause (53).

Plus généralement d'ailleurs, on reste dubitatif sur la myopie de telles négociations, puisqu'elles se tiennent dans l'ignorance des conditions précises dans lesquelles le licenciement sera effectivement projeté par l'employeur (54). Aussi, il peut être souhaitable que les conditions de la révision de l'accord soient précisément déterminées, de sorte à encadrer les modifications qui pourraient intervenir lorsque l'élaboration du plan sera effectivement engagée. La régularité de la modification des mesures initialement prévues n'est en effet pas détachable du bien-fondé des licenciements qui seront finalement prononcés (55).

16 - Plus vastement, le point de savoir si la dérogation à l'article L. 321-4-1 est possible doit également être évoqué. On peut soutenir qu'en dépit du silence du

quatrième alinéa de l'article L. 320-3, la dérogation aux dispositions légales sur le plan de sauvegarde est prohibée, comme l'indiquait d'ailleurs la circulaire (56) relative à la loi du 3 janvier 2003 (57). Toutefois, il est utile de rappeler que sur d'autres questions, les préconisations administratives n'ont pas toujours emporté l'adhésion des juges du fond (58). Si bien que les négociations sont désormais en capacité d'agir sur la substance du droit du licenciement, et l'étendue de la dérogation aux normes légales relatives à la teneur du plan demeure incertaine (59). Or, la mesure de la dérogation à l'article L. 321-4-1 n'est pas sans conséquences sur le sort des licenciements (60). On pressent ainsi que le contentieux de la nullité risque fort d'être sensiblement affecté par les nouvelles dispositions.

17 - Certes, les hypothèses que nous avons envisagées sont susceptibles de n'en rester qu'au stade de la pure fiction. La pratique pourrait – quant à elle – s'avérer féconde. Mais ce nouvel élargissement du domaine du négociable (61) n'en comporte pas moins le risque d'une détérioration sensible de la protection des salariés en cas de licenciement collectif.

"Mauvais arrangements mieux vaut que bon procès" : appelées – sans s'asservir – à œuvrer dans les relations de travail pour la conciliation des intérêts plutôt qu'à soutenir leur confrontation judiciaire, les organisations syndicales sont donc une nouvelle fois chargées d'une tâche bien difficile.

Sophie Nadal

(53) L'allusion concerne l'hypothèse de la violation d'un engagement sur l'emploi pris dans le cadre d'une première restructuration et ses incidences sur le plan de sauvegarde arrêté à l'occasion d'une seconde restructuration : v. les observations de O. Leclerc sous Soc., 25 nov. 2003, D. 2004, somm. comm., p. 389 ; J. Savatier *in* Droit Social, 2004, p. 166 ; I. Omarjee, La violation d'un engagement unilatéral en matière d'emploi, D. 2004, comm., p. 2395 ; RJS 2/04, n° 196 ; Dr. Ouv. 2005 p. 41 n. M.-F. Bied-Charreton.

(54) "Voilà une raison de plus d'appeler les négociateurs à la vigilance" : v. M. Cohen, Le fonctionnement du comité d'entreprise et les licenciements économiques après la loi du 18 janvier 2005, Droit Social 2005, p. 394, spéc. p. 396.

(55) Pour une étude synthétique des solutions dégagées par la jurisprudence en cas de modification du plan de sauvegarde : v. S. Béal et A. Giroud, Modification du plan de sauvegarde de l'emploi, JCP, Entreprise et affaires, n° 9 du 3/03/05, Pratique, n° 356, p. 361.

(56) Circ. DGEFP 2003/03 du 26 février 2003, Bull. off. min. trav. 2003/6, p. 73.

(57) En ce sens, V. P-H Antonmattéi, Accord de méthode, génération 2005..., *op. cit.*, p. 401.

(58) Il était en effet indiqué dans la circulaire que lorsque les dispositions de l'accord de méthode prévoient des réunions

en nombre supérieur par rapport aux dispositions légales, les conditions de validité étaient alors celles du droit commun. Pour les magistrats de Nanterre toutefois, la double condition de validité est applicable lorsque l'accord est plus favorable que la loi : TGI Nanterre, 19 décembre 2003, RJS 6/04, n° 674.

(59) Pour une analyse de la question dont il ressort que "le contenu du plan est ouvert à la négociation mais avec un objet qui reste encadré" : v. F. Favennec-Héry, Le PSE dans la loi Borloo : prévention, négociation, "sécurisation", *in* La loi de programmation pour la cohésion sociale, Les petites affiches, 31 mars 2005, n° 64, p. 39, spéc. p. 42.

(60) F. Favennec-Héry s'interroge : "La nullité de la procédure et du licenciement subséquent telle que prévue à l'article L 321-4-1 du code du travail s'applique-t-elle à un plan de sauvegarde de l'emploi négocié ? N'est-ce pas remettre en cause la finalité première des accords de méthode qui est de sécuriser la procédure?" *in* Le PSE dans la loi Borloo : prévention, négociation, "sécurisation", *op. cit.*, p. 42.

(61) Sur les ambiguïtés du rôle de la négociation collective qui, plus qu'elle ne corrige le déséquilibre des relations de travail, semble de plus en plus contribuer à l'affermissement des pouvoirs de l'employeur, v. M.-A. Souriac, Pouvoir et convention collective, *in* "Le pouvoir du chef d'entreprise", sous la direction de J. Pélissier, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2001, p. 53.