

La négociation des plans de restructuration* (1)

par *Alexandre FABRE*, Maître de conférences,

Université Rennes 2, Directeur de l'Institut des sciences sociales du travail de l'Ouest

PLAN

I. Une négociation encouragée par le législateur

- A. La négociation collective comme vecteur de création et de maintien de l'emploi
- B. La négociation collective comme mode de gestion de l'emploi

II. Une grande diversité d'accords

- A. Les accords de préservation de l'emploi
- B. Les accords de restructuration « à tiède »
- C. Les accords sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)

Conclusion

Propos liminaires

Encourager les négociations sur les restructurations et leurs conséquences sur l'emploi, tel est le leitmotiv des pouvoirs publics depuis quelques années (2). Mais au-delà des formules quasi incantatoires que l'on voit fleurir sous la plume du législateur (3) et de l'administration (4), que recouvre exactement cette tendance nouvelle ? Pour y voir plus clair, il n'est pas inutile de préciser les termes du débat.

Commençons par le mot « restructurations » : que faut-il entendre par là ? En économie, il désigne le fait pour une entreprise de redéployer ses activités de production, de commercialisation, de recherche et de développement, et renvoie donc à une multitude d'opérations : réorganisations internes, externalisation d'activités, recours à la sous-traitance, délocalisations de sites, fusions-acquisitions, etc. En droit du travail, le terme « restructurations » ne recouvre pas une notion juridique. Les auteurs l'emploient souvent, mais aucune disposition légale ou réglementaire n'en fait état. Cette absence de référence formelle ne signifie pas que le droit du travail se désintéresse des restructurations. S'il ne les définit pas, il prévoit, en effet, plusieurs corps de règles ayant pour objet de limiter leurs conséquences sur l'emploi, les plus connus organisant le maintien des contrats de travail en cas de transfert d'une entité économique autonome (L. 1224-1 C. trav.) ou encadrant les licenciements pour motif économique (L. 1233-1 et s C. trav.).

Ces règles n'ont pas connu une évolution similaire dans la période récente. Si les règles prévoyant le transfert des contrats de travail ont conservé leur caractère d'ordre public (5), ce n'est pas le cas de celles composant le droit du licenciement pour motif économique, certaines étant désormais susceptibles d'être écartées par accord collectif. Le champ ouvert à la négociation collective ne s'est pas limité au seul droit du licenciement pour motif économique ; la voie négociée a aussi été largement encouragée comme condition de mise en place d'une gestion

* Cet article est issu d'une communication présentée lors d'une journée consacrée aux "Négociations en droit du travail", organisée par l'Institut du travail de Bordeaux (Université Montesquieu, Bordeaux IV).

- (1) Cet article reprend et prolonge notre contribution (« Le défi des restructurations », coécrit avec Catherine Sauviat) à l'ouvrage collectif *La France du travail, données, analyses, débats*, Ed. de l'Atelier, 2009, pp. 165-194.
- (2) J.-E. Ray, « Anticipations en matière d'emploi et mythes nécessaires », *Gaz. Pal.*, 12 au 14 août 2007, p. 4 ; H. Rouilleault, *Anticiper et concerner les mutations. L'obligation triennale de négocier le dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*, La documentation française, 2007.
- (3) Pour le gouvernement de l'époque, l'obligation triennale de négocier la GPEC devait « inciter (les entreprises) à adopter une démarche d'anticipation et à traiter en amont, par le dialogue

social, les évolutions de l'emploi » (Lettre rectificative au projet de loi sur la programmation de la cohésion sociale). Il avait d'ailleurs choisi de codifier cette obligation sous le titre évocateur : « Gestion prévisionnelle des emplois et prévention des conséquences des mutations économiques ».

- (4) Circ. DGEFP n° 2007-15 du 7 mai 2007 relative à l'anticipation des mutations économiques et au développement de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. Circ. DGEFP - DRT n° 2005/47 du 30 déc. 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations.
- (5) Par conséquent, toute clause tendant à éluder l'application de l'article L. 1224-1 C. trav. est nulle (Soc. 13 juin 1990, Bull. civ. V, n° 273). Il en va différemment lorsque les conditions de cet article ne sont pas réunies. Dans ce cas, il est alors possible de prévoir conventionnellement le transfert des salariés (par exemple en cas de perte d'un marché, Soc. 12 juill. 1999, Bull. civ. V, n° 348).

prévisionnelle des emplois et des compétences. En l'espace de quelques années, on peut donc dire que les conditions ont été réunies pour qu'apparaisse un véritable droit négocié des restructurations.

Cette précision étant faite, reste maintenant à savoir à quel niveau de négociation il convient de s'intéresser.

La négociation de branche est sans doute la moins directement concernée. Si les restructurations touchent bien certains secteurs d'activité, elles ne semblent pas véritablement faire l'objet de négociations à ce niveau. Il semble que les partenaires sociaux veillent, depuis peu, combler ce vide en confiant un rôle d'expertise et d'ingénierie à la négociation collective de branche. Cela ressort très clairement de l'accord national interprofessionnel du 14 novembre 2008 sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), où les branches sont invitées à faire des diagnostics sur l'évolution des emplois et à aider les entreprises à suivre une démarche de GPEC (6).

La négociation nationale interprofessionnelle a un lien plus ancien avec les restructurations (7). Il faut se souvenir que c'est l'accord sur la sécurité de l'emploi du 10 février 1969 qui a posé les bases du droit du licenciement pour motif économique actuel : non seulement il a instauré le double canal d'information et de consultation du comité d'entreprise (sur le projet industriel de réorganisation et sur le projet de licenciements), mais il a aussi esquissé les obligations d'adaptation et de reclassement en invitant les entreprises à recourir à la formation et à la mobilité pour limiter les licenciements. Trente ans plus tard, la négociation nationale interprofessionnelle s'est de nouveau illustrée sur le thème des restructurations avec la signature, le 8 juillet 2009, de l'accord sur la gestion sociale des conséquences de la crise économique sur l'emploi, accord qui a notamment étendu le volume des heures indemnisables au titre du chômage partiel, augmenté le montant de l'allocation de la convention de reclassement personnalisée et encadré le prêt de main-d'œuvre entre entreprises.

La simple confrontation des intitulés de ces deux accords pourrait laisser penser que la négociation nationale interprofessionnelle a revu ses ambitions à la baisse en l'espace de trente ans : l'heure n'est plus aujourd'hui à la sécurité de l'emploi, mais à la gestion des conséquences sociales de la crise. Simple question d'affichage ou évolution plus profonde ? Sur le plan juridique, la différence n'est peut-être pas aussi importante qu'on pourrait le croire. Que ce soit en 1969 ou en 2009, la négociation nationale interprofessionnelle se maintient sur un point : elle sert avant tout à inviter les pouvoirs publics à modifier le droit des restructurations.

La négociation territoriale peut-elle jouer, pour sa part, un rôle plus direct dans la gestion des restructurations ? Les arguments en faveur d'une réponse positive ne manquent pas : seul ce niveau de négociation permettrait de traiter les restructurations d'un point de vue global, en réunissant autour des acteurs de l'entreprise (direction et représentants du personnel), les agents économiques impactés par la décision (entreprises sous-traitantes) et les pouvoirs publics locaux, évidemment intéressés par la reconversion des salariés et des territoires (régions, départements, communes) (8). La recherche d'un dialogue social territorial sur les restructurations coïnciderait, de plus, avec deux évolutions majeures : d'une part, le mouvement de décentralisation, qui donne aux régions et aux départements des compétences nouvelles en matière de formation et d'emploi, et, d'autre part, l'accroissement de la responsabilité des entreprises vis-à-vis des territoires, celles-ci étant désormais débitrices d'une obligation de revitalisation en cas de licenciements pour motif économique (9). Si l'on perçoit bien l'intérêt d'envisager les restructurations dans un espace plus vaste que l'entreprise, on peine en revanche à concevoir les instruments de cette négociation : comment déterminer les personnes admises à négocier, à qui confier le « pilotage » de la négociation et, surtout, quelle force juridique attribuer à l'accord conclu ? On le voit, bien qu'auréolée de toutes les vertus, la négociation territoriale demeure en quête d'un modèle.

C'est bien évidemment au niveau de l'entreprise ou du groupe que la négociation sur les restructurations intervient le plus. Si cette négociation est la plus courante, c'est surtout parce qu'elle est la plus encouragée par la loi. En l'espace d'une vingtaine d'années, le législateur est ainsi intervenu à plusieurs reprises pour que les problèmes d'emploi posés par les restructurations trouvent plutôt des réponses négociées entre directions et syndicats (1.). Mais l'essor de ce droit négocié des restructurations pose question : que négocie-t-on vraiment au niveau de l'entreprise ou du groupe ? La décision même de restructurer : fermer tel site, abandonner telle activité, supprimer tels emplois ? Le cadre procédural de la restructuration : quel calendrier, combien de réunions avec les représentants du personnel, quels moyens d'expertise ? Ou seulement les mesures

(6) Sur cette question, v. S. Nadal, « Mission(s) impartie(s) aux branches et territoires en matière de GPEC : accompagner sans réglementer », in *Emploi en ruptures*, B. Gomel, D. Méda, E. Serverin (dir.), Dalloz, 2009, p. 237.

(7) De manière plus générale, v. l'étude de J. Freyssinet, *Négocier l'emploi. Cinquante ans de négociations interprofessionnelles sur l'emploi et la formation*, Ed. Liaisons, 2010.

(8) Plus largement, sur les mérites du dialogue social territorial, v. A. Jobert, « Enjeux et dynamique du dialogue social territorial », *POUR*, n° 192, déc. 2006, p. 190 ; et dans une perspective comparatiste, v. *Les nouveaux cadres du dialogue social : Europe et territoires*, A. Jobert (dir.), Peter Lang, 2008.

(9) Art. L. 1233-84 et s., C. trav.

d'accompagnement des salariés : quels dispositifs, dans quelles conditions, sur quels critères ? On pressent bien que la négociation ne pèse pas de la même façon sur le pouvoir de l'employeur, et n'engage pas de la même manière les organisations syndicales, selon que la négociation porte sur tel ou tel aspect des restructurations. Cette intuition se vérifie si l'on examine plus précisément le produit de la négociation. Si, depuis quelques années, on observe bien un accroissement de la négociation collective, celle-ci ne présente pas un visage uniforme ; la négociation des plans de restructurations donne lieu en vérité à une grande diversité d'accords (11).

I. Une négociation encouragée par le législateur

Le droit des restructurations s'est limité, pendant longtemps, au droit du licenciement pour motif économique ; un droit essentiellement légiféré, d'ordre public, n'autorisant aucune dérogation par accord de volontés. Durant cette période (1960-1990), la négociation collective intervenait surtout au niveau national interprofessionnel, en préfigurant souvent des modifications législatives (10). Au niveau de l'entreprise, la négociation collective n'était pas proscrite, seulement tolérée. Preuve que le législateur ne souhaitait lui voir jouer qu'un rôle mineur, le Code du travail ne faisait référence à l'éventualité d'un accord collectif que dans deux dispositions seulement : à propos des critères d'ordre de licenciement, pour admettre leur négociation (anc. L. 321-1-1 C. trav. issu de la loi du 2 août 1989, actuel L. 1233-5) et au sujet des délais d'envoi des lettres de licenciement, pour dire que l'administration du travail pouvait les réduire en cas d'accord sur le plan social (anc. L. 321-6 C. trav. issu de la loi du 30 décembre 1986, actuel L. 1233-41).

A partir des années 1990, la négociation collective d'entreprise s'est vue confier un rôle plus important en matière d'emploi. Mais cette évolution n'est pas univoque. On peut, en effet, identifier deux périodes, bien distinctes, au cours desquelles le législateur a assigné des missions différentes à la négociation collective. Au cours des années 1990, cette dernière était surtout un vecteur de maintien de l'emploi, alors que, depuis 2003, elle apparaît plutôt comme un mode de gestion de l'emploi.

A. La négociation collective comme vecteur de création et de maintien de l'emploi

Cette vision de la négociation collective peut sembler aujourd'hui bien lointaine. Elle correspond à cette

période – révolue – où les pouvoirs publics encourageaient la réduction négociée du temps de travail dans le but de créer ou, au moins, de maintenir l'emploi. Trois lois bien connues ont incarné cette politique : la loi *Robien* du 11 juin 1996 et les lois *Aubry I* et *II* du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000. Au-delà de leurs différences, ces lois avaient un point commun : elles octroyaient des allègements de cotisations sociales aux entreprises s'engageant à préserver ou à créer des emplois dans le cadre d'une réduction négociée du temps de travail. Selon l'option choisie, on parlait alors d'accords « offensifs » lorsque cette réduction permettait de créer des emplois, ou d'accords « défensifs » lorsqu'elle servait seulement à maintenir les emplois existants.

L'option défensive, la plus répandue en pratique, a connu une forme de consécration en 2002 avec l'adoption de « l'amendement *Michelin* » lors du vote de la loi de modernisation sociale (art. 112) (11). Cet amendement obligeait les entreprises à ouvrir des négociations loyales et sérieuses sur la réduction du temps de travail avant de pouvoir établir un plan de sauvegarde de l'emploi (anc. art. L. 321-4-1 C. trav.). Cela revenait, en somme, à faire de la réduction négociée du temps de travail un préalable obligatoire à la mise en œuvre d'un projet de licenciement.

Cette réforme n'a cependant pas fait long feu. Moins d'un an après son adoption, la loi de modernisation sociale a fait les frais du changement de majorité parlementaire. Plusieurs de ses dispositions, dont « l'amendement *Michelin* », ont ainsi été suspendues par la loi *Fillon* du 3 janvier 2003 (12). L'alternance a également marqué la fin des « 35 heures », l'objectif des pouvoirs publics n'étant plus, désormais, de promouvoir

(10) Accord sur la sécurité de l'emploi du 10 févr. 1969 partiellement repris dans la loi du 3 janv. 1973 ; accord du 20 octobre 1986, faisant suite à la loi du 3 juill. 1986 supprimant l'autorisation administrative de licencier pour motif économique, repris dans la loi du 30 déc. 1986.

(11) Cet amendement avait été adopté une première fois par le Parlement lors de l'examen de la loi *Aubry II* en réaction aux licenciements prononcés par l'entreprise *Michelin*, qui dégageait alors d'importants bénéfices (G. Couturier, « Les paraloxismes de l'amendement *Michelin* », *Dr. soc.* 1999, p. 1034). Mais il fut censuré par le Conseil constitutionnel

dans sa décision du 13 janv. 2000, les sages reprochant au législateur de ne pas avoir précisé la sanction encourue en cas de violation (X. Prétot, *Le Conseil constitutionnel et les trente-cinq heures : quelques principes et bien des approximations*, *Dr. soc.* 2000, p. 257).

(12) Cette loi suspendait, en outre, l'obligation de suivre la procédure de l'ancien livre IV (ayant pour objet le projet de restructuration) avant la procédure de l'ancien livre III du Code du travail (ayant pour objet le projet de licenciements), ainsi que le droit pour le comité d'entreprise de saisir un médiateur en cas de blocage avec l'employeur.

la réduction négociée du temps de travail, mais de favoriser le recours aux heures supplémentaires (13).

Ce changement politique a eu pour conséquence de modifier les objectifs assignés à la négociation collective en matière d'emploi. Sous la mandature précédente, celle-ci était considérée comme le meilleur moyen d'établir un compromis entre réduction de la durée du travail, aménagement du temps de travail et création ou maintien de l'emploi. Les restructurations n'étaient pas, alors, un objet de négociation entre direction et syndicats, seulement un contexte jugé favorable à l'échange de ces trois éléments. Pour la nouvelle majorité, la négociation collective est plus qu'un instrument de politique de l'emploi ; c'est le mode de régulation idéal des rapports de travail. Cette conviction l'a conduite à adopter plusieurs réformes tendant à ouvrir le champ de la négociation collective, la plus emblématique étant celle réalisée par la loi de modernisation du dialogue social du 31 janvier 2007, qui a obligé le Gouvernement à saisir les partenaires sociaux avant tout projet de loi intéressant les relations individuelles et collectives, l'emploi et la formation professionnelle (14). Au niveau de l'entreprise, la principale réforme de cette nouvelle majorité a été de confier aux organisations syndicales une place plus importante dans la gestion de l'emploi.

B. La négociation collective comme mode de gestion de l'emploi

Amorcée par la loi *Fillon* du 3 janvier 2003, cette évolution a surtout été consacrée par la loi *Borloo* du 18 janvier 2005, qui a introduit deux modifications majeures.

D'une part, cette loi a pérennisé la possibilité de conclure des « accords de méthode » (art. L. 1233-21 à 24 C. trav.) (15). Si elle a le mérite de la simplicité, la dénomination de ces accords n'est pas très heureuse. L'expression « *accords de méthode* » a été créée à l'origine pour décrire les accords dont l'objet est de fixer les thèmes, le calendrier et les moyens d'une négociation ultérieure (16). Or, les accords rendus possibles en 2005 n'encadrent pas forcément une négociation future ; ils ont, en vérité, trois objets possibles :

- Ils peuvent fixer la procédure applicable en cas de « *grands licenciements pour motif économique* » : nombre des réunions du comité d'entreprise, délais entre

chaque réunion, modalités selon lesquelles s'articulent, dans les entreprises à établissements multiples, les consultations respectives du comité central d'entreprise et des comités d'établissement, modalités de recours à un expert comptable, etc.

- Ils peuvent également organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe.

- Ils peuvent, enfin, déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi fait l'objet d'un accord, et anticiper le contenu de celui-ci.

Si ces accords avaient seulement pour fonction d'encadrer la négociation éventuelle du futur plan de sauvegarde de l'emploi, on pourrait les qualifier d'accords de méthode, sans dévoyer cette expression. Mais, dès lors qu'ils peuvent fixer la procédure applicable au projet de licenciement pour motif économique, et aller jusqu'à déterminer les mesures proposées aux salariés concernés, il semble plus conforme à leur objet de les considérer comme des accords de restructuration.

D'autre part, la loi du 18 janvier 2005 a obligé les entreprises de plus de trois cents salariés à négocier tous les trois ans « 1° sur les modalités d'information et de consultation des représentants du personnel sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ; 2° sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétence ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés » (art. L. 2242-15 C. trav.) (17).

En faisant de la GPEC un thème de négociation collective, le législateur semble avoir voulu promouvoir une nouvelle conception de l'emploi. Ce qui compte aujourd'hui, c'est moins, apparemment, le volume de l'emploi que le contenu des emplois. Plus exactement, l'idée dominante serait que, pour maintenir l'emploi, il faudrait avant tout veiller à ce que les emplois correspondent aux besoins actuels, mais surtout futurs, de l'entreprise.

(13) Ce mouvement a été amorcé par la loi *Fillon II* du 17 janv. 2003 et s'est accentué avec la loi *TEPA* du 22 août 2007 et la loi *Pouvoir d'achat* du 8 févr. 2008.

(14) Art. L. 1 à L. 3, C. trav. ; v. l'intervention de C. Radé, *supra* p. 319.

(15) S. Nadal, « Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel art. L. 320-3 C. Tr. », Dr. Ouv. juill.-août 2005 p. 303 ; P. Rennes « D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'art. L. 320-3 C. Tr.) », Dr. Ouv. juill.-août 2005 p. 311 ; E. Gayat, « Accords

de méthode », Dr. Ouv. juill.-août 2005 p. 349 ; ces articles sont disp. sur <http://sites/google.com/site/droitouvrier>

(16) J. Barthélémy, « L'accord de méthode de la négociation collective », Les cahiers du DRH - Lamy, n° 40, 29 juin 2001, p. 12.

(17) T. Katz, « La négociation sur l'emploi à l'épreuve du nouvel article L 320-2 C. Tr. », Dr. Ouv. juill.-août 2005 p. 322 ; M.-F. Bied-Charreton, « Gestion prévisionnelle de l'emploi », Dr. Ouv. juill.-août 2005 p. 343.

S'il est certain que la loi du 18 janvier 2005 a offert plus de possibilités de négociation, celles-ci ne paraissent pas entamer le cœur du pouvoir de l'employeur. Les dispositions introduites semblent seulement permettre une négociation sur les *conditions de mise en œuvre* de la gestion de l'emploi : il s'agit de négocier la procédure de licenciement pour motif économique, pas la décision de licencier ; de même, la négociation doit porter sur les modalités d'information et de consultation sur la stratégie de l'entreprise ou sur la mise en place d'un dispositif de GPEC, pas sur la stratégie elle-même, ni sur le dispositif de GPEC en tant que tel. Si ces dispositions ne permettent pas, à proprement parler, un partage du pouvoir, on verra cependant plus loin qu'elles n'empêchent pas un certain partage des responsabilités.

A travers ces dispositions, le législateur a surtout voulu inciter les partenaires sociaux à anticiper les restructurations et leurs conséquences sur l'emploi. Le message est clair : il ne faudrait plus attendre que les problèmes d'emploi surviennent pour commencer à les résoudre, il faudrait les anticiper pour mieux les affronter. Les gains d'une telle démarche sont bien connus. D'une part, l'anticipation permet de réduire la conflictualité : c'est beaucoup plus simple de négocier, « à froid », sur un risque éventuel de restructuration, que de négocier « à chaud », après une annonce de licenciement collectif.

D'autre part, le temps gagné grâce à l'anticipation peut être mis à profit pour éviter les licenciements « secs », en offrant aux salariés des possibilités de reconversion interne ou externe.

La crise actuelle montre cependant que cette démarche n'est possible qu'en période de temps calme. Lorsque les difficultés économiques frappent subitement les entreprises, l'anticipation n'est plus à l'ordre du jour, il faut seulement gérer l'urgence. Dans ce contexte, la négociation devient moins évidente ; en cas d'échec, elle peut même aboutir à un durcissement du conflit entre direction et syndicats. L'année 2009 en a fourni plusieurs exemples : face au refus de négocier de certaines directions, il a fallu que les syndicats choisissent d'autres modes d'action pour se faire entendre (séquestration de cadres, menace de destruction des machines, chantage à la pollution).

Si l'on met de côté ce contexte de crise, qui aura au moins eu le mérite de montrer les limites du discours des pouvoirs publics sur la nécessaire anticipation des restructurations, il faut bien reconnaître que les réformes entreprises ces dernières années ont conduit à un développement sans précédent des accords sur l'emploi. L'activité conventionnelle constatée est cependant loin d'être homogène.

II. Une grande diversité d'accords

L'analyse des accords portant sur l'emploi est forcément limitée. L'administration du travail établit certes un bilan annuel de la négociation collective, mais celui-ci se situe à un niveau de généralité tel qu'il est difficile d'y trouver autre chose que des tendances ou des évolutions de grande ampleur. Le bilan qu'elle a spécialement consacré aux accords de GPEC conclus en 2008 n'offre, lui aussi, qu'un intérêt relatif, puisqu'il fournit principalement une cartographie de leur contenu, sans analyse plus approfondie. Dresser une typologie des accords constitue donc, dans ces conditions, une entreprise difficile, où se mêlent presque autant d'observations empiriques qu'appréciations subjectives. De cet observatoire imparfait, on peut cependant identifier trois catégories d'accords.

A. Les accords de préservation de l'emploi

Ce type d'accords a connu un développement spectaculaire entre 1996 et 2002, grâce au soutien des

pouvoirs publics qui octroyèrent des allègements de charges aux entreprises diminuant le temps de travail en contrepartie d'engagements sur l'emploi. La fin de ces mesures incitatives en 2002, et surtout à partir de 2003, la politique menée en faveur de l'allongement de la durée du travail ont considérablement diminué le nombre de ces accords, sans toutefois les éradiquer complètement (18).

La crise a quelque peu modifié les choses : considérée comme une erreur économique et accusée de tous les maux ces dernières années, la réduction du temps de travail est apparue comme le meilleur moyen d'affronter les baisses d'activités sans supprimer des emplois. Si c'est surtout le dispositif du chômage partiel qui a été privilégié, il est aussi arrivé que des accords plus classiques de *réduction/flexibilisation du temps de travail* soient signés (19).

(18) V. par exemple l'accord *Potain* sur l'aménagement du temps de travail du 30 sept. 2004, Liaisons soc. 5 nov. 2004, n° 315, C3-439.

(19) V. par exemple l'accord *Loxam* du 10 déc. 2008 qui a diminué la durée hebdomadaire de travail de 38 à 37 heures (avec baisse correspondante de la rémunération) et qui a modifié le régime de la modulation pour permettre une

diminution de 7 heures par semaine durant 8 semaines ; ou l'accord social de crise signé chez *Renault* le 27 mars 2009, qui offre une combinaison intéressante des règles de chômage partiel et de réduction du temps de travail (l'amélioration de l'indemnisation du chômage partiel a été obtenue grâce à la mise en place d'un fonds pour partie alimenté par les jours de RTT des cadres et des agents de maîtrise).

Pour autant, il serait faux de croire que tous les accords de préservation de l'emploi sont nécessairement couplés à des mesures de réduction de la durée du travail. On voit en effet, depuis quelques années, un nouveau type de contrepartie demandé par les directions d'entreprises : pour faire face à la compétitivité des pays à bas coûts, certaines d'entre elles n'hésitent plus à réclamer un « effort salarial » à l'ensemble du personnel contre l'engagement d'un maintien d'activité (20). Parmi les nombreux accords répondant à ce modèle, le plus emblématique est sans conteste l'accord « *Robert Bosch France relatif à la sauvegarde économique et des emplois du site de Vénissieux* » (21). Pour éviter la délocalisation de la production en République tchèque, cet accord prévoyait plusieurs mesures destinées à réduire la masse salariale de 12 % : baisse de 25 à 30 % de la majoration des heures de nuit, suppression de nombreuses primes, suspension des augmentations de salaire et des primes d'intéressement pendant trois ans et, surtout, allongement de la durée hebdomadaire de travail de 35 à 36 heures sans majoration.

Ces accords présentent des caractéristiques communes. D'abord, il convient de relever que leur négociation intervient (presque) toujours dans le cadre d'un « *chantage à l'emploi* » : la direction d'entreprise présente aux organisations syndicales les mesures permettant de maintenir la compétitivité du site, en précisant que, si ces mesures ne sont pas prises, elle sera contrainte de délocaliser une partie, voire l'ensemble de la production, en licenciant les salariés pour motif économique. Cette forme de négociation « *contrainte* » place les organisations syndicales devant un dilemme quasi-insoluble : soit elles refusent de remettre en cause les droits des salariés, en prenant le risque que l'employeur procède (vraiment) à des licenciements, soit elles acceptent les concessions demandées et endossent une partie de la responsabilité de la restructuration.

Ce type de négociation n'est pas sans conséquence, en outre, sur l'examen de l'argumentaire patronal. Lorsque l'entreprise procède à des licenciements pour

motif économique, ces licenciements font, en cas de contestation, l'objet d'un contrôle judiciaire. Les juges peuvent être amenés alors à écarter certains motifs parce qu'ils ne sont pas réels (les difficultés économiques n'existent pas) ou parce qu'ils ne sont pas sérieux (la restructuration a pour seul but de réduire le coût du travail). En choisissant la voie de la négociation, l'employeur soustrait donc son argumentaire au contrôle du juge. Mais là n'est pas le seul intérêt de cette démarche : en réservant son argumentaire économique aux organisations syndicales, il le fait échapper à l'examen de l'expert-comptable, et peut espérer aussi jouer sur la peur des salariés de perdre leur emploi.

Enfin, il convient de noter que les engagements prévus dans ce type d'accord ont une portée juridique plutôt fragile. Si l'employeur les méconnaît, en fermant par exemple le site qu'il s'est engagé à maintenir en activité ou en supprimant plus d'emplois que prévus, les juges ne pourront pas prononcer la nullité des licenciements et réintégrer les salariés licenciés. Au plus pourront-ils condamner l'employeur sur le fondement de l'article 1147 du Code civil à verser aux salariés une indemnité réparant le préjudice subi (22).

B. Les accords de restructuration « à tiède »

Ces accords ont été identifiés par Henry Rouilleaut dans le rapport qu'il a réalisé sur l'obligation triennale de négocier la GPEC (23). Mais ce ne sont pas de « véritables » accords de GPEC ; ils trouvent, en vérité, leur fondement dans la faculté offerte par le législateur de déroger à la procédure de licenciements pour motif économique (24).

Au-delà de leur intitulé souvent original (25), ces accords se caractérisent par le fait qu'ils cherchent à anticiper une restructuration décidée ou éventuelle (d'où l'expression « *à tiède* ») en mettant en place une procédure en deux temps. Dès que la direction projette de supprimer des emplois, une première phase s'ouvre, qui dure en moyenne quelques mois, durant laquelle

(20) L'exigence d'une telle contrepartie n'est pas systématique, comme l'a récemment montré l'accord conclu dans le groupe Total le 26 févr. 2010. Pour mettre fin au conflit, la direction de Total s'est engagée, au-delà du projet concernant le site de Flandres, à ne procéder à aucune fermeture, ni à aucune cession de ses raffineries françaises au cours des cinq prochaines années. Les mots ayant un sens, on relèvera que la direction ne s'est pas interdite toute restructuration de ces sites, ni des suppressions d'emplois.

(21) Liaisons soc. 4 août 2004, n° 304, C3-436. Signé en juin 2004 entre la direction et les syndicats CFE-CGC et CFDT, majoritaires dans l'établissement, cet accord avait été accepté par 98 % des 820 salariés du site. Notons qu'il a été dénoncé par la CFDT en mars 2006 et qu'il n'a écarté que temporairement les difficultés, un plan de réduction d'effectifs (d'un total de 200 emplois) ayant été annoncé par la direction à la fin de l'année 2009.

(22) Soc. 22 janv. 1998, Dr. soc. 1998, obs. J.-E. Ray ; Soc. 13 avr. 1999, Dr. soc. 1999, obs. J. Savatier. Sur cette question, v. plus largement, M.-A. Rotschild-Souriac, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique ? », Dr. soc. 1997, p. 1061.

(23) H. Rouilleaut, *Anticiper et concerner les mutations. L'obligation triennale de négocier le dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*, p. 145.

(24) Art. L. 1233-21 et 22 C. trav.

(25) Accord *Thalès* du 23 nov. 2006 sur l'anticipation des évolutions d'emploi, le développement professionnel et la formation ; Accord *Rhodia* du 14 mars 2007 sur les mesures et les modalités de la gestion anticipée des métiers, des emplois et des compétences ; Accord *Carrefour* du 20 avr. 2006 sur le dispositif d'accompagnement des restructurations.

plusieurs types de mesures sont proposés aux salariés sur la base du volontariat (mobilité interne, temps partiel « *fin de carrière* », congé de fin d'activité, aide aux départs volontaires, aide à la création d'entreprise, etc.). L'objectif de cette première phase est de réduire, autant que possible, le nombre des licenciements potentiels en proposant aux salariés des solutions alternatives correspondant à leurs souhaits. C'est seulement s'il n'a pas été possible de résorber l'intégralité du sur-effectif lors de cette première phase, qu'un projet de licenciements pour motif économique est déposé. Cette deuxième phase se traduit alors, plus classiquement, par la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'application des critères d'ordre et la notification des licenciements (26).

Ces accords ne semblent pas pouvoir être critiqués à première vue puisqu'ils s'inscrivent dans le projet, louable, d'anticiper les restructurations et d'éviter les licenciements. Pour autant, la poursuite de cet objectif ne doit pas occulter les dangers qu'ils font courir aux salariés.

Le principal d'entre eux a été maintes fois souligné : ces accords ne risquent-ils pas de vider le plan de sauvegarde de l'emploi de son contenu (27) ? Comment ce dernier pourra-t-il être pertinent si, lors de la première phase, l'employeur a déjà offert aux salariés toutes les mesures normalement destinées à s'y trouver (28) ?

Deuxième critique, tout aussi fondamentale : ces accords reviennent à individualiser le traitement des restructurations en éclipsant le plan de sauvegarde de l'emploi derrière une multitude de mesures individuelles. A première vue, l'idée est plutôt séduisante : comment critiquer le fait que les salariés se voient offrir une liberté de choix ? En cas de restructuration, on a plutôt l'habitude de les voir attendre (fébrilement) la liste nominative des personnes licenciées. Le grand mérite de ces accords serait donc de leur permettre de prendre les devants, en répondant aux offres de mobilité interne ou externe faites par la direction. Ce dispositif n'est cependant pas sans effet pervers. Les mesures de reclassement n'étant pas infinies, il faut d'abord admettre

que seuls les salariés les plus réactifs en profiteront. Ensuite, il faut bien avoir à l'esprit que ce mécanisme permet à l'entreprise de sélectionner les salariés qu'elle désire garder. La part d'initiative laissée aux salariés ne doit, en effet, pas faire illusion. Ce n'est pas parce qu'ils peuvent choisir entre plusieurs solutions qu'ils ont l'entière maîtrise de leur avenir professionnel. C'est bien, en définitive, l'employeur qui décide, en acceptant ou en refusant telle ou telle candidature (29). Il y a là une différence radicale avec les règles légales du licenciement pour motif économique. Dans ce cadre, les salariés licenciés sont choisis en application de critères objectifs, pour la plupart d'entre eux fondés sur des considérations familiales et sociales (30). Rien d'équivalent n'est prévu dans les accords de restructuration « *à tiède* », qui, en règle générale, passent sous silence les critères servant à examiner les candidatures déposées. C'est bien là que résident leurs dangers potentiels. Derrière l'impression de donner une plus grande liberté aux salariés, ne concourent-ils pas, en vérité, à renforcer le pouvoir discrétionnaire de l'employeur ?

Malgré toutes les critiques que l'on peut formuler à l'encontre de ces accords, il faut toutefois reconnaître qu'ils présentent « *au moins l'avantage d'être le fruit d'une négociation collective et de soumettre les reclassements internes, voire externes, à des règles et des modalités qui peuvent n'avoir rien à envier à celles de bien des « PSE », trop souvent réduits à des mesures indemnitaires* » (31).

C. Les accords sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC)

Ces accords ne portent pas directement sur les restructurations. La question de savoir comment leur négociation doit s'articuler avec la mise en œuvre d'un projet de licenciements pour motif économique (LME) a permis de mettre en évidence cette indépendance de principe : la GPEC n'a pas la même finalité, ni la même temporalité que le LME. Tandis que celui-ci s'impose ponctuellement pour diminuer le volume d'emplois en raison d'une baisse d'activité ou d'un plan d'économie,

(26) Le fait de déplacer dans le temps l'application des principales règles de licenciements pour motif économique n'est pas illicite puisque la loi interdit seulement de déroger à quatre dispositions légales (art. L. 1233-23 C. trav.). La seule qui pourrait être concernée en l'espèce (celle obligeant l'employeur à des efforts d'adaptation et de reclassement) n'est pas violée puisque l'accord ne dispense pas l'employeur de ces obligations, mais prévoit seulement qu'elles ne seront mises en œuvre qu'à l'issue d'une première vague de mesures offertes aux salariés sur la base du volontariat.

(27) En ce sens, F. Favennec-Héry, « Le PSE dans la loi *Borloo* : prévention, négociation, « sécurisation », Les Petites Affiches, 31 mars 2005, n° 64, p. 42.

(28) Les juges semblent veiller à ce que le plan de sauvegarde de l'emploi, mis en place après une phase de mobilité volontaire, contienne véritablement des nouvelles mesures de

reclassement, v. par exemple CA Toulouse, 30 janv. 2009, n° 08/02569, RDT 2009, p. 309, obs. A. Fabre, Dr. Ouv. 2009 p. 339, n. C. Baumgarten.

(29) M. Bonnechère, « Les plans de départ volontaire », Dr. Ouv. 2010 p. 229.

(30) Outre les qualités professionnelles des salariés, le Code du travail oblige l'employeur à prendre en compte les charges de famille, en particulier celles des parents isolés ; l'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ; la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés (art. L. 1233-5 C. trav.).

(31) H.-J. Legrand, « Sur un nouvel objet juridique non identifié : la GPEC », Dr. soc. 2006, p. 330.

celle-là est un processus permanent d'ajustement du contenu des emplois aux besoins de l'entreprise. Consacrant cette dichotomie, la Chambre sociale de la Cour de cassation a récemment affirmé que la régularité de la procédure de licenciements pour motif économique n'est pas subordonnée à la négociation préalable d'un accord sur la GPEC (32). Pour autant, il faut se garder de croire que ce type d'accord n'a aucun lien avec les restructurations.

En premier lieu, il convient de rappeler l'évidence : même si ce n'est pas leur vocation première, les dispositifs d'un accord de GPEC peuvent aider les salariés à mieux traverser l'épreuve d'une restructuration. Chacun comprend bien qu'un salarié ayant bénéficié de mesures de formation, de validation des acquis de l'expérience ou encore de mobilité pourra envisager plus facilement sa reconversion qu'un salarié « fossilisé » dans son emploi depuis plusieurs années. On peut d'ailleurs légitimement penser que l'absence de conclusion d'un accord de GPEC, ou son inexécution, pourraient permettre aux salariés licenciés dans le cadre d'une restructuration d'obtenir la condamnation de leur employeur si celui-ci ne les a pas adaptés à l'évolution de leur poste de travail ou n'a pas veillé au maintien de leur capacité à occuper un emploi (art. L. 6321-1 C. trav.) (33).

En second lieu, il convient de noter que le législateur a parfois fait de la GPEC un outil de restructuration, par exemple en créant un régime fiscal et social favorable aux départs volontaires prévus dans ce cadre (art. L. 2242-16, 2°, et 17 C. trav.). Ce dispositif peut sembler choquant à première vue. Il incombe assurément à la GPEC d'identifier les emplois susceptibles de disparaître dans un avenir plus ou moins proche. Mais s'agit-il encore de GPEC si la (seule) solution envisagée pour y remédier est de faire partir les salariés de l'entreprise ? N'attend-t-on pas d'une « véritable » GPEC qu'elle contribue à reconvertir ces salariés sur des emplois pérennes en leur offrant les formations nécessaires ?

Contestable dans son principe, ce dispositif fait cependant l'objet de nombreux garde-fous. Pour que le régime fiscal et social s'applique, il faut qu'il s'agisse d'emplois menacés par des évolutions économiques et des mutations technologiques, que l'accord de GPEC ait identifié ces emplois et que les salariés les occupaient effectivement, que le préfet de département ne se soit

pas opposé à la qualification de ces emplois, que le salarié ait retrouvé un emploi stable à la date de son départ et que le comité de suivi mis en place par l'accord ait reconnu la stabilité de l'emploi de reclassement (art. L. 2242-17 C. trav.). A cela, il faut ajouter que la mise en œuvre de ce dispositif suppose l'application du droit du licenciement pour motif économique, donc l'établissement par l'employeur d'un plan de sauvegarde de l'emploi au-delà de dix départs volontaires (34).

Le législateur a créé un deuxième outil d'accompagnement des restructurations pouvant être mis en place par accord de GPEC : il s'agit du congé de mobilité prévu aux articles L. 1233-77 et suivants du Code du travail. Réservé aux entreprises de plus de mille salariés, ce dispositif « a pour objet de favoriser le retour à un emploi stable par des mesures d'accompagnement, des actions de formations et de périodes de travail ». L'intérêt de ce congé est de permettre au salarié d'entamer sa reconversion professionnelle de façon anticipée, pendant l'exécution de son préavis, donc sans attendre la rupture effective de son contrat. Il a, en outre, le mérite de fournir une première ébauche de sécurisation des parcours professionnels, en faisant en sorte que le salarié demeure lié à son employeur actuel pendant qu'il suit des formations ou qu'il expérimente un emploi chez un autre employeur.

Malgré une relative ancienneté (ils ont été créés à la fin 2006), ces deux dispositifs ne rencontrent pas un franc succès (35). Pourquoi un tel désintérêt ? Même s'ils peuvent faire l'objet de quelques critiques, ils semblent manifestement pouvoir aider les salariés à anticiper la suppression de leur emploi, sans amoindrir la responsabilité des entreprises en la matière. C'est justement là, peut-être, que réside la principale raison de leur faible utilisation. Pourquoi les entreprises auraient-elles intérêt à négocier ces dispositifs et à les utiliser, alors qu'elles peuvent supprimer des emplois par le biais de départs volontaires sans être tenues d'établir un plan de reclassement interne (36) ? Tant que la Cour de cassation ne fermera pas la porte aux plans de départs volontaires, qui « siphonnent » le droit du licenciement pour motif économique et « libèrent » les entreprises de leur responsabilité en matière d'emploi, l'anticipation des restructurations et de leurs conséquences sur l'emploi ne sera qu'un slogan.

(32) Soc. 23 sept. 2009, RDT 2009, p. 715, obs. F. Géa ; D. 2010, Pan, p. 679, obs. A. Fabre ; Dr. Ouv. 2010 p. 147, n. T. Katz.

(33) C'est, en tout cas, ce que semblent suggérer certaines décisions de la Cour de cassation : Soc. 23 oct. 2007, RDT 2008, p. 33, obs. A. Fabre, Dr. Ouv. 2008 p. 296, n. B. Lardy-Pélessier ; Soc. 2 mars 2010, n° 09-40.917.

(34) Circulaire DGEFP n° 2007-15 du 7 mai 2007.

(35) D'après la DGEFP, qui a fait le bilan de la mise en œuvre de l'obligation de négocier sur la GPEC pour l'année 2008, le

dispositif de départ volontaire n'était prévu que dans 10 % des accords et le congé de mobilité dans seulement 5 % d'entre eux.

(36) On songe ici à la décision de la Cour d'appel de Versailles, qui a approuvé le plan de départs volontaires mis en place par la société Renault, alors pourtant qu'il ne prévoyait aucune mesure de reclassement interne (CA Versailles, 1^{er} avr. 2009, RDT 2009, p. 380, obs. A. Fabre, Dr. Ouv. 2009 p. 543, n. I. Meyrat).

Conclusion

Pour finir, il importe de souligner le changement qu'implique pour les organisations syndicales le développement d'une négociation sur les restructurations. Il y a peu, la gestion de l'emploi dans l'entreprise était principalement l'affaire du comité d'entreprise. Les réformes intervenues depuis 2005 ont nettement changé la donne, en faisant en sorte que les organisations syndicales soient plus largement associées à la gestion de l'emploi. Selon le type d'accord conclu, elles peuvent fixer le cadre procédural d'une future restructuration, traiter ses conséquences sociales ou encore identifier les emplois menacés en proposant aux salariés concernés des solutions de reconversion. Il est bien évident que leur degré d'implication dans la gestion de l'emploi n'est pas le même dans ces différentes hypothèses. Lorsqu'il s'agit de négocier les mesures d'accompagnement d'une restructuration, les organisations syndicales demeurent extérieures à la décision de restructurer, laquelle reste l'œuvre exclusive de l'employeur. Dans cette hypothèse, elles définissent moins la gestion de l'emploi qu'elles ne traitent ses effets sur les salariés. Leur implication monte en intensité lorsqu'elles actent le principe de suppressions d'emplois

à court ou moyen terme et proposent aux salariés concernés des départs volontaires.

L'évolution vers un droit négocié des restructurations présente, en outre, deux écueils. D'une part, ce droit ne s'adresse qu'aux entreprises d'une certaine taille, rompues au dialogue social et possédant d'importants moyens financiers. Il laisse aussi sur le bord du chemin les salariés liés par un contrat à durée déterminée ou un contrat d'intérim, mais aussi tous ceux qui travaillent dans des entreprises sous-traitantes, dépendantes de grands donneurs d'ordre. D'autre part, il enferme le dialogue social au niveau de l'entreprise dans des lieux qui sont disjoints, et parfois très distants, de ceux où se prennent les décisions de restructurations. Ce décalage n'est certes pas nouveau (37), mais la crise semble lui avoir servi de révélateur. Parmi les fermetures de sites les plus médiatisées ces derniers mois, un grand nombre a été le fait de groupes étrangers (Continental, Caterpillar, Mital-Arcelor, Celanese, Sony, etc.). Et à chaque fois la négociation a paru échouer, faute d'interlocuteurs pertinents. La négociation d'accords transnationaux sur les restructurations serait-elle la solution ?

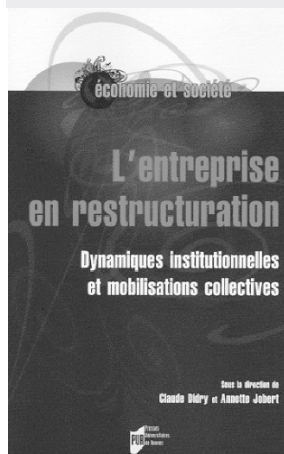
Alexandre Fabre

(37) J. Freyssinet, « Quels acteurs et quels niveaux pertinents de représentation dans un système productif en restructuration? », Revue de l'IRES, n° 47, 2005/1, p. 319.

L'entreprise en restructuration

Dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives

Claude Didry et Annette Jobert (dir.)



Cet ouvrage envisage les restructurations au croisement des pratiques managériales et de l'intervention des salariés et de leurs représentants dans l'entreprise. Il explore des dynamiques institutionnelles à partir de l'analyse des dispositifs juridiques européens et nationaux et d'enquêtes de terrain dans les entreprises, en adoptant une perspective transnationale et pluridisciplinaire liant histoire, économie, droit et sociologie.

Presses universitaires de Rennes, 2010 - ISBN : 978-2-7535-1074-6 - Prix : 18,00 €

www.pur-editions.fr