

LES RESTRUCTURATIONS ET LEUR IMPACT SUR LES RELATIONS DE TRAVAIL

Les impacts des restructurations sur les relations sociales

Adaptation des effectifs et licenciements économiques

par *Laurent de LAUNAY*, Doctorant à l'université Montesquieu-Bordeaux IV
COMPTRESEC (UMR CNRS 5114) - Institut du travail

PLAN

- I. Le resserrement *ex post*
- II. Le resserrement *ex ante*

Dans quelle mesure est-il juridiquement possible d'adapter des effectifs en procédant à des licenciements économiques ? La question convie à sonder les limites que pose la règle de droit, à mesurer la marge des possibilités d'agir d'un employeur (1). Un champ d'étude trop vaste pour pouvoir correctement être traité en si peu de temps. C'est un *simple regard* sur le rapport au droit de la volonté de l'employeur d'ajuster les effectifs de son entreprise en procédant à des licenciements pour motif économique qui sera ici exposé.

1. *Adaptation* - « Action d'adapter », soit « ajuster une chose à une autre » (2). Accolé au très classique « devoir », le terme a fait une entrée aussi vertueuse que fracassante sur la paisible scène du droit des contrats avec le fameux arrêt *Expovit* (3). À suivre Littré, cependant, l'adaptation est réservée aux choses, catégorie que les juristes opposent traditionnellement aux personnes. Si bien qu'un malaise demeure : la conception de « l'emploi, utilisation d'un élément d'un stock » (4), serait-elle à ce point prégnante que les travaillistes en arriveraient à ne plus distinguer ces deux notions structurantes ? Du moins n'a-t-elle pas fini de marquer notre propre vision du monde. Si la force de travail n'est pas exactement « une marchandise que son possesseur, le salarié, vend au capital » (5), l'envisager comme un bien affecté n'a plus rien de subversif. Il suffit d'écrire qu'afin de tirer profit des utilités de sa personne, le salarié consent, par un acte juridique, à ce qu'un employeur utilise cette force de travail dans les limites de l'ordre public (6). Et aucun obstacle dirimant ne s'oppose à ce qu'il soit soutenu, dans le même temps, que le principe de dignité devrait obliger à « *lier les impératifs de liberté et de sécurité* » (7).

2. *Effectifs* - « Nombre réel des soldats d'une armée, d'une troupe, des élèves, etc. » (8). Il serait facile de filer la métaphore du chef naturellement investi de la mission de

veiller à l'intérêt commun. À cette fin, et en cas de besoin, il serait appelé à sacrifier les membres de la communauté sur l'autel de l'intérêt de l'entreprise. Il n'est pas sûr, néanmoins, qu'en ces temps de crises, l'image de la chair (laborieuse) à canon soit des plus opportunes, pour ne rien dire de son utilité technique. Plus sérieusement, derrière les effectifs existent des personnes liées par un contrat individuel, contrat qui engage et qui constitue la « loi » (9) des parties, chacune étant animée par un intérêt propre, la raison d'être de son engagement, intérêt accepté et organisé par l'ordre juridique (étatique). En ce sens, le contrat constitue un acte de prévision. L'intérêt de l'employeur est que l'activité économique entreprise soit prospère. Dans un système libéral, cette attente n'a pas lieu de surprendre. L'intérêt du salarié est d'avoir une situation professionnelle déterminée. Dans une société salariale, l'enjeu est colossal. En un sens, le droit du licenciement permet d'éviter le chaos.

3. *Licenciements* - Le pluriel a son importance ; il inscrit l'acte unilatéral par lequel l'employeur manifeste sa volonté de rompre un contrat à durée indéterminée au terme d'un processus décisionnel à dimension collective. L'individuel et le collectif s'articulent, en quelque sorte, sans toutefois que le premier ne soit (encore ?) absorbé par le second. Cet acte juridique extinctif doit reposer sur une cause –

(1) Sur la vocation de la règle de droit à constituer un « *modèle d'action* », v. P. Amselek, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits* 1987-6, p. 131.

(2) E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V° *adaptation* ; *adapter*.

(3) Soc. 25 février 1992, *Bull.* V, n° 122.

(4) Fr. Gaudu, « Les notions d'emploi en droit », *Dr. soc.* 1996, p. 569, n° 5.

(5) K. Marx, *Le Capital*, livre I, 3e section, chap. 7.

(6) Rapp. Th. Revet, *La force de travail*, préf. Fr. Zenati, Litec, 1992.

(7) A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010, p. 23.

(8) Littré, V° *effectif*.

(9) Art. 1134, al. 1 C. civ.

plus précisément sur une « *cause réelle et sérieuse* » (10). À défaut, le licenciement est injustifié. Contrainte de taille ? Tout est relatif. Certes, le contrôle de la justification du licenciement, quand un juge est saisi (ce qui est statistiquement l'exception), met à l'épreuve l'exercice du pouvoir de direction. Mais, d'une part, le licenciement n'est pas un mode de rupture exclusif ; à ses côtés, en particulier, se situent des ruptures d'un commun accord, lesquelles peuvent sembler ouvrir le champ des possibles en vue d'ajuster le nombre de ses salariés. Et, d'autre part, la sanction qui prévaut en l'absence de cause réelle et sérieuse est seulement d'ordre indemnitaire, le législateur ayant fait le choix d'exclure les effets traditionnels de la nullité de l'acte lorsque ladite cause fait défaut : ç'eût été trouble insupportable à l'ordre social, quoi que techniquement orthodoxe (11). L'emploi, en tant que tel, n'a donc pas accédé au rang d'intérêt supérieur à même de renverser le droit de résiliation unilatérale, manifestation de la liberté individuelle. Du moins n'y est-il parvenu que de façon extraordinairement parcellaire – pour employer un mot prudent – dans le droit du licenciement pour motifs économiques.

4. *Économique* - L'adjectif est ambigu. Il désigne, d'abord, ce qui « *concerne l'administration d'une exploitation* », sa « *gestion économique* » (12). Quelles que soient les contraintes que l'employeur prétend subir, ajuster les effectifs de l'entreprise reste un acte de gestion, une façon d'administrer ses intérêts. Dans le droit fil d'une jurisprudence ancienne, il est d'ailleurs parfois rappelé, avec force, à l'occasion du contentieux y afférent, que le juge n'a pas le pouvoir de s'immiscer dans les choix de gestion de l'entrepreneur, « *pourvu que [ce dernier] observe* » – et la précision a tout de même de

l'importance - « *les règles édictées par le Code du travail* » (13). L'adjectif peut signifier, ensuite, qui « *coûte peu de frais* » (14). Ce serait présupposer que le coût de ces licenciements n'est pas élevé, terrain glissant pour un juriste en ce qu'il est susceptible de le conduire à adopter une certaine analyse économique du droit. On se contentera d'observer qu'un employeur a tout intérêt à ce qu'un ajustement des effectifs lui coûte le moins cher possible (y compris en terme d'image), et que certains s'emploient à esquiver la qualification de licenciement afin d'y parvenir (y perdent-ils en sécurité juridique ?). L'adjectif peut renvoyer, enfin, à la nature économique du licenciement, par opposition au licenciement pour motif personnel. Mieux vaudrait alors employer la locution « *licenciement pour motif économique* », plus précise, et dont on trouve la définition dans le Code du travail (15). C'est probablement cette dernière déclinaison que les organisateurs du colloque avaient à l'esprit.

5. À l'employeur animé par une volonté d'adapter les effectifs de son entreprise en procédant à des licenciements pour motif économique, le droit du travail indique des règles de conduite. *A priori*, et au moins formellement, sa marge de manœuvre n'a eu de cesse de se rétrécir – ce qui suppose seulement qu'elle ait été plus large. Cela se vérifie **en aval des licenciements**, lorsque le juge est appelé à contrôler que les règles du droit du licenciement pour motif économique ont bien été respectées (I). La question est davantage discutée s'agissant de la période qui se situe **en amont des licenciements**, là pourtant où un resserrement pourrait être très efficace (II).

(10) Art. L. 1232-1 et L. 1233-2 CT. Au risque d'être taxé de cuistre, l'orthodoxie de cette exigence peut encore être soulignée dès lors qu'il est tenu pour acquis que l'existence d'une cause est une condition générale de l'acte en droit français, « *un instrument de contrôle de sa valeur* » (P. Hébraud, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges J. Maury*, Dalloz, 1961, t. II, p. 444). Partant, et sauf à soutenir que le licenciement est un acte abstrait, la question, nous semble-t-il, n'est ni de savoir si cet acte juridique doit avoir une cause (n'en a-t'il pas toujours une, fut-elle illicite ou dénuée de caractère réel et sérieux ?), ni de déterminer si la cause réelle et sérieuse est l'exacte réplique de la cause telle que classiquement appréhendée par la doctrine civiliste (ce n'est effectivement pas cette « *exacte réplique* » au sens où l'entend, parmi d'autres, M. Xavier Lagarde – cf. « La nature juridique de la cause du licenciement », JCP G. 2000, I, 254). Le problème consiste principalement à combler l'absence de définition légale ou jurisprudentielle de la notion de cause « *réelle et sérieuse* », définition « *nécessaire et possible* » (J. Pélessier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2012, n° 434). Nous soutenons, pour notre part, qu'il doit s'agir de la réplique négative dans le temps de la cause de l'engagement de l'employeur (disparition objective, définitive et totale de son intérêt), ce qui suppose d'admettre que cette dernière, *de lege lata*, et de façon extraordinaire en droit du travail, joue un rôle postérieurement à la formation du contrat en permettant de « *maintenir la tension entre le caractère unilatéral de l'acte et son inscription au sein d'un rapport contractuel* » (R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral*

dans les rapports contractuels, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 1996, n° 652). Accessoirement, une discussion sur l'efficacité des sanctions pourrait ne pas être inutile.

(11) Art. L. 1235-3 et L. 1235-5 CT. La référence, dans le premier de ces articles, à la « *réintégration* » comme sanction possible de l'absence de cause réelle et sérieuse est une concession à l'orthodoxie : classiquement, en effet, la cause est une condition de validité de l'acte à défaut de laquelle il est nul. Partant, la remise en état est logique. Cependant, outre le fait qu'elle est rarement demandée par le salarié, le législateur s'est écarté des mécanismes classiques en offrant dans le même temps à l'employeur la possibilité de refuser cet effet de la nullité. Il peut donc préférer payer des indemnités à son ancien salarié – une « *forme de remise en état* » (Fr. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, in J. Ghestin (dir.), *Traité des contrats*, LGD, 2001, n° 420). De façon irrévocable, c'était faire de la cause, en quelque sorte, une condition de responsabilité de l'auteur de l'acte, sans que la réparation en nature ne s'impose pour autant. D'un point de vue plus prosaïque, c'était laisser la porte ouverte à des ruptures efficaces. Un choix de politique juridique soucieux de préserver le pouvoir de direction de l'employeur en dépit de l'abandon du seul terrain de la faute d'abus pour celui, autrement plus fructueux, de la cause de l'acte.

(12) *Littré*, V^o *économique*.

(13) Soc. 31 mai 1956, Bull. V, n° 499, Dr. Ouv. 1956 p. 340.

(14) *Littré*, *ibid.*

(15) Art. L. 1233-3 CT.

I. Le resserrement *ex post*

6. Tout licenciement pour motif économique doit être « justifié par une cause réelle et sérieuse » (16). Construit à partir de la définition du licenciement pour motif économique (17), le contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse ne manque pas de densité. Étant précisé, d'une part, que le juge a le devoir d'ordonner, dès le stade de la conciliation, et au besoin d'office, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles (18) ; et, d'autre part, que « si un doute subsiste, il profite au salarié » (19). Nous proposons de prendre la mesure de cette densité en examinant trois conditions justificatives, en particulier.

7. En premier lieu, l'employeur doit rapporter **la preuve d'une situation économique contraignante**. Du fait d'une formule légale « cavalière » (20), quatre espèces de motifs économiques sont à ce jour ouvertement admises. Les difficultés économiques, d'abord, qui impliquent de graves difficultés financières : il doit en aller de la sauvegarde de l'activité économique (21). Il faut immédiatement préciser que, lorsque l'employeur appartient à un groupe de sociétés, le cadre d'appréciation des difficultés s'étend au secteur d'activité concerné – une notion très fuyante (22). Les mutations technologiques, ensuite, qui peuvent être invoquées indépendamment de tout problème de compétitivité (23), même si, de fait, elles le sont rarement – l'explication se trouverait davantage du côté de l'obligation d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi que du côté du pouvoir d'appréciation judiciaire de la réalité et du sérieux de l'innovation technologique invoquée (24). La réorganisation nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, surtout, motif le plus usité, le plus controversé aussi, et qui permet, là encore, de légitimer des licenciements alors même que des profits sont dégagés (25). Il mérite plus d'attention.

En dépit d'une secousse ayant été interprétée comme un flottement, une ligne jurisprudentielle ferme a été maintenue. Certes, à la différence du motif tenant à des « difficultés économiques », l'anticipation est ici de mise.

Son objet, cependant, demeure le maintien de l'activité, les « difficultés économiques à venir » (26) (et non pas seulement hypothétiques), ce qui implique de rapporter « des signes concrets et objectifs [qui] permettent de discerner une menace précise sur la compétitivité de l'entreprise, et donc, à terme, sur sa survie » (27). Par ailleurs, en cas d'intégration de l'employeur dans un groupe de sociétés, de nouveau le cadre d'appréciation de la nécessité de la réorganisation s'étend au secteur d'activité auquel il appartient. Nécessaire ? « Se dit d'une condition, d'un moyen dont la présence ou l'action rend seule possible une fin ou un effet » (28). Il ne doit alors pas y avoir d'alternative, solution qui n'a rien de révolutionnaire tant ne va pas de soi la possibilité de rompre un contrat de dépendance pour une raison économique, en l'absence de force majeure ou de manquement contractuel, *a fortiori* quand la partie qui se libère est censée en assumer les risques. Reste à souhaiter bien du courage aux conseillers prud'hommes chargés de l'apprécier – de l'habileté, aussi (29).

Enfin, quatrième motif économique admis, le plus récent, pas le moins intéressant, la cessation d'activité (30). La question de l'emploi est ici confrontée à la liberté de ne plus entreprendre ; avec ceci de très particulier qu'il peut alors n'y avoir aucune espèce de contrainte externe – d'où sa prétention à l'autonomie. Une fois admise, et tant qu'elle ne concernait qu'une entreprise de dimension modeste, la cessation d'activité n'a pas posé de difficulté particulière : il a seulement fallu préciser qu'elle devait être totale et définitive (31). À partir du moment, en revanche, où ce motif économique a commencé à faire office de belle affaire afin de procéder à des restructurations au sein des groupes de sociétés, une réaction de la Chambre sociale était prévisible, sauf à penser sérieusement qu'un juge puisse ne pas trouver absurde la règle de droit qui encadre moins la "mise à mort" (cessation quasi discrétionnaire de l'activité d'une filiale alors même que l'activité correspondante du groupe peut être florissante) que "l'amputation" (réorganisation nécessaire de l'activité

(16) Art. L. 1233-2 CT.

(17) Art. L. 1233-3 CT.

(18) Art. L. 1235-1, al. 1 ; R. 1454-1 et R. 1454-14 CT.

(19) Art. L. 1235-1, al. 2 CT.

(20) Ph. Waquet, « Quelques souvenirs sur les conditions dans lesquelles la jurisprudence sur les licenciements économiques s'est édifiée », Dr. Ouv. 2012 p. 87.

(21) Soc. 12 décembre 1991, Bull. V, n° 581.

(22) Soc. 5 avril 1995, Bull. V, n° 123, Dr. Ouv. 1995 p. 284, n. A. Lyon-Caen. Règle réversible : Soc. 28 novembre 2007, Bull. V, n° 197.

(23) Soc. 9 octobre 2002, pourvoi n° 00-44069.

(24) V. cependant Soc. 13 mai 2003, pourvoi n° 00-46766.

(25) Pour une déclinaison non marchande (entreprise associative) : Soc. 11 décembre 2001, Bull. V, n° 376 ; Soc. 18 mai 2011, n° 10-18971.

(26) Soc. 11 janvier 2006, Bull. V, n° 10, Dr. Ouv. 2006 p. 380, n. M.-F. Bied-Charretton.

(27) Ph. Waquet, préc., p. 88, n° 3.

(28) *Le Petit Robert*, V° nécessaire. V. surtout : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2002, V° *Nécessaire ; Nécessité*.

(29) Modèle d'habileté : Soc. 17 décembre 2002, Bull. V, n° 392. Rapp. Ass. plén. 8 décembre 2000, Bull. A.P., n° 11, Dr. Ouv. 2001 p. 357, n. M. Henry et F. Saramito.

(30) Soc. 16 janvier 2001, Bull. V, n° 10.

(31) Auquel cas il n'y a pas adaptation, mais disparition de tous les effectifs.

d'une filiale au regard de la situation du secteur d'activité du groupe). La correction finit logiquement par arriver, via deux cheminements différents. Le premier explore la notion (prometteuse ?) de co-employeur : lorsqu'une « *confusion d'intérêts, d'activités et de direction* » entre entités d'un même groupe révèle leur qualité de co-employeurs, « *la cessation d'activité de l'une d'elles ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elles relèvent* » (32). Solide et cohérente, la solution l'est surtout de par son aptitude à être rattachée à la théorie moderne de la personnalité morale (33). Le second cheminement exploite plus classiquement le standard de la légèreté blâmable ; lequel, à sa façon, resserre lui aussi la marge d'action du titulaire du pouvoir.

8. En deuxième lieu, en effet, l'acte extinctif ne doit pas être la conséquence de **la faute ou légèreté blâmable de l'employeur** (34). L'idée est simple, pour ne pas dire emplie de morale : le licenciement est injustifié lorsque la situation économique invoquée à l'appui du licenciement, bien que réelle, trouve son origine dans un fait fautif de l'employeur (35). Attention, cependant, à ne pas se méprendre : ce qui doit être caractérisé, c'est (au moins) une « *légèreté blâmable* », soit un « *excès manifeste de désinvolture ou d'irréflexion* » (36) de sa part dans l'administration de ses intérêts. Il n'est pas question d'annihiler l'esprit d'entreprise : la simple « *erreur du chef d'entreprise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas à elle seule la légèreté blâmable* » (37). Reste que

ce « *contrôle de la manière d'agir* » (38) permet la condamnation des employeurs qui ont mis en œuvre des méthodes de gestion ayant conduit progressivement, sinon brutalement, et toujours avec désinvolture au regard des intérêts affectés, à la déconfiture. Une pratique qui n'est plus rare.

Dans le cadre d'un groupe de sociétés, en particulier, en cas de cessation d'activité de l'une des entités, et hors hypothèse de co-emploi, le juge est désormais autorisé « *à prendre en compte la situation économique de l'entreprise pour apprécier le comportement de l'employeur* » (39). Remarquable évolution jurisprudentielle, qui non seulement semble témoigner de ce que le contrôle de la « *manière d'agir* » n'est pas totalement imperméable aux « *raisons d'agir* » (40), mais encore conduit à s'interroger sur les possibilités d'utilisation de la notion de faute de gestion en droit du travail (41). Pour faire simple, disons qu'au regard de la force justificative du lien qui unit l'employeur à son salarié, la question de savoir si un acte de gestion manifestement contraire à l'intérêt de l'entreprise constitue ou non un manquement contractuel de la part du premier est pour le moins ouverte. Ce sont certaines pratiques dues à la financiarisation de l'économie qui pourraient de la sorte être corrigées, à la marge, au nom d'une exigence de cohérence. Ce qui ne signifie pas, tant s'en faut, que l'intérêt de l'entreprise soit en mesure de devenir la boussole des décisions prises au centre du pouvoir.

9. Enfin, en troisième lieu, l'employeur (42) doit avoir satisfait à son **obligation de prévenir le licenciement**, obligation dont il peut être délicat de contester qu'elle constitue, à ce jour, le meilleur vecteur de l'idée selon

(32) Soc. 18 janvier 2011, Bull. V, n° 23, Dr. Ouv. 2011 p. 273, n. P. Darves-Bornoz.

(33) Faute d'intérêt distinct (c'est le fondement de l'autonomie de la personne morale), il est normal que le masque tombe (c'est le moyen de l'autonomie) et logique qu'un autre apparaisse. Voilà pour une caricature, toujours possible, de ladite théorie moderne, étant entendu que si la personnalité est une, les liens qu'elle noue sont multiples – d'où sa pluralité d'intérêts. N'est-ce pas cette théorie qui est ici appliquée de façon spéciale au bénéficiaire d'un tiers au groupement, en l'occurrence le salarié, et ce au nom d'une qualification d'ordre public ? Être « employeur », en effet, constitue l'une des fonctions que peut tenir une personne morale. Centre d'imputation essentiel à l'ordonnement des relations de travail, il est réputé détenir un pouvoir de direction sur la conduite de son activité économique. Attendre de ce pouvoir qu'il soit effectivement autonome n'a dès lors rien de surprenant : il faut savoir rester distinct (fondement), et donc au moins éviter la « *confusion d'intérêts, d'activités et de direction* », pour être à même d'opposer son autonomie (moyen) à un tiers dont le lien est réputé noué, précisément, avec le détenteur du pouvoir. Quant au juge, gardien de l'ordre public, il n'a alors d'autre choix que de recourir à la technique du faisceau d'indices pour dire le droit. Par où ce pourrait être un contresens que de lui reprocher, sur le principe, d'appréhender avec laxisme le principe d'autonomie des personnes morales (la paille et la poutre). Rapp. J. Pélessier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, préc., n° 663 ; G. Auzero, RDT 2011, p. 634, obs. sous Soc. 22 juin 2011, n° 09-69021.

(34) À noter qu'il est également possible d'engager la responsabilité civile d'un tiers au contrat dès lors que sa faute est à l'origine du licenciement (Soc. 14 novembre 2007, Bull. V, n° 188) ; et que le salarié « *tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* » (Ass. plén. 6 octobre 2006, Bull. AP, n° 9).

(35) Soc. 26 janvier 1994, Bull. V, n° 26.

(36) G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., V° *Légèreté blâmable*. S'agissant du plus récent des motifs économiques admis, ne pourrait-on considérer qu'il puisse y avoir une telle désinvolture à cesser son activité sans avoir préalablement cherché un repreneur, fut-ce parmi les salariés ? Dans l'affirmative (prospective), un tel droit de reprise continuerait d'accréditer la thèse ayant soutenu « *l'existence d'un lien de nature réelle entre les salariés et l'entreprise* » (Fr. Gaudu, préc., Dr. soc. 1996, p. 574, n° 23).

(37) Soc. 14 décembre 2005, Bull. V, n° 365.

(38) A. Fabre, RDT 2012, p. 37, obs. sous Soc. 22 septembre 2011 (n° 10-16172) et 23 novembre 2011 (n° 10-26167).

(39) Soc. 1^{er} février 2011, Bull. V, n° 42, Dr. Ouv. 2011 p. 584, n. A. Ferrer.

(40) A. Fabre, obs. préc.

(41) Sur cette question (et sur tant d'autres), v. T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, thèse, Paris X, 2009, n° 157 et s. (à paraître à la LGDJ).

(42) Ou le co-employeur : Soc. 28 septembre 2011, n° 10-12278.

laquelle le licenciement doit être l'ultime mesure (43). Cette obligation a ceci de singulier qu'elle peut se doubler en deux volets. D'une part, au-delà de l'obligation permanente d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi, pèse sur l'employeur une obligation individuelle de reclassement (44). Obligation de moyens renforcée, elle requiert de sa part qu'il ait recherché, avant le licenciement, « toutes les possibilités de reclassement (...) tous les emplois disponibles de la même catégorie ou, à défaut, d'une catégorie inférieure » (45), y compris, le cas échéant, auprès des filiales du groupe dont « les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer une permutation du personnel » (46). La pratique judiciaire

témoigne de ce que les conseillers prud'hommes s'y appuient souvent pour condamner les employeurs. D'autre part, lorsque les conditions de mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi sont réunies, ce dernier, et de façon cumulative, doit comporter un plan de reclassement dont l'inexécution des obligations de faire prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (47), et dont l'absence ou l'insuffisance permet plus radicalement au salarié de demander et d'obtenir sa réintégration, lorsqu'elle n'est pas impossible, dans un délai de douze mois (48). Illustration topique de la consolidation de l'action individuelle d'un salarié du fait de son inscription dans un champ collectif ; une inscription qui a lieu en amont du licenciement.

II. Le resserrement *ex ante*

10. Le droit du travail n'est pas avare de règles visant à encadrer *ex ante* la volonté de l'employeur d'ajuster ses effectifs pour des raisons économiques. L'idée pourrait être marquée au sceau du bon sens : plutôt que de ne contrôler que l'exercice passé de la liberté de se délier, et puisque la question de l'emploi passe pour être centrale, mieux vaut accorder aux représentants du personnel des outils destinés à corriger la marge d'action de l'employeur en amont des licenciements. De l'encadrement à l'accompagnement, il n'y a cependant qu'un pas. Et, *in fine*, l'objet du resserrement pourrait ne pas être celui que l'on aurait pu croire.

11. Lorsqu'est envisagé un grand licenciement collectif, l'employeur ne peut pas ne pas **présenter aux représentants du personnel un plan de sauvegarde de l'emploi** destiné « à éviter les licenciements ou en limiter le nombre » (49), lequel, cela a déjà été dit, doit comporter un « plan de reclassement » (50). À défaut, sa volonté d'adapter les effectifs est paralysée, fut-ce momentanément, étant précisé que la « validité » du plan doit être appréciée « au regard des moyens dont dispose

l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe » (51). Cette règle de conduite, précieuse, est à l'origine d'un contentieux nourri devant le Tribunal de grande instance (52). Et il est bien normal que les représentants des salariés tentent d'en explorer tous les ressorts à un moment où les emplois n'ont pas encore été supprimés.

12. Ainsi, alors même qu'à suivre une jurisprudence constante la **nullité de la procédure** ne peut être prononcée qu'en cas d'absence de présentation d'un plan de reclassement, de contenu insuffisant, ou de consultation irrégulière et désinvolte du comité d'entreprise, certaines juridictions du fond ont considéré que l'absence de cause économique (de motif économique ?) de licenciement prive de fondement le plan de sauvegarde de l'emploi et entache la procédure de nullité (53). Cette position, qui a pour effet de conférer à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse une effectivité à laquelle nul n'est habitué, a pour elle d'être arrimée à une argumentation *a fortiori* selon nous implacable pour peu que l'on perçoive le licenciement

(43) V. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004, n° 404.

(44) Art. L. 1233-4 C. trav. V. B. Lardy-Pélessier, « L'obligation de reclassement », D. 1998, chron. p. 399.

(45) Soc. 4 mars 2009, Bull. V, n° 57, Dr. Ouv. 2009 p. 395, n. F. Dumoulin.

(46) Soc. 5 avril 1995, préc. Le périmètre de ce groupe de permutation peut être très large.

(47) Soc. 6 juin 2000, Bull. V, n° 219.

(48) Art. L. 1235-10, L. 1235-11 et L. 1235-7, al. 2 CT.

(49) Art. L. 1233-61, al. 1 CT.

(50) Art. L. 1233-61, al. 2 et L. 1235-10, al. 1 CT.

(51) Art. L. 1235-10, al. 2 CT.

(52) L'action en référé portant sur la régularité de la procédure est enfermée dans un délai très court de quinze jours suivant chacune des réunions du comité d'entreprise (art. L. 1235-7, al. 1 CT). Une assignation à jour fixe reste possible.

(53) V. CA Paris 12 mai 2011, n° 11/01547, Dr. Ouv. 2011 p. 538, comm. A. Lyon-Caen : les juges parisiens semblent employer de façon indifférenciée les expressions « absence de motif économique » et « défaut de cause économique » qui rend « sans objet la consultation du comité d'entreprise » ; après avoir relevé que « la nécessité alléguée de sauvegarder la compétitivité » n'est pas établie, ils reprochent à la société Viveo de ne pas « s'expliquer sur le caractère réel dudit motif » (et seulement « réel ») (NDLR : l'arrêt a été cassé par Soc. 3 mai 2012, p. n° 11-20.741, PBRI) ; TGI Nanterre 21 octobre 2011, n° 11/07214 : les juges nanterrois font état d'une « absence de motif économique », d'un « défaut » de « réalité du motif économique » ; la suite du jugement semble indiquer qu'ils se situent davantage sur le terrain de l'absence de cause réelle et sérieuse (justification) que sur celui de « l'absence de motif économique » (qualification), puisqu'ils finissent par relever, de façon décisive, qu'en « l'occurrence la compétitivité de l'entreprise n'est pas menacée ».

comme un processus décisionnel obéissant à un seul et même régime juridique, fruit du cumul des règles applicables à chacune de ses strates – la force des liaisons, en quelque sorte (54). L'audace est séduisante. Comment, cependant, ne pas être sceptique ?

La loi, d'abord, les « *termes particulièrement étiqués de l'article L. 1235-10 du Code du travail* » (55) semblent devoir s'opposer à l'audace. Et l'on ne trouve trace nulle part d'une obligation de justification de cet acte juridique somme toute particulier qu'est le plan de sauvegarde de l'emploi, sauf à la confondre avec une obligation de motivation (56). Ensuite, il est parfaitement possible de distinguer, avec prudence, les notions de cause économique (justification) et de motif économique (qualification) (57). Enfin, il est toujours délicat, *a fortiori* dans ces conditions, de prétendre renverser une jurisprudence constante de la Cour de cassation (58) ; pour ne rien dire de la position du Conseil constitutionnel (59).

Alors, que resterait-il ? La logique de l'approche globale ? Si quelque part (au moins) elle coule de source, le fait est, néanmoins, qu'elle conduit à inverser radicalement les objets des contrôles judiciaires voulus par le législateur, à des temps distincts. Quoi que la période soit propice, nous ne pensons pas qu'il revienne au juge de corriger cette incohérence supposée. Au Parlement souverain de l'assumer (ou pas).

La bonne foi, à laquelle on fait parfois dire tant ? Celle de l'employeur qui vient consulter ses représentants du personnel en vue d'éviter des licenciements ou d'en limiter le nombre, alors même qu'il sait n'avoir aucun motif économique réel et sérieux, est pour le moins

douteuse. L'invoquer, sans autre appui, pour en déduire la nullité de l'acte serait téméraire (60).

Dès lors, et puisqu'en effet « *la fraude rôde* » (61), on se permettra d'émettre l'hypothèse qu'avoir recours à un bon vieil adage suffirait à fonder une telle solution : *fraus omnia corrumpit*. Avec quelques autres il « *partage le rare privilège, vigile suprême, de garantir la loyauté des rapports juridiques* » (62). Simplement faut-il être en mesure de rapporter la preuve d'une intention frauduleuse. Sachant que la mobilisation du droit au mieux pour soi est par principe licite dans un système libéral, ce n'est pas chose aisée, quand bien même juger ressortirait davantage de la volonté que de la connaissance. Seule la présence (*a priori*) de motifs économiques manifestement insusceptibles de constituer (*a posteriori*) une cause réelle et sérieuse pourrait éventuellement aller en ce sens ; à supposer, cela va de soi, que l'on veuille bien convenir qu'il y a là une forme de mépris pour la logique préventive qui innerve le droit du licenciement pour motif économique, mépris suffisant pour que soit caractérisé un « *cas extrême* » ayant sa place sur la « *ligne de crête* » (63). Quand est bafoué l'esprit des règles dont il est le gardien, quand le mobile de l'acte traduit la volonté de passer outre à l'interdiction, d'échapper, sans la heurter de front, à la rigueur d'une règle impérative, contournement qui a pour effet de la rendre inopérante, le juge tient son rôle en redressant l'auteur (64). Au confluent de la morale et du droit, cette façon de faire n'est que tradition « *chez toutes les nations policées* » (65) – un peu passéiste, assurément, anachronique, peut-être, dans une matière saturée de législation, mais pas tout à fait, du moins pas encore, tabou.

(54) Rapp. E. Lafuma, *Des procédures internes*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2008.

(55) P. Lokiec, « De l'inexistence... », SSL n° 1511, p. 11. Afin de surmonter l'obstacle, l'auteur propose de recourir à la théorie de l'inexistence de l'acte. En ce sens : CA Reims 3 janvier 2012, n° 11/00337. Pour les juges rémois, soucieux de veiller « *au respect de la loyauté* » des relations collectives dans l'entreprise, « *une consultation sur un projet présentant comme existant un motif économique qui est en réalité inexistant* » (inexistant et non pas dénué de caractère réel et sérieux) « *ne peut caractériser une consultation conforme à ce qui est exigé par le Code du travail* » ; partant, « *la procédure de licenciement pour motif économique est inexistante ainsi que tous les actes subséquents* » (inexistant et non pas nulle).

(56) V. art. L. 1233-31 et L. 1233-33 CT, desquels il ressort que pèse sur l'employeur une obligation de motivation du projet de licenciement lorsqu'il consulte les représentants du personnel. En ce sens : Fr. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, n° 660. Sur la distinction entre motivation et justification, v. L. Aynès, « Motivation et justification », RDC 2004, p. 555.

(57) Soc. 13 avril 1999, Bull. V, n° 171. Rapp. J. Pélissier, « La cause économique du licenciement », RJS 8-9/1992, p. 527.

(58) Soc. 12 novembre 1996, Bull. V, n° 372 ; 20 mars 2007, n° 04-47562.

(59) Cons. constit. 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, considérant n° 12, dont la motivation, cependant, ne s'illustre pas par la prudence - « *Dieu nous préserve du droit civil du Conseil*

constitutionnel » (Fr. Gaudu, « Les nullités du licenciement et le "principe" pas de nullité sans texte », Dr. soc. 2010, p. 154, n° 16) ! Planiol et Ripert, pour ne citer qu'eux, estimaient que la nullité doit être prononcée chaque fois que « *l'intérêt qu'elle vise à sauvegarder est assez important pour justifier cette sanction et est mis gravement en danger par l'inobservation de la loi* » (*Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, par P. Esmein, LGDJ, 1930, n° 295).

(60) V. Req. 14 mars 1831, S. 1834. 1. 720 ; R. Desgorges, H. Aubry et E. Naudin, *Les grandes décisions de la jurisprudence civile*, PUF, 2011, p. 154.

(61) A. Lyon-Caen, préc., Dr. Ouv. 2011 p. 538.

(62) H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992, n° 141, p. 288. V. J. Mouly, *La fraude à la loi en droit du travail*, thèse, Limoges, 1979. Le principe selon lequel la fraude corrompt tout peut être ancré aux articles 1131 et 1133 du Code civil - par ex. Soc. 15 juillet 1998, Bull. V, n° 385.

(63) Fr. Favennec-Héry, « Recadrer la nullité du licenciement pour motif économique », JCP S 2012, act. 35, p. 5.

(64) L. Boyer, « Sur quelques adages. Notes d'histoire et de jurisprudence », Bibliothèque de l'École des chartes, t. 156, 1998, sp. pp. 27-31.

(65) J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse An IX, in *Le discours et le Code – Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis, 2004, p. XXV.

13. Plus en amont encore, lorsque l'employeur entreprend de modifier l'organisation juridique ou économique de son entreprise, ce qui laisse parfois augurer d'une possible compression des effectifs, la question se pose de savoir si la **représentation des intérêts des salariés au sein du processus décisionnel** est à même d'encadrer son action. En l'état du droit, une réponse négative s'impose tant le paradoxe est saisissant entre la multiplication des dispositions relatives aux attributions économiques des représentants du personnel et leur faible portée réelle (66). Fondamentalement, en effet, et au-delà de la possibilité (non négligeable) d'obtenir en référé sa suspension en cas de consultation irrégulière, la décision de restructuration, prise au centre du pouvoir, n'est aucunement soumise à une condition de conformité à l'intérêt de l'entreprise, objet du pouvoir, et encore moins à celui des salariés. Pour être légitime, et toute dimension prospective mise à part, il suffit que l'acte soit conforme à ce que l'on appelle, par une douce ironie du sort, l'intérêt social, à savoir l'intérêt commun des associés (67). Autrement dit, et pour emprunter à la caricature, si entre l'ordre interne, propre à ces derniers (le Capital), et l'ordre externe, où sont placés les subordonnés (le Travail), il existe des liens qui obligent, ces deux sphères n'en demeurent pas moins distinctes par essence. Une distinction acceptée et organisée par l'ordre juridique étatique. Ainsi vogue le capitalisme (68).

Est-ce à dire que le rôle des représentants du personnel soit voué à la vanité ? Pas tout à fait. Savoir permet en tout état de cause d'agir ; certaines actions, bien menées, étant utiles, voire efficaces. L'exercice d'un droit d'alerte donnant lieu à une expertise, par exemple, peut permettre d'orienter le résultat d'un procès futur (69). Et pour peu que soit caractérisée une fraude aux droits des salariés, en prendre la mesure *ab initio* reste le meilleur moyen de la déjouer. Il arrive ainsi parfois, un signe des temps, sûrement, que soit radicalement annulée la décision de gestion de l'entrepreneur ayant

conduit au désastre (70). Un peu comme si, dans un sursaut d'honneur, le Droit, au-delà de ses divisions, lui rappelait quelles sont les limites du supportable. Maigre consolation dont il ne semble pas qu'il soit fait un usage immodéré.

14. Enfin, puisqu'il est question de resserrement *ex ante*, on pourrait faire état de la **négociation collective**, cet autre mode d'intervention des représentants des salariés dans un processus de restructuration (71). Faudrait-il y inclure les accords de méthode ? S'il y est question d'anticipation, c'est avant tout le risque contentieux autour de la procédure de licenciement pour motif économique qui l'explique. Nul besoin d'en dire plus. La négociation triennale obligatoire dans les entreprises de plus de trois cents salariés ? Elle a des vertus. Cette négociation, néanmoins, participe de l'anticipation des « *effets prévisibles sur l'emploi* » d'une restructuration, et non d'un encadrement du pouvoir de l'employeur dans le choix de « *la stratégie de l'entreprise* » (72). Il ne s'agit donc que d'un accompagnement – pour le meilleur, certainement. Allant plus loin dans cette direction, d'aucuns proposent (au nom de la compétitivité) de renforcer la puissance de l'accord collectif face au contrat de travail, voire de consacrer la primauté du premier sur le second. Ce serait alors le salarié individu, avec sa part d'autonomie, qui verrait sa marge d'action être réduite (au nom de l'emploi, c'est une évidence) par cette sorte de révision collective du contrat pour imprévision. Une perspective vertigineuse pour un travailiste de culture française, et dont on a grand peine à comprendre, tant elle soulève des questions de principe, comment il a pu être envisagé avec sérieux d'en confier le dessein, et donc la responsabilité, aux partenaires sociaux, qui plus est dans un temps imparti aussi ridicule. Il est vrai que les coups viennent parfois de là où on ne les attend pas – comme les soutiens, du reste.

Laurent de Launay

(66) V. J. Pélessier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, n° 1122 et s.

(67) Art. 1833 C. civ. Le fait « *que le but social soit enserré dans des dispositions contraignantes (...) ne dénature pas la finalité du groupement* » (G. et A. Lyon-Caen, « La "doctrine" de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 615).

(68) Rapp. M. Jeantin, « L'entreprise éclatée : intérêts d'une approche commercialiste du problème », Dr. Ouv. 1981 p. 118, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(69) Illustration : CPH Bordeaux 11 septembre 2006, Dr. Ouv. 2007 p. 331, n. A. de Senga.

(70) TGI Béthune 24 juin 2008, Dr. Ouv. 2009 p. 276, n. J.-P. Bougnoux (jugement qui repose sur la fraude à la loi et l'art. 1131 C. civ.). Rapp. CA Paris 28 décembre 1992, JCP E 1993, I, 250, n° 6, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

(71) V. A. Fabre, « La négociation des plans de restructuration », Dr. Ouv. 2010 p. 331, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(72) Art. L. 2242-15 CT.