

LES RESTRUCTURATIONS ET LEUR IMPACT SUR LES RELATIONS DE TRAVAIL

L'accompagnement social des réductions d'effectifs

De l'importance
du plan de sauvegarde de l'emploi

par Yann LEROY,

Maître de conférences, Université de Lorraine, Institut François GénY - CERIT, EA 1138*

PLAN

- I. L'importance du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi
 - A. Des ressources au service des salariés
 - B. Des ressources au service de l'employeur
- II. L'importance des règles imposant la mise en place et sanctionnant l'absence d'un plan de sauvegarde de l'emploi
 - A. Les conditions de mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi
 - B. La sanction en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi

Chacun sait combien la réglementation relative aux licenciements – et surtout celle concernant les licenciements pour motif économique – a pu et est encore régulièrement visée par les critiques émanant tant des milieux patronaux, d'économistes, de politiques, que de certains juristes. Ce n'est évidemment pas pour rien si certains employeurs tentent de contourner cette réglementation. L'idée centrale de ces critiques est que la protection de l'emploi jouerait contre l'emploi. Les procédures de licenciement ou les mesures d'accompagnement imposées aux employeurs sont alors perçues comme contraignantes, incompatibles avec les mouvements incessants de l'économie. Toutes ces dispositions pénaliseraient, finalement, l'emploi en constituant un frein à l'embauche, compte tenu de l'existence d'un fort risque de contentieux (1). Pour ne prendre qu'une illustration, l'indicateur de rigidité de l'emploi établi par la Banque mondiale, dans ses rapports *Doing Business*, prend notamment en compte l'existence, dans les réglementations nationales, d'une obligation, à la charge de l'employeur, de reclassement du salarié menacé d'un licenciement économique. Si une telle obligation existe, la rigidité est plus forte et donc la réglementation nationale moins bien classée. En ce sens, il est évident que l'obligation de mettre en place, dans certaines circonstances, un plan de sauvegarde de l'emploi rend notre réglementation encore plus contraignante. Celui-ci est donc analysé comme une rigidité supplémentaire.

Ce type de réflexion est partagé, nous le disions, par une partie de la doctrine travailliste. Au-delà de critiques portant sur les lourdeurs de la procédure imposée en cas de licenciement pour motif économique, dont le plan de sauvegarde de l'emploi peut constituer une illustration, c'est la gravité de la sanction lorsque celui-ci n'est pas conforme qui est pointée du doigt (2). La nullité du licenciement démontrerait une méconnaissance de l'organisation des entreprises et de la souplesse qui est nécessaire dans leur gestion. Bref, le plan de sauvegarde de l'emploi, en participant pour une large part à l'allongement de la procédure de licenciement collectif et en alourdissant la facture de la restructuration d'entreprises dont la santé économique est déjà compromise, produirait des effets économiques pénalisant la compétitivité de l'entreprise (3),

* Le Centre de théorie et de recherche en droit du travail et de la protection sociale (CERIT) est une unité de recherche de l'Institut François GénY de l'université de Lorraine, F-54000.

(1) A titre d'exemples, parmi bien d'autres : P. Cahuc et F. Kramarz, "Le contrat de travail unique, clef de voûte d'une sécurité sociale professionnelle", in A. Jeammaud, *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 71 ; O. Blanchard et J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédure de licenciement*, La Documentation française, 2003 ; J. Barthélémy et G. Cette, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, Conseil d'analyse économique, janvier 2010, p. 7 s. Lire aussi : A. Lefebvre et D. Méda, *Faut-il brûler le*

modèle social français ?, Ed. Seuil, 2006, p. 29 ; J.-E. Ray, "Mutation économique et droit du travail", in Etudes offertes à G. Lyon-Caen, *Les transformations du droit du travail*, Dalloz, 1989, p. 13.

(2) B. Teyssié, "A propos de la pertinence économique de la règle de droit du travail", in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005, p. 71.

(3) Voir, par exemple : P.-H. Antonmattéi, "La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social", RJS 1997, p. 157.

mais aussi l'attractivité de la France, compte tenu de l'impact négatif envoyé aux investisseurs étrangers (4), effets qui, au final, pénaliseraient l'emploi dans notre pays.

La critique est rude. Dans ces conditions, à quoi peut bien servir un plan de sauvegarde de l'emploi ? Juridiquement, il se voit assigner un double objectif : éviter les licenciements ou en réduire le nombre, d'une part, favoriser le reclassement des salariés dont le licenciement n'a pu être évité, d'autre part (5). Sur ce dernier point, plusieurs recherches pointent, toutefois, l'absence d'effet réel du dispositif mis en place sur le reclassement des salariés licenciés. Il semble que nombre de ces derniers ne mobilisent pas les structures de reclassement externe mises à leur disposition, soit parce qu'ils ne croient pas en leur efficacité, soit parce qu'ils pensent pouvoir retrouver un emploi sans aide et sans difficulté, soit encore parce qu'ils sont psychologiquement affectés par leur licenciement et ne souhaitent plus avoir affaire à leur ancienne entreprise (6). Les cellules de reclassement mises en place ne donneraient donc guère de résultat, d'autant que les réseaux professionnels principaux de l'entreprise, constitués par ses sous-traitants, ne sont souvent pas en situation d'embaucher dans la mesure où les difficultés économiques que l'entreprise rencontre se répercutent sur ceux-ci (7). S'agissant des offres de reclassement interne à l'entreprise ou au groupe, même si elles sont parfois quantitativement nombreuses, elles apparaissent souvent difficilement acceptables, faute de correspondre aux qualifications des personnes concernées ou parce qu'elles entraînent une perte substantielle de revenu – c'est notamment le cas s'il s'agit de postes à temps partiel – ou, surtout, compte tenu de la situation géographique des postes proposés. Au final, une de ces études conclut que « *la volonté de remplir le plan social à tout prix n'aboutit pas nécessairement à une réelle amélioration des conditions de reclassement* » (8).

Le constat est amer : le plan de sauvegarde ne servirait-il à rien ? Bien loin de nous cette idée. Au-delà de ces discours négatifs, nous voudrions souligner l'intérêt que ces dispositions peuvent avoir, tant pour les salariés que, d'ailleurs, pour les employeurs (I). De tels intérêts justifient que les conditions imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi soient les plus larges possibles et que la sanction attachée à l'absence ou à l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi soit des plus efficaces (II).

I. L'importance du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi

A. Des ressources au service des salariés

Le droit est moins un ensemble d'impératifs qu'un ensemble de ressources mobilisables selon les intérêts et les pouvoirs en cause, il est davantage un ensemble de normes pour les actions qu'un ensemble de règles de conduite (9).

Le plan de sauvegarde de l'emploi en offre une bonne illustration. Il est d'abord un moyen, pour le comité d'entreprise mais aussi pour l'inspecteur du travail, de participer à la construction de dispositifs plus robustes, notamment en matière de reclassement, que les propositions initiales (10). Même si le comité d'entreprise n'a pas, juridiquement, la possibilité de contraindre l'employeur à réduire le nombre de licenciements ou de

mettre en place telle ou telle action de reclassement particulière, le déroulement de la procédure permet aux représentants du personnel de formuler des propositions en vue d'améliorer le reclassement des salariés qui seront licenciés ou de suggérer des pistes permettant de réduire le nombre de licenciements initialement envisagée. L'employeur est alors tenu de répondre à ces propositions, même si, répétons-le, il n'est pas obligé de les prendre en compte. Deux décisions de la Cour de cassation permettent d'insister sur le rôle central joué par le comité d'entreprise dans l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi. Dans la première, un arrêt du 23 mars 1994, la Cour a jugé que le plan n'acquiert son effet obligatoire qu'à l'issue des réunions avec le comité d'entreprise, ce qui s'explique par le fait que ces réunions sont destinées

(4) J.-E. Ray, "La loi pour la cohésion sociale : continuité et contournements", *Droit social*, 2005, p. 363.

(5) Art. L. 1233-61 C. trav.

(6) F. Bruggeman, D. Paucard, M. Lapôte et P. Thobois, *Plans sociaux et reclassements : Quand l'innovation est promue par les représentants des salariés. Etude de 12 cas*, Dares, juin 2002, p. 47. Voir aussi, insistant sur le fait que les plans de sauvegarde de l'emploi sont peu efficaces parce que près de la moitié des licenciements pour motif économique ont pour origine une situation de redressement ou de liquidation judiciaire de l'entreprise : Y. Chassard et J.-Y. Kerbourc'h, "Négociations sur la modernisation du marché du travail : ne pas se tromper d'époque", *Droit social*, 2007, p. 1100.

(7) T. Colin et R. Rouyer, *Mise en œuvre, négociation et instrumentation des plans sociaux. Observation sur quatre zones d'emploi dans la période 1993-1994*, Rapport de recherche réalisé à la demande de la Dares, 1996, p. 142.

(8) T. Colin et R. Rouyer, *op. cit.*, p. 145.

(9) M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, Plon, 1965, p. 322 ; P. Amsselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, LGDJ, 1964, p. 235 ; A. Jemaud et E. Serverin, "Evaluer le droit", *D.* 1992, chr., p. 266.

(10) F. Bruggeman, "Restructurations et licenciements", *Droit social*, 2004, p. 854.

à l'enrichir (11). Dans la seconde, un arrêt du 28 mars 2000, les magistrats se sont explicitement référés aux mesures proposées par le comité d'entreprise au cours des réunions relatives à la mise en place du plan, en imposant à l'employeur d'étudier sérieusement ces propositions (12). On a pu déduire de cet arrêt qu'en cas de suggestions pertinentes avancées par le comité d'entreprise, mais non sérieusement étudiées par l'employeur, la nullité du plan devait être prononcée.

L'attitude du comité consiste, en fait, à construire un certain rapport de force avec le chef d'entreprise. L'objectif des représentants des salariés étant de différer les échéances que constituent les suppressions d'emploi et d'obtenir de l'employeur des changements au niveau du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, ils tentent fréquemment de perturber le déroulement de la procédure consultative prévue par la direction, afin de l'amener à engager de véritables négociations (13). Le principal levier d'action à leur disposition est alors de mobiliser les possibilités que leur offre la procédure afin de gagner du temps. Comme la direction de l'entreprise souhaite aller le plus vite possible, la simple menace d'un recours judiciaire portant sur une irrégularité formelle qu'elle aurait commise permet d'exercer une certaine pression sur celle-ci, dans la mesure où l'annulation du plan de sauvegarde de l'emploi oblige l'employeur à en établir un nouveau et donc à recommencer la procédure depuis le début (14). Au-delà, selon certains cabinets d'expertise spécialistes de l'aide apportée aux comités d'entreprise, lorsque des propositions alternatives en matière d'emplois sont formulées, elles aboutissent, dans plus de la moitié des cas à une inflexion du projet, ce qui

contribue à réduire significativement le nombre de suppressions d'emploi initialement prévues.

Le rôle joué par l'inspecteur du travail est assez similaire. La procédure d'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi permet à l'autorité administrative de présenter toute proposition pour compléter ou modifier le plan. Elle se trouve ainsi pleinement associée à la phase d'élaboration de celui-ci et y joue un rôle essentiel, puisque certaines mesures du plan nécessitent la conclusion d'une convention du Fonds national de l'emploi. Si l'employeur n'est pas obligé d'intégrer dans le plan les recommandations formulées par l'administration, il n'est pas sans savoir que c'est elle qui acceptera ou refusera de signer, au nom de l'Etat, une telle convention en fonction des efforts réalisés par l'employeur (15). L'administration utilise donc les subventions de l'Etat comme « *un bras de levier indirect permettant l'amélioration sensible des plans* » (16) : nombre de licenciements revu à la baisse ou niveau d'engagement de l'employeur en matière de reclassement revu à la hausse (17). Dans le même sens, le constat de carence que l'inspecteur du travail peut transmettre à l'employeur en cas d'insuffisance du plan, même s'il n'oblige pas l'employeur à établir un nouveau plan, participe à la structuration des rapports entre l'employeur et l'administration. La rédaction d'un constat de carence, parfois même la simple menace d'un constat de carence agit, en effet, comme un avertissement à destination de l'employeur et « *participe d'une logique de dissuasion et de conseil* » (18). Le recours au constat de carence peut ainsi être utilisé comme moyen de contraindre l'employeur à négocier des améliorations du plan de

(11) Cass. soc. 23 mars 1994, Droit social 1994, p. 517 ; RJS 1994, n° 534.

(12) Cass. soc. 28 mars 2000, Droit social 2000, p. 600 ; RJS 2000, n° 520 ; Dr. Ouv. 2000 p. 493.

(13) J.-P. Aubert et R. Beaujolin-Bellet, "Les acteurs de l'entreprise face aux restructurations : une délicate mutation", *Travail et emploi*, 2004, n° 100, p. 106.

(14) Le recours au juge peut donc être utilisé comme un acte de résistance à la décision patronale lorsque la négociation avec l'employeur n'aboutit pas. Voir : L. Mallet, B. Reynès, F. Teyssier et C. Vicens, "A quoi servent les plans sociaux", *Travail et emploi*, 1997, n° 72, p. 92 ; D. Balmay, "Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ?", *Droit Social*, 1998, p. 137.

(15) Dans le même esprit, l'article L. 1233-84 du Code du travail prévoit qu'une entreprise employant au moins mille salariés qui procède à un licenciement collectif affectant, par son ampleur, l'équilibre du bassin d'emploi dans lequel elle est implantée, doit contribuer à la création d'activités et au développement des emplois et atténuer les effets du licenciement sur les autres entreprises du bassin d'emploi concerné, à une hauteur correspondant à deux fois la valeur mensuelle du salaire minimum de croissance par emploi supprimé. Dans ce cadre, une convention conclue entre l'employeur et l'autorité administrative détermine la nature et les modalités de financement et de mise en œuvre des actions prévues. La loi précise que cette convention tient compte notamment des actions de même nature qui auraient déjà été prévues dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi établi par l'entreprise. Elle ajoute que, si une telle convention n'est pas signée dans les six mois suivant la dernière réunion du comité d'entreprise

relative à la mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur devra verser une contribution doublée au Trésor public. Dès lors, l'autorité administrative dispose d'un moyen supplémentaire de pression au stade des propositions qu'elle est en droit de faire lors de l'élaboration du plan, dans la mesure où l'employeur a tout intérêt à prévoir, dès ce moment, les actions en faveur du bassin d'emploi affecté par les licenciements qu'il s'apprête à prononcer, pour ne pas risquer de voir sa contribution doublée. Voir : Y. Struillou, "L'administration du travail et la loi de modernisation sociale", *Droit Social*, 2002, p. 346.

(16) J.-Y. Chérot et M.-A. Moreau, "Les conventions du FNE sous contrôle communautaire", *RJS* 1997, p. 5. Sur les conventions du F.N.E. : J.-Y. Hocquet, "Les conventions du Fonds national de l'emploi", *Droit Social*, 1985, p. 651.

(17) Voir : N. Kerschen et A.-V. Nenot, "Délégation à l'emploi et négociation des conventions du Fonds national de l'emploi : la pratique des contreparties", *Droit Social*, 1989, p. 17 ; D. Balmay, "Plans sociaux et administration du travail : convaincre ou contraindre ?", *Droit Social*, 1994, p. 479 ; J. Péliissier, "Le contrôle des plans sociaux", *RJS* 1994, p. 564. Il est, toutefois, parfaitement possible que l'employeur ait surestimé volontairement le nombre de licenciements pour pouvoir le réduire ultérieurement dans le cadre, précisément, de la négociation de l'aide du FNE.

(18) T. Colin et R. Rouyer, *Mise en œuvre, négociation et instrumentation des plans sociaux. Observation sur quatre zones d'emploi dans la période 1993-1994*, Rapport de recherche réalisé à la demande de la Dares, 1996, p. 80. Dans le même sens : D. Balmay, "Plans sociaux et administration du travail : convaincre ou contraindre ?", *Droit social*, 1994, p. 479.

sauvegarde de l'emploi (19). Il faut d'ailleurs rappeler que les griefs soulevés par l'administration sont transmis pour information aux représentants du personnel. Ces derniers peuvent donc s'en saisir comme ressources dans leur rapport de forces avec l'employeur. Le constat de carence informant les membres du comité d'entreprise d'une possible insuffisance du plan, le comité d'entreprise peut être incité à exercer les recours judiciaires qui sont à sa disposition (20). Et quand on sait, d'après certaines études, que lorsque les représentants du personnel contestent la validité du plan, les mesures sociales prévues se trouvent substantiellement enrichies, on perçoit toute l'importance du rôle joué, tant par ceux-ci que par l'inspecteur du travail.

B. Des ressources au service de l'employeur

Le plan de sauvegarde de l'emploi peut, d'un autre côté, servir l'employeur lui-même. Ici encore, la norme juridique va constituer une ressource, un levier d'action. Le plan de sauvegarde de l'emploi peut servir l'employeur d'un point de vue utilitariste, d'abord, d'un point de vue symbolique, ensuite.

Les dispositions régissant le plan de sauvegarde de l'emploi peuvent constituer, pour l'employeur, un instrument de gestion de son sureffectif. Certes, l'objet du plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas de sélectionner les salariés licenciés, mais la pratique qu'en font certains chefs d'entreprise montre qu'il est parfois l'occasion d'opérer une telle sélection. En effet, en ouvrant plus ou moins l'éventail des catégories professionnelles pouvant bénéficier des mesures contenues dans le plan et en choisissant habilement ces mesures, l'employeur peut utiliser le plan de sauvegarde de l'emploi comme un moyen de sélection (21). On sait que le plan a pu en particulier être une façon de gérer les âges, en rajeunissant les effectifs grâce aux dispositifs de préretraite qui étaient financés en partie par l'Etat. Il est vrai que la Cour de cassation a pris soin de préciser, dans un arrêt du 12 juillet 2010, qu'un plan de sauvegarde de l'emploi ne peut contenir de mesures réservées à certains salariés qu'à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique au regard de l'avantage en cause

puissent en bénéficier. Mais sous cette réserve, le plan de sauvegarde de l'emploi peut apparaître moins comme un dispositif contraignant à la charge des employeurs concernés que comme un instrument leur permettant de gérer leur sureffectif. Des chercheurs en science de gestion émettent même l'hypothèse que le plan de sauvegarde de l'emploi puisse constituer un outil rendant possible, via la gestion du sureffectif, l'obtention de nouveaux facteurs de succès tels qu'une meilleure réactivité ou une plus grande flexibilité (22). Selon cette approche, le plan constitue un moyen pertinent pour améliorer la compétitivité de l'entreprise, dans le cadre de sa réorganisation, notamment grâce aux aides du Fonds national pour l'emploi, lesquelles peuvent alléger le coût des licenciements prononcés et donc constituer une aubaine dans la gestion du sureffectif.

D'un point de vue plus fondamental, le plan de sauvegarde de l'emploi permet surtout à l'employeur de prendre conscience de l'impact social qu'engendre sa décision de restructuration. De toucher du doigt la situation dans laquelle les salariés licenciés vont se retrouver, de mesurer les efforts qu'il doit accomplir pour maximiser leurs chances de reclassement. Symboliquement, les règles gouvernant le plan de sauvegarde de l'emploi reconnaissent ainsi une certaine responsabilité de l'entreprise dans la gestion des conséquences des licenciements et visent à la responsabilisation de l'employeur à ce sujet (23). Elles participent, en ce sens, aux côtés d'autres règles, comme celles relatives à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, à une évolution du regard que les responsables d'entreprise portent traditionnellement sur l'emploi, passant de l'état de simple variable d'ajustement à une véritable prise en compte dans les projets de l'entreprise. Un tel effet d'ordre symbolique (23 bis) n'est en rien anodin. Il s'agit en réalité, ni plus, ni moins, « de donner un sens au « droit à l'emploi », lequel constitue, à l'évidence « une pièce maîtresse de la reconnaissance juridique de la dignité du salarié » (24).

Si donc le plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas, loin s'en faut, dénué d'intérêts, il est essentiel que les conditions imposant sa mise en place soient suffisamment larges et que la sanction attachée à son absence ou à son insuffisance soit particulièrement efficace.

(19) Voir : J. Pélissier, "Le contrôle des plans sociaux", RJS 1994, p. 564 ; J.-C. Sciberras, "Naissance d'une loi : l'« amendement Aubry » sur les plans sociaux", Droit social, 1994, p. 482, spéc., p. 488 ; C. Didry et L. Tessier, "La cause de l'emploi. Les usages du droit dans la contestation de plans sociaux", Travail et emploi, 1995, n° 69, p. 30. Sans que l'on puisse y voir, selon nous, un détournement de procédure comme le pense un auteur : G. Couturier, "Plans sociaux et exigences de reclassement", Droit social, 1994, p. 442.

(20) Y. Struillou, "L'administration du travail et la loi de modernisation sociale", Droit social, 2002, p. 344.

(21) Voir : P.-Y. Verkindt, "Plans sociaux : un outil de sélection du personnel ?", Droit social, 1994, p. 464 et s.

(22) C. Cornolti et Y. Moulin, in C. Cornolti, F. Géa et Y. Moulin, *Le suivi des plans sociaux et le devenir des salariés concernés*,

Rapport de recherche réalisé à la demande de la Dares, 2000, p. 150.

(23) Ou « un vecteur dans un mouvement de rationalisation du pouvoir de l'employeur » : E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, p. 320.

(23 bis) Sur ce type d'effet, voir nos développements : Y. Leroy, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, tome 55, 2011, p. 401 s.)

(24) F. Géa, in C. Cornolti, F. Géa et Y. Moulin, *Le suivi des plans sociaux et le devenir des salariés concernés*, Rapport de recherche réalisé à la demande de la Dares, 2000, p. 24.

II. L'importance des règles imposant la mise en place et sanctionnant l'absence d'un plan de sauvegarde de l'emploi

A. Les conditions de mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi

S'agissant des conditions dans lesquelles la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi est imposée à un employeur, chacun sait que le texte prévoit que l'effectif de l'entreprise doit être au moins égal à cinquante salariés et que le nombre de licenciements pour motif économique doit être au moins égal à dix sur une même période de trente jours (25).

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser le niveau auquel ces conditions devaient être appréciées. Dans un arrêt du 30 juin 2004, la Cour de cassation a indiqué qu'il y avait lieu « *de tenir compte des seuls effectifs de l'entreprise dans laquelle est revendiquée la mise en œuvre du plan* » (26). Ainsi, une entreprise qui licencie au moins dix salariés pour motif économique, mais dont l'effectif est inférieur à cinquante personnes, n'est pas soumise à l'obligation d'édicter un plan de sauvegarde, même s'il s'agit d'une filiale ou d'un sous-traitant d'un groupe dont l'effectif total dépasse largement ce seuil. La solution a pu apparaître stricte, trop stricte. Sans la remettre complètement en cause, la Chambre sociale l'a nuancé dans un arrêt du 16 novembre 2010, confirmé depuis, en admettant que, lorsque la décision de licencier a été prise au niveau d'une unité économique et sociale, les conditions imposant l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi devaient être vérifiées dans l'ensemble de l'UES (27). C'est heureux, car cela permet de contrer certaines stratégies patronales qui seraient tentées de découper leur entreprise en plusieurs sociétés afin de tomber en dessous du seuil de 50 salariés ou bien de se répartir, entre les sociétés formant l'UES, l'initiative des licenciements de façon à en diminuer le nombre pour chacune des entreprises et donc à les soustraire à l'obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi. Ceci dit, si le plan de sauvegarde de l'emploi doit alors être mis en place, le débiteur de

cette obligation reste l'entreprise procédant aux licenciements (28) et non l'UES, sauf si l'on parvient à démontrer, au-delà d'une direction unique, une confusion d'intérêts et d'activités entre les sociétés formant l'UES, ce qui permettrait de caractériser une situation de co-employeur.

Autre question à régler, celle du type de rupture à prendre en compte. L'article imposant la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi parle de licenciements, mais l'on sait que le législateur a prévu que les dispositions du chapitre sur le licenciement pour motif économique étaient applicables à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique, à l'exclusion – on va y revenir – de la rupture conventionnelle. C'est ainsi que le départ volontaire d'un salarié à la retraite, comme la mise à la retraite d'un salarié prononcée par l'employeur, doivent être pris en compte pour déterminer si un plan de sauvegarde de l'emploi est obligatoire, dès lors qu'ils sont effectués dans un contexte économique. Il en est de même, selon un arrêt du 1^{er} février dernier, de préretraites mises en œuvre en raison de difficultés économiques (29).

On pouvait douter qu'il en soit de même pour des ruptures conventionnelles conclues dans un contexte économique, dans la mesure où le législateur a expressément prévu que les dispositions relatives au licenciement économique ne sont pas applicables aux ruptures conventionnelles (30). Pourtant, dans un arrêt du 9 mars de cette année, la Cour de cassation a décidé que, lorsque les ruptures conventionnelles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent l'une des modalités, elles doivent être prises en compte pour déterminer la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel applicable ainsi que les obligations de l'employeur en matière de plan de sauvegarde de l'emploi (31). Clairement, il s'agit de

(25) Art. L. 1233-26 C. trav.

(26) Cass. soc. 30 juin 2004, Bull. civ. V, n° 186 ; RJS 2004, n° 1015. Voir déjà : Cass. soc. 26 février 2003, Bull. civ. V, n° 70 ; RJS 2003, n° 589. En l'espèce, un office public départemental d'habitations à loyer modéré avait licencié plus de dix salariés sur une même période de trente jours en s'abstenant toutefois d'établir un plan social au motif qu'il comptait moins de cinquante salariés. Si, jusque là, il n'y a rien de très original, il convient de préciser qu'en ajoutant le personnel travaillant pour le compte du groupement d'intérêt économique HLM du même département, l'effectif total dépassait le seuil de cinquante salariés. Cette circonstance supplémentaire avait amené la Cour d'appel de Toulouse à considérer que l'employeur aurait dû établir un tel plan et donc, en l'espèce, à annuler le licenciement d'un des salariés concernés, dans la mesure où l'office public d'HLM et le groupement d'intérêt économique HLM qui, certes, constituaient formellement deux personnes juridiques distinctes, pouvaient être regardés comme formant

ensemble une seule et même entreprise. La décision de la Cour d'appel est censurée par la Haute juridiction qui adopte une approche très restrictive du niveau d'appréciation constituant le seuil de déclenchement de l'établissement d'un plan social.

(27) Soc. 16 novembre 2010, n° 09-69.485, RDT 2011, p. 112, note E. Peskine, Dr. Ouv. 2011 p. 294, n. P. Darves-Bornoz ; Soc. 9 mars 2011, n° 10-11.581, Dr. Ouv. 2011 p. 478 ; Soc. 3 mai 2011, n° 09-72.611.

(28) Soc. 13 janvier 2010, n° 08-15.776, Dr. Ouv. 2010 p. 214, n. G. Loiseau.

(29) Soc. 1^{er} février 2011, n° 09-70.121, JCP S 2011, n° 1201, n. R. Chiss.

(30) Art. L. 1233-3 C. trav.

(31) Soc. 9 mars 2011, n° 10-11.581, RDT 2011, p. 244, n. F. Géa ; Dr. Ouv. 2011 p. 473, n. A. Chirez ; JCP S 2011, n° 1200, n. F. Favennec-Héry.

rendre inefficaces les tentatives de contournement du droit du licenciement pour motif économique en ayant recours aux ruptures conventionnelles. Une question reste toutefois en suspens : les salariés concernés par ces ruptures conventionnelles peuvent-ils bénéficier des mesures contenues dans le plan de sauvegarde de l'emploi ? Rien n'est moins sûr, car prendre en compte les ruptures conventionnelles pour déterminer la procédure applicable et imposer la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi ne signifie pas nécessairement que celui-ci s'appliquera à ces ruptures puisque, répétons-le, le Code du travail précise expressément que les dispositions relatives au licenciement économique ne sont pas applicables aux ruptures conventionnelles.

B. La sanction en cas d'absence ou d'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi

La nature de la sanction attachée à l'absence ou à l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi est, bien entendu, particulièrement cruciale. Seule une sanction importante peut être dissuasive aux yeux des employeurs qui tenteraient d'échapper à la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou qui ne doteraient ce dernier que de mesures factices ou insuffisantes au regard des moyens dont ils disposent. On le sait, la Cour de cassation a, sur ce point, considéré, dans le célèbre arrêt *La Samaritaine* du 13 février 1997, qu'en cas d'absence ou d'insuffisance du plan, la nullité de la procédure de licenciement s'étendait à tous les actes subséquents et, par conséquent, aux licenciements prononcés par l'employeur (32). On sait aussi que le législateur a, en 2002, consacré cette jurisprudence (33). Les salariés concernés peuvent donc exiger leur réintégration à leur poste – et de ce fait, bénéficier du paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre leur licenciement et leur réintégration – ou préférer l'octroi d'une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à un an de salaire. Une telle sanction renforce, indiscutablement, les chances de voir les plans de sauvegarde de l'emploi contenir des dispositions

aptes à réduire le nombre des licenciements envisagés ou à faciliter le reclassement des salariés effectivement licenciés. En tout cas, elle a pour effet de maintenir les salariés concernés dans leur emploi, via le mécanisme de la réintégration, tant que l'employeur n'a pas mis en place un plan visant au reclassement du personnel affecté par les suppressions d'emplois. En ce sens, elle manifeste la volonté de la Cour de cassation, puis du législateur, d'encourager les employeurs, sous la menace de la sanction la plus radicale qui soit, à tout faire pour éviter les licenciements ou rechercher un reclassement aux salariés licenciés. Rappelons toutefois que le législateur a modifié quelque peu la donne, par la loi du 18 janvier 2005, en précisant que « *si la réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié* » (34), la sanction encourue se limite à l'octroi de l'indemnité minimale de douze mois de salaire. Dès lors, plus les hypothèses de réintégration impossible seront nombreuses, moins la sanction de la remise en l'état sera prononcée, ce qui risque d'affaiblir d'autant l'impact de la nullité des licenciements sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

Reste à savoir si la sanction, aussi forte soit-elle, est efficace. Ce n'est malheureusement pas toujours le cas. Reprenons l'exemple de l'UES : sauf caractérisation d'une situation de co-employeur, le seul responsable de l'insuffisance du plan reste l'employeur des salariés licenciés, non l'UES. Même chose, *a priori*, lorsqu'un groupe décide de fermer une filiale insuffisamment rentable. Seule la filiale est juridiquement débitrice de l'obligation de mise en place du plan de sauvegarde de l'emploi et responsable de son contenu. Certes, le plan s'appréciera au regard des moyens dont dispose le groupe, mais s'il est jugé insuffisant, seule la filiale sera sanctionnée, non le groupe. Et dans un tel cas, par hypothèse, la réintégration sera impossible puisque la filiale aura fermé ses portes. Et ce ne sont pas les deux arrêts du début de l'année sur la cessation d'activité (35) qui suffisent à régler ce problème...

Yann Leroy

(32) Soc. 13 février 1997, Bull. civ. V, n° 64 ; D. 1997, p. 171, n. A. Lyon-Caen ; Droit social 1997, p. 249, concl. P. de Caigny et n. G. Couturier ; Dr. Ouv. 1997 p. 91, note P. Moussy.

(33) Art. L. 1235-11 C. trav.

(34) Art. L. 1235-11C. trav.

(35) Soc. 18 janvier 2011, n° 09-69.199, Dr. Ouv. 2011 p. 273, n. P. Darves-Bornoz, et Soc. 1^{er} février 2011, n° 10-30.045, Dr. soc. 2011, p. 372, note G. Couturier, Dr. Ouv. 2011 p. 584, n. A. Ferrer.