

LES SYNDICATS FACE AUX PSE

Les exemples de plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) contestés ne manquent pas en ce moment (Caterpillar, Molex, Continental...). Dans les entreprises de 50 salariés et plus, lorsque l'employeur envisage de licencier au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours, il a l'obligation d'établir un PSE, contenant notamment un plan de reclassement, pour éviter les licenciements.⁽¹⁾ Mais lorsque débute une procédure d'information-consultation du comité d'entreprise, syndicats et membres du CE se sentent souvent démunis face à des PSE pré-établis par l'employeur dont ils ont parfois du mal à saisir la pertinence.

Le rôle des syndicats et des membres du CE est d'être une force de proposition pour éviter les licenciements. La consultation du CE permet d'avoir les clés, les informations essentielles, pour comprendre le projet de restructuration de l'entreprise et pour proposer des solutions alternatives aux licenciements. Comment peuvent agir le syndicat et le CE, quels sont leurs moyens d'actions ? Lorsque l'employeur annonce qu'il envisage de procéder à des licenciements pour motif économique, le rôle des syndicats et du CE est de s'informer sur les tenants et aboutissants du projet, rendre un avis motivé et précis pour éclairer les salariés, veiller à la régularité de la procédure de consultation, faire des contre-propositions aux mesures de l'employeur pour éviter les licenciements, et éventuellement contester la validité de ces derniers s'ils ont lieu.

LA PROCÉDURE D'INFORMATION-CONSULTATION DU CE

Une double consultation

Le CE a d'abord un rôle à jouer pour vérifier le sérieux du motif économique. Il doit chercher à comprendre la situation économique réelle de l'entreprise.

Le projet doit faire l'objet de deux procédures distinctes d'information-consultation. L'une porte sur le volet économique du projet de licenciement⁽²⁾ (présentation du projet de restructuration, de réorganisation de l'entreprise), la deuxième porte sur le volet social⁽³⁾ (présentation du motif économique, des conséquences du projet sur l'emploi et du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)).

Dans le cadre de l'information-consultation sur le volet économique du projet, le CE peut recourir à un expert comptable ou à un expert technique de son choix (par exemple un expert immobilier ou un expert en technologies).⁽⁴⁾ L'employeur n'est cependant pas tenu de rémunérer cet expert, qui doit alors être pris en charge sur le budget de fonctionnement du CE. Cette rémunération peut donc être un point essentiel à négocier avec l'employeur. Cet expert peut aider le CE à proposer un plan de restructuration alternatif permettant d'éviter les licenciements.

Si la première réunion du CE concernant le projet de restructuration tombe à un moment proche de l'examen annuel par le CE des bilans comptables, il peut alors être judicieux de demander une analyse approfondie à un expert comptable de ce bilan qui pourra ensuite servir à mieux analyser la situation financière de l'entreprise. L'avantage étant que cet expert nommé au titre de l'examen des bilans comptables doit être rémunéré par l'employeur.⁽⁵⁾

La consultation sur le volet social du projet de licenciement doit porter sur les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement, le nombre de licenciements envisagés, les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements, le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement, le calendrier prévisionnel des licenciements et les mesures de nature économique envisagées.⁽⁶⁾ Elle doit également porter sur le projet de PSE.⁽⁷⁾

Le CE peut nommer dans le cadre de cette consultation, un expert-comptable de son choix pour analyser le projet de licenciement présenté par l'employeur. Cet expert devra cette fois-ci être rémunéré par l'employeur.⁽⁸⁾ De plus, l'expert comptable peut consulter des documents auxquels n'a pas accès le CE.⁽⁹⁾ Si le CE a recours à un expert technique, celui-ci devra en revanche être pris en charge sur le budget de fonctionnement du CE.⁽¹⁰⁾ Ces experts servent à analyser la pertinence des propositions du PSE par rapport aux moyens dont dispose l'entreprise ou le groupe auquel l'entreprise appartient. Le rapport qu'ils rendront permettra de savoir si le PSE est suffisant ou s'il est contestable devant le juge. Il permettra également d'analyser les raisons économiques, financières et techniques du projet de licenciement.

Le CE peut également faire appel au directeur du travail, qui a la faculté de demander des explications à l'employeur et de proposer des modifications du PSE, propositions qui doivent être portés à la connaissance du CE.⁽¹¹⁾ Bien informé tout au long de la procédure de la situation dans l'entreprise, il peut ainsi aider le CE à émettre un avis.

Il est fondamental que l'avis du CE soit suffisamment motivé pour permettre aux salariés d'engager ou non, en

toute connaissance de cause, une procédure pour contester le motif économique de leur licenciement, car le CE ne peut agir en justice sur ce fondement. Seul le syndicat peut agir.

Le refus de rendre un avis

Lorsque les membres du CE s'estiment insuffisamment informés, il leur arrive de refuser de rendre un avis. Quels sont les conséquences de ce refus ?

- ▶ Tant que le CE n'a pas rendu d'avis, l'employeur ne peut en principe pas poursuivre la procédure d'information-consultation ni mettre en œuvre le PSE et les licenciements.
- ▶ Il s'agit tout d'abord de bien s'assurer du soutien des salariés. En effet, ils n'apprécient pas toujours que la procédure soit allongée, car l'attente génère un stress important. Le refus de rendre un avis n'est pas toujours bien perçu et compris. Il s'agit donc de s'interroger sur la pertinence syndicale de cette démarche. Ce refus de rendre un avis doit servir soit à obtenir des informations que l'employeur refuse de donner, à faire respecter l'ordre du jour, soit à gagner du temps mais avec un objectif précis (mobiliser les salariés, réfléchir à des propositions alternatives etc.).
- ▶ Il faut également savoir que l'employeur peut décider de passer outre l'absence d'avis et continuer la procédure. Le CE doit alors immédiatement saisir le tribunal de grande instance (TGI) en référé pour obtenir la suspension de la procédure jusqu'à ce que l'employeur ait régularisé le processus d'information-consultation (pour plus de détail sur ce recours judiciaire voir ci-dessous). Il faut alors que l'irrégularité de la procédure soit réelle car le juge peut décider que la procédure de consultation est régulière malgré l'absence d'avis du CE. En effet, le juge peut considérer que le CE a été suffisamment informé et que son refus de donner un avis s'analyse en un avis négatif.⁽¹²⁾
- ▶ Enfin, si certains membres du CE acceptent de donner un avis tandis que d'autres refusent, l'employeur pourra tout de même continuer la procédure, car il n'est pas nécessaire que tous les membres participent au vote pour que celui-ci soit considéré comme valable.⁽¹³⁾ En effet, le vote s'effectue à la majorité des présents et non à la majorité des membres du CE. En refusant de voter alors que tous les membres du CE ne souhaitent pas s'abstenir, les membres qui se sont abstenus courent le risque qu'un avis positif soit rendu. Même si leur refus de voter devrait apparaître sur le PV de réunion, il est préférable de s'assurer de la cohésion entre tous les membres du CE avant de s'abstenir de voter.
- ▶ Tout dépend donc, comme souvent, du rapport de force dans l'entreprise. Plus l'irrégularité de la procédure d'information-consultation est flagrante, plus les syndicats sont unis sur le sujet, plus le CE bénéficie

du soutien des salariés, plus le refus de rendre un avis sera efficace. Cela permet de maintenir la pression sur le chef d'entreprise sans en passer par une procédure judiciaire, mais le CE court le risque de voir l'employeur continuer la procédure.

Les recours judiciaires en cas d'irrégularité de la procédure d'information-consultation

En cas de non respect de la procédure d'information-consultation, la voie la plus sûre reste la saisine du juge. Le CE et les syndicats peuvent demander en justice la suspension de la procédure d'information-consultation lorsque cette dernière est irrégulière.

Exemples de procédures irrégulières :

- non respect de l'ordre du jour, fixation unilatérale de l'ordre du jour ;⁽¹⁴⁾
- délais d'examen des informations trop courts ;
- non respect de l'ordre de consultation entre le CCE et le comité d'établissement ;
- information simplement orale et non écrite ;
- insuffisance des informations d'ordre social : nombre et catégorie des salariés visés par les licenciements... ;
- justification économique, technique et financière insuffisante (plan financier communiqué trop tardivement à l'expert, aucune précision sur les éléments chiffrés ou sur les réductions de dépense...);
- calendrier prévisionnel des licenciements mal défini ;
- non respect des délais à tenir entre les réunions ;
- modification du PSE sans nouvelle réunion du CE.

Le CE ou les syndicats⁽¹⁵⁾ doivent saisir le Président du Tribunal de grande instance (TGI) en référé. Cette procédure a l'avantage d'être une procédure très rapide. Mais les délais pour saisir le juge sont également très courts. Le CE et les syndicats ont 15 jours suivant chacune des réunions du CE pour saisir le juge des référés pour irrégularité de la procédure. Si l'irrégularité consiste en une absence de réunion, le délai de 15 jours court à compter de la date à laquelle la réunion aurait dû avoir lieu en application de la loi ou de l'accord collectif, s'il existe.

Si le juge donne raison au CE ou au syndicat, il va alors suspendre la procédure de licenciement et contraindre, éventuellement sous astreinte, l'employeur à régulariser la procédure (exemple : fournir les documents manquants) et à tenir une nouvelle réunion en lieu et place de la réunion irrégulièrement tenue.⁽¹⁶⁾

Si le juge a été saisi avant la fin de la procédure et que l'employeur a quand même notifié les licenciements sans attendre la décision du juge, la procédure de licenciement et les licenciements sont annulés.⁽¹⁷⁾

L'employeur doit appliquer la décision du juge des référés même s'il fait appel. Si le CE ou le syndicat souhaitent faire appel de la décision, ils doivent saisir le juge dans

les 15 jours à compter de la signification de l'ordonnance de référé.

Si le syndicat ou le CE ont laissé passer le délai de 15 jours, ils peuvent encore saisir le juge du fond à jour fixe (procédure qui est plus rapide que la procédure du fond normale mais plus lente que la procédure de référé). Pour pouvoir faire suspendre la procédure, il est conseillé de saisir le juge le plus rapidement possible. Et pour éviter tout litige, il est conseillé de le saisir au maximum dans un délai de 12 mois à compter de la dernière réunion du CE.⁽¹⁸⁾ Si le juge décide qu'il est trop tard pour faire suspendre la procédure, les salariés pourront au moins se prévaloir de dommages et intérêts lorsqu'ils contesteront eux-mêmes leurs licenciements.

Les syndicats et le CE peuvent également saisir le juge pour délit d'entrave au pénal, devant le tribunal correctionnel.⁽¹⁹⁾ L'avantage étant que le délai est plus long puisqu'il est de 3 ans. Si le CE a gain de cause, il obtiendra des dommages et intérêts, et l'employeur devra en outre payer une amende. Ce recours peut également inciter les salariés à réclamer des indemnités en justice pour irrégularité de la procédure. Mais il faut savoir que les procédures pénales sont très longues et que les salariés auront peut-être été depuis longtemps licenciés lorsque interviendra le jugement.

LE CONTENU DU PLAN DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI (PSE)

Le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) est un plan établi par l'employeur qui a pour objectif non pas d'indemniser au mieux les salariés licenciés pour motif économique, mais, comme son nom l'indique, d'éviter les licenciements.⁽²⁰⁾ Dans le meilleur des cas, le PSE doit prévoir des mesures d'aménagement ou de réduction du temps de travail, de réorganisation ou de créations d'activités pour permettre aux salariés de rester sur le site sans être mutés. Si cela n'est pas possible, le PSE doit prévoir des mesures de reclassements, prioritairement en interne, dans l'entreprise ou le groupe, et subsidiairement de manière externe. Pour favoriser ces reclassements, le PSE doit mettre en œuvre des congés de reclassement, des conventions de reclassement personnalisé, des validations des acquis de l'expérience, des formations, des aides à la mobilité, des aides à la création d'entreprise etc. Le Code du travail n'exige tout simplement pas que le PSE prévoie des indemnités de licenciement élevées. Ce n'est donc que de manière tout à fait subsidiaire, lorsque l'entreprise est dans une situation financière très difficile, que les licenciements accompagnés d'indemnités doivent être envisagés.

Mais il est courant que l'employeur passe directement à la case indemnisation en passant rapidement par la case reclassement. Quelle attitude le CE et les syndicats doivent-ils adopter face à un PSE qu'ils ne jugent pas satisfaisant ? Doivent-ils apposer leur signature sur le PSE lors-

qu'ils ont obtenu de réelles avancées par rapport au projet de départ ? Il serait préjudiciable pour les salariés que les membres du CE refusent par principe de discuter tout PSE. En effet, comme expliqué plus haut, le PSE est censé être un plan destiné à sauvegarder l'emploi, et quoi qu'il en soit, à partir du moment où le CE a rendu son avis, l'employeur peut mettre en œuvre le PSE, que l'avis soit négatif ou positif. Les négociations avec les représentants du personnel ne peuvent donc être qu'un plus pour les salariés, qu'ils obtiennent plus d'indemnités ou moins de licenciements. Faut-il pour autant apposer sa signature sur un PSE ?

Avantage de la signature d'un PSE :

lorsque le PSE a été loyalement négocié avec l'employeur et que les représentants du personnel sont satisfaits du résultat, la signature du PSE semble un aboutissement logique.

Inconvénients de la signature d'un PSE par le CE :

Le CE n'a pas à signer le PSE. A partir du moment où il a rendu son avis, l'employeur n'a pas besoin de sa signature pour mettre en œuvre le PSE. Si l'employeur souhaite faire signer le PSE par les membres du CE, c'est parce qu'il veut envoyer un signe fort en direction des salariés et des juges pour démontrer que son PSE est correct. Cela peut avoir pour effet de décourager les salariés de contester par la suite leur licenciement pour insuffisance de PSE et peut influencer le juge dans un sens défavorable aux salariés. Il est donc préférable que le CE s'en tienne à rendre un avis positif ou négatif motivé.

Et quant aux délégués syndicaux ?

La signature avec les délégués syndicaux est un signal encore plus fort envoyé aux salariés et aux juges sur la validité du PSE. Le PSE au lieu d'être un acte unilatéral de l'employeur devient un accord collectif. Il devient alors quasiment impossible pour les syndicats signataires de contester le PSE en justice. Le salarié conserve quant à lui le droit de faire annuler son licenciement si le PSE pris sous la forme d'un accord collectif est insuffisant.⁽²¹⁾ Mais il est certain que le juge sera influencé par le fait que les syndicats ont signé l'accord.

Comment contester le contenu d'un PSE ?

Attention, il ne faut pas confondre contestation d'un PSE avec contestation du motif économique. L'un vise à démontrer que les mesures prises dans le PSE pour sauvegarder les emplois sont insuffisantes, l'autre vise à démontrer qu'il n'existe pas de réelles raisons économiques pour licencier les salariés. L'un permet d'obtenir l'annulation du PSE et de la procédure de licenciement, qui doivent alors être recommencés, l'autre permet de requalifier les licenciements en licenciements sans cause réelle et sérieuse.

Le CE et les syndicats peuvent demander l'annulation du PSE (et donc de toute la procédure de licenciement) en cas d'inexistence ou d'insuffisance du PSE.

Il ne s'agit plus ici de contester la procédure de consultation du CE sur le PSE mais de contester le contenu même du PSE.

Exemples de PSE jugés insuffisants :

- absence de PSE ;⁽²²⁾
- PSE entièrement nouveau sans consultation du CE sur ce nouveau plan ;⁽²³⁾
- absence d'offres de reclassement concrètes et précises ou offres insuffisantes : PSE se bornant à énumérer les mesures de reclassement légales, absence de détails (nature, nombre, localisation) sur les postes vacants dans l'entreprise,⁽²⁴⁾ absence de recherche de reclassement auprès des sociétés du groupe⁽²⁵⁾ ou à l'étranger, absence d'actions de formation ou d'adaptation,⁽²⁶⁾ plan se contentant de collecter les vœux⁽²⁷⁾ des salariés et de leur offrir uniquement les postes correspondant éventuellement à ces vœux, aides à la mobilité peu incitatives... ;⁽²⁸⁾
- mesures de reclassement insuffisantes par rapport aux moyens de l'entreprise, de l'unité économique et sociale ou du groupe ;⁽²⁹⁾
- absence de recherche de propositions alternatives (exemple : réduction ou aménagement du temps de travail,⁽³⁰⁾ développement d'activités nouvelles).⁽³¹⁾

Le CE et les syndicats doivent saisir le Président du TGI en référé ou sur le fond. La procédure en référé présente l'avantage d'être plus rapide. De plus, contrairement à la procédure au fond, l'appel en référé n'est pas suspensif : cela signifie que l'employeur doit appliquer la décision du juge des référés même s'il fait appel.

Si le juge donne raison au CE ou au syndicat, le PSE, la procédure d'information-consultation et les licenciements sont annulés.⁽³²⁾ La procédure de consultation du CE doit être reprise depuis le début.⁽³³⁾ Si les licenciements ont déjà eu lieu, les salariés doivent être réintégrés ou percevoir une indemnité qui ne peut être inférieure au salaire des 12 derniers mois.⁽³⁴⁾

La démarche juridique de contestation de la procédure d'information-consultation du CE ou du contenu du PSE doit toujours s'appuyer sur l'intervention des salariés. Il faut toujours se demander : une action en justice, oui, mais dans quel but et que souhaitent les salariés ?

Si une question complexe venait à se poser lors d'une restructuration de votre entreprise, n'hésitez pas à contacter vos UD et fédérations respectives ainsi que le collectif national DLAJ !

Anaïs FERRER

Conseillère confédérale DLAJ

Notes

- (1) Art. L.1233-32 et L.1235-10 du Code du travail.
- (2) Art. L.2323-15 du Code du travail. On l'appelle la « consultation livre II », anciennement appelée avant la recodification du Code du travail « consultation livre IV ».
- (3) Art. L.1233-30 du Code du travail. On l'appelle la « consultation livre I », anciennement appelée « consultation livre III ».
- (4) Art. L.2325-41 du Code du travail.
- (5) Art. L.2325-35 du Code du travail.
- (6) Art. L.1233-31 du Code du travail.
- (7) Art. L.1233-32 du Code du travail.
- (8) Art. L.1233-34 et L.2325-35 du Code du travail.
- (9) Art. L.2325-37 du Code du travail.
- (10) Art. L.2325-41 du Code du travail.
- (11) Art. L.1233-57 du Code du travail.
- (12) Cass. soc. 18 février 2000, n° 95-42172. Cet arrêt est un arrêt isolé. Il n'est pas certain que la Cour de cassation renouvellera cette analyse même si la jurisprudence du 30 septembre 2009 auquel il est fait référence plus loin aille malheureusement dans ce sens. De plus des décisions de TGI ont rendu des décisions similaires (exemple : TGI Créteil, 20 février 2000 ; TGI Paris, 27 septembre 2005).
- (13) Cass. soc. 30 septembre 2009, n° 07-20525.
- (14) Cass. soc. 25 avril 2007, n° 05-45397.
- (15) Des syndicats ont intenté de telles action sans que la recevabilité ne soit contestée : ex. : Cass. soc. 6 juillet 1999, n° 97-22488.
- (16) Cass. soc. 17 décembre 2004, n° 03-17031.
- (17) Cass. soc. 14 janvier 2003, n° 01-10239.
- (18) Art. L.1235-7 du Code du travail.
- (19) Art. L.2328-1 du Code du travail.
- (20) Art. L.1233-62 du Code du travail.
- (21) Cass. soc. 9 octobre 2007, n° 06-41286.
- (22) Cass. soc. 14 janvier 2003, n° 01-10239.
- (23) Cass. soc. 17 décembre 2004, n° 03-17031.
- (24) Cass. soc. 11 octobre 2006, n° 04-47950.
- (25) Cass. soc. 30 octobre 2001, n° 00-11925.
- (26) Cass. soc. 23 janvier 2002, n° 00-40594.
- (27) Cass. soc. 4 mars 2009, n° 07-42381.
- (28) Cass. soc. 20 mars 2007, n° 05-45248, dans cette affaire les aides à la mobilité insuffisantes étaient l'une des raisons parmi d'autres pour annuler le PSE.
- (29) Art. L.1235-10 du Code du travail ; Cass. soc. 29 janvier 2008, n° 06-42652.
- (30) Cass. soc. 23 janvier 2002, n° 00-14521.
- (31) Cass. soc. 28 mars 2000, n° 98-21870.
- (32) Art. L.1235-11 du Code du travail.
- (33) Cass. soc. 10 février 2004, n° 02-40182.
- (34) Art. L.1235-11 et L.1235-14 du Code du travail.

PSE, NÉGOCIATION COLLECTIVE ET RECLASSEMENT

Un « plan de sauvegarde de l'emploi » (PSE) est élaboré par l'employeur, sous contrôle du comité d'entreprise au moment d'une restructuration d'une certaine ampleur.⁽¹⁾ Mais en amont, des accords de méthode ou des négociations de « gestion prévisionnelle des emplois et des compétences » (GPEC) peuvent en anticiper les contenus. Le PSE participe aux obligations de l'employeur en matière de recherche de reclassement, mais ne les épuise pas. Plusieurs décisions récentes nous amènent à préciser les relations entre ces différentes notions et ouvrent de nouvelles pistes juridiques favorisant les actions complémentaires mais autonomes du CE et des syndicats, donc l'intervention des salariés.

Les accords de méthode (rappels)

Mis en place par la loi Borloo du 18 janvier 2005, des accords collectifs, dits « accords de méthode » peuvent déroger aux règles de consultation du CE en cas de « grands » licenciements économiques (dix salariés ou plus dans une période de 30 jours). Ils sont décrits par les articles L.1233-21 et suivants (voir encadré).⁽²⁾

Rappelons que la CGT a critiqué le principe même de ces accords : les prérogatives et règles de fonctionnement des institutions représentatives des personnels (IRP), émanation de l'ensemble des salariés, devraient être d'ordre public, donc fixées par la loi. En permettant à la négociation collective d'affaiblir ces règles, on porte atteinte à l'équilibre entre les deux piliers de la représentation des salariés que sont les IRP et les syndicats.⁽³⁾ Ces accords présentent des dangers particulièrement graves :

- l'employeur peut choisir le niveau de négociation, entreprise, groupe ou branche qui lui est le plus favorable ;
- ils peuvent anticiper le contenu d'un éventuel PSE, c'est à dire régler à l'avance le traitement social des suppressions d'emplois consécutives à une restructuration, ce qui vide de toute substance la consultation du CE sur les aspects économiques et le bien fondé de celle-ci ;
- ces accords sont négociés « à froid », avant tout projet concret de restructuration, ce qui laisse peu de place à la mobilisation des salariés ;⁽⁴⁾ de plus, ils ne peuvent être contestés que dans un délai de 3 mois, porté à 12 mois s'ils anticipent sur le contenu du PSE.

Article L.1233-21

« Un accord d'entreprise, de groupe ou de branche peut fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives du personnel prévues par le présent titre et par le livre III de la deuxième partie, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours. »

Article L.1233-22

« L'accord prévu à l'article L.1233-21 fixe les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise :

1° Est réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise ;

2° Peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi et obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions.

L'accord peut organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe.

Il peut déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi prévu à l'article L.1233-61 fait l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci. »

L'arrêt CARREFOUR du 30 janvier 2009

Ce rappel donne toute son importance à l'arrêt rendu en début d'année par la cour d'appel de Toulouse.⁽⁵⁾ Historique de l'affaire (les passages en italique sont repris de l'arrêt de la cour) :

- le 20 avril 2006, un accord de méthode est signé au niveau du groupe CARREFOUR, définissant « la méthodologie et les procédures d'information et de consultation et les garanties collectives des salariés dans le cadre du volontariat puis après application des critères d'ordre, lorsque les sociétés du groupe CARREFOUR en France seront confrontés à une évolution susceptible d'avoir des conséquences sur l'emploi ;
- en novembre 2007, la SAS CARREFOUR HYPERMARCHES a engagé la procédure d'information du comité central d'entreprise et des comités d'établissements régionaux sur un projet de redéploiement de l'activité des services après-vente régionaux (...) Le projet comportait la suppression de 4 services régionaux sur 7, dont le service Sud-Ouest et la suppression de 186 postes sur un effectif de 392 ;
- la SAS CARREFOUR HYPERMARCHES a présenté le 21 avril 2008 un plan de sauvegarde de l'emploi, dans les termes de l'accord de méthode, prévoyant la suppression de 154 postes de travail dont 42 dans le Service après-vente régional Sud-Ouest. »

Le CE du Service après-vente régional Sud-Ouest a demandé et obtenu le 16 octobre 2008 du TGI de Toulouse l'annulation du PSE pour insuffisance de celui-ci, jugement frappé d'appel par l'entreprise. Un de ses arguments était que la contestation du PSE remettait en cause l'accord de méthode, alors que le délai de forclusion d'un an était largement dépassé. Pour rejeter cet argument, la cour d'appel est amenée à préciser les finalités respectives de l'accord de méthode et du PSE. Ses attendus méritent d'être cités :

« Alors même qu'en application de ce texte, l'accord de méthode a pour objet d'anticiper le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il ne peut avoir pour effet de régler de façon exhaustive la portée, l'ampleur et les modalités de celui-ci. En décider autrement priverait d'objet le processus de consultation des représentants du personnel prévu par la loi qui permet de parvenir à l'élaboration définitive du plan.

D'autre part, il ne peut être sérieusement soutenu que les partenaires sociaux, lors de la signature de l'accord de méthode, sont en mesure de fixer de façon complète et définitive le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi susceptible d'intervenir dans les années qui suivent en fonction de l'incidence sur l'emploi des difficultés économiques rencontrées par l'entreprise. Ainsi, aucun décideur économique n'était en mesure de connaître en 2006 la crise financière et économique majeure survenue à la fin de l'année 2008 de nature à entraîner des mesures drastiques de réductions d'effectifs dans de nombreuses entreprises.

De plus, l'accord de méthode ne peut déterminer par avance de façon standardisée les mesures contenues dans un plan de sauvegarde de l'emploi dans l'ignorance des catégories de personnel auquel celui-ci devra s'appliquer, spécialement lorsque, comme en l'espèce, l'entreprise est une société importante employant 74 722 salariés dans des emplois qui correspondent à des métiers de nature différente, et que, au surplus, l'accord a été conclu à l'échelle du groupe CARREFOUR, second groupe mondial de distribution, dont la SAS CARREFOUR HYPERMARCHES ne constitue qu'une partie. (...)

Dans ces conditions, l'accord de méthode qui anticipe le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi constitue un accord-cadre ayant pour objet de déterminer les garanties minimum que devra comporter le plan qui sera ultérieurement élaboré par l'employeur et soumis pour discussion aux représentants du personnel.

Le plan de sauvegarde de l'emploi ne peut dès lors se confondre avec l'accord de méthode. Par suite, la contestation du plan par les représentants du personnel peut intervenir alors même que le délai de contestation de l'accord de méthode est venu à expiration. »

En fait, son raisonnement démontre l'impossibilité d'élaborer à l'avance (et a fortiori à l'échelle d'un groupe de la taille de CARREFOUR) un PSE répondant aux caractéristiques fixées à l'article L.1233-62 (cf. note 1). Il rappelle aussi fort opportunément que le contrôle du CE lors de l'établissement du PSE est une condition substantielle de

validité de celui-ci, qu'aucun accord conclu par les syndicats ne peut avoir pour effet de supprimer.

Cet arrêt devrait permettre de combattre les conséquences des accords de méthode minoritaires⁽⁶⁾ que nombre de sociétés se sont empressé de conclure dès la promulgation de la loi Borloo.

PSE et GPEC : l'histoire n'est pas finie

En même temps que les accord de méthode, la loi Borloo a introduit l'obligation d'une négociation triennale de GPEC dans les entreprises de plus de 300 salariés (cf. note 2), régie par les articles L.2242-15 et suivants (voir encadré page suivante). Comme cette négociation a vocation à anticiper sur les risques de suppression d'emplois et qu'elle peut comporter la conclusion d'un accord de méthode, la question du lien entre PSE et GPEC a immédiatement été posée. Concrètement, la négociation d'un processus de GPEC et le respect d'un accord conclu dans ce domaine sont-ils un préalable indispensable à l'établissement d'un PSE dans le cas d'une restructuration comportant des licenciements ? Ce qui pourrait entraîner la suspension de la procédure d'information / consultation du CE ou l'annulation du PSE en cas de carence de l'employeur dans la négociation ou la mise en œuvre de la GPEC.⁽⁷⁾

Les TGI saisis ont apporté des réponses divergentes. Certains dossiers (Cap Gemini, Next IraOne, ...) avaient connu un retentissement médiatique important à la suite de jugements donnant raison aux CE demandeurs de suspension du processus. Les complaisants signataires de l'ANI sur la GPEC du 14 novembre 2008⁽⁸⁾ avaient validé les demandes du MEDEF en écrivant à l'article 7 que « [La GPEC] n'est pas une étape préalable aux procédures de licenciements collectifs et aux PSE qui obéissent à des règles spécifiques et doit, de ce fait, être dissociée de leur gestion. »

La Cour de cassation vient de se prononcer par un arrêt⁽⁹⁾ en apparence décevant, mais qui est loin de clore le débat et n'affaiblit en rien l'argumentation que nous avons présentée dès les premiers épisodes judiciaires (cf. les numéros 12 et 13 du Droit en liberté déjà cités, notes 2 et 7). En effet, ce que la Cour rejette explicitement, c'est l'existence d'un lien formel entre négociation GPEC et établissement du PSE, qui ferait de la première procédure une condition de validité de la seconde, ce qu'aucun texte ne prévoit :

« Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a exactement décidé que la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications prévue par l'article L.2323-56 du code du travail ni de celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences imposée par l'article L.2242-15 du même code (...). »

On pourrait certes discuter cette interprétation littérale des textes, tant les articles du Code du travail mélangent GPEC, accords de méthodes et élaboration des PSE.⁽¹⁰⁾

Mais il faut reconnaître que la GPEC est un processus préventif, comportant des mesures à moyen ou long terme. En cas de restructuration, situation de crise à traiter dans l'urgence, l'absence d'une démarche antérieure de GPEC a des conséquences graves mais on peut difficilement soutenir qu'elle puisse être systématiquement compensée en imposant la tenue d'une négociation au sens de l'article L.2242-15 en préalable à l'information / consultation du CE. **Dès 2007, nous avons proposé deux autres arguments à mobiliser en cas de carence patronale en matière de GPEC.**

Le premier consiste à intégrer dans l'information du CE des éléments de réflexion stratégique qu'une négociation GPEC, si elle avait eu lieu antérieurement, lui aurait permis de connaître, en application du 1° de l'article L.2242-15. Autrement dit, nous soutenons que l'information du CE ne peut être considérée comme complète (et lui permettant de donner un avis circonstancié) si l'employeur s'en tient à des explications économiques et à des mesures sociales de court terme, sans que les perspectives d'avenir fassent l'objet d'un débat. De même, la consultation du CE en cas de restructuration doit comporter un examen critique détaillé des mesures prises antérieurement et des raisons pour lesquelles elles n'ont pas permis des évolutions protégeant efficacement les emplois.⁽¹¹⁾

En résumé, les carences de l'employeur justifient l'intégration au processus d'information / consultation d'éléments qui relèvent d'une démarche GPEC. En l'absence de ces éléments, le CE est fondé à demander la suspension du processus. Il est clair que sa position sera d'autant plus forte que les syndicats auront réclamé antérieurement la tenue de négociations GPEC ou agit pour imposer l'application d'un accord dans ce domaine. C'est le raisonnement qu'avait suivi la cour d'appel de Paris dans l'affaire Next IraOne, qui n'a semble-t-il pas fait l'objet d'un pourvoi.⁽¹²⁾

Article L.2242-15

« Dans les entreprises et les groupes d'entreprises au sens de l'article L.2331-1 de trois cents salariés et plus, ainsi que dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire au sens des articles L.2341-1 et L.2341-2 comportant au moins un établissement ou une entreprise de cent cinquante salariés en France, l'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur :

1° Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires ;

2° La mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé, 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 compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés. »

Article L.2242-16

« La négociation prévue à l'article L.2242-15 peut également porter :

1° Sur les matières mentionnées aux articles L. 1233-21 et L.1233-22 selon les modalités prévues à ce même article [il s'agit des accords de méthode décrits ci-dessus] ;

2° Sur la qualification des catégories d'emplois menacés par les évolutions économiques ou technologiques. »

TOUS les efforts de formation et d'adaptation...

Le deuxième argument, plus fondamental, provient de l'article L.1233-4, alinéa 1, selon lequel *« Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. »*

Nous considérons que les efforts de formation et d'adaptation imposés par cet article ne se limitent pas aux mesures à prendre au moment de la restructuration. Ils doivent être entrepris à tous moments, et le refus d'une négociation loyale de la GPEC - et a fortiori l'absence de mise en œuvre d'un accord antérieur - prive de cause réelle et sérieuse les éventuels licenciements pour motif économique.

Cette interprétation s'appuie notamment sur l'article L.6321-1 (anciennement L.930-1) qui énonce : *« L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations (...). »*

La Cour de cassation en a déjà fait une application remarquable⁽¹³⁾ dans le cas de deux salariées de « L'Union des Opticiens », licenciées pour motif économique alors qu'en 24 ans de présence pour l'une et 12 ans pour l'autre, elles n'avaient pratiquement suivi aucune formation professionnelle. La Cour en déduit que le licenciement n'est pas fondé et reconnaît de surcroît *« un manquement de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail entraînant un préjudice distinct de celui résultant de sa rupture. »* A fortiori, les carences en matière de GPEC, touchant la collectivité des travailleurs, doivent être considérées comme un manquement de l'employeur privant les licenciements économiques de toute légitimité.

Cette approche, dont il ne faut surtout pas se priver, trouve cependant ses limites dans le fait qu'elle ne conduit pas à la nullité des licenciements. Les salariés seront indemnisés, mais les emplois supprimés. Rappelons en effet que seule la nullité de la procédure d'information / consultation conduit à la nullité des licenciements.

Mais le PSE ne suffit pas !

« Attendu que pour dire le licenciement justifié par une cause réelle et sérieuse l'arrêt retient que le plan de sauvegarde de l'emploi prévoit plusieurs mesures de reclassement au sein de l'entreprise et dans d'autres sociétés

du groupe, après que l'ensemble des entités du groupe a été saisi de demandes d'offres d'emploi en vue du reclassement des salariés concernés par le licenciement, et que la salariée a bien été informée du contenu de ce plan qui lui a été adressé par lettre à son domicile et dont les mesures lui ont été confirmées par message envoyé par voie électronique ; qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier, comme elle y était invitée, si l'employeur avait cherché d'autres possibilités de reclassement que celles prévues dans le plan, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Par cet arrêt du 12 mai 2009,⁽¹⁴⁾ la Cour de cassation vient de rappeler fort opportunément que l'existence d'un PSE, même approuvé par le CE et apparemment conforme aux exigences de l'article L.1233-62, ne dispense pas l'employeur de la recherche de reclassement des salariés menacés de licenciement. Cette jurisprudence n'est pas nouvelle. Un précédent arrêt,⁽¹⁵⁾ avait bien expliqué la distinction à faire entre le PSE, ensemble de mesures et d'actions mises en œuvre par l'employeur, et l'offre de reclassement qui doit être nécessairement personnalisée :

« Attendu que dans le cadre de son obligation de reclassement de tout salarié dont le licenciement économique est envisagé, il appartient à l'employeur, même quand un plan social a été établi, de rechercher s'il existe des possibilités de reclassement, prévues ou non au plan social, au sein du groupe et parmi les entreprises dont l'activité, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, et de proposer à chaque salarié dont le licenciement est envisagé des emplois disponibles de même catégorie ou, à défaut, de catégorie inférieure, en assurant au besoin l'adaptation des salariés à une évolution de leur emploi ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté que l'employeur n'avait pas communiqué à chacun des salariés dont le licenciement était envisagé des offres de reclassement précises, concrètes et personnalisées ; qu'elle en a exactement déduit qu'il avait ainsi manqué à son obligation de reclassement, préalable au licenciement, et que les licenciements étaient en conséquence dépourvus de cause réelle et sérieuse, peu important que des possibilités de reclassement aient été prévues dans le plan social et qu'une liste des postes vacants ait été affichée dans l'entreprise. »

L'indispensable stratégie syndicale

Ce ne sont donc pas les ressources juridiques qui manquent ! Mais nous concluons en rappelant que leurs mise en œuvre n'a d'utilité que si elles s'inscrivent dans une stratégie syndicale. Gagner du temps est utile si le délai est utilisé pour la mobilisation des salariés, l'alerte de l'opinion publique, la construction de propositions alternatives. Élément aussi de notre stratégie, l'utilisation conjointe et complémentaire des prérogatives du syndicat et des moyens dont dispose le CE. Ce n'est pas un hasard si le MEDEF se bat avec une remarquable constance pour la confusion des institutions.

Notes

⁽¹⁾ Voir l'article d'Anaïs FERRER « Les syndicats face aux PSE » dans ce numéro du Droit en liberté.

⁽²⁾ Pour une analyse plus détaillée des accords de méthode et des négociations GPEC, voir l'article « GPEC : enjeux et cadre juridique » dans le numéro 12, mars 2007, du Droit en liberté. La place et le numéro des articles ont subi la recodification, mais les contenus sont inchangés.

⁽³⁾ Le mélange - et à terme la fusion - de ces deux piliers est un des axes majeurs de la stratégie du MEDEF. Voir le supplément au numéro 24 du Droit en liberté, pages 26 et suivantes. Il est très vraisemblable que ce débat va rebondir à l'occasion des négociations qui s'ouvrent sur la « gouvernance » des entreprises et la représentation des salariés dans les TPE, en application de la position commune du 9 avril 2008 et de la loi du 20 août 2008.

⁽⁴⁾ Selon l'article L.2242-16, ces accords peuvent être conclus dans le cadre des négociations triennales sur la GPEC, donc jusqu'à trois ans à l'avance !

⁽⁵⁾ CA Toulouse, 4^e chambre, 30 janvier 2009, RG 08/2569.

⁽⁶⁾ Les accords de méthode ont été mis en place à un moment où une seule signature syndicale était suffisante pour les valider. La réforme introduite par la loi du 20 août 2008 améliore un peu la situation.

⁽⁷⁾ Voir les numéros 12 (article cité, note 2) et 13 (avril 2007, « GPEC et PSE : un arrêt de la cour d'appel de Paris ») du Droit en liberté.

⁽⁸⁾ Cet accord était une des suites prévues par l'ANI « modernisation du marché du travail » du 11 janvier 2008.

⁽⁹⁾ Cass. soc. 30 septembre 2009, pourvoi n° 07-20525, société SERCA.

⁽¹⁰⁾ Les auteurs de la recodification du Code du travail, visiblement allergiques aux relations entre GPEC et PSE, avaient perçu ce risque : ils ont regroupé dans la première partie du nouveau code (« Les relations individuelles du travail ») tout ce qui concerne les licenciements pour motif économique, y compris l'intervention du CE et les accords de méthode, tandis que la GPEC migrerait vers la deuxième partie (« Les relations collectives de travail »).

⁽¹¹⁾ L'article L.2323-56 (trop souvent méconnu) impose d'ailleurs une consultation annuelle du CE sur ce sujet. Là encore, le non respect par l'employeur de cette obligation devra être utilisée, en cas de restructuration, pour exiger que ces éléments soient intégrés à l'information donnée au CE à cette occasion.

⁽¹²⁾ CA Paris 7 mars 2007, RG n° 06/17500. Outre le n°13 du Droit en liberté déjà cité, voir le Droit Ouvrier, avril 2007, entièrement consacré au colloque du SAF de décembre 2006 sur le droit du licenciement.

⁽¹³⁾ Cass. soc. 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-40950. Voir le numéro 17, décembre 2007, du Droit en liberté, pages 3 et 4.

⁽¹⁴⁾ Cass. soc. 12 mai 2009, pourvoi n° 08-41400. On regrettera cependant que cet arrêt n'ait pas fait l'objet d'une publicité particulière, telle que la publication au BICC.

⁽¹⁵⁾ Cass. soc. 18 janvier 2005, pourvoi n° 02-46737. Remarque identique à celle de la note 14...