

Les tables rondes d'Option Droit & Affaires

Les PSE à l'épreuve de la loi de sécurisation de l'emploi

Depuis le 1^{er} juillet dernier, les entreprises souhaitant mettre en place un plan social doivent se conformer aux nouvelles procédures issues de la loi de sécurisation de l'emploi. Un texte présenté par le gouvernement comme «gagnant-gagnant» et qui prévoit plus de droits pour les salariés et plus de sécurité juridique pour les entreprises. Cependant, après quelques mois d'utilisation, les critiques des professionnels fusent déjà : frein pour les investissements étrangers, retour à l'autorisation administrative de licenciement supprimée en 1986, des délais raccourcis irréels à tenir en pratique, etc. Etat des lieux de cette réforme par trois experts de la matière

Florence Ulmann-Achir : La loi de sécurisation de l'emploi (LSE) constitue, de manière évidente, un texte «gagnant-gagnant». Nous avons tous connu des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) avec des procédures de référé à tout instant, impliquant une insécurité juridique et des écarts importants au niveau des décisions rendues par les tribunaux de grande instance. Désormais, la nouvelle procédure PSE s'avère redoutablement efficace. En revanche, à partir du moment où les premières réunions sont organisées, c'est un sprint qui dure deux, trois, quatre mois. L'équipe interne doit gérer les relations avec le comité d'entreprise (CE), avec les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), avec les experts et les délégués syndicaux, le tout dans des délais extrêmement courts, parfois même trop courts, notamment pour les licenciements de moins de 100 personnes. C'est épuisant pour l'ensemble des parties impliquées. La contrepartie, c'est que le texte apporte une réelle sécurité juridique à l'expiration de ces délais, laquelle reste extrêmement importante pour les investisseurs étrangers notamment. Il y a encore quelques mois, nous étions incapables d'apaiser leurs inquiétudes quant au calendrier de mise en œuvre du projet de licenciement collectif. La procédure est, en conséquence, devenue très éprouvante pour les équipes internes de l'entreprise, notamment pour les directions des ressources humaines (DRH), mais aussi pour les directions financières compte tenu du rythme soutenu des relations avec les experts.

Jean Martinez : La nouvelle loi comporte en effet des instruments propres à sécuriser les procédures de licenciement. Il faut y ajouter le changement juridictionnel, avec la création d'un bloc de compétence au profit du juge administratif, qui pourrait conduire à une jurisprudence plus sereine, moins orientée que celle construite par le juge judiciaire – point

sur lequel les lecteurs peuvent se reporter au rapport Cahuc-Carcillo de l'Institut Montaigne («Les juges et l'économie : une défiance française»). Si c'est le cas, nous aurons peut-être un dispositif assez robuste et porteur d'une sécurité partagée. Car avant cette loi, nous avions la sensation très nette d'une insécurité partagée. L'employeur ignorait quelle serait la durée réelle de sa procédure, mais cette incertitude constituait aussi un inconvénient pour les salariés, pas pour la partie des représentants du personnel qui formaient le front du refus, mais pour la majorité des salariés qui attendaient d'être fixés sur leur sort. On aboutissait ainsi à un pourrissement invraisemblable, en dépit des délais de consultation, qui existaient dans la loi mais avaient été neutralisés par la jurisprudence. Vis-à-vis des investisseurs étrangers, cette question cruciale du temps, qui est aussi celle de l'argent, était évidemment un aléa majeur, très défavorable à l'attractivité de la France. De ce point de vue, la loi semble assez bien faite pour que l'effet butoir du délai puisse jouer. La conséquence est en effet que l'on passe tout son temps en réunion pendant deux mois.

Grégory Chastagnol : La LSE permet de mettre fin à un dispositif dans lequel la restructuration et son accompagnement social étaient établis unilatéralement par l'employeur. La décision était prise d'en haut, proposée au CE, parfois négociée avec les organisations mais de manière optionnelle, et donnait ensuite lieu à des contestations judiciaires car l'employeur n'arrivait pas à faire accepter la restructuration et l'accompagnement du plan social. Nous sommes donc passés de ce schéma très français, napoléonien, où l'autorité est détenue par l'employeur qui livre un plan tout fait à un CE qui ne peut que l'accepter, à un schéma dans lequel on essaie de recréer de la confiance.

La LSE force, dans une certaine mesure, l'employeur et les syndicats à négocier avec, en cas d'absence de négociation,



**De gauche à droite : Grégory Chastagnol, associé du cabinet Fromont Briens
Florence Ulmann-Achir, associée du cabinet Dupiré & Associés
Jean Martinez, associé du cabinet Chassany Watrelot & Associés**

cette épée de Damoclès pouvant conduire l'administration à contrôler assez lourdement la validité de la restructuration avec un risque de refus. C'est effectivement gagnant-gagnant à partir du moment où l'on incite l'employeur à ne plus faire les choses unilatéralement mais à négocier. Cette négociation devrait produire une acceptabilité plus importante de la restructuration et donc moins de contentieux subséquents. Le bilan à très court terme que l'on peut faire de la loi est donc très positif. Les chiffres des ministres Sapin et Montebourg indiquent qu'il n'y a que 10 % de refus, et 75 % de plans négociés. Les négociations sont nombreuses en raison de cette épée de Damoclès. L'employeur comme les organisations syndicales et le CE ne veulent pas subir une décision de la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte). Ils

préfèrent mettre tout en œuvre pour conclure un accord. Si le bilan apparaît globalement positif aujourd'hui, il y a néanmoins un arbre qui cache la forêt car les 10 % de refus de l'administration concernent des restructurations d'ampleur. Il s'agit donc de 10 % en nombre de restructurations, mais qui porte sur probablement beaucoup plus en termes de licenciements pris individuellement.

Florence Ulmann-Achir : Je ne partage pas cette notion d'épée de Damoclès conduisant les employeurs et les délégués syndicaux à négocier par peur de la Direccte. Dans nos dossiers, nous avons connu des restructurations très violentes, avec des séquestrations, et je suis impressionnée par le rôle de la Direccte. Elle est devenue proactive, et dans les deux sens. Auparavant, les unités territoriales passaient leur temps à contrarier les DRH.

Aujourd'hui, dès lors que la direction joue le jeu de la négociation, l'unité territoriale intervient comme un véritable régulateur et incitateur, partie prenante à part entière. J'ai vu des délégués syndicaux se faire secouer pour venir à la table des négociations. Ce sont de véritables bouleversements des relations. La pression vient davantage de l'instance de contrôle qui va valider ou homologuer.

Grégory Chastagnol : Nous sommes d'accord. Les organisations syndicales peuvent avoir peur de la réaction de la Direccte car si elles ne vont pas à la table des négociations, celle-ci risque d'homologuer un plan unilatéral qu'elles n'auront pas pu améliorer.

Florence Ulmann-Achir : A ceci près que la négociation est un peu faussée car, lorsqu'un PSE est notifié, la Direccte envoie dans les quinze jours sa liste de recommandations ou modifications exigées pour obtenir l'homologation.

Jean Martinez : Sauf en cas d'accord, puisque la conclusion du PSE avec les syndicats limite le niveau de contrôle de la Direccte sur le contenu du plan. Il y a donc un véritable lien vertueux entre contractualisation et sécurisation.

Mais la loi invite aussi à une «territorialisation» accrue des PSE. Car en l'absence d'accord – lequel n'est jamais certain – la Direccte va examiner le PSE d'une part au regard des moyens du groupe, et d'autre part au regard de «l'importance du projet» (L. 1233-57-3 2° C. trav.). Cela invite implicitement mais nécessairement à une inscription plus fine des mesures sociales dans une population et un bassin d'emploi donnés. Nous sommes ici dans l'air du temps, avec cette notion de gestion territoriale des emplois et des compétences, conséquence du fait que les salariés français sont très peu mobiles géographiquement. Mais à cet égard, nous restons un peu sur notre faim par rapport au niveau de conseil de l'autorité administrative. En vertu de sa compétence multiple (entreprises, travail, emploi, formation professionnelle), il faut qu'elle fasse mieux que pousser simplement à la hausse les mesures sociales et joue un véritable rôle de périscope en tirant ces mesures vers les besoins réels du bassin d'emploi. Les bâtisseurs du plan (employeur et représentants) ont souvent le nez dans le guidon et la Direccte doit pouvoir les aider à identifier les axes de formation d'adaptation ou de reconversion et les potentiels de reclassement externe. Il y a des choses à approfondir de ce point de vue.

RECOURS ADMINISTRATIFS/JUDICIAIRES

Grégory Chastagnol : Je suis assez réservé sur l'aspect sécurité et gain de temps de ce dispositif. En réalité, les recours judiciaires existent toujours et sont beaucoup plus incertains qu'hier. S'il est précisé que le tribunal administratif doit trancher rapidement, on ne sait en revanche absolument pas dans quels délais le Conseil d'Etat doit trancher. Nous ne savons pas

comment cette inconnue sera gérée demain. Par ailleurs, la loi existe depuis à peine six mois et un certain nombre de restructurations ont été initiées avant son entrée en vigueur. Les avocats de salariés et les experts CE n'ont donc pas encore digéré les potentialités de cette loi. On ne sait pas comment les failles procédurales de cette loi seront exploitées par ces derniers pour retarder la procédure et la rendre à nouveau très incertaine pour l'employeur mais aussi pour les salariés.

Jean Martinez : La loi prévoit un processus juridictionnel considéré comme incroyablement expéditif par les publicistes. Si le tribunal administratif ne se prononce pas dans les trois mois, le litige est automatiquement transporté devant la cour administrative d'appel et si elle-même ne se prononce pas dans les trois mois, le litige arrive directement devant le Conseil d'Etat. Et l'espoir que je place dans le juge administratif est qu'il n'ait pas cet esprit de mission aboutissant à tordre la loi selon une certaine conception de l'intérêt des salariés, comme on a pu l'observer dans les affaires Viveo et Sodimedical.

Florence Ulmann-Achir : Ce passage automatique à la juridiction supérieure marque un bouleversement pour nous. Nous avons l'habitude de plaider en référé au TGI.

Grégory Chastagnol : Nous connaissons la jurisprudence des tribunaux administratifs et de la cour administrative d'appel concernant les salariés protégés. Je suis donc peu optimiste car cette jurisprudence est dans une certaine mesure équivalente à celle de la Cour de cassation. Un magistrat qui s'oriente vers une carrière en droit social a une sensibilité très nettement pro-salariés. Un juge de tribunal administratif d'appel n'a a priori pas du tout ce type de sensibilité. Il sera donc beaucoup plus rare d'être confronté à des corpus jurisprudentiels monolithiques orientés dans le sens de la défense des droits des salariés. Cependant, le Code du travail étant ce qu'il est, les juges administratifs interpréteront la loi comme elle doit l'être, c'est-à-dire dans l'intérêt de la défense du salarié car le droit social est avant tout conçu comme un droit de défense. Par rapport à ces jurisprudences administratives, il y a tout un pan de contentieux judiciaire qui risque de renaître. On ne sait pas aujourd'hui quel peut être le rôle du comité d'entreprise. N'a-t-il pas un recours possible, pendant ou après la procédure, devant le tribunal de grande instance ? Les textes sont silencieux sur ce sujet mais les premières décisions commencent à être publiées. Tout ceci devrait être tranché par le juge administratif mais certains avocats de salariés annoncent qu'ils tenteront des recours devant le juge judiciaire, quand ces recours n'ont pas déjà été tentés.

Jean Martinez : Il faut évidemment tenir compte de l'appréciation du juge. Dans le passé, les tentatives législatives de sécuriser les procédures ont chaque fois été neutralisées par le juge. La loi Borloo de 2005 avait réduit à un an le délai de contestation du licenciement économique : la Cour

Florence Ulmann-Achir, associée du cabinet Dupiré & Associés

«A partir du moment où les premières réunions sont organisées, c'est un sprint qui dure deux, trois, quatre mois.»



de cassation a dit que cette prescription abrégée n'était pas applicable à la contestation des motifs mais uniquement à la contestation du PSE. Les lois de 1986 et 1989 enfermaient la consultation du CE dans des délais : ils ont été évincés par la jurisprudence. La loi de 1989 se limitait à définir le motif économique de licenciement par rapport au motif personnel : le juge a construit par-dessus un édifice qui a progressivement fait du motif réel et sérieux une mission impossible, en particulier dans les grands groupes. Le passé nous incite donc à être pessimistes mais le juge administratif peut très bien changer la donne.

Concernant la notion de droit du travail dédié à la défense des salariés, il est certain que certaines règles manifestent une faveur pour le salarié, mais l'ensemble de la législation du travail ne peut pas être conçu comme au service d'un seul intérêt. Le droit du travail doit viser un équilibre entre les intérêts des salariés et ceux des entreprises, lesquels ne sont pas négligeables : il faut leur permettre d'affronter la compétition internationale. Pour tirer le droit du travail dans ce sens, il nous appartient, en tant qu'avocats d'employeurs, de ne pas trop nous censurer

dans l'interprétation des possibilités de cette loi et de faire face à nos confrères adverses qui ne manqueront évidemment pas d'imagination.

Grégory Chastagnol : Le droit du travail est-il un droit du salarié ou un droit de l'emploi ? A partir du moment où les salariés sont sécurisés en poste dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique, par l'exigence de motivation de la réorganisation, par des mesures d'accompagnement et de reclassement, il est directement porté atteinte à l'emploi, c'est-à-dire à ceux qui sont en dehors de l'emploi et qui pourraient y accéder. Si le marché du travail se rigidifie, le droit à l'emploi est de fait impacté.

S'agissant de la notion de périmètre des critères d'ordre de reclassement, il fallait jusqu'à présent un accord collectif d'entreprise pour être en mesure de fermer le site et licencier spécifiquement les collaborateurs attachés à cet établissement. L'employeur était, à défaut d'accord, parfois tenu de licencier un salarié exerçant à 600 km du site qui fermait en application des critères d'ordre. Dans le cadre de la nouvelle loi, la ques-

tion a été de savoir s'il pouvait être fait exception au principe d'application des critères d'ordre au niveau de l'entreprise pour ne chercher à les appliquer qu'au niveau de l'établissement sur le fondement d'une décision unilatérale. Dans le cadre de plans «unilatéraux», soumis pour homologation à la Direccte, notre cabinet a tenté cette approche inédite et, pour deux dossiers, la réponse a été positive. C'est tout à fait nouveau et cela permet d'envisager des perspectives inédites pour un certain nombre de restructurations. Il faut essayer, nous aussi, d'utiliser les potentialités de cette loi, toujours dans un contexte gagnant-gagnant.

LE MOTIF ÉCONOMIQUE

Florence Ulmann-Achir : La LSE entraîne un renversement de l'importance de la documentation. Jusqu'à présent, l'attention de l'entreprise se focalisait sur la rédaction du livre 2 (la documentation technique et juridique expliquant les motifs de la réorganisation), le livre 1 (le PSE) étant plus technique et normé. La confrontation avec le comité d'entreprise portait principalement sur le livre 2. Désormais, l'enjeu de la consultation, c'est bien le contenu du PSE. Le livre 2 est travaillé pour gérer les contentieux prud'homaux postérieurs.

Jean Martinez : Il est vrai que la nouvelle loi recentre l'attention des acteurs sur les mesures sociales. Dans l'ancienne loi, le rapport de force se nouait autour du livre 2 car le CE et l'expert utilisaient leurs prérogatives d'information, et l'absence de tout véritable délai, comme moyen de pression pour faire grimper les indemnités extra-légales. Les choses sont maintenant différentes car la Direccte ne se préoccupe pas du motif économique, ni d'ailleurs des indemnités, mais des mesures de reclassement.

Florence Ulmann-Achir : Auparavant, la négociation se faisait via des pressions sur le motif économique. Aujourd'hui au moins les choses sont claires : on parle d'argent.

Grégory Chastagnol : La configuration économique rend aujourd'hui beaucoup moins contestable le licenciement. La question du motif économique n'est parfois même plus discutée par les partenaires sociaux, par exemple lorsque l'entreprise débute son cinquième plan en six ans. L'attention se focalise plus sur la question de l'accompagnement. Ce n'est pas lié à un changement de jurisprudence ni à la LSE, mais plutôt au contexte économique national.

Jean Martinez : Le motif économique restera toutefois un problème devant la juridiction prud'homale. Alors que tout le monde s'accorde à dire que nos entreprises doivent non seulement sauvegarder, mais développer leur compétitivité face à la concurrence internationale, nos juges continuent à rendre des décisions en sens inverse. Il est en effet impossible pour l'entreprise française, membre d'un groupe international, qui subit des difficultés propres à son marché, d'en faire état.

La jurisprudence lui oppose le principe selon lequel le motif économique de licenciement s'apprécie certes à l'intérieur du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise, mais tous pays confondus. C'est une anomalie sans équivalent chez nos voisins. On demande à ces entreprises françaises de démontrer un «motif mondial de licenciement». Il est évidemment rarissime d'y arriver. La jurisprudence doit évoluer sur ce point.

Grégory Chastagnol : Le débat risque de rebondir sur le terrain procédural. Le législateur a essayé de sécuriser la procédure de licenciement économique en fixant des délais, mais ce qui pose problème c'est moins la question du délai que celle de l'information. Car ce délai ne court qu'à partir du moment où l'information est transmise. La loi permet aux organes de la procédure de créer des incidents de procédure notamment en expliquant à la Direccte que l'entreprise n'a pas fourni les informations nécessaires. Et si ces informations sont intransmissibles parce que le groupe est international, parce qu'il n'a pas les chiffres ou que la preuve est impossible, l'entreprise peut se retrouver dans une situation dans laquelle la procédure risque d'être suspendue ad vitam aeternam.

Les groupes internationaux prennent désormais conscience de l'importance de la démonstration du fait que les pertes subies en France vont avoir pour effet de limiter le niveau des investissements réalisés à l'étranger. J'utilise fréquemment l'exemple de PSA : c'est un groupe qui s'est restructuré sans se projeter suffisamment à l'étranger et qui n'a pas pu équilibrer ses déficits en Europe avec des bénéfices en Asie ou aux Etats-Unis. C'est exactement l'exemple qu'il faut parvenir à servir au juge et à expliquer aux équipes internes : il est possible de motiver un licenciement économique à partir du moment où l'on fait une projection sur les résultats financiers en cas d'attentisme. Il faut comprendre et expliquer la chose économique et cela suppose une mobilisation forte du DRH, du directeur juridique mais également du DAF, du contrôle de gestion, des équipes internationales.

LE CO-EMPLOI

Grégory Chastagnol : Pour moi, la question du co-emploi n'est pas un sujet. C'est presque un moyen. L'un de nos associés l'a récemment rappelé. Aujourd'hui un groupe qui présente une forme d'intégration de sa politique RH est efficace économiquement. Pour autant, ce groupe ne se comportera pas comme un employeur dans chacune de ses filiales. Par essence, le groupe et l'entreprise sont deux notions totalement différentes. Le fait d'avoir un accord de groupe ne traduit pas une situation de co-emploi. Mais la difficulté se situe moins dans les groupes concentrés que dans des hypothèses dans lesquelles un fonds d'investissement intervient dans la gestion de la filiale.

Jean Martinez : Derrière la question du co-emploi, il y a en effet celle, plus générale, du groupe. Dans l'affaire SGD, le TGI



Jean Martinez, associé du cabinet
Chassany Watrelot & Associés

«La Direccte ne se préoccupe pas du motif économique, ni d'ailleurs des indemnités, mais des mesures de reclassement.»

de Nanterre a estimé que l'ensemble des participations du fonds d'investissement constituaient un groupe de reclassement. Cette décision s'explique par la porosité de la définition du groupe de reclassement, qui s'est émancipée de la notion capitalistique de groupe pour se fonder sur la notion de permutableté du personnel.

C'est ainsi que dans une affaire Accor de 2008, qui porte sur un licenciement pour inaptitude mais qui se transpose au licenciement pour motif économique, il a été jugé que les co-franchisés, en dépit de l'absence de tout lien capitalistique, constituaient un groupe de reclassement. C'est incompréhensible pour beaucoup d'entreprises.

Cette jurisprudence est d'autant plus critiquable qu'une étude récente et inédite (menée par les Ateliers de la convergence avec l'ANDRH et Liaisons sociales) évalue à 9 % l'efficacité de l'obligation de reclassement. En moyenne, sur 100 licenciements prévus, 23 salariés reçoivent une offre et 9 d'entre eux l'acceptent. Cette obligation de reclassement n'a cessé

de s'étendre alors que son efficacité sociale est extrêmement faible. C'est symptomatique de notre droit social : la jurisprudence se développe selon des intentions peut-être louables mais sans considération pour ses effets pratiques.

Florence Ulmann-Achir : Autre difficulté issue de la LSE : lors d'une restructuration transnationale, le comité mondial ou le comité européen doit être saisi. Mais à quel moment commencer sa consultation, alors même que l'ensemble de la procédure est désormais encadré dans un timing précis ? Le texte ne prévoit rien. Lorsque la société est cotée, se trouvant donc soumise à des réglementations de publication, cette situation est encore plus handicapante.

LA FUTURE LOI FLORANGE

Florence Ulmann-Achir : La loi Florange qui se profile est, techniquement et juridiquement, extrêmement difficile à



Grégory Chastagnol, associé du cabinet Fromont Briens

«Il est possible de motiver un licenciement économique à partir du moment où l'on fait une projection sur les résultats financiers en cas d'attentisme.»

comprendre. D'une part, elle pose des problèmes sur la notion même d'établissement, laquelle n'est toujours pas définie.

D'autre part, elle impose de rendre publiques des data-rooms, ce qui viole les principes mêmes de confidentialité et va poser de grandes difficultés en ce qui concerne les sociétés cotées.

Enfin, en dehors des difficultés techniques rencontrées pour savoir comment les consultations vont s'insérer dans nos PSE, la Direccte n'homologuera pas tant que le process d'acquisition ne sera pas clos. Mais c'est impossible en quatre mois ! La procédure prévue apparaît donc totalement irréaliste.

Cette loi aura ainsi pour conséquence d'effrayer encore un peu plus les investisseurs étrangers. Nous devons leur expliquer que s'ils veulent fermer une société en France, ils vont devoir tout rendre public. Pour des investisseurs asiatiques par exemple, ceci s'avère totalement incompatible avec leur culture du secret.

Grégory Chastagnol : Aujourd'hui une entreprise dont un site ne fonctionne pas en France, va avant tout chercher à valoriser ce site pour trouver un repreneur. Le licenciement pour motif économique intervient uniquement parce que l'entreprise n'a

pas réussi à trouver un repreneur. Le législateur est trop méfiant à l'égard des entrepreneurs.

La loi Florange, qui impose de trouver un repreneur et de procéder à la finalisation de ce processus de reprise éventuelle avant d'engager la procédure de licenciement pour motif économique, est illusoire. Il va falloir sortir de la procédure légale et créer des procédures ad hoc, exorbitantes de droit commun, pour arriver à inscrire dans une durée normale ce processus de recherche de repreneur.

Jean Martinez : Cette loi est le produit de deux éléments délétères dans notre manière de légiférer : sur le plan du moment c'est une loi émotion, sur le plan économique c'est du malthusianisme. On assimile l'emploi et l'industrie à un gâteau immuable, qui ne doit surtout pas se déliter. Pourquoi ne pas s'interroger sur les véritables raisons des fermetures d'usines ? Force est de remarquer que beaucoup de nos voisins, de la machine-outil allemande au textile italien, s'en tirent mieux que nous sur le terrain de la compétitivité. ■

Propos recueillis par Florent Le Quintrec et Ondine Delaunay