

L'anticipation des restructurations à l'épreuve du droit du travail

Jean-Yves KERBOURC'H (*)

Les licenciements pour motif économique prononcés à l'occasion d'une restructuration d'entreprise révèlent souvent l'altération de la qualification professionnelle des salariés, qui ne parviennent ni à être adaptés ni à être reclassés. L'auteur observe que ce n'est pourtant pas contre ce risque que le législateur a voulu agir. Il en est resté à des dispositifs de compensation avant le licenciement (formation, adaptation, reclassement) et après celui-ci (plan de sauvegarde de l'emploi). L'article procède à une analyse juridique de ces dispositifs, en s'appuyant sur l'exemple de deux monographies réalisées dans des entreprises en restructuration (voir l'article précédent). Il constate l'inefficacité de ces dispositions juridiques : inadaptation des obligations préventives de formation, d'adaptation et de reclassement, absence de moyen de coercition ; efficacité réduite du plan de sauvegarde de l'emploi, qui crée une obligation de moyen et non de résultat ; ambiguïté des dispositions juridiques concernant la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, posant la question du degré d'autonomie de l'employeur et a contrario du degré de contrôle exercé sur lui. L'article conclut sur la nécessité d'une anticipation et d'une information fiable de toutes les parties prenantes, constatant là encore l'insuffisance des dispositions juridiques : de nombreuses entreprises se montrent réticentes à fournir des informations, certaines d'entre elles dissimulant volontairement leurs projets, alors qu'aucune disposition juridique ne vient actuellement sanctionner un comportement mensonger de la part des dirigeants d'entreprise

Cet article s'appuie comme le précédent (BEAUJOLIN, p. 11) sur deux monographies conduites en 2004-2005 dans des entreprises des secteurs du textile et du cuir (BEAUJOLIN et *alii*, 2006). Les deux entreprises appartiennent à des industries traditionnelles, fortement exposées à la concurrence internationale et implantées dans des bassins d'emplois marqués par des restructurations chroniques. Elles sont l'une et l'autre intégrées à de grandes firmes internationales ayant connu des restructurations de longue date. Situées dans des contextes similaires, leur étude comparative a permis de mettre en évidence « en quoi et pourquoi » leurs processus de restructuration ont pu différer (cf. encadré 1). Cet article étudie spécifiquement le rôle des dispositifs juridiques dans l'évolution de ces restructurations, ainsi que les limites de ces dispositifs.

Des deux restructurations d'entreprises ressort un fait marquant : en dépit des nombreuses obligations, aides, soutiens, mesures de politique de l'emploi, incantations et pétitions de principe, les salariés licenciés pour motif économique ne sont pas

parvenus à retrouver un emploi ni à s'y maintenir car ils avaient perdu tout ou partie de leur *qualification*. Par qualification, il faut entendre deux acceptions (LYON-CAEN, 1992). La première est celle généralement retenue par les spécialistes de la formation, qui y voient des aptitudes, capacités, compétences, qualités et autres dispositions personnelles reconnues ou non par des titres, diplômes, certificats ou attestations. La seconde est une notion plus juridique et consiste en ce qui a été conventionnellement conclu entre un salarié et son employeur : la qualification, a-t-on dit, « consiste en une relation, réputée fixée d'un commun accord, entre les qualités d'un salarié et l'activité qu'il exerce » (LYON-CAEN, *op. cit.*).

Cependant ces définitions donnent à voir les deux faces d'une même pièce. Sur l'avvers (la première acception) se dessine le dépérissement des savoir-faire du salarié et/ou de ses aptitudes à exercer des activités nouvelles auxquelles il n'a pas été préparé. La question de l'altération de la qualification professionnelle présente alors une dimension *subjective* – les qualités propres à la personne du salarié qu'il faut adapter. Sur le revers (la seconde acception), l'impossibilité dans laquelle se trouve le salarié de trouver un nouvel emploi tient à une situation objective, qui est la nature des

(*) Professeur à l'université de Haute-Alsace ;
jean-yves.kerbouch@wanadoo.fr

Les entreprises enquêtées

Connaissant un ancrage local important, les deux entreprises occupent une place déterminante dans leur bassin d'emploi (cf. la description des deux entreprises dans l'article de R. BEAUJOLIN, page 11).

Les deux entreprises sont en outre marquées, au moment de leur restructuration, par une gestion traditionnelle des ressources humaines issue d'une culture paternaliste, relevant d'une politique de fixation de la main-d'œuvre. Cet objectif s'est traduit, depuis des décennies, par l'absence de mobilités professionnelles au sein de l'entreprise. A cette caractéristique principale s'ajoute une pratique de l'exercice de la relation de subordination hiérarchique marquée d'autoritarisme et ne laissant aucune place à l'autonomie et à la prise de responsabilité. En outre, dans les deux entreprises, l'absence de dialogue social est patente : le management demeure directif et se refuse à établir une concertation avec les acteurs syndicaux.

Dès le milieu des années 1980, *Chaussure*, entité du groupe *Chaussure* chargée de la production en France, subit la concurrence des pays émergents. À partir des années 1990, l'entreprise, qui emploie encore près de 1 300 salariés, connaît de réelles difficultés pour écouler sa production. En 1997, après des pertes cumulées de plus de 90 MF, un cadre de la direction du groupe *Chaussure* et le directeur financier de *Chaussure France* travaillent dans la plus stricte confidentialité à des scénarios de restructuration qui entraînent un premier projet de plan de licenciements collectifs concernant 300 personnes. Il est réaffirmé à la fin des années 1990 par la direction qu'« au niveau du groupe, il n'y a aucune volonté de supprimer la fabrication de chaussures en France ». Pourtant, des documents [...] attestent que d'octobre 1999 à l'automne 2000, quelques cadres dirigeants du groupe *Chaussure* ainsi que le directeur financier de *Chaussure France* travaillent sur plusieurs scénarios : réduction des effectifs ; dépôt de bilan ; sortie pilotée par un tiers. Le choix du dépôt de bilan de l'entreprise mènera en juin 2001 à un plan social concernant 526 personnes.

L'entreprise *Chaussette*, du groupe international *CTH*, connaît à partir de 1995 une chute constante de son chiffre d'affaires et enregistre des résultats nets négatifs à partir de 1997. Cette situation donne lieu à un premier plan social en 1999, concernant vingt-trois personnes. Pourtant, le groupe ne porte qu'une attention restreinte à *Chaussette*, comme le montre l'absence chronique d'investissement dans son outil de production. Les difficultés économiques et financières s'accroissent au cours de l'année 2000, difficultés expliquées par la conjugaison de causes économiques et de choix de gestion qui s'avèrent inadéquats. C'est dans ce contexte qu'est annoncée l'OPA du groupe *Textile* sur *CTH*, conduisant à un nouveau changement d'actionnaire. Trois mois après l'OPA, le groupe *Textile* rend publique sa décision de ne pas conserver *Chaussette* dans le périmètre du groupe, l'activité ne s'intégrant pas dans sa stratégie commerciale et industrielle. En juillet 2001 intervient la décision de cessation d'activité provoquant l'annonce d'un projet de restructuration accompagné d'un plan social, concernant la totalité de l'effectif, soit près de 200 personnes.

emplois offerts dans un marché du travail donné, et qu'il faut prospecter et enrichir pour *reclasser* l'intéressé.

Ainsi envisagée, l'altération de la qualification professionnelle se présente comme un risque. En effet, il s'agit d'un événement *dommageable* : le salarié subit une diminution de sa capacité professionnelle qui peut devenir durable sans être pour autant irréversible. C'est aussi un événement à *date incertaine*, car, lorsqu'elle n'est pas entretenue, la capacité professionnelle se consume sans que le travailleur en souffre immédiatement. C'est à l'occasion d'un licenciement pour motif économique que le salarié découvrira que sa qualification est devenue obsolète et qu'aucun employeur ne veut ou ne peut s'attacher ses services. Ce fut le cas dans les deux entreprises étudiées : les parties prenantes n'ont constaté la perte de qualification des salariés qu'au moment où les contrats de travail furent rompus.

Ce risque est à la fois social et nouveau car il est, dans une certaine mesure, *indépendant de la volonté du salarié*, sa cause tenant à l'accélération des évolutions technologiques dans une société instable, aux transformations imprévisibles. Il dépend aussi de la rapidité à laquelle surviennent les modifications de la production (quand, par exemple les services supplantent la fabrication de biens). Il résulte également de l'accroissement de la pression de la concurrence internationale et de la volatilité du coût du travail, qui incitent la direction des entreprises à déplacer la production dans les pays où elle est la moins onéreuse, ou à la localiser dans ceux où se trouvent des compétences particulières. La presque totalité de ces éléments était réunie dans les deux affaires examinées.

De plus les salariés sont discriminés devant le risque d'altération de la qualification professionnelle. Entrent en considération des facteurs extrêmement divers qui, lorsqu'ils se combinent,

accroissent le risque. Dans les deux entreprises observées, les salariés n'avaient pas ou presque pas été adaptés à l'évolution de leurs emplois, dont tout le monde savait (sauf les intéressés...) qu'ils n'étaient plus viables dans l'industrie du textile et de la chaussure. Dans l'une des deux études (*Chaussette*), le bassin d'emploi concerné était mono-industriel, ce qui rendait illusoire toute tentative de reclassement. Les travailleurs étaient très peu mobiles pour des raisons familiales et surtout financières. La formation initiale de ces salariés était peu élevée. Beaucoup d'entre eux avaient connu des échecs pendant leur scolarité (parfois des dizaines d'années auparavant) et étaient psychologiquement peu enclins à suivre des formations. La plupart avaient fait toute leur carrière dans le même établissement et n'avaient jamais été initiés à la culture de la mobilité et aux stratégies auxquelles sont aujourd'hui préparés certains jeunes diplômés : changer d'entreprise régulièrement, « gagner en compétence », suivre des formations et les valoriser auprès d'un nouvel employeur. Au demeurant cette passivité professionnelle était encouragée par l'employeur qui souhaitait fixer la main-d'œuvre et éviter qu'elle ne lui échappe au profit d'un concurrent du bassin d'emploi. Au reste, l'employeur avait pu contribuer à ce qu'aucune autre entreprise ne vienne s'y installer pour éviter qu'elle ne capte cette main-d'œuvre ou ne la rende trop nomade dans le contexte d'une économie de type fordiste. Le risque était encore accru lorsque l'intéressée était une femme, qu'elle avait des enfants, que le salaire qu'elle tirait de son emploi était considéré comme un complément de celui de son conjoint, ce qui signifiait que la famille ne pouvait pas assumer une émigration dans une autre région (1) (cf. encadré 2).

Observons que l'altération de la qualification professionnelle constitue un risque *distinct du risque de chômage*. Certes, la perte de qualification professionnelle conduit souvent au chômage qui est un arrêt involontaire et prolongé du travail dû à l'impossibilité de trouver un emploi. Mais en l'état

actuel du droit, et sous réserve des politiques dites « d'activation » des dépenses de chômage (KERBOURC'H, 2005), celui-ci se réduit à une *assurance* qui couvre le *risque d'altération du revenu* et non celui d'altération de la qualification professionnelle.

Si l'on admet que la perte de qualification professionnelle est un risque social, il faudrait accepter de mieux *socialiser sa prise en charge*. Or aujourd'hui, ce sont les modalités de cette socialisation qui posent des difficultés. En effet ce *risque n'est pas assurable* car l'élément aléatoire indispensable à la mise en place d'une technique d'assurance fait défaut : les caractéristiques sociologiques des intéressés et des entreprises, sont quasiment toujours identiques (2). Certains auteurs ont imaginé faire reposer cette socialisation sur le procédé de la *solidarité* : suppression des statuts précaires au profit d'un contrat de travail unique dont la rupture donnerait lieu à une « contribution de solidarité » destinée aux actions de reclassement du salarié (CAHUC, KRAMARZ, 2005), substitution d'une taxe de type « bonus-malus » aux règles du licenciement pour motif économique (BLANCHARD, TIROLE, 2003). Ces débats (GAUTIER, 2004) qui renvoient à la question de la responsabilité respective de l'entreprise et/ou de la collectivité publique (TUCHSZIRER, IRES, 2005) ont le mérite de chercher un *principe directeur* qui ne gouverne pas pour l'instant la réglementation du licenciement pour motif économique (EYMARD-DUVERNAY, 2004). Or, les nombreuses interventions du législateur n'ont été dictées que par la nécessité de traiter des symptômes ou de remédier dans l'urgence à des problèmes spécifiques (une restructuration médiatique par exemple), dans un contexte d'échec de la négociation interprofessionnelle, dont la dernière date de 2003 (3).

Au nombre de ces mesures figurent toutes les périodes de transition entre l'emploi et l'inactivité dont l'objet est de faciliter la remise au travail des intéressés ou de retarder leur arrivée au chômage. Il en est ainsi de la *Convention de reclassement personnalisé* (entreprises de moins 1 000 salariés) : le salarié bénéficie, après la rupture de son contrat de travail (et non en amont), et sous statut de stagiaire de la formation professionnelle, d'actions de soutien psychologique, orientation, accompagnement, évaluation des compétences professionnelles et de formation destinées à favoriser son reclassement (4). De même, s'il est salarié d'une entreprise d'au moins 1 000 salariés, l'intéressé qui accepte un Congé de reclassement (entreprises d'au moins 1 000 salariés) se voit proposer des actions de formation et les prestations d'une cellule d'accompagnement des démarches de recherche d'emploi pendant le préavis qui suit la notification de la rupture de son contrat de travail, et pendant neuf mois au plus (5) (la durée du préavis est prolongée

(1) En attestent les pudiques « projets de vie » dans les solutions de reclassement identifiées qui sont autant de renoncement à toute activité professionnelle.

(2) Si l'on devait mettre en place une technique d'assurance, le risque serait que les entreprises au comportement exemplaire financeraient celles qui ne le seraient pas, ce qui les inciterait peut-être à adopter le même comportement. Observons toutefois que c'est ainsi que fonctionne l'Assurance garantie des salaires (AGS) : moyennant une cotisation minimale à la charge de l'ensemble des employeurs, cette assurance prend en charge les salaires, cotisations et indemnités impayées par des entreprises défaillantes et insolvables.

(3) Sur le contexte français de la négociation interprofessionnelle sur les restructurations et la flexibilité, voir l'interview de Marcel Grignard (BLANCHOT, 2006).

(4) C. trav., art. L. 321-4-2.

(5) C. trav., art. L. 321-4-3.

à due concurrence). Quant au Contrat de transition professionnelle (CTP) mis en place à titre expérimental dans sept bassins d'emploi, il s'adresse aux salariés dont le licenciement économique est envisagé dans une entreprise non soumise à l'obligation de proposer un congé de reclassement (6). Ce CTP d'une durée maximale de 12 mois, et qui est conclu avec une filiale de l'AFPA, a pour objet de faire suivre à l'intéressé un *parcours de transition professionnelle* pouvant comprendre des mesures d'accompagnement, des périodes de formation et des périodes de travail au sein d'entreprises ou d'organismes publics. Enfin, la loi pour le développement de la participation et l'actionnariat salarié n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 a créé un congé de mobilité, pour les salariés des entreprises d'au moins 1000 salariés menacés de licenciement économique (7). Ce dispositif qui s'ajoute à celui du congé de reclassement est destiné au même public et en reprend le régime. Mais il n'est mis en place que dans le cadre d'un accord collectif de travail, et comporte pour le salarié, une faculté de réaliser des périodes de travail, donc d'occuper un emploi, pendant la durée du congé, à l'image du contrat de transition professionnelle.

Le législateur se contente donc de traiter l'écume des licenciements sans vraiment agir sur la vague qui en est la cause : la perte de qualification professionnelle du salarié. Il met à la charge de l'employeur un certain nombre d'obligations préventives dont l'efficacité se heurte à son manque de savoir-faire et à sa relative inertie : nous verrons que ces obligations, qui constituent une pièce maîtresse du dispositif français de prévention des licenciements pour cause économique, ont eu une portée très limitée dans les deux restructurations examinées (première partie). Mais nous verrons également que les mesures compensatoires prévues lorsque le licenciement est envisagé ou notifié ont des effets réduits : en raison des évolutions que nous avons décrites précédemment, les besoins deviennent tels qu'ils se heurtent aux capacités contributives de l'employeur, *a fortiori* quand il est insolvable (deuxième partie).

Portée limitée des mesures préventives

Les deux monographies d'entreprise conduites dans le cadre de l'étude reflètent l'épuisement des choix politiques et juridiques qui mettent à la charge de l'employeur un certain nombre d'obligations. L'employeur est d'abord censé former, adapter et reclasser le salarié *avant* que ne survienne le licenciement pour motif économique. Mais pour cela il faudrait pouvoir activer des dispositifs de *prévention* et d'*anticipation* bien avant que la rupture ne soit envisagée (AUBERT, BEAUJOLIN-

BELLET, 2003, 2004). La réussite d'une telle politique est donc subordonnée à la façon dont sont juridiquement conçus les dispositifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

L'obligation de former, d'adapter et de reclasser

L'obligation d'adapter et de reclasser dont l'employeur est débiteur est une obligation de faire. La règle excluant la coercition du créancier (le salarié) sur la personne du débiteur (l'employeur), la sanction de l'inexécution consiste à fournir l'équivalent pécuniaire du dommage subi par le salarié.

Une obligation de faire jugée a posteriori

Le Code du travail prévoit que le licenciement 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 sur un emploi ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les *entreprises du groupe* auxquelles l'entreprise appartient (8). Avant d'être codifiée par le législateur (loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002), cette contrainte avait été imposée par la Cour de cassation sur le fondement de l'obligation faite à l'employeur d'exécuter le contrat de travail de bonne foi (9).

De nombreux arrêts ont été rendus par la Cour de cassation qui a considérablement étendu la portée de l'obligation de *reclassement* (COUTURIER, 2006). En revanche peu de contentieux concerne l'obligation d'*adaptation* censée remédier à la perte de qualification professionnelle. Au demeurant l'employeur est tenu d'assurer aux salariés une formation complémentaire, mais pas la *formation initiale qui leur ferait défaut* (10). Or dans les deux entreprises étudiées, les salariés n'avaient pas seulement besoin d'une formation pour accompagner une évolution d'emploi, mais d'une véritable *reconversion*. Les formations ont été très tardivement engagées au moment de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi (11), c'est-à-dire une fois le licenciement décidé, alors que les parties prenantes savaient que les emplois du secteur du textile et de la chaussure étaient fragilisés.

Dans aucune des deux entreprises, les efforts de formation, d'adaptation et de reclassement préalables de l'article L. 321-1 du Code du travail

(6) Ord. n° 2006-433, 13 avr. 2006.

(7) C. trav., art. L. 320-2-1.

(8) C. trav., art. L. 321-1.

(9) C. civ., art. 1134 al. 3 ; C. trav., art. L. 120-4.

(10) Cass. soc., 3 avr. 2001 : *RJS* 6/2001, n° 731.

(11) Le Plan de sauvegarde de l'emploi a pour objet de reclasser le salarié *après* le licenciement alors que l'obligation d'adapter le salarié à l'évolution de son emploi et de le reclasser doit être accomplie *avant*.

Encadré 2

Restructurations et politiques de formation professionnelle continue

Dans les deux entreprises étudiées, les salariés ont difficilement pu être adaptés et leur reclassement s'est avéré extrêmement précaire lorsqu'il a été possible. Mais on s'aperçoit que, si des actions volontaires de réindustrialisation avaient été menées plusieurs années auparavant dans le bassin d'emploi et si des mesures de formation appropriées avaient été engagées auprès des intéressés, leur situation aurait été tout autre. L'étude (BEAUJOLIN-BELLET, 2006, p. 63) souligne ainsi que « les salariés de Chaussure se caractérisent... par un faible niveau de qualification et [qu'] au cours des années précédant le plan social, les dépenses de Chaussure en formation apparaissent modestes. Or, face à une perte de compétitivité des produits de bas de gamme et à des difficultés économiques et financières croissantes, la direction aurait pu tenter de former ses salariés pour favoriser une stratégie de montée en gamme ; stratégie affichée par la direction depuis une dizaine d'années ».

« Il semble donc que la direction demeurait sceptique sur les perspectives de réussite d'une telle stratégie au regard des caractéristiques du site (vieillesse des investissements corporels, organisation du travail obsolète, absence de compétences en interne...) : elle est donc restée essentiellement incantatoire. Par ailleurs, il semble également que le groupe Chaussure ne souhaitait pas prendre le risque, au sein d'une filiale française en crise, de désorganiser la production par les absences pour formation, de créer des attentes nouvelles (revendications de reconnaissance) auprès des nouveaux formés, ou encore de voir précocement les meilleurs salariés aller proposer leurs compétences ailleurs une fois le diplôme obtenu, une sous-qualification devenant paradoxalement un instrument de fixation de la main-d'œuvre ».

D'autres éléments expliquent cette situation : « [...] une réticence des salariés à partir en formation dans des entreprises sans culture de formation, soit par crainte qu'elle constitue l'antichambre de mobilités professionnelles et/ou géographiques, soit par réticence à suivre des formations éloignées géographiquement, [...] une relative absence d'outil de formation local, avec très peu d'offres de formation sur le territoire. Enfin, il apparaît que les entreprises du textile privilégient la formation initiale, en sollicitant des formations en apprentissage ; d'une certaine façon, les employeurs du textile traduisent une préférence pour la formation initiale par rapport à la formation continue » (BEAUJOLIN-BELLET, *op. cit.*).

n'avaient donc été sérieusement accomplis. Au demeurant, salariés et représentants du personnel ne s'en étaient pas vraiment inquiétés, pour des

raisons qui tenaient à la fois à l'employeur, aux salariés et à l'offre de formation insuffisante dans le bassin d'emploi (cf. encadré 2).

Pourtant le législateur insiste sur la nécessité de former préalablement. Ces dispositions spécifiques au licenciement pour motif économique sont complétées par l'article L. 930-1 du Code du travail, qui dispose que « l'employeur a l'obligation d'assurer 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. Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences ». Mais la loi ne précise pas l'étendue et la portée de cette obligation. Et, à notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur l'applicabilité de ce texte au contentieux du licenciement pour motif économique.

Il faut enfin souligner la difficulté à laquelle se trouvent confrontés les tribunaux lorsqu'il faut apprécier si les obligations de formation, d'adaptation et de reclassement de l'article L. 321-1 du Code du travail ont été ou non accomplies. À quelle date doivent-ils porter cette appréciation ? Quelques mois, plusieurs années avant le licenciement ou bien concomitamment à ce dernier ? Cette question de la temporalité est essentielle, mais demeure sans réponse en jurisprudence. On peut également se demander si le séquençage par le législateur des obligations de formation et d'adaptation ne nuit pas à leur efficacité. Ces obligations doivent être remplies à la fois préalablement au licenciement puis dans le plan de sauvegarde de l'emploi (voir *infra*). La lecture des monographies montre que dans certains cas l'employeur diffère plus ou moins délibérément l'accomplissement des obligations préalables en concentrant les financements sur les cellules de reclassement dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, et en négligeant toutes les actions qui pourraient être mises en place pour anticiper les difficultés d'emploi (BEAUJOLIN-BELLET, 2006, p. 67).

Une obligation sans moyen de coercition

Depuis la suppression de l'autorisation administrative de licenciement par la loi du 30 décembre 1986, le contrôle du motif économique relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, ce qui veut dire que le juge prud'homal apprécie le caractère réel et sérieux du licenciement au regard des critères posés par l'article L. 321-1 du Code du travail.

En cas de litige, le juge vérifie, au vu des éléments fournis par l'employeur, la réalité de la cause économique (réalité des difficultés économiques, de la mutation technologique ou de la réorganisation de l'entreprise), la réalité de la suppression ou transformation de l'emploi ou de la modifi-

cation du contrat de travail de l'intéressé, enfin la réalité du lien de causalité qui doit exister entre ces deux éléments (12) et le caractère sérieux du licenciement (13).

Le juge prud'homal est également tenu de s'assurer que l'employeur a *effectivement tenté de reclasser* le salarié avant de procéder à son licenciement économique et qu'il a respecté son *devoir d'adaptation* des intéressés à l'évolution de leurs emplois. L'absence de l'un de ces éléments doit conduire le juge à rejeter la cause réelle et sérieuse du licenciement économique. En effet, ces deux obligations constituent une *règle substantielle* dont la méconnaissance a pour conséquence de priver le licenciement de *cause réelle et sérieuse*, peu important qu'un motif économique parfaitement valable soit invoqué par l'employeur.

En pratique, cette menace est assez peu dissuasive. Elle suppose que le salarié intente une action devant le conseil de prud'hommes, qu'il sache au préalable que l'employeur était tenu de l'adapter et de le reclasser, et ait conscience que cette obligation n'a pas été accomplie. C'est un premier frein. Un second obstacle tient aux sanctions qui sont exclusivement pécuniaires (une indemnisation supplémentaire mise à la charge de l'employeur) : l'entreprise assignée par les salariés provisionnera donc le montant des dommages-intérêts qu'elle sera susceptible de devoir verser et les intégrera au coût global de l'opération de restructuration (14).

D'un autre côté il est douteux qu'un employeur ait pour préoccupation permanente la formation et l'adaptation de son personnel en vue d'un éventuel licenciement, alors que son souci principal est déjà de maintenir l'activité de l'entreprise (15). Ce n'est donc pas tant sur les sanctions qu'il faudrait agir (et dont nous venons de voir qu'elles étaient peu efficaces) que sur des mécanismes d'incitation reposant sur une nouvelle organisation du marché du travail qui favoriserait les parcours professionnels (DUCLOS-KERBOURC'H, 2006).

(12) La suppression ou transformation d'emploi ou la modification du contrat de travail doivent être la conséquence du motif économique allégué.

(13) La cause économique alléguée doit nécessiter une suppression ou une transformation d'emploi ou la modification du contrat de travail de l'intéressé.

(14) Aussi bien dans de nombreux cas le litige se résout rapidement et discrètement par une transaction conclue après le licenciement.

(15) « ...l'injonction d'anticipation ressort comme culpabilisante pour les dirigeants d'entreprises en difficulté (et en particulier de PME, qui ne disposent que d'une très faible visibilité sur leurs carnets de commandes) ou d'établissements dont les lieux de prise de décision stratégique sont éloignés et mouvants. De même, pour les acteurs locaux, les capacités d'anticipation apparaissent très contraintes, surtout si elles ne portent que sur la focale réduite de l'avenir possible de tel ou tel établissement (lorsque les décisions managériales sont prises en d'autres lieux) » (BEAUJOLIN-BELLET, 2006, p. 67).

La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

Le droit de la gestion prévisionnelle de l'emploi peut constituer un de ces dispositifs incitatifs. Toutefois, ce droit est ambigu car il constitue à la fois une *fin* qui est d'éviter les licenciements pour motif économique (16), et un *moyen*, car on l'utilise aussi pour résorber des sureffectifs (MERLIN, 1993). Ceci explique qu'il fasse l'objet de dispositions éparses, mal articulées, et qu'il faille aller « chiner » dans les livres I, III et IX du Code du travail pour les recenser.

La GPEC envisagée comme une fin : éviter les licenciements (Livre I et IX)

Il existe aujourd'hui une véritable obligation de négocier un dispositif de gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) à plusieurs niveaux. Au sein de la *branche professionnelle*, les organisations qui sont liées par une convention (de branche) ou, à défaut, par des accords professionnels, doivent se réunir, au moins une fois par an, pour négocier sur les salaires et, au moins une fois tous les cinq ans, pour examiner la nécessité de réviser les classifications (17). La négociation sur les salaires est l'occasion d'un examen, par les parties, de l'évolution économique et de la situation de l'emploi dans la branche, de son *évolution* et des *prévisions annuelles ou pluriannuelles établies*, ainsi que des *actions éventuelles de prévention* envisagées compte tenu de ces prévisions. L'article L. 132-12 du Code du travail prévoit qu'à cet effet, un rapport est remis par la partie patronale aux organisations de salariés au moins quinze jours avant la date d'ouverture de la négociation.

En outre, les organisations qui sont liées par une convention de branche ou, à défaut, par un accord professionnel, doivent se réunir au moins tous les trois ans pour négocier sur les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés (18). Les *entreprises* et *groupes d'entreprises* qui occupent au moins trois cents salariés sont également tenus d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la mise en place d'un dispositif de *gestion prévisionnelle des emplois et des compétences* ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être asso-

(16) Observons que la GPEC devrait normalement prendre en considération l'ensemble des risques de rupture de parcours d'emploi, et notamment les fins de contrat à durée déterminée. Les obligations de formation, d'adaptation, de reclassement ainsi que le plan de sauvegarde de l'emploi (V. infra) ne sont pas applicables aux salariés sous contrat à durée déterminée dont le contrat n'est pas renouvelé lorsque les difficultés de l'entreprise surviennent.

(17) C. trav., art. L. 132-12.

(18) C. trav., art. L. 934-2.

ciées, 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 (19). Les organisations qui sont liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels, doivent enfin se réunir tous les trois ans pour négocier sur ces matières (20).

Ces obligations de négocier ne constituent cependant pas des obligations de conclure des accords, tant au niveau de la branche que de l'entreprise. Les parties, et notamment l'employeur ou les organisations qui le représentent, *restent maîtres* de l'étendue des obligations auxquelles ils entendent se soumettre (LEGRAND, 2006). D'une branche à l'autre, d'une entreprise à une autre, la couverture conventionnelle en matière de GPEC sera donc très variable (MERLIN, 1991). Dans les deux restructurations étudiées, aucune négociation de gestion prévisionnelle des emplois n'avait été tentée (21). Les monographies soulignent que la première difficulté à mettre en place une GPEC « qui peut être qualifiée de culturelle, renvoie directement à la culture managériale et donc à la perception des dirigeants à l'égard de l'anticipation. Force est de reconnaître le mauvais accueil réservé à cette préoccupation assimilée à un quasi-droit de regard, une quasi-immixtion lorsqu'elle est menée dans une perspective micro-économique (telle la GPEC dans une entreprise donnée) et non plus seulement sectorielle. Bien que la motivation des acteurs de l'aide ne réside pas dans la volonté de se substituer à la clairvoyance managériale, l'action se heurte à la sensibilité des managers qui refusent de partager un pouvoir de gestion qui relève de leurs prérogatives et compétences. La deuxième réside dans les spécificités du tissu économique et sa lisibilité à terme. L'anticipation en matière de GPEC est difficile lorsque les dirigeants ont une vision réduite du marché. Elle l'est encore lorsque les entreprises étudiées dépendent juridiquement de groupes dont les sièges sont situés en dehors des territoires concernés par les plans sociaux » (BEAUJOLIN-BELLET, 2006, p. 64).

La GPEC envisagée comme un moyen : résorber les sureffectifs (Livre III)

La GPEC peut toutefois être envisagée comme le moyen de résorber les sureffectifs et d'anticiper des difficultés en formant le personnel et en tentant de le reclasser. L'État peut ainsi aider les entreprises, à travers des actions de GPEC financées sur les lignes du Fonds national de l'emploi, à réduire plus

ou moins directement leur effectif. C'est ainsi que l'État apporte une aide financière et forfaitaire par salarié lorsque des accords d'entreprise conclus dans le cadre d'une convention de branche ou d'un accord professionnel sur l'emploi national, régional ou local, prévoient la réalisation d'actions de formation de longue durée en vue de favoriser l'*adaptation des salariés aux évolutions de l'emploi dans l'entreprise*, notamment de ceux qui présentent des caractéristiques sociales les exposant plus particulièrement aux conséquences de l'*évolution économique ou technologique* (22).

En outre l'article 95 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a prévu que les entreprises qui souhaitent élaborer un plan de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences comprenant notamment des *actions de formation* destinées à assurer l'*adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* peuvent bénéficier d'un dispositif d'appui à la conception de ce plan (23).

Le législateur a enfin prévu que les entreprises de moins de trois cents salariés qui rencontrent des difficultés économiques susceptibles de conduire à des licenciements, peuvent conclure avec l'État des conventions qui leur permettent de recevoir une aide financière dont l'objet est de mener une *étude de leur situation économique* et des solutions de redressement destinées à *éviter d'éventuels licenciements ou d'en limiter le nombre* (24). Les entreprises restent bien sûr libres d'actionner ou non ces aides.

La difficulté majeure consiste désormais à articuler l'obligation de négocier la GPEC avec la procédure de licenciement pour cause économique. Pour l'instant la carence de l'employeur ou le non-respect du plan de GPEC n'a pas d'incidence sur l'appréciation par le juge de la cause réelle et sérieuse du licenciement pour cause économique (25). Ceci soulève indirectement la question du degré d'autonomie laissé à l'employeur et *a contrario* le degré de contrôle exercé sur lui (JOYEAU, RETOUR, 1999). L'employeur doit donc avoir un intérêt à anticiper de longue date les difficultés ou les mutations qu'il prévoit, ce qui est loin d'être le cas, et ce qui ne l'a pas été dans les deux cas étudiés. Au surplus, il faudrait que le modèle de gestion de l'emploi choisi par l'entreprise privilège-

(19) C. trav., art. L. 320-2.

(20) C. trav., art. L. 132-12-2.

(21) Il est vrai que certains des dispositifs que nous venons de décrire ont été adoptés après la mise en place des restructurations étudiées.

(22) C. trav., art. L. 322-7, R. 322-10-1 à R. 322-10-4.

(23) C. trav., art. L. 322-7.

(24) C. trav., art. L. 322-3-1 et D. 322-7.

(25) Observons cependant que lorsque l'employeur a conclu un accord de GPEC certains tribunaux décident que la poursuite des procédures des Livres IV et III portant licenciement pour motif économique est subordonnée à l'exécution par l'employeur des obligations mises à sa charge par l'accord de GPEC (TGI Nanterre, ord. du 5 septembre 2006, n° 06/01923, CCE de l'UES Cap Gemini et a. c/Sté Cap Gemini et a., *Liaisons soc.*, Bref n° 14710, 22 sept. 2006).

gie la figure de l'employeur et non celle de l'entrepreneur. Or la GPEC se présente de plus en plus comme une simple modalité de résorption des sureffectifs dictée par des critères de compétitivité et de coordination des compétences, ce qui signifie qu'elle perd son principal intérêt qui est justement d'être « prévisionnelle » (DUCLOS, 2006, p. 209). Il est à craindre que les évolutions législatives récentes ne confortent cette tendance à transformer les plans de GPEC en plan de gestion prévisionnelle des licenciements : la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 (art. 16), exonère de cotisations et d'impôt sur le revenu, dans la limite de quatre fois le plafond annuel de la sécurité sociale (soit 128 736 € pour 2007), les indemnités de départ volontaire versées aux salariés dans le cadre des accords collectifs de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

Il faut également se demander si certaines obligations mises à la charge de l'employeur, après que des licenciements ont été réalisés, ne devraient pas être exécutées en même temps que la GPEC, notamment la *revitalisation des bassins d'emploi* (26). Le législateur a fait un petit pas dans ce sens : afin d'inciter les partenaires sociaux à inscrire dans les accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences des mesures préventives de développement d'activités dans les bassins d'emploi potentiellement concernés par des licenciements pour motif économique, la loi pour le développement de la participation et l'actionnariat salarié n° 2006-1770 du 30 décembre 2006, prévoit la prise en compte de ces mesures pour évaluer le respect de leur obligation de réindustrialisation par les entreprises (27). Dans la même logique les comités interministériels de développement et d'aménagement du territoire (CIADT) autorisent la conclusion de *contrats de site* multilatéraux (acteurs locaux et État). Le bassin de l'Aube, dans laquelle se situe l'une des entreprises étudiées, bénéficiait d'un tel contrat, qui associait diverses parties prenantes et leurs contributions

(26) Lorsqu'elles procèdent à un licenciement collectif affectant, par son ampleur, l'équilibre du ou des bassins d'emploi dans lesquels elles sont implantées, les entreprises occupant au moins 1 000 salariés sont tenues, sauf lorsqu'elles font l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, de contribuer à la création d'activités et au développement des emplois et d'atténuer les effets du licenciement envisagé sur les autres entreprises dans le ou les bassins d'emploi (C. trav., art. L. 321-17).

(27) C. trav., art. L. 321-17.

(28) L'État (12,28 millions d'euros), la Région (6,08 millions d'euros), le Département (3,59 millions d'euros), la commune de Nogent-sur-Seine (11,11 millions d'euros), la commune de Romilly-sur-Seine (2,16 millions d'euros), la Communauté d'Agglomération Troyenne (0,062 million d'euros), la Chambre de Commerce et de l'Industrie (0,07 million d'euros), la Chambre des métiers (0,032 million d'euros), la Chambre d'Agriculture (0,01 million d'euros).

financières à hauteur de 35,4 millions d'euros (28). Ce contrat de site aurait sans doute été beaucoup plus efficace s'il avait été mis en place plusieurs mois avant la restructuration.

Il n'est donc pas étonnant qu'à défaut d'avoir été anticipées par des actions de formation-adaptation-reclassement ou par la GPEC, les difficultés se cristallisent après la notification du licenciement lorsque doit être élaboré un plan de sauvegarde de l'emploi, dont nous verrons que l'efficacité est peu convaincante.

Efficacité réduite des mesures du plan de sauvegarde de l'emploi

On sait que l'employeur a l'obligation d'élaborer un *plan de reclassement* qui s'intègre au Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). Ce plan lui-même n'est élaboré qu'au moment où dix licenciements sont envisagés dans une entreprise d'au moins cinquante salariés. Nous observerons que l'efficacité de ce plan est réduite pour des raisons qui tiennent à son élaboration, à son exécution et aux sanctions qui frappent sa carence éventuelle.

Élaboration

La première difficulté tient au fait que le PSE est un *acte unilatéral*. Un acte en ce sens qu'une fois définitivement adopté, c'est-à-dire à l'issue des consultations des représentants du personnel, le plan a valeur d'*engagement* pour l'employeur (VERICEL, 2005). Les salariés appartenant aux catégories professionnelles concernées par le projet de licenciement (29), même ceux licenciés sans cause réelle et sérieuse (30), sont donc fondés à en réclamer l'application (31). Mais les sanctions consistent essentiellement en des dommages-intérêts, ce qui n'est pas satisfaisant au regard de l'objectif de reclassement et de compensation de la perte de qualification professionnelle qui est recherché. Certes, le PSE doit déterminer les modalités de suivi de la mise en œuvre effective par l'employeur des mesures du plan de reclassement. Et ce suivi doit légalement faire l'objet d'une consultation régulière et approfondie du comité d'entreprise ou des délégués du personnel. L'autorité administrative compétente est censée être associée au suivi de ces mesures (32). Mais il n'existe pas réellement de « police » de l'exécution des PSE alors que ses enjeux d'ordre public sont extrêmement importants

(29) Cass. soc., 29 mai 2002 : RJS 8-9/2002, n° 962.

(30) Cass. soc., 29 janv. 2003 : RJS 4/2003, n° 437.

(31) Cass. soc., 4 avr. 1990 : RJS 5/1990, n° 372.

(32) C. trav., art. L. 321-4.

(BRUGGEMAN et alii, 2002). Un meilleur suivi de l'employabilité (et pas seulement du reclassement) des salariés licenciés par les pouvoirs publics serait souhaitable : doit-il s'agir des maisons de l'emploi nouvellement créées ? du service public de l'emploi et notamment l'ANPE ? Une réflexion mériterait d'être menée à ce sujet (KERBOURC'H, 2005).

Ces difficultés ne sont que la conséquence du mode d'élaboration du PSE qui est un acte *unilatéral* : « l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi » (33). L'employeur agit seul car l'élaboration du PSE relève de sa responsabilité exclusive. Bien sûr, le PSE est soumis aux représentants du personnel ou à l'autorité administrative, qui disposent d'un certain nombre de moyens pour en faire améliorer le contenu. Certes, le comité d'entreprise, les salariés concernés (34), mais aussi les syndicats professionnels, même après que le comité a rendu son avis (35), ont qualité pour agir en justice pour faire respecter la procédure d'élaboration du plan. Mais il est choquant que, dans nombre de cas, les erreurs de procédure commises par l'employeur soient le seul levier à la disposition des représentants du personnel pour amener l'employeur à *négoier* une amélioration du PSE : ceci les cantonne à un rôle de simples destinataires d'informations, sur lesquelles ils émettent un avis qui ne lie pas l'entreprise. Pourtant, rien ne s'oppose juridiquement à ce que le PSE prenne la forme d'un accord collectif d'entreprise.

Les accords de méthode en sont d'ailleurs une préfiguration (36). Ces accords fixent les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise est réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise ; comment il peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration qui aura des incidences sur l'emploi et peut obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions. Ils peuvent organiser la mise en œuvre d'*actions de mobilité professionnelle et géographique* au sein de l'entreprise et du groupe. En outre ils sont susceptibles de déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du PSE peut faire l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci (ANTONMATTEI, 2006).

(33) C. trav., art. L. 321-4-1.

(34) Cass. soc., 28 mars 2000 : *RJS* 5/2000, n° 519 ; Cass. soc., 2 mai 2001 : *RJS* 7/2001, n° 854.

(35) Cass. soc., 6 juill. 1999 : *RJS* 10/1999, n° 1244.

(36) La loi de cohésion sociale n° 2005-32 du 18 janvier 2005 incite désormais les partenaires sociaux de l'entreprise à fixer eux-mêmes les règles procédurales du licenciement, ce qui rend alors supplétives certaines dispositions prévues par le Code du travail (C. trav., art. L. 320-3).

(37) C. trav., art. L. 321-4-1.

Acte unilatéral, le PSE a également un *contenu variable* d'une entreprise à l'autre. Car la validité du plan n'est pas appréciée au regard de son efficacité sur le reclassement et l'amélioration de la qualification des intéressés, mais « au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou, le cas échéant, l'unité économique et sociale ou le groupe » (37). L'inégalité des salariés devant le risque de perte de qualification se double donc d'une inégalité liée à la *solvabilité* de l'employeur pour y remédier. Les deux restructurations que nous avons suivies sont caricaturales de ce point de vue. Dans l'une, l'employeur (le groupe) a mis des moyens considérables dans le PSE. Dans l'autre, il a choisi de déposer le bilan et d'élaborer un PSE *a minima*, même si de nouvelles mesures sont venues ensuite le consolider après un « rapport de force basé sur une large médiatisation ». Il ne s'agit pas ici de porter un jugement de valeur sur l'existence ou l'absence de capacités financières réelles ou supposées de ces entreprises pour faire un « bon » PSE. Il s'agit uniquement de constater que le modèle d'élaboration du PSE atteint ses limites, simplement parce que les mesures qu'il contient ne sont pas déterminées par les nécessités d'adaptation et de reclassement des salariés, mais par les moyens financiers dont l'entreprise dispose ou dont elle veut disposer.

De fait, il a été souligné qu'existaient « des différences très importantes dans les dispositifs d'accompagnement sociaux des restructurations selon la taille des entreprises et même selon les bassins d'emploi. [...] Il est clair qu'il y a des écarts significatifs entre les plans de sauvegarde de l'emploi qui pourront être mis en œuvre dans les entreprises de plus de 1 000 salariés, en termes d'indemnités de licenciement et de dispositifs de reclassement, et dans des PME en situation de liquidation. D'une manière générale, les salariés de faible qualification sont doublement pénalisés dans les restructurations, d'une part parce qu'ils sont les plus touchés (45 % des licenciés pour motif économique sont des ouvriers tandis que les employés représentent 20 % des personnels touchés) et d'autre part parce que ce sont ces deux catégories qui rencontrent le plus de difficultés à retrouver un emploi » (VIET, 2003). Or, comme le souligne le conseiller Ph. WAQUET (2001), le plan de sauvegarde de l'emploi est « un document capital, destiné à défendre l'emploi, et qui doit compenser le projet [de licenciement] dans ses aspects défavorables à l'emploi », projet de licenciement que cet auteur qualifie « [d']ontologiquement pessimiste ». Il faut donc regretter que face à un même risque les salariés soient traités différemment.

Acte unilatéral auquel l'employeur consacre les moyens financiers qu'il peut ou qu'il veut, le PSE ne met de surcroît à la charge de cet employeur qu'une *obligation de moyen* et non une obligation

de résultat. L'article L. 321-4-1 du Code du travail prévoit qu'un « plan visant au reclassement » doit être intégré au PSE. Cette obligation conduit l'employeur à se désintéresser des résultats de son plan. Il est vrai qu'en pratique il en est souvent autrement, car le non-reclassement des salariés va entraîner un certain nombre de conséquences sociales (perturbations, grèves, manifestations, intervention des pouvoirs publics...), voire systémiques (atteinte à l'image de marque, boycott des consommateurs, fluctuations du cours de l'action du groupe auquel appartient l'entreprise...).

Exécution du plan de sauvegarde de l'emploi

Pour illustrer les difficultés juridiques que pose l'exécution du plan, nous ne retiendrons ici que l'exemple des *cellules de reclassement*. On sait que le plan de reclassement prévu à l'article L. 321-4-1 du Code du travail, qui s'intègre au plan de sauvegarde de l'emploi doit contenir un certain nombre de mesures (reclassement interne et externe, création d'activités nouvelles, formation, ARTT). Dès lors que le nombre de licenciements envisagés est important, des *cellules de reclassement* sont généralement mises en place. Elles peuvent faire l'objet d'une convention de cellule de reclassement conclue entre l'entreprise et l'État (38). Ce type de convention fait partie des actions d'urgence prévues par le Code du travail pour assurer le reclassement externe des salariés (39). Les financements conjoints de l'employeur et de l'État permettent l'intervention de prestataires extérieurs, qui soustraient un certain nombre de tâches de reclassement, d'adaptation, de formation, etc.

Dans les deux études rapportées, l'employeur avait recouru aux services de ces prestataires extérieurs, car il ne disposait d'aucun savoir-faire pour exécuter les mesures prévues par le plan. Toutefois dans les deux cas, nous avons aussi constaté un certain nombre d'insuffisances dans le fonctionnement des cellules de reclassement, du même type que celles déjà dénoncées par le rapport BALMARY (2004) pour d'autres prestations que l'État sous-

traite (40). La difficulté vient de ce qu'un contrat est passé entre l'employeur et l'opérateur externe, qui se superpose à celui conclu entre l'État et l'employeur (la convention de cellule de reclassement). Or l'État est considéré comme un tiers à la convention passée entre l'employeur et l'opérateur externe. Son seul pouvoir est de contrôler que l'employeur remplit ses obligations conformément aux stipulations de la convention de cellule de reclassement. L'employeur reste donc maître de l'*étendue des obligations* qu'il décide d'imposer au prestataire extérieur, et qui dépendent des moyens financiers qu'il y consacre.

L'opérateur externe qui assure le fonctionnement de la cellule de reclassement à laquelle les salariés ont adhéré s'engage sur un *résultat* qui se traduit par un pourcentage de taux de réussite. Mais les clauses fixant la manière dont ce pourcentage doit être calculé restent imprécises : des taux de « solutions identifiées » (qui peuvent être par exemple l'arrêt de toute activité professionnelle elliptiquement qualifié de « projet de vie » !) sont mêlés à des « taux de reclassement », qui intégreront des contrats de travail à durée déterminée ou des missions d'intérim au terme desquelles le salarié pourra connaître une période plus ou moins longue de chômage. Se pose également la question de savoir ce qu'est une « offre valable d'emploi » (dite « OVE ») et un « candidat actif » auxquels font référence les contrats de prestation de cellule de reclassement passés entre les entreprises et les cabinets spécialisés. Pour ne rien simplifier, la rémunération du prestataire, qui est fonction des résultats qu'il obtient, est encore déterminée par d'autres critères, de sorte que l'économie du contrat finit par être inintelligible. En cas d'inexécution de ces obligations, une action en responsabilité civile contractuelle serait sans doute envisageable. Mais le sous-traitant a pour cocontractant l'entreprise qui procède à la restructuration, laquelle n'a souvent aucun intérêt direct à agir. Quant aux salariés, aux représentants du personnel

(38) C. trav., art., R. 322-1, 7° ; D. n° 89-653, 11 sept. 1989 (JO 14 sept. 1989) ; A. 11 sept. 1989 (JO 14 sept. 1989) ; A. du 1^{er} avr. 1992 (JO 2 avr. 1992) ; Circ. CDE n° 89-51, 8 nov. 1989 ; Circ. DGEFP n° 2003-25, 9 oct. 2003 ; Circ. DARES/DGEFP n° 2005-01, 20 avr. 2005.

(39) Les prestations prévues consistent à prospecter des offres d'emploi, notamment dans le bassin local d'emploi que connaît le mieux l'entreprise, à aider les salariés par le moyen d'entretiens réguliers à optimiser leur recherche d'emploi, à réaliser leurs projets professionnels et à cerner leur orientation. Le suivi des bénéficiaires est en principe fixé dans la convention entre trois et douze mois. La cellule peut fonctionner avant le début de leur préavis ou de leur entrée en congé de reclassement ou en convention de reclassement personnalisé, et après la fin du contrat de travail des salariés.

(40) « Les relations avec les sous-traitants représentent le domaine où les différences entre l'ANPE et les services du ministère sont certainement les plus sensibles. Le cadrage juridique sur les obligations des opérateurs, la précision des cahiers des charges quant aux procédures à suivre et quant aux objectifs à atteindre, le mode de sélection des prestataires, la cohérence des systèmes internes de gestion et d'information, la création de fonctions spécifiques de « correspondants prestations » et de « référents qualité » dans les ALE sont autant d'éléments qui assurent à l'ANPE une maîtrise de la gestion des crédits consacrés aux opérateurs externes et du contenu de l'action de ces derniers, même si le contrôle qualité est encore à développer et si l'on constate une faible adaptation aux réalités des territoires dans la fixation des prix. Sur tous ces points, les services du ministère doivent encore progresser, mais ces progrès ne paraissent pas évidents à réaliser compte tenu de la faiblesse actuelle de l'appui technique aux services déconcentrés, notamment pour l'amélioration de leurs instruments de pilotage de la sous-traitance, qu'il s'agisse d'un appui interne par l'administration centrale ou d'un appui externe » (BALMARY, 2004).

et à l'État, ils ne sont pas considérés comme des parties à la convention, même s'ils ont participé au choix du prestataire lors de la négociation du PSE. Ce sont donc des tiers qui n'ont pas qualité à agir. En revanche ils pourraient mettre en cause l'employeur qui n'aurait pas respecté le contenu du PSE qui, lui-même, pourrait se retourner contre le prestataire.

Cette phase contentieuse serait complexe et ses résultats incertains. À notre avis l'État aurait intérêt à agréer les prestataires, à imposer des cahiers des charges, à définir et à clarifier les termes employés (41), à uniformiser les critères d'évaluation de performance de ces prestataires, et à imposer des commissions de contrôle, ce qui permettrait un suivi *a priori* et d'éviter les constats d'échec *a posteriori*. Il ressort en effet des rares enquêtes faites sur cette question que seule une minorité de salariés retrouve un emploi stable après avoir bénéficié des prestations d'une cellule de reclassement (BOBBIO, 2006).

Des sanctions inadaptées

Le Code du travail prévoit que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement de salariés s'intégrant au PSE n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel (42). L'insuffisance du plan est assimilée par la jurisprudence à la carence de plan. Il s'ensuit que la nullité qui affecte le PSE s'étend à tous les actes subséquents, en particulier aux licenciements qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif. Dans ce sens l'article L. 122-14-4 du Code du travail prévoit que lorsque le tribunal constate que le licenciement est intervenu alors que la procédure de licenciement est nulle et de nul effet, il peut prononcer la *nullité* du licenciement et ordonner, à la demande du salarié, la *poursuite du contrat de travail*.

La mesure est sans doute dissuasive. Elle peut inciter l'employeur, sous la pression des représentants du personnel qui menaceraient d'agir en nullité, à élaborer un plan sérieux avec des financements plus importants. Il n'en demeure pas moins que de telles sanctions restent très provisoires. Inévitablement le salarié réintégré finira par être licencié lorsque la procédure sera reprise. La sanction retarde mais ne contrarie pas les projets de l'employeur. Au reste, ces sanctions n'ont pas d'effet sur l'amélioration de la qualification professionnelle et des chances de reclassement ultérieur du salarié. Le législateur ne croit d'ailleurs pas à l'efficacité des mesures qu'il édicte : la loi de cohé-

sion sociale du 18 janvier 2005 précise que la réintégration n'a pas lieu d'être si elle 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 (43). L'adverbe « notamment » a son importance car il signifie que l'employeur, sous le contrôle du juge en cas de litige, peut envisager d'autres hypothèses que le législateur n'a pas imaginées. Dans un tel cas le salarié ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts.

*

* *

En définitive, au-delà des insuffisances des dispositifs juridiques, ce qui manque le plus aujourd'hui pour anticiper les difficultés d'emploi que posent les inévitables restructurations que connaissent certaines activités, c'est un système d'information fiable qui permette à chacune des parties prenantes de prendre des dispositions dans le cadre juridique que nous venons de décrire. Dans les deux restructurations d'entreprises examinées, nous avons constaté qu'existait manifestement une *asymétrie d'information*, alors que paradoxalement le Code du travail prévoit de nombreuses mesures visant à informer les représentants du personnel : négociation triennale portant sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ainsi que sur les salaires (44) ; information et consultation du comité d'entreprise sur l'évolution de l'emploi et des qualifications dans l'entreprise au cours de l'année passée, sur les prévisions annuelles ou pluriannuelles ainsi que sur les actions, notamment de prévention et de formation, que l'employeur envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions (45) ; information du comité de groupe sur l'activité, la situation financière, et l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent (46) ; information du comité d'entreprise sur la situation de l'emploi en retraçant mois par mois l'évolution des effectifs et leur répartition selon les types de contrat et de qualification (47).

Dans ces deux entreprises, les informations délivrées au comité d'entreprise l'ont été de façon formelle. Aucun travail d'analyse ou d'étude conduisant à des mesures concrètes d'anticipation

(41) Par exemple qu'est-ce qu'une « solution identifiée » de reclassement ?

(42) C. trav., art. L. 321-4-1.

(43) C. trav., art. L. 122-14-4.

(44) C. trav., art. L. 320-2.

(45) C. trav., art. L. 432-1-1.

(46) C. trav., art. L. 439-2.

(47) C. trav., art. L. 432-4-1.

des difficultés n'a été mené, les résultats, quand ils existaient, ayant été insuffisamment exploités (48), ce qui soulève indirectement la question du rôle que doivent jouer les experts du comité d'entreprise (BRUGGEMAN, PAUCARD, VERKINDT, 2006) et leur degré d'intervention dans une restructuration (SCHWEITZER, PARIS, 2006).

En outre, l'étude des deux restructurations laisse apparaître que les dirigeants de l'entreprise avaient pris les décisions relatives à leurs investissements ou leurs désinvestissements plusieurs années avant qu'elles ne soient mises à exécution (BEAUJOLIN-BELLET et *alii*, 2006). Or il n'existe pas de disposition qui interdise à un dirigeant, en dehors des informations délivrées au comité d'entreprise, d'émettre de fausses allégations ou des allégations inexactes dans le but de rassurer le personnel de l'entreprise sur le sort de cette dernière. Dans les deux cas il semble que les informations qui avaient circulé n'étaient pas fiables, et qu'elles présentaient parfois un caractère mensonger (BEAUJOLIN-BELLET et *alii*, 2006.). Ce comportement n'est pas sanctionnable en tant que tel alors qu'il peut occasionner aux salariés concernés un préjudice consi-

dérable car les mesures d'adaptation et de reclassement seront mises en place avec retard tant dans l'entreprise que dans le bassin d'emploi concerné, ce qui en compromet l'efficacité (49).

Or, une politique de prévention et d'anticipation des difficultés d'emploi ne peut reposer que sur un système d'information fiable, dans lequel les opérateurs, notamment ceux qui détiennent des informations, sont dignes de crédit (50). De la sincérité de l'information dépend la rapidité du déclenchement des opérations de reconversion industrielle, d'adaptation et de reclassement des salariés intéressés. Cette question renvoie sans doute à celle, beaucoup plus générale, du rôle que doivent jouer les salariés dans la gouvernance des entreprises en France (SAUVIAT, 2006). Elle renvoie aussi à la place laissée aux directeurs des ressources humaines dans l'organigramme de l'entreprise, car ils ne sont pas toujours intégrés dans les comités de direction ni associés aux décisions stratégiques (51). Ceci tend à montrer qu'un dispositif juridique ne se suffit pas : son efficacité dépend de l'intérêt que les parties prenantes ont à le faire vivre.

(48) Selon le directeur de Chaussette (extrait de l'étude), « les rapports antérieurs d'expertise auprès du CE étaient indigestes sans voir le caractère critique de la situation, sans possibilité de traduction opérationnelle. Ils n'abordaient pas les problèmes de fond, le poids des frais de structure, la nouvelle marque. Il y a eu des droits d'alerte mais sur de faux problèmes. Le point central était : les actionnaires avaient-ils une stratégie pour Chaussette ? ». En outre les auditeurs de l'entreprise n'auraient pas non plus averti les parties prenantes : toujours selon le directeur de Chaussette, « les commissaires aux comptes n'ont jamais essayé d'apprécier la situation économique. Ils ont eu une approche purement comptable de vérification des comptes. Cela renvoie à un débat d'actualité : pas d'alerte produite. J'ai eu des discussions avec les auditeurs par la suite quand nous en étions au plan social. Les questions qu'ils se posent c'est : combien faut-il provisionner pour le plan social ? Et, à partir de quelle date faut-il provisionner ? ».

(49) Observons que d'autres législations sont très en avance sur ces questions. C'est ainsi que l'article 465-1 du Code monétaire et financier réprime « le fait pour toute personne de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de nature à agir sur le cours ». En droit de la consommation l'article L. 213-1 du Code de la consommation sanctionne pénalement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit. Dans le même ordre d'idées, l'article L. 121-1 du Code de la consommation qui réprime la publicité mensongère prohibe toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur le consommateur. Rien de tel en droit de l'emploi : l'employeur peut par n'importe quel procédé continuer à induire en erreur les salariés de l'entreprise sur l'avenir de cette dernière, sur la pérennité des contrats de travail, et sur les perspectives d'emploi en général.

(50) Sur ce problème de l'information des partenaires sociaux, voir l'interview de Olivier Mériaux (BLANCHOT, 2006).

(51) Voir interview de Michel Rocard et de Jacques Barthélémy (BLANCHOT, 2006).

Bibliographie

- ANTONMATTEI P.-H. (2006), « Négocier les restructurations après la loi du 18 janvier 2005 », *Droit social*, pp. 295-297.
- ASSOCIATION DÉVELOPPEMENT ET EMPLOI (2006), « La GPEC : nouvelles illusions ou nouveau départ ? », *Développements*, n° 44, novembre.
- AUBERT J.-P., BEAUJOLIN-BELLET R. (2003), « Des restructurations aux mutations économiques, analyse de l'état de la situation », in THIERRY D., TUILLIER J.-N., *Mieux vivre les restructurations - anticiper et coopérer*, Paris, Éditions d'organisation, pp. 25-50.
- AUBERT J.-P., BEAUJOLIN-BELLET R. (2004), « Les acteurs de l'entreprise face aux restructurations : une délicate mutation », *Travail et Emploi*, n° 100, pp. 99-112.
- BALMARY D. (2004), Rapport de l'instance d'évaluation de la politique de l'emploi et recours à des opérateurs externes, Commissariat général du Plan, février, 336 p.
- BALMARY D. (2004), « Les licenciements économiques : du contrôle à la négociation ? », *Droit social*, pp. 272-278.
- BEAUJOLIN-BELLET R. (coordination), CORNOLTI C., KERBOURC'H J.-Y., KUHN A., MOULIN Y. (2006), *Anticipation et accompagnement des restructurations d'entreprises : dispositifs, pratiques, évaluations, Rapport pour la DARES*, février.
- BERTRAND H., LAMOUREUX J.-L., VERMEL L. (1993), « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans les PME », *Travail et Emploi*, n° 57 bis, pp. 67-78.
- BLANCHARD O., TIROLE J. (2003), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Documentation Française 75 p.
- BLANCHOT E. (2006), *Le temps du débat et l'âge de la négociation*, 2 DVD, Prod. iO production-Cityzen TV.
- BOBBIO M. (2005), « Les dispositifs publics d'accompagnement des restructurations depuis 2003 : une forte augmentation mais un nombre encore limité de salariés concernés », *Premières Synthèses*, n° 19.2, mai.
- BOBBIO M. (2006), « Les plans de sauvegarde de l'emploi : accompagner les salariés licenciés sans garantie d'un retour vers l'emploi stable », *Premières Synthèses*, n° 28.2, juillet.
- BOBBIO M. (2006), « Les dispositifs publics d'accompagnement des restructurations en 2005 », *Premières Synthèses*, n° 37.2, septembre.
- BRUGGEMAN F. (2004), « Restructurations et licenciements », *Droit Social*, n° 9-10, pp. 852-858.
- BRUGGEMAN F., LAPORTE M., PAUCHARD D., THOBOIS P. (2002), *Plans sociaux : conception, suivi, évaluation*, Rapport d'étude pour la DARES.
- BRUGGEMAN F., PAUCHARD D., VERKINDT P.-Y. (2006), « Restructuration et expertises », *Droit social*, pp. 334-340.
- CAHUC P., KRAMARZ F. (2005), *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 204 p.
- COLIN T., ROUYER R. (1996), « La loi sur les plans sociaux face à une logique gestionnaire : une portée limitée », *Travail et Emploi*, n° 69, pp. 5-22.
- COUTURIER G. (2006), « Les offres de reclassement », *Droit social*, décembre, pp. 1151-1156.
- CHASSARD Y. (2002), « Licenciements collectifs pour motif économique : comment font nos partenaires ? », *Premières Synthèses*, n° 35-3, août.
- DGEFP (2005), « Bilan des accords de méthode », *Liaisons sociales*, n° 327, source ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, janvier.
- DUCLOS L. (2006), Paritarisme (s) et institution (s), Thèse doctorat IEP Paris, Dir. P.-E. TIXIER, 2006, 567 p. (http://ecoledoctorale.sciencespo.fr/theses/theses_en_li_gne/duclos_socio_2006/duclos_socio_2006.htm).
- DUCLOS L., KERBOURC'H J.-Y. (2006), *Organisation du marché du travail et « flexicurité » à la française*, Rapport Centre d'Analyse Stratégique et Conseil d'Orientation pour l'Emploi, 98 p. (http://www.coe.gouv.fr/IMG/pdf/LD_JYK_Flexicurite_Nov_2006.pdf).
- EYMARD-DUVERNAY F. (2004), « L'encadrement juridique du licenciement mis en question par les économistes », *Connaissance de l'emploi*, n° 6, CEE, août.
- FAYOLLE J. (2005), « Les restructurations d'hier et d'aujourd'hui : les apports d'un séminaire », *Revue de l'IREs*, Numéro spécial *Restructurations nouveaux enjeux*, n° 47, pp. 335-360.
- GAUTIE J. (2004), « Faut-il taxer plutôt que réglementer les licenciements ? », *Connaissance de l'emploi*, n° 5, CEE, juillet.
- GAZIER B. (2005), « Marchés transitionnels du travail et restructurations : vers une gestion collective des transitions », *Revue de l'IREs*, n° 47, pp. 301-317.
- GILBERT P. (1999), « La gestion prévisionnelle des ressources humaines : histoires et perspectives », *Revue Française de Gestion*, n° 124, juin-juillet-août.
- GRUMBACH T. (2006), « Monopole syndical, contenu et négociation des accords de méthode », *Droit social*, pp. 325-329.

- HEAS F. (2001), « Approche de la notion de reclassement », *Droit ouvrier*, décembre, p. 545.
- HEAS F. (2000), *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ, 452 p.
- HEAS F. (1999) « Les obligations de reclassement en droit du travail », *Droit social*, mai, p. 504.
- IRES (2005), « Restructurations, nouveaux enjeux », n° 47, *Numéro spécial Revue de l'IRES*.
- JOYEAU A., RETOUR D. (1999), « La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : entre contrôle et autonomie », *Revue de Gestion des Ressources Humaines*, n° 31-33, p. 127-143.
- KERBOURC'H J.-Y. (2004), « De la modernisation à la cohésion sociale : le législateur docteur du mystère », *Regards – Les Cahiers de Syndex*, n° 6, pp. 56-68.
- KERBOURC'H J.-Y. (2005), « L'organisation du marché du travail après la loi de cohésion sociale », *Revue de droit sanitaire et social*, septembre-octobre, pp. 848-862.
- KERBOURC'H J.-Y. (2005), « La convention de reclassement personnalisé », *Semaine soc. Lamy*, supp. n° 1242, 26 décembre, pp. 21-32.
- KERBOURC'H J.-Y., WILLMANN C. et alii (2001), Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi, *Cahier Travail Emploi*, La documentation française, 215 p.
- LEGRAND H.-J. (2006), « Sur un nouvel objet juridique non identifié : la GPEC », *Droit social*, pp. 330-333.
- LYON-CAEN A. (1992), « Le droit et la gestion des compétences », *Droit social*, pp. 573-580.
- MERLIN L., (1991), « Gestion prévisionnelle de l'emploi et évolutions des relations entre partenaires sociaux », *Développement et Emploi*, novembre, 55 p.
- MERLIN L., (1993), « Les accords de GPE : une coopération ambivalente », *Travail et Emploi*, n° 57 bis, pp. 33-48.
- PAUCARD D. (2004), « Les accords de méthode dans les situations de restructuration : éléments de réflexion à partir des cas rencontrés par Syndex au cours des 18 derniers mois », *Regards – Les Cahiers de Syndex*, n° 5, pp. 27-43.
- PAUCARD D., PETROVSKI M. (2006), « Les accords de méthode et leur impact sur les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel : quelques résultats à partir de huit études de cas », *Revue de l'IRES*, n° 50, pp. 103-136.
- RAY J.-E. (2006), « Pour des restructurations socialement responsables », *Droit social*, pp. 249-259.
- SAURET C., THIERRY D., (1993), *La gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences*, Paris, L'Harmattan.
- SAUVIAT C. (2006), « Le rôle des salariés dans la gouvernance des entreprises en France : un débat ancien, une légitimité en devenir », *Document de travail de l'IRES*, n° 06.02, Avril.
- SCHWEITZER A., PARIS J.-J. (2006), « L'expertise à l'épreuve des restructurations », *Droit social*, pp. 341-345.
- VERICEL M. (2005), « Le plan de sauvegarde de l'emploi, acte normatif original », *Droit social*, p. 976.
- VIET C. (2003), *Rapport de synthèse de la Mission exploratoire sur l'accompagnement des mutations économiques*, Paris, Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 35 p.
- WAQUET Ph. (2001), « Quelques réflexions sur l'arrêt Sat en particulier et sur le licenciement économique en général », *Revue de jurisprudence sociale*, juillet, p. 567.