

Avant-propos

Pour des restructurations socialement responsables

par Jean-Emmanuel RAY

Professeur à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Le 26^{ème} colloque de « Droit Social » a rassemblé le 1^{er} décembre 2005, sous la présidence de Fernando Vasquez (1), quatre cents participants sur le très protéiforme phénomène des « restructurations ».

S'il ne figure pas dans les dictionnaires d'avant-guerre (2), ce terme est aujourd'hui omniprésent dans l'actualité économique (3) et médiatique (4), mais aussi juridique (5). Les restructurations constituent même un

(1) Conseiller du directeur général en charge des restructurations, Commission européenne, Direction Générale Emploi, Affaires sociales et Égalité des chances (DG V).

(2) Mais le chef d'œuvre d'Alain REY paru en octobre 2005 (Dictionnaire culturel en langue française, quatre tomes, Le Robert) lui donne un double sens: « 1/Fait de restructurer: donner une nouvelle structure, une nouvelle organisation. 2/Par euphémisme, restriction des dépenses de personnel; voir Dégraissage ».

(3) Résumé emblématique des nouveaux rapports de force dans le monde (après le rachat par le chinois Lenovo de l'activité Ordinateurs d'IBM): l'OPA hostile de 19 milliards d'euros (soit quatre milliards de plus que la dépense de l'État pour ce secteur depuis 1980) lancée fin janvier 2006 par l'entreprise européenne Mittal Steel (cotée à Amsterdam, détenue par une famille indienne, son dirigeant étant britannique, 175 000 salariés) sur le groupe *européen* Arcelor (94 000 salariés dont 30 000 en France), lui-même issu de la fusion en 2002 du *français* Usinor, du *belgo-luxembourgeois* Arbed et de l'*espagnol* Arceralia. L'émotion soulevée par cette OPA vient de loin: l'acier et la sidérurgie remontent à 1750 en Lorraine, et elle intervient un demi-siècle après le symbole fort (l'acier et le charbon, au cœur de l'Europe) qu'a constitué la CECA, creuset de l'UE.

Coté à Paris, Arcelor venait de s'offrir à la suite d'une OPA hostile la société canadienne Dofasco... entreprise devant immédiatement être revendue par Mittal Steel au groupe allemand ThyssenKrupp qui s'était auparavant allié, sans succès immédiat, à Dofasco pour faire échouer l'OPA d'Arcelor fin 2005. Tel est pris...

Dans cette passionnante partie d'échecs au mieux, de poker menteur au pire, quelle a été, et sera, la place des 269 000 salariés ou de leurs représentants, la Commission de Bruxelles n'ayant eu pour credo que « l'examen des questions de concurrence, et de concurrence seulement » (N. Kroes, commissaire)? De politique industrielle voire sociale, il ne saurait être question au niveau communautaire?

(4) Pour l'année 2005, les fusions et acquisitions mondiales ont augmenté de 35 % et atteint la somme globale de 2600 milliards de dollars: avec la reprise, les prédateurs ont davantage de liquidités, et les proies sont de meilleure qualité. La France s'y est montrée particulièrement active, avec plus de 220 milliards d'achats et une montée en puissance des opérations hostiles.

(5) Sur l'ensemble de la question, voir le très complet ouvrage de droit comparé publié sous la direction de Corinne SACHS-DURAND, « La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire », Presses Universitaires de Strasbourg, 2004; Aurélie CORMIER et Emmanuel BÉNARD, « Les restructurations après la loi du 18 janvier 2005: aspects juridiques et pratiques », Éd. Liaisons, 2^{ème} édition, avril 2006. « Délocalisations, normes du travail et politiques d'emploi: vers une mondialisation plus juste » (La Découverte, Coll. Recherches, novembre 2005, sous l'égide du BIT), avec en particulier les articles de Daniel COHEN, « Les effets du commerce international sur l'emploi dans les pays riches »; Bernard GAZIER, « Le rôle des politiques actives de l'emploi dans les restructurations »; Marie-Ange MOREAU, « L'internationalisation de l'emploi et le débat sur les délocalisations en France: perspectives juridiques »; Philippe WAQUET, « La place du droit du travail dans les processus de restructuration ». Le numéro spécial de la revue de l'IRES entièrement consacré à cette question en janvier 2005, n° 47, 2005/1: « Restructurations: nouveaux enjeux »; voir aussi le numéro spécial de *Droit ouvrier*, juillet-août 2005: « Licenciements économiques, restructurations ». Plus généralement, « Délocalisations, restructurations, exaspérations, ripostes: rapport sur la situation économique et sociale 2004-2005 » de H. JACOT et J. C. le DUIGOU, CGT 2005.

Sur la loi du 18 janvier 2005: voir le numéro spécial de la présente revue, avril 2005; numéro spécial *SSLamy*, « Le droit du licenciement économique », n° 1242, 26 décembre 2005: en particulier F. FAVENNEC, « Restructurations: deux maîtres mots: négociation, anticipation », p. 9; H.-J. LEGRAND, « Sur les règles régissant les restructurations ayant une incidence sur l'emploi », p. 15.

« fait social total » sinon brownien (6) touchant tout le droit des entreprises, tant interne que communautaire (7). Constituant désormais un vaste marché (8), elles font intervenir en France une multitude d'acteurs: chef d'entreprise et ses divers consultants et avocats, syndicats, comité d'entreprise et ses experts bien sûr, ANPE et nouvelles Maisons pour l'Emploi, UNEDIC (9), mais également collectivités territoriales (région, département, municipalités) souvent très actives sinon créatives (10) quelle que soit leur couleur politique, préfets (11)... mais aussi juges les plus divers (12) avant, pendant et après la restructuration.

Seul point commun à tous ces acteurs: la modestie, car des phénomènes aussi complexes ne permettent

guère, sans se ridiculiser, de jouer les Yaka et autres Faulkon.

Réorganisation interne et/ou externe, cession, externalisation, fusion, filialisation, cessation d'une activité mais relance d'une autre dans un pays tiers (13), le tout accompagné (mais pas toujours) de vastes mobilités, voire de licenciements économiques. Était-il raisonnable de consacrer une journée à ce phénomène pour le moins multiforme et désormais international sinon mondial (14)?

Les restructurations ont ainsi pu être comparées à l'Himalaya du droit du travail français: flux et reflux des conditions d'application de l'article L. 122-12 (15)

- (6) « Karl, reviens, ils sont devenus fous »? Si les salariés ont souvent quelques difficultés à comprendre la logique de ces restructurations permanentes, cet étonnement touchant à l'incompréhension atteint aujourd'hui – en privé car la liberté d'expression a tout de même des limites malgré les arrêts de la Cour de cassation – nombre de cadres supérieurs et parfois même dirigeants: la machine s'est manifestement emballée, et l'on feint d'en être les organisateurs. Tout cela n'a plus aucun sens, dans tous les sens du terme: il est donc prévisible que l'encadrement même supérieur ait de plus en plus de mal à se mobiliser et *a fortiori s'engager*, et à mobiliser des troupes qui, restructurations successives aidant, sont assez réalistes sur la moralité et la fidélité des personnes morales changeant de mains.
- (7) Outre l'intervention de F. VASQUEZ, voir *infra* les articles de Marie-Ange MOREAU et Gilles BÉLIER. Sur « les nouvelles orientations de la stratégie européenne pour l'emploi », voir Stéphanie de la ROSA, *Dr. soc.*, décembre 2005, p. 1210.
- (8) Avec au niveau communautaire le Fonds Social Européen cherchant à prévenir (soutien financier aux dispositifs de conseils, à l'attractivité des territoires, à l'adaptation des salariés) mais aussi à guérir (financement de reconversions locales).
Au niveau français, la mission Interventions Sectorielles de la DGEFP est en charge des dispositifs d'accompagnement des restructurations.
Sans oublier le large marché ouvert par l'article L. 321-4-2 de la loi du 18 janvier 2005 aux consultants, cabinets divers, et désormais aux psychologues: « Dans les entreprises non soumises aux dispositions de l'article L. 321-4-3, l'employeur est tenu de proposer à chaque salarié dont il envisage de prononcer le licenciement pour motif économique le bénéfice d'une convention de reclassement personnalisé lui permettant de bénéficier, après la rupture de son contrat de travail, d'actions de soutien psychologique, d'orientation, d'accompagnement, d'évaluation des compétences professionnelles et de formation destinées à favoriser son reclassement ».
- (9) Fin 2005, le déficit cumulé de l'UNEDIC se montait à 14 milliards d'euros: l'accord du 22 décembre 2005 « relatif à l'aide au retour à l'emploi » doit générer 4 milliards d'économies sur trois ans. S'agissant du chômage partiel total (sic), en baisse constante: « A l'issue de la période légale d'indemnisation du chômage partiel total, l'employeur est tenu, soit de donner du travail au salarié, soit de mettre en œuvre la procédure de licenciement » (Cass. soc., 9 novembre 2005).
- (10) Sur l'activisme bienvenu des collectivités territoriales dans la lutte contre le chômage depuis les lois de décentralisation du 2 mars 2002, voir « Les bonnes idées du terrain pour doper l'emploi », *LSM Mensuel*, janvier 2006 p. 67. Sur l'impérieuse nécessité de coordonner les différents acteurs – avec la DDTE comme chef d'orchestre – voir l'étude de l'Ires portant sur 90 cellules de reclassement, réalisée par Carole TUCHSZIRER et disponible sur le site <http://surlemploi.free.fr/serendipity> (ex: lorsque le comité d'entreprise a été associé au choix du cabinet de reclasse-

ment, le taux d'adhésion des salariés augmente sensiblement).

- (11) Sur ces mesures de « réindustrialisation » devenues de « revitalisation », qui constituent à elles seules désormais le thème d'un futur colloque, voir le décret n° 2005-1084 du 31 août 2005 et les circulaires (n° 2005/42 du 12 décembre 2005, *Liaisons sociales* du vendredi 23 décembre 2005, p. 3; DGEFP-DRT n° 2005/47 du 30 décembre 2005 « relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations », *Liaisons Soc.* du 31 janvier 2006). La loi dite « de modernisation sociale » du 17 janvier 2002 avait par son article 118 contraint les entreprises procédant « à des licenciements économiques susceptibles par leur ampleur d'affecter l'équilibre économique du bassin d'emploi à prendre des mesures destinées à contribuer à la création d'activités, aux actions de formation professionnelle et au développement des emplois dans le bassin d'emploi ». Abrogées par la LCS du 18 janvier 2005, ces dispositions ont en fait été remplacées par l'article L. 321-17 du Code du travail.
- (12) 50.242 défaillances d'entreprise pour l'année 2005 contre 48.673 en 2004: le droit des procédures collectives est particulièrement présent avec l'intervention du Tribunal de Commerce, surtout depuis le 1^{er} janvier 2006 avec l'application de la loi du 26 juillet 2005 ayant créé une nouvelle procédure de sauvegarde inspirée du chapitre 11 du droit américain (cf. L. 620-1 du Code de commerce). Rappelons que pendant cette période et malgré des nombreux amendements contraires, le droit commun des licenciements économiques est maintenu, contrairement au redressement judiciaire qui garde donc de beaux jours devant lui. Sur cette loi, voir A. MAZEAUD, « Les cessions d'entreprise ou de partie d'entreprise depuis la loi du 26 juillet 2005 », *Dr. soc.* janvier 2006, p. 12. Sur la place des salariés dans la procédure de sauvegarde, voir décret du 28 décembre 2005, *JO* du 29, p. 20324 (cf. « Nul n'est censé ignorer ces 20.324 pages de l'an de grâce 2005 »).
- (13) Voir *infra* l'article sur les délocalisations de Christophe RADE.
- (14) Créée par l'OIT, la « Commission mondiale sur la dimension sociale de la mondialisation » a publié en février 2004 un rapport très général: « Une mondialisation juste: Créer des opportunités pour tous ». Il s'agit de la première démarche entreprise pour établir un dialogue structuré entre personnalités représentant les divers acteurs, groupes et secteurs ayant des opinions et des intérêts différents sur la dimension sociale de la mondialisation, dans le but de trouver un terrain d'entente sur l'un des sujets les plus controversés et conflictuels de notre époque. S'engage par ailleurs en 2006 la fusion-restructuration des grandes centrales syndicales mondiales (CISL et CMT).
- (15) Cf. CS 9 novembre 2005, confirmant le droit pour le salarié de refuser le transfert *conventionnel* de son contrat de travail. Sur l'ensemble de la question, voir Pierre BAILLY, « L'application de L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail par la Chambre sociale », *in* revue « Droit du travail » de la Cour de cassation n° 71, Éditions du *JO*, septembre 2005, p. 3.

comme de la directive transfert (16), instrumentalisation des mêmes textes afin de pouvoir réduire les effectifs sans avoir à licencier (17), usages et autres engagements unilatéraux qui suivent la collectivité de travail (18) contrairement aux accords d'entreprise qui parfois disparaissent, mais dont *les effets* survivent jusqu'à la signature de l'accord de substitution dans la nouvelle entité en application de l'article L. 132-8... qui applique aux restructurations le régime ici tout à fait inadéquat de la *dénonciation* (19) ; problèmes socialement et juridiquement fort délicats d'égalité de traitement pendant la phase de transition, voire au delà (20), définition exacte de ces fameux avantages individuels acquis pouvant s'incorporer au contrat de travail quinze mois après, sort des régimes de protection sociale (21), etc. Sans parler des représentants du personnel: le chiffre

des demandes d'autorisation (22) à l'inspection du travail lors d'un transfert *partiel* d'entreprise monte régulièrement: 2282 en 2003, soit environ le quart des demandes d'autorisation de *licenciement* pour motif économique (23).

Si le terme « restructurations » n'est plus seulement un vocable médiatiquement moins dévastateur que « licenciement collectif futur » ou montage d'un plan qualifié par le législateur de « sauvegarde de l'emploi (24) », il en demeure rarement très éloigné, à l'instar du droit de la modification restant toujours proche de celui du licenciement (25). L'actualité nous montre en effet tous les jours que l'anthropomorphisme a, malgré ses évolutions récentes (26), ses limites et que nombre de personnes morales sont dépourvues de toute morale: combien de promesses faites à l'occasion d'un rachat ou

(16) Voir par exemple CJCE, 15 décembre 2005 (C-232/04), où la Cour n'exclut pas l'application de la directive Transfert s'agissant du contrôle des passagers et des bagages dans un aéroport, alors que l'ensemble du matériel utilisé appartenait au donneur d'ordres, le ministère de l'Intérieur allemand.

(17) Voir *infra* les articles de Alain SUPIOT et Michel HENRY. La fermeture de l'ancien site industriel (cédé à temps à un obscur groupe coréen) trois ans plus tard permet d'éviter, au delà de la réputation (ne pas écorner la si fragile *image de marque*), toutes les obligations liées au licenciement économique: en particulier obligation de reclassement *urbi et orbi*, recherche de la cause réelle et sérieuse au niveau du secteur d'activité du groupe. *A fortiori* en cas de dépôt de bilan, tactique ou réel, qui permettra à l'AGS et le cas échéant à la collectivité nationale de démontrer que la solidarité n'est pas un vain mot.

(18) Mais uniquement à l'égard des salariés dont le contrat était en cours au jour du transfert (CS 7 décembre 2005, *Dr. soc.* février 2006, obs. J. SAVATIER), ce qui à terme est difficilement gérable en termes d'égalité de traitement.

(19) Voir CS 14 décembre 2005: « Si l'application d'une convention collective vient à être mise en cause dans les conditions prévues à l'article L. 132-8, la mise en cause résulte de plein droit de l'événement qui l'a entraîné, sans qu'il soit besoin de la notifier » (à l'instar du transfert des contrats de travail au titre de L. 122-12). S'ouvre alors la période de « préavis » de trois mois minimum, légitime pour une dénonciation mais décalée pour une fusion.

(20) Ainsi que le précisait l'arrêt du 11 janvier 2005: « Après avoir absorbé sa filiale la société Axone, la société IBM a maintenu au profit des salariés transférés un régime de rémunération des astreintes procédant d'un accord antérieur et plus favorable que celui qu'elle applique à ses autres salariés; M. D. lui a imputé une violation de la règle d'égalité des rémunérations [...]. Mais en l'absence d'un accord d'adaptation, le maintien aux salariés transférés des avantages individuels acquis en application de l'accord mis en cause par l'absorption ne pouvait constituer à lui seul pour les autres salariés de l'entreprise auxquels cet avantage n'était pas appliqué un trouble manifestement illicite ».

– Même différenciation licite au sein d'une unité économique et sociale: CS 1^{er} juin 2005: « Au sein d'une unité économique et sociale, qui est composée de personnes juridiques distinctes, pour la détermination des droits à rémunération d'un salarié, il ne peut y avoir comparaison entre les conditions de rémunération de ce salarié et celles d'autres salariés compris dans l'unité économique et sociale que si ces conditions sont fixées par la loi, une convention ou un accord collectif commun, ainsi que dans le cas où le travail de ces salariés est accompli dans un même établissement ».

– Ou entre établissements différents comme l'a confirmé l'arrêt Carrefour du 18 janvier 2006: « Une différence de traitement entre les salariés d'une même entreprise ne constitue pas en elle-même une discrimination illicite au sens de l'article L. 122-45 du Code du travail; Un accord d'entre-

prise peut prévoir qu'au sein de certains de ses établissements, compte tenu de leurs caractéristiques, des modalités de rémunération spécifiques seront déterminées par voie d'accords d'établissement » (cassation sans renvoi). Plus généralement, on voit mal à quoi pourraient servir les accords d'établissement s'ils devaient être strictement identiques sur les sujets communs.

– Voir en amont de la restructuration: cf. CS 21 septembre 2005, *RJS* 12/05 n° 1174: droit pour un salarié bientôt transféré de refuser l'alignement de sa rémunération sur celles du cessionnaire futur: défaut de cause réelle et sérieuse.

(21) Voir article Patrick MORVAN, *infra*.

(22) Un refus de transfert d'un représentant du personnel conduit souvent à des situations difficiles, les autres salariés étant eux transférés de plein droit au titre de L. 122-12. Mais l'employeur qui affecte alors le délégué à un poste sans activité réelle commet un délit d'entrave à fonctions: « En l'absence d'autorisation de transfert d'un salarié investi de fonctions représentatives, l'employeur doit maintenir celui-ci dans son emploi. Toute mutation de poste ou de fonctions imposée contre son gré à un tel salarié, si l'employeur ne rapporte pas la preuve de sa pleine justification, équivaut à un licenciement intervenu en méconnaissance des dispositions protectrices du Code du travail, et caractérise en tous ses éléments constitutifs le délit d'entrave » (Cass. crim. 22 novembre 2005).

(23) Cf. DARES, Premières Informations n° 38-3, septembre 2005 (LS du 18 novembre 2005). Limité à une éventuelle discrimination, le contrôle aboutit à plus de 90 % d'autorisations.

(24) Terme mensonger, car comme chacun sait un PSE ne sauvegarde hélas que bien rarement tous les emplois. Mais les 1500 PSE montés en 2003 et les 1240 de 2004 ne concernent *in fine* que moins de 15 % des licenciements économiques. Rappelons que sur les 381.500 inscriptions à l'ANPE en décembre 2005, les licenciements économiques en représentent 4,2 % (16.300, déc. 2004 : 23.400), les licenciements personnels 14 % (48.800), les fins de CDD 24 % (98.000), et de mission TT 11 % (33.600): curieux, non ?

(25) La *summa divisio* des juristes français (véritable modification du contrat de travail/simple changement des conditions de travail) ne modifie au bout du chemin que le motif du licenciement: motif économique dans le premier cas, pour faute dans le second: mais dans les deux cas, inscription à l'ANPE.

(26) Respect du domicile, préjudice moral d'une personne morale. Le récent élargissement de leur responsabilité pénale, qui n'est plus spéciale depuis le 1^{er} janvier 2006, pourrait réserver quelques surprises si la dérive continue. Deux sociétés créent une petite joint-venture à 50/50: si l'une d'elle la laisse tomber au premier exercice déficitaire, sera-t-elle poursuivie pour abandon de famille (article 227-3 du NCP)? Un grand méchant groupe peut-il être mis en examen pour viol sur une toute petite filiale? Et le harcèlement moral d'une personne morale (ex: reporting hebdomadaire) par une holding, qui aurait « altéré sa santé mentale et compromis son avenir » (222-33-2 NCP)?

d'une fusion (du « mieux disant culturel » au maintien d'un certain niveau d'emploi (27)) sont, *volens nolens*, oubliées quelques mois après, la mondialisation (i.e. la loi du marché) ressemblant de plus en plus à celle de la pesanteur ? Il serait d'ailleurs intéressant de mener une étude sur le taux restructurations/ruptures pour motif économique (28) et autres plans de sauvegarde de l'emploi dans l'année qui suit. De la même façon, certains plans de GPEC (29) présentés sinon vendus comme une volonté forte de se projeter ensemble dans l'avenir cachent mal une GPSE (Gestion d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi (30)) : bref, une succession la plus discrète possible de petits licenciements collectifs (31) souvent liés à des refus de mobilité professionnelle et géographique (32), largement étalés dans le temps et permettant de diminuer le choc social et donc l'impact médiatique (33) de licenciements, si négatif dans notre société de la réputation.

Mais il s'agit là d'un fusil à un coup, qui tue pour dix ans toute vraie GPEC dans toute la région.

UN PHÉNOMÈNE LITTÉRALEMENT INCESSANT

« *Le capitalisme constitue de par sa nature une méthode de transformation économique: non seulement*

il n'est jamais stationnaire, mais il ne pourra jamais le devenir [...]. L'ouverture de nouveaux marchés nationaux ou extérieurs, le développement des organisations productives constituent des exemples du même processus de mutation industrielle qui révolutionne incessamment de l'intérieur la structure économique, en détruisant continuellement ses éléments vieillis et en créant continuellement des éléments neufs. ce processus de destruction créatrice (34) constitue la donnée fondamentale du capitalisme » écrivait en 1942 Joseph Schumpeter dans « Capitalisme, socialisme et démocratie » (35).

Point n'est besoin d'être un grand devin pour pronostiquer dans le secteur secondaire la poursuite d'importantes restructurations dans les années à venir (ex: secteur textile, chaussures), mais aussi dans les services pouvant être délocalisés dans des pays à bas coût de main d'œuvre et qui dépassent largement les annuaires téléphoniques et autres centres d'appel (ex: offshore informatique). Or ce caractère continu, littéralement incessant et de plus en plus rapide (36) n'est guère le tempo pour lequel le Code du travail a créé le rituel des procédures d'information-consultation (avant/après l'événement), *a fortiori* pour le comité d'entreprise ou de groupe européen qui tente de s'adapter à ces entrées et sorties permanentes (37), enfin pour le dialogue

(27) Sur cette question, voir F. CANUT, « La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi », *JCP (S)* du 13 décembre 2005, n° 1411.

(28) Ainsi des ex-salariés de Moulinex ayant accepté une mobilité pour garder un emploi, et été travailler dans des établissements de la société SEB: entreprise qui prévoit la fermeture de trois sites pour 2007, dont l'emblématique site de Syndicat (Vosges, 439 salariés).

(29) Sur « ce nouvel objet juridique non identifié », voir l'article de Henry-José LEGRAND, *infra*. Comme le notent les « Cahiers B. Brunhes » d'octobre 2005 (n° 15, « Anticiper l'emploi »), la GPEC tirant son prestige du mystère qui l'entoure connaît aujourd'hui une seconde phase, qui ne veut plus englober tout (tous les salariés dans tous les métiers sensibles ou à risques conduisant à définir 231 qualifications) dans ce qui était parfois devenue une énorme usine à gaz en forme de messages aller-retour entre la DRH et la Direction Juridique: elle devient moins *prévisionnelle* (les prévisions aujourd'hui...) que *prospective*.

(30) Cf. « GPEC, GPSE ou GPCE », *LSMensuel*, janvier 2006 p. 56.
Cette différence d'analyse est confirmée par un sondage CSA/Alpha Conseil publié par Liaisons Sociales Mensuel en novembre 2005. A la question, « Qu'est-ce que la GPEC ? », les 402 DRH interrogés répondent
« Une méthode de gestion des compétences » à 67 %, et les 406 représentants du personnel à 41 %.
« Un moyen de lisser l'évolution des effectifs pour en réduire le coût ? »: 5 % de DRH, 20 % des représentants du personnel.
« Un moyen d'éviter d'avoir à mettre en œuvre un PSE ? »: 3 % des DRH, 12 % des représentants du personnel
« Une méthode pour ajuster les effectifs à la stratégie ? »: Score identique dans les deux camps: 22 %.

(31) Un PSE réussi n'est-il pas aujourd'hui celui dont la presse ne parle pas ?
Dans son important arrêt *Celtec Ltd/John Astley* du 26 mai 2005 (*RJS* 12/05 p. 831, obs. J.-Ph. LHERNOULD), la CJCE a refusé le principe d'un transfert progressif de l'entité en cause (en l'espèce sur trois ans), contrairement aux conclusions de l'avocat général Poiares Maduro voulant que la Cour soit « plus proche des réalités économiques » en faisant varier la date du transfert selon la position prise par chaque salarié.

(32) Vieille question montant régulièrement en puissance que l'utilisation individualisée d'une clause de mobilité géographique dans le cadre d'une restructuration: faut-il y voir seulement l'imparable mise en œuvre d'une stipulation contractuelle, éventuelle source de rupture disciplinaire mettant donc une forte pression, ou remonter à la source: le motif économique initial qui ne fait aucun doute? En ce sens, voir Cour d'appel de Versailles (6^{ème} ch.), 30 novembre 2004, *Droit Ouvrier*, décembre 2005, p. 552.

(33) La fin progressive des mesures d'âge a contribué à rendre très impopulaires les restructurations dans toute l'Europe: elles constituaient un amortisseur aussi consensuel qu'onéreux des suppressions d'emploi, surtout s'agissant de métiers pénibles où personne ne voyait vraiment comment maintenir ces personnes au travail jusqu'à 60 ou 65 ans (mines, sidérurgie).

L'année 2006 devrait voir la reprise législative de l'ANI du 13 octobre 2005 « relatif à l'emploi des seniors en vue de promouvoir leur maintien et leur retour à l'emploi ». Titre II: « Sécurisation des parcours professionnels », article 4: Gestion anticipative des emplois et des compétences: « La mise en place d'une véritable gestion anticipative des emplois et des compétences dans toutes les entreprises requiert une implication des partenaires sociaux à tous les niveaux: branches, territoires, entreprises (...).
De nombreuses dispositions, notamment l'article L. 320-2 du Code du Travail, devront être mobilisées pour permettre une réelle mise en œuvre d'une gestion anticipative des emplois et des compétences ».

(34) Rappelons qu'en France depuis vingt ans, chaque année 15 % des emplois existants ont été détruits et 15,5 % créés: soit pour l'année 2004, 2,3 millions de disparitions et autant de créations d'emplois nouveaux: soit environ 10.000 par jour ouvrable, selon P. CAHUC et A. ZYLBERBERG (« Le chômage, fatalité ou nécessité? », Flammarion, 2004).

(35) Chapitre 7, voir la traduction française de 1974 (Petite Bibliothèque, Payot).

(36) Sur l'ensemble de cette question: O. DUTHELLET de LAMOTHE, « Politique de l'emploi et dynamique des entreprises: pour une nouvelle approche des politiques d'emploi », Éd. Liaisons, décembre 2005.

(37) Voir *infra* les articles de Marie-Ange MOREAU et de Gilles BÉLIER.

social qui hésite sur le bon niveau, les bons sujets et les bons interlocuteurs.

Le droit français puis le droit communautaire se sont en effet construits sur des restructurations ponctuelles dans le temps et dans l'espace, et les mécanismes désormais pluriels (38) d'information/consultation/négociation (39) ne sont guère adaptés à ce mouvement perpétuel.

Folie du court terme aggravée par un singulier effet de mode, sinon moutonnier (cf. les annonces successives de réductions d'effectifs dans l'automobile ou l'informatique mondiale, comme si les besoins de compétitivité étaient les mêmes partout). Mais à notre époque où le fondamentalisme (défendre à tout prix un principe unique) dépasse désormais le religieux et envahit l'économie (40), quel autre comportement attendre de dirigeants parfois eux-mêmes sans véritable localisation, dont le niveau global de rémunération est désormais essentiellement lié à l'augmentation du cours de Bourse? Et les salariés de regretter les entreprises familiales sinon paternalistes d'hier, qui s'inscrivaient dans le long terme et pensaient devoir rendre des comptes à la collectivité dans laquelle elles évoluaient (41).

Il est peu probable que le rythme se réduise: au niveau mondial, la concentration s'accélère. Après plus de trente ans de travaux préparatoires, la Société Européenne (SE) a vu le jour en France avec la loi du

26 juillet 2005 qui permettra de « faciliter les délocalisations en Europe (42) ». Soumise aux règles régissant les sociétés anonymes du droit français, « cette nouvelle forme sociétaire a pour objectif de simplifier la gestion des activités économiques à l'échelle communautaire; elle permet aux entreprises de fonctionner dans tous les États Membres sous une forme juridique unique. Elle facilite les fusions et la création de filiales et de holdings internationaux en uniformisant les processus de gestion: les transferts se feront désormais plus facilement, sans nécessité de créer de nouvelles structures et sans coût fiscal supplémentaire (43) ».

La directive du 11 mars 2002 relative à « l'information et à la consultation des travailleurs » évoque pour sa part dans son considérant n° 7 « l'anticipation des risques », voulant « promouvoir et renforcer l'information et la consultation sur la situation et l'évolution probable de l'évolution de l'emploi au sein de l'entreprise [...] et les éventuelles mesures d'anticipation à envisager, notamment en termes de formation et de développement des compétences des travailleurs » (n° 8), « une information et une consultation en temps utile constituant une condition préalable à la réussite des processus de restructurations et d'adaptation des entreprises aux nouvelles conditions induites par la mondialisation de l'économie » (n° 9); Plus récemment, les partenaires sociaux ont réfléchi anticipation et gestion du changement (44).

(38) Surtout celle sur la société européenne transposée par la loi « pour la confiance et la modernisation de l'économie » (article 12, loi du 26 juillet 2005, JO du 27 p. 12.160) qui a introduit dans le titre III du livre IV du Code du travail un nouveau chapitre XI: « Implication des salariés dans la société européenne et comité de la société européenne », avec la volonté « de faciliter l'intégration de la société européenne dans les différents États membres en respectant la spécificité des questions sociales.

« Définition de l'information et la consultation:

- L'information est celle que doit fournir l'organe dirigeant de la société européenne à l'organe représentant les salariés sur les questions qui concernent la société européenne elle-même et toute filiale ou tout établissement situé dans un autre État membre ou sur les questions qui excèdent les pouvoirs des instances de décision d'un État membre, cette information se faisant à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des salariés d'évaluer l'incidence éventuelle et, le cas échéant, de préparer des consultations avec l'organe compétent de la société européenne.

- La consultation réside dans l'instauration d'un dialogue et d'un échange de vues entre l'organe représentant les salariés ou les représentants des salariés et l'organe compétent de la société européenne à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des salariés, sur la base des informations fournies, d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent, qui peut être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la société européenne ».

(39) Cf. l'arrêt *Mme Junk*, CJCE 27 janvier 2005, C-188/03, portant sur l'interprétation de la directive du 20 juillet 1998 sur les licenciements collectifs: § 30: « La notion de licenciement visée aux articles 2 et 4 de la directive doit recevoir une interprétation autonome et uniforme dans l'ordre juridique communautaire »; § 42: « Les obligations de consultation et de notification naissent antérieurement à une décision de l'employeur de résilier les contrats de travail »; § 43: « Il apparaît que l'article 2 (« en vue d'aboutir à un accord ») impose une obligation de négociation » (au sens du droit communautaire).

(40) Le niveau du CAC 40 a augmenté en 2005 de près de 24 %, ce qui est légèrement supérieur à « l'inquiétante dérive des coûts salariaux » pour la même année (2,8 %, hors bonus des cadres dirigeants). Mais faut-il s'affliger de ce remarquable enrichissement des détenteurs de capitaux? Au delà du sort schizophrénique des salariés-actionnaires, on ne peut reprocher le lundi aux entreprises de gagner trop d'argent, puis les mettre en examen médiatique le mardi en évoquant l'incroyable incurie de dirigeants ayant amené des déficits; l'économie n'est pas une science exacte, sauf en cas de commode modélisation stratosphérique, « toutes choses égales par ailleurs »: ce qui comme chacun sait est notre lot quotidien dans notre monde immobile.

(41) Caricature de ces palinodies de l'opinion: le feuilleton Danone, ce grand groupe mondial digne de Gengis Khan car sacrifiant les P'tits Lu d'Evry sur l'autel du profit en 2001; Puis devenu héros national à l'été 2005 car transfiguré en Astérix menacé (?) d'être l'objet d'une OPE hostile de la part d'un groupe (forcément) américain (PepsiCo).

(42) Pour reprendre les termes de la Commissaire à la Politique régionale Danuta Hübner (*La Tribune*, 11 février 2005).

(43) Communiqué du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 30 novembre 2005. « Transfert de siège: « Le siège de la SE peut être transféré dans un autre État membre sans que cela donne lieu à une dissolution ni à une création d'une personne morale nouvelle. Le transfert n'étant pas traité comme une cessation d'activité, il n'y a pas d'imposition fiscale immédiate ». S'y ajoute la directive du 26 octobre 2005 sur « les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux. La création d'une seule entité juridique évite la multiplication de filiales nationales et permet aussi de faciliter la restructuration et l'adaptation des entreprises ». Sur l'ensemble de la question, voir M.-A. MOREAU, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.* 2001, p. 967.

(44) Cf. le (maigre) résultat de la première phase de consultation « Anticiper et gérer le changement – une approche dynamique des aspects sociaux de la restructuration des entreprises ». Aujourd'hui en cours, la seconde phase de consultation sur les aspects sociaux des restructurations a commencé le 31 mars 2005.

Plus généralement, la recherche des meilleures pratiques en matière de restructurations au sein des 25 est a priori une bonne idée. Mais un soi-disant « modèle social » est un mauvais « objet d'imitation (45) » : lié à une culture juridique particulière et surtout à une histoire politique et économique vernaculaire, le social est un bien piètre produit d'exportation (46). Ainsi, et sans même évoquer la situation d'anciens pays de l'Est où l'on cherche parfois des partenaires sociaux, un projet de restructuration ne donne pas lieu aux mêmes réflexes en France, en Allemagne, en Grèce ou en GB.

Pratique courante en Europe du Nord, « l'accompagnement des restructurations avec une implication accrue des partenaires sociaux » figurant dans l'agenda social 2005-2010 de la Commission, et reprise lors du sommet européen de Bruxelles de mars 2005 n'est pas la norme dans toute l'Europe.

LE MYTHE NÉCESSAIRE DE L'ANTICIPATION (47) ?

« Les entreprises doivent s'efforcer de faire des prévisions de façon à établir les bases d'une politique de l'emploi. Lorsqu'elles entreprennent des opérations de fusion, de concentration, elles doivent intégrer les incidences prévisibles en ce qui concerne l'emploi et préparer des solutions permettant de réduire les éventuels licenciements, notamment par un effort de formation facilitant les mutations internes ». Comme le rappelait il y a 37 ans le Préambule de l'ANI du 10 février 1969 (48), chercher à amortir les effets sociaux des restructurations est nécessaire, mais pas vraiment nouveau.

Mais peut-on vraiment les prévenir ?

Car contrairement à celles des années 1980 dans les Mines de Lorraine ou la sidérurgie du Nord qui visaient un secteur entier en pleine déconfiture (49) et finissaient par poser des questions difficiles de maintien de l'ordre (50), celles auxquelles nous assistons aujourd'hui portent le même nom mais ne sont plus de même

nature (51). Alors qu'elles étaient socialement au moins aussi violentes mais limitées dans le temps et dans l'espace, elles sont aujourd'hui permanentes puisque le périmètre de l'entreprise – déjà largement recentrée sur son cœur de métier et ayant externalisé les fonctions dites périphériques mais de plus en plus larges – évolue en permanence en fonction du marché ; Elles touchent autant les entreprises en bonis pratiquant des restructurations de compétitivité (hypothèse socialement impensable dans les années 1970-1980) que les sociétés en réelle difficulté. Ainsi dans les grands groupes français ou étrangers, il ne se passe pas de mois sans fusion, cession, scission volontaires... mais parfois aussi OPA ou OPE tout à fait inamicales où le prédateur (52) explique que $1+1 = 3$, la suite montrant plutôt que $1+1 = 1,5$: le taux d'échec semble considérable en cas de fusion (53), en raison aussi du départ physique des meilleurs salariés, et moral de ceux qui restent, parfois dans les deux camps. Un ingénieur du service Recherche qui trouve, c'est déjà rare : alors si entre deux restructurations, il n'est pas vraiment mobilisé pour trouver... Un travailleur du savoir ne fait certes pas grève : il est physiquement présent, travaille mais garde pour lui ses trouvailles : les sociologues appellent cela l'absentéisme moral, qui n'est pas aussi facile à surveiller que les bras d'un opérateur sur chaîne, ou les arrêts-maladie jugés abusifs mais qui cachent des retraits individuels dans ces opérations parfois littéralement insensées en termes de « ressources humaines ».

Quant aux fameuses « économies d'échelle », elles se traduisent plus prosaïquement par des économies de postes : un opérateur ou un directeur juridique de la société A + un opérateur ou un directeur juridique de B = un seul opérateur ou directeur juridique de C, qui risquent d'être « externalisés ».

Prévoir les restructurations à venir est pour l'essentiel mission impossible (54). C'est donc du côté des salariés qu'il convient d'agir (55), d'anticiper (56) : la

(45) Littré.

(46) Sur ce terrain, notre pays réussissant à associer démultiplication à l'infini des mécanismes et procédures de protection de l'emploi avec l'un des plus forts taux européens de chômage mais aussi de sentiment d'insécurité sociale n'a de leçons à donner à personne.

(47) Pour reprendre l'expression de J.-P. AUBERT et R. BEAUJOLIN-BELLET in « Les acteurs de l'entreprise face aux restructurations : une délicate mutation », *Travail et Emploi* n° 100, octobre 2004, p. 99.

(48) Voir Yves DELAMOTTE, « L'ANI sur la sécurité de l'emploi du 10 février 1969 », *Dr. soc.* 1969, p. 498.

(49) Cf. Jacques FREYSSINET, « Les stratégies de structuration de l'emploi dans les groupes industriels », *Travail et Emploi* 1980, n° 4.

(50) Ce n'est pas un hasard si un Pôle Européen de Développement a été créé en 1985 à Longwy, où depuis 1974 les manifestations montraient le désespoir croissant de toute une population se considérant comme abandonnée de tous.

(51) Encore que : cf. secteur textile. Même s'il faut se méfier des comparaisons hasardeuses : ainsi pour nombre des produits en cause, le coût de la main d'œuvre au sens strict, toutes charges comprises, représente moins de 10 % du coût final. Voir l'article de Daniel COHEN, « Les effets du commerce international sur l'emploi dans les pays riches », in, « Délocalisations, normes du travail et politiques d'emploi : vers une mondialisation plus juste » *op. cit.* p. 29. Prenant l'exemple

de l'Air Pegasus (sic), produit phare de l'entreprise Nike, l'auteur montre que cette paire de chaussures « coûte autant à fabriquer comme objet physique que comme objet social » : vendue au consommateur 70 dollars, son coût total de fabrication est de 16,50 dollars. Coût de la promotion par paire : 4 dollars, prix de vente au distributeur : 35,50 \$: « il coûte aussi cher de mettre la chaussure au pied du consommateur qu'il en a coûté à la fabriquer au sens plein du terme ; et l'on achète autant l'image, le concept que le produit lui-même ». S'agissant de petit électroménager, si la main d'œuvre chinoise coûte à l'heure effectivement entre dix et vingt fois moins cher qu'en France, c'est compter sans la productivité très inférieure, les défauts de qualité, le turn-over, les coûts de transport en Europe... et le fait que seulement 10 à 20 % du prix de vente final est là encore constitué de coûts salariaux.

(52) « Prédateur : qui vit de proies » (Littré).

(53) Un taux de 50 % d'échecs est évoqué dans l'ouvrage dirigé par C. SACHS-DURAND (p. 21). Chacun sait en particulier que les fusions « entre égaux » dégénèrent souvent en guerre fratricide d'egos.

(54) Ex : qui aurait cru que le génial et apparemment increvable Walkman de Sony serait détrôné en quelques mois par des clefs USB reformatées pour la musique MP3 ?

(55) Voir *LSMensuel*, novembre 2005 p. 54 : « Les moines-soldats du reclassement ».

(56) Mais le « syndrome LU » a fait réfléchir les acteurs : le très favorable plan d'accompagnement sur 18 mois mis en place par le groupe Danone s'est révélé également peu incitatif à chercher immédiatement du travail.

« flexicurité (57) » défendue par la Commission de Bruxelles vise donc logiquement à protéger les *personnes* plutôt que les *emplois*.

MAINTIEN DE L'EMPLOYABILITÉ

Il est heureux que ce néologisme, hier technocratique et assimilé à l'annonce de suppressions futures de poste par les salariés, entre peu à peu dans le vocabulaire social voire dans certains accords collectifs. Il s'agit d'ailleurs désormais d'un impératif démographique dans la plupart des pays d'Europe (58).

Car la meilleure protection contre le chômage et plus généralement l'insécurité sociale n'est ni l'effarante – et donc dissuasive (59) – complexité du droit du licenciement économique, ni le niveau ou la durée des allocations Unedic: c'est l'employabilité (60) de chaque collaborateur, et cette responsabilité est forcément partagée (61), le subordonné devenant nécessairement acteur de sa propre évolution professionnelle (62). Or comme le soulignent toutes les enquêtes, ce n'est pas après dix

ans de travail répétitif et d'exécution d'ordres tombés d'en haut que le salarié va subitement pouvoir se mobiliser pour changer de fonctions, voire de secteur d'activité; car lorsqu'il s'agit par exemple de textile, de chaussures ou de petit électroménager, il est prévisible que moins de 50 % des reclassements effectués interviennent dans la même activité productive (63).

À cet égard la donne est en train de changer (64). Si l'on ajoute au prudent article L. 930-1 du 4 mai 2004 (65), l'article L. 321-1 de 2002 (le licenciement économique n'est possible que lorsque « tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés ») et désormais le nouvel article L. 320-2 relatif à l'obligation triennale de négocier des accords de GPEC (66) datant de 2005, cette ardente obligation de sauvegarde de l'employabilité de chaque collaborateur en vue d'un éventuel reclassement interne (67) ou externe n'est plus une sympathique pétition de principe: on peut imaginer que les juges français ament à statuer sur la cause réelle et sérieuse du licenciement économique se pencheront avec intérêt sur les pratiques réelles et sérieuses de l'entreprise en ces deux domaines (68).

(57) I. e: « Nouvelles formes de sécurité de l'emploi et de la protection sociale alliées à une flexibilité du marché du travail », cf. les conclusions du Conseil informel Emploi et affaires sociales du 21 janvier 2006 à Villach (Autriche).

(58) L'Allemagne va ainsi perdre trois millions d'actifs d'ici vingt ans: en 2025 dans nombre d'entreprises, un salarié sur deux devrait avoir plus de cinquante ans.

(59) Mais dans quel sens au juste? Y compris en termes de localisation en France, d'externalisation de la main d'œuvre ou de constitution de dossiers en vue de licenciement pour motif personnel.

(60) Voir le Titre II de l'ANI du 13 octobre 2005 relatif à l'emploi des seniors: « Sécurisation des parcours professionnels »

(61) Cf. la possibilité de se former hors temps de travail depuis l'ANI puis la loi du 4 mai 2004 sur la formation tout au long de la vie, et les délicates questions que posent les nouvelles catégories en cause (obligation d'adaptation au poste de travail/développement des compétences): voir par exemple « l'avenant interprétatif » du 20 décembre 2005 signé dans la Métallurgie (LS du 26 janvier 2006).

(62) Sur les transferts d'entreprise, voir le numéro spécial de la présente *Revue*, juin 2005; Sur « les aspects individuels des délocalisations », voir A. MAZEAUD, *Dr. soc.*, décembre 2005, p. 1186.

(63) Cf. l'ouvrage préc: « Délocalisations, normes du travail et politiques d'emploi: vers une mondialisation plus juste » (La Découverte, Coll. Recherches, novembre 2005), en particulier l'article de Raymond TORRES, p. 159: « L'accompagnement social de la mondialisation: atout ou aspirine? ».

(64) Rendu public le 16 janvier 2006, le dernier plan pour l'emploi du Premier Ministre prévoit ainsi de nouvelles possibilités de détachement de personnel: « Certains salariés manquent en effet de perspectives d'évolution de carrière dans leur entreprise. Pour trouver de nouvelles opportunités, ils n'ont qu'un choix: démissionner. C'est évidemment un choix risqué, auquel personne ne peut se résoudre facilement. Dans les bassins d'emploi menacés par les délocalisations, c'est particulièrement vrai. Je souhaite donc qu'un salarié qui travaille dans une entreprise puisse désormais s'engager, avec l'accord de son employeur, dans une autre entreprise sans changer son contrat de travail initial. Cette mise à disposition se fera toujours sur la base du volontariat du salarié, avec des garanties de salaire et de droits sociaux, et dans le respect des règles de concurrence. Elle permettra au salarié d'avoir accès sans risque à un emploi différent, qui lui ouvrira de nouvelles compétences ».

(65) L. 930-1: « L'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses 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 ».

(66) « La négociation porte également 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 associées, en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés ».

(67) Parfois très exotique, après les postes proposés en Arménie: filiale d'un groupe japonais, la société Radiatex proposait par LRAR un reclassement en Malaisie en décembre 2005, pour un salaire annuel brut de 1168,93 euros, avec une prime de mutation de 2000 euros... et une intéressante précision in fine: « Il apparaît juridiquement impossible d'embaucher en Malaisie un salarié de nationalité française au poste qui vous est proposé ». Voir instruction DGEFP n° 2006-01 du 23 janvier 2006 qui dissuade les entreprises de proposer des postes aussi décalés. En l'état actuel de la jurisprudence, un tel conseil pourrait entraîner une condamnation pour défaut de proposition de reclassement: voir affaire Vidéocolor et ses transferts de postes de Lyon à Bello-Horizonte, Brésil.

Pour les postes à l'expatriation, et seulement pour ceux-là, il est souhaitable que la Chambre Sociale revisite l'arrêt Vidéocolor en s'inspirant de la jurisprudence du Conseil d'État, et permette à l'entreprise de d'abord demander au salarié s'il en accepte le principe, et pour quels pays le cas échéant. Dans ce sens plus réaliste, CS 15 février 2006, n° 04-43.282, s'agissant de réintégration: « Après annulation d'un licenciement pour nullité du PSE, l'obligation de réintégration résultant de la poursuite du contrat de travail alors ordonnée ne s'étend pas au groupe auquel appartient l'employeur ».

(68) Comme l'énonce d'ailleurs le communiqué de la Cour de cassation mis en ligne le 20 janvier 2006 à la suite du brouhaha médiatique des arrêts *Pages Jaunes* du 11 janvier 2006: « On peut se demander si la nouvelle obligation de négocier sur la GPEC et les mesures d'accompagnement susceptibles d'y être associées [...] ne devrait pas conduire à une approche plus rigoureuse des mesures de licenciement économique qui interviendraient par la suite, notamment lorsque la gestion prévisionnelle aura été défaillante ». Sur ces arrêts, cf. « Revirement? Quel revirement? », *Dr. soc.* février 2006 p. 138.

Et si l'on en croit la passionnante enquête de la Mission « Prospective des métiers et des qualifications » de feu le Commissariat Général au Plan (69) dressant une cartographie des métiers de demain, les 750 000 postes à pourvoir chaque année (80 % du fait des départs liés au papy-boom) pourraient ne pas entraîner de baisse du chômage du fait « de l'inadéquation entre le profil des postes et celui des personnes en recherche d'emploi ». À nous d'assurer l'employabilité de nos enfants, en les dirigeant vers des filières qui ne sont pas des machines à fabriquer les demandeurs d'emploi de demain.

NÉGOCIER LES RESTRUCTURATIONS (70) ?

Le tout négociation collective dans lequel la France s'est engagée depuis 1982 (71) a connu sa consécration avec la loi du 4 mai 2004; puis en janvier 2005 avec l'article L. 320-2 évoquant « la stratégie de l'entreprise (72) ». Mais il donne aux syndicats français le sentiment de pactiser avec le diable (73): signer par exemple un accord de GPEC (74), n'est-ce pas indirectement reconnaître la légitimité de la restructuration en cours (75)? Alors que dans la plupart des pays de l'UE, un dialogue social permanent permet de dédramatiser cet événement prévisible (sans pour autant déresponsabiliser l'entreprise), et qu'un tel dialogue fait partie des priorités de l'Union, nombre de syndicalistes français ne voient pas l'intérêt d'accompagner les restructurations en calmant le jeu social par la signature d'accords de GPEC (76), ou qualifiés encore « de méthode (77) » alors qu'ils ont changé de nature le 18 janvier 2005. Débat sinon posture aussi vieux que français: celui des mains blanches ou des mains sales. Question: au bout du chemin, une fois la restructuration achevée, quelle stratégie s'est avérée la plus protectrice des intérêts des salariés?

Il n'en demeure pas moins que tant au niveau français que communautaire, les partenaires sociaux (78) ne

sont pas parvenus à signer un accord sur ce délicat sujet.

Car les restructurations sont un domaine où il est particulièrement difficile de parvenir à un accord, au delà de l'identité parfois évolutive des partenaires à la négociation, ou encore des conflits entre intérêts nationaux s'agissant de restructurations transfrontalières. Si en France les partenaires sociaux acceptent de *négocier*, ils acceptent plus rarement de *signer* ce qu'ils considèrent comme un chèque en blanc pour des licenciements ultérieurs. Tactiquement, l'idée majoritaire telle que retenue par la loi du 4 mai 2004 n'est d'ailleurs pas de nature à encourager d'éventuels signataires, rarement majoritaires sur un thème aussi sulfureux. Or l'exercice éventuel du droit d'opposition est pour eux impensable, même si le feuilleton 2004-2005 de Perrier-Vergèze a montré que les règles avaient changé. Économiquement enfin, la visibilité étant parfois limitée à trois ou six mois, on imagine facilement que nombre d'entreprises (79) ne veuillent guère prendre des engagements à plus long terme, et *a fortiori* pour trois ans comme le propose la loi du 18 janvier 2005 en matière de GPEC.

Si ce qui est présentée comme une « restructuration » ne se limite pas à la programmation étalée dans le temps de licenciements pour motif économique (80), le pouvoir d'un accord *collectif* à l'égard de chaque salarié reste par ailleurs fort modeste s'il vient à être confronté au contrat *individuel* de travail, ce qui le rend moins attractif en cas de grosses difficultés voisines du dépôt de bilan. Contrairement à nombre de juges du fond constatant les redoutables effets locaux de la fermeture d'un site, estimant par exemple que « la nouvelle répartition de l'horaire résultant de la réduction du temps de travail opérée par voie d'accord collectif, même si elle affecte un élément essentiel du contrat de travail, s'impose cependant aux salariés car elle reviendrait à remettre en cause la nouvelle organisation négociée et plus favorable du temps de travail », la chambre sociale veille au respect

(69) Résumé dans Premières Synthèse n° 50.1, DARES, décembre 2005.

(70) Lire *infra* les articles de Paul-Henri ANTONMATTÉI et Anne de RAVARAN.

(71) « La victoire a mille pères, la défaite est orpheline »: faire croître les avantages grâce à la croissance était populaire: gérer la régression du social est moins médiatique, y inclure les partenaires sociaux est une nécessité politique.

(72) Sur la très délicate articulation négociation avec les syndicats/consultation du comité d'entreprise, voir *infra* l'article de Tiennot GRUMBACH.

(73) Pour des accords gagnant-gagnant, voir l'article de Philippe RAYMOND *infra* relatant la fusion Totalfina-Elf.

(74) Et *a fortiori* « relatif à la gestion de l'emploi dans le cadre des orientations de restructurations » (voir l'accord STMicroelectronics du 21 septembre 2005, LS du mardi 22 novembre 2005) ou « définissant un dispositif d'accompagnement en cas de difficultés structurelles » (Voir Accord Tokheim du 19 octobre 2005, LS du 9 novembre 2005). *Accord mondial sur la responsabilité sociale de Rhodia/Fédération Internationale de la Chimie*, 31 janvier 2005. S'agissant des restructurations, « Rhodia s'engage à informer les salariés et leurs représentants le plus tôt possible, et à privilégier les démarches susceptibles d'en limiter l'impact sur l'emploi et les conditions de travail » (LSEurope 17 février 2005, p. 8).

Total a signé le 22 novembre 2004 un « accord social européen » pour tous les salariés appartenant au périmètre du CGE, qui veut développer le dialogue social, la GPEC (formation professionnelle + mobilité). S'agissant des restructurations, il veut faciliter le reclassement interne et externe (essaimage, aide à la création d'entreprise).

(75) Sur l'évolution du rôle des experts du comité d'entreprise, voir *infra* les très complets articles de Pierre-Yves VERKINDT, Dominique PAUCARD et Frédéric BRUGGEMAN (cabinet Syndex), Alain SCHWEITZER et Jean-Jacques PARIS (groupe Alpha).

(76) Voir article d'Henry-José LEGRAND, *infra*: « Un objet juridique non identifié: la GPEC ».

(77) Si effectivement l'inspiration de L.320-3 est la pratique des entreprises légalisée en janvier 2003, les accords de la loi du 18 janvier 2005 qui a simplifié la procédure (fin jurisprudence Framatome-Majorette, convocation unilatérale du comité d'entreprise...) rendant ainsi moins nécessaire un tel accord côté direction, vont bien au delà: ils peuvent déroger.

(78) Il n'est pas tout à fait impossible que le passage des mandats des représentants du personnel de deux à quatre ans en août 2005 veuille aussi faciliter la négociation des restructurations: moins de campagnes électorales, moins de surenchères, et calcul plus stable de la majorité d'opposition.

(79) Voir note page suivante.

(80) Voir note page suivante.

du contrat, loi des parties: cassation le 12 juillet 2005 (81), au visa des articles 1134 du Code civil et L. 121-1 du Code du travail.

Rendu le 10 janvier 2006 (82), l'arrêt *Société Gringoire* rappelle lui aussi cette indépendance dans l'interdépendance. Les syndicats d'une société cédée signent in extremis avec le repreneur un accord (« protocole de reprise du site »), dont les dispositions intégrées au plan social prévoyaient qu'il conserverait au moins 90 salariés, « mais à des conditions nouvelles de rémunération », ceux qui refuseraient voyant leur contrat rompu. Refus prévisible de toute modification de la part de plusieurs collaborateurs, suivi de « départs à caractère conventionnel excluant tout contrôle de la cause réelle et sérieuse » voulait croire la société. Mais la lettre de rupture ayant énoncé le seul refus de la modification expressément prévue par l'accord collectif, la réponse de la chambre sociale était prévisible: « *Le refus par le salarié de la modification de leur contrat de travail proposée par l'employeur en application d'un accord collectif prévoyant le licenciement de ceux qui s'opposeraient à ladite modification n'impliquait pas de la part des intéressés la volonté de résilier d'un commun accord leurs contrat de travail* »: « *lettre insuffisamment motivée* », et défaut de cause réelle et sérieuse.

Même sanction le 5 avril 2005, à la fois parfaitement logique sur le plan juridique mais parfois socialement contre-productive: un accord conclu avec cinq syndicats prévoit que les salariés remplissant des conditions d'âge et licenciés pour motif économique percevraient une « *indemnité transactionnelle globale, forfaitaire et définitive* » correspondant à 65 % du salaire brut dû jusqu'à l'acquisition des droits à la retraite... à la condition qu'ils renoncent à agir en justice: « *La mise en œuvre d'un accord collectif dont les salariés tiennent leurs droits ne peut être subordonnée à la conclusion de contrats individuels de transaction* ». Oui, évidemment... mais si l'entreprise avait connu cette issue, il y a peu de chances qu'elle ait proposé des conditions financières aussi attrayantes pour ses seniors.

QUEL CONTRÔLE JURIDICTIONNEL POUR LES RESTRUCTURATIONS ? QUI TROP EMBRASSE MAL ÉTREINT

« À quoi servent les juges? Sont-ils réduits au rôle, noble certes mais restreint d'assistants sociaux? Doivent-ils s'en remettre aux lois économiques que peu de juristes connaissent, et encore moins maîtrisent, rendant inévitables et incontrôlables les licenciements prononcés? » s'interroge Ph. Waquet (83). « Le juge n'a pas à s'ériger en économiste, ni à faire des choix de gestion ».

(79) Au delà du vieux feuilleton « Restructurations, transparence boursière, droit du travail et secret des affaires », en pleine évolution.

- D'abord en janvier 2005, avec l'article L. 432-1 ter de la loi de cohésion sociale, dans la ligne de la décision du Conseil Constitutionnel de janvier 2002: « Par dérogation à L. 431-5, le chef d'entreprise n'est pas tenu de consulter le comité d'entreprise avant le lancement d'une OPA ou d'une OPE portant sur le capital d'une entreprise; Il doit réunir le comité d'entreprise dans les deux jours ouvrables suivant la publication de l'offre en vue de lui transmettre des informations écrites et précises sur le contenu de l'offre et sur les conséquences en matière d'emploi, qu'elle est susceptible d'entraîner ». Fin d'une hypocrisie collective.

- Puis avec la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie créant la société européenne, vue côté français: « Le dirigeant de la société européenne qui prend la décision de lancer une offre publique d'achat ou une offre publique d'échange portant sur une entreprise a la faculté de n'informer le comité de la société européenne qu'une fois l'offre rendue publique. Dans un tel cas, il doit réunir le comité de la société européenne dans les huit jours suivant la publication de l'offre en vue de lui transmettre des informations écrites et précises sur le contenu de l'offre et sur les conséquences en matière d'emploi qu'elle est susceptible d'entraîner ».

- Avec enfin les permissives précisions apportées par l'arrêt rendu par la CJCE le 22 novembre 2005 (Grande chambre, Københavns Byret, Danemark) Affaire C-384/02, voir LSEurope, du 6 janvier 2006 p. 5; JCP (S) du 7 février 2006, J.1119, note R. VATINET.

« 1) L'article 3, sous a), de la directive 89/592/CEE du Conseil, du 13 novembre 1989, concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés, s'oppose à ce qu'une personne, qui reçoit des informations privilégiées en sa qualité de représentant des travailleurs au sein du conseil d'administration d'une société ou en sa qualité de membre du comité de liaison d'un groupe d'entreprises, communique de telles informations au président de l'organisation professionnelle qui regroupe ces travailleurs et qui a désigné cette personne comme membre du comité de liaison, sauf:

- s'il existe un lien étroit entre la communication et l'exercice de son travail, de sa profession ou de ses fonctions, et

- si cette communication est strictement nécessaire à l'exercice desdits travail, profession ou fonctions.

Dans le cadre de son examen, la juridiction nationale doit, à la lumière des règles nationales applicables, notamment, tenir compte:

- du fait que ladite exception à l'interdiction de communiquer des informations privilégiées doit recevoir une interprétation stricte;

- de la circonstance que chaque communication supplémentaire est susceptible d'augmenter le risque d'une exploitation de ces informations dans un but contraire à la directive 89/592, et

- de la sensibilité de l'information privilégiée.

2) L'article 3, sous a), de la directive 89/592 s'oppose à une communication d'informations privilégiées faite par le président d'une organisation professionnelle à des collaborateurs, tels que ceux visés aux troisième et quatrième questions, sauf dans les conditions énoncées dans la réponse donnée aux première et deuxième questions.

Dans le cadre de son examen, la juridiction nationale doit, à la lumière des règles nationales applicables, notamment tenir compte des critères également énoncés dans cette réponse ».

- Des accords collectifs prévoient également que « le dialogue social au sein du groupe doit tenir compte des exigences spécifiques de confidentialité découlant de la cotation boursière et de l'appartenance de la société à des indices français, européens et internationaux » (Accord Véolia Environnement du 10 octobre 2005, LS du 2 novembre 2005, p. 1).

(80) La condition sine qua non de l'existence d'une véritable GPEC était la suppression de la jurisprudence Framatome-Majorette: en raison des mobilités nécessairement envisagées dans les grandes entreprises, cette dernière aboutissait mécaniquement au montage de plans de sauvegarde de l'emploi quasi permanents.

(81) Cass. soc. 12 juillet 2005 *Mme Chantal Amiot*, FS-D, n° 03-42.414.

(82) Cass. soc. 10 janvier 2006, *Société Gringoire*, n° 62 F-D, n° 03-44.640.

(83) « Le droit du travail confronté à l'économie », sous la direction d'Antoine JEAMMAUD, Dalloz, décembre 2005, p. 115.

Il est donc heureux que dans une affaire caricaturale s'agissant d'une association (84), la Chambre sociale ait rappelé le 14 décembre 2005 (85), dans la ligne des arrêts SAT et de la décision du Conseil Constitutionnel du 12 janvier 2002 (86): « *L'erreur du chef d'entreprise dans l'appréciation du risque inhérent à tout choix de gestion ne caractérise pas, à elle seule, la légèreté blâmable* ». Une position différente, inconstitutionnelle si elle permettait au juge de se substituer au chef d'entreprise dans les choix de gestion (87), en forme d'application du principe de précaution révélateur d'une société de préretraités frileux, aurait définitivement plombé les entreprises françaises dans notre Far-West économique où le patronus/bon père de famille prudent et avisé mène son entreprise à la faillite (88): l'un des plus sévères du monde en ce domaine, le contrôle judiciaire français se limite à celui de la cause réelle et sérieuse

du licenciement contesté (89). Ce qui exclut a priori les choix de gestion que constituent les restructurations, même si « dans les entreprises et les groupes d'entreprises qui occupent au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises et groupes de dimension communautaire [...], l'employeur est tenu d'engager tous les trois ans une négociation 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 » (article L. 320-2 figurant sous l'article 37-2 de la loi du 18 janvier 2005: « Gestion de l'emploi et des compétences. Prévention des conséquences des mutations économiques »). Logique de prévention des licenciements reprise sinon confortée par les très médiatisés arrêts (90) « Pages Jaunes » du 11 janvier 2006.

(84) Vieux problème que celui du licenciement économique dans des associations n'ayant par définition que peu de problèmes de sauvegarde de leur compétitivité, mais en revanche beaucoup d'incertitudes sur leur financement souvent public: donc à la fois aléatoire et toujours in extremis. En l'espèce, l'association avait embauché son responsable de la formation continue sans savoir si elle pourrait financer le poste en question: on comprend donc la surprise du salarié licencié; mais tout décideur public connaît aussi la pratique consistant pour ce type de structures à créer l'irréparable pour lui forcer la main.

(85) CS 14 décembre 2005, *Association de gestion du lycée professionnel Ste Marguerite/Mfouara*. Sur ce vif débat sur la place du juge-fonctionnaire inamovible devant porter un jugement sur la gestion d'une entreprise privée soumise à la concurrence mondiale, voir Ph. WAQUET, « Le droit du travail et l'économie à la Cour de cassation: l'exemple du licenciement pour motif économique » in « Le droit du travail confronté à l'économie », sous la direction d'Antoine Jeammaud, Ed. Dalloz, novembre 2005 p. 111 (Intervention au Colloque G. LYON-CAEN de mai 2005).

(86) Voir dans le même sens la décision du 13 janvier 2005: « Considérant que le Préambule de la Constitution réaffirme les principes posés tant par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que par le Préambule de la Constitution de 1946; Qu'au nombre de ceux-ci, il y a lieu de ranger la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que les principes économiques et sociaux énumérés par le texte du Préambule de 1946, parmi lesquels figurent, selon son cinquième alinéa, le droit de chacun d'obtenir un emploi; Considérant qu'il incombe au législateur, dans le cadre de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties; Que, pour poser des règles propres à assurer au mieux, conformément au cinquième alinéa du Préambule de 1946, le droit pour chacun d'obtenir un emploi, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ». Commentaire – souvent très bien inspiré – des Cahiers du Conseil: « Le « droit d'obtenir un emploi » des personnes dépourvues d'emploi serait amoindri si des solutions législatives ou jurisprudentielles très protectrices pour les salariés en place avaient un effet dissuasif sur les futures décisions de recrutement des petites et moyennes entreprises et des investisseurs étrangers, incitant par exemple les entreprises à localiser leurs activités hors de France. Il convient de rappeler à cet égard que le « droit d'obtenir un emploi » proclamé par le Préambule de 1946 est non un droit subjectif, individuellement justiciable, mais un objectif

de valeur constitutionnelle qui doit être poursuivi au niveau collectif ».

(87) Dans son arrêt du 12 février 2005 concernant une affaire passablement complexe puisqu'il s'agissait de prospective (« § 43.L'analyse prospective consiste à examiner en quoi une opération de concentration pourrait modifier les facteurs déterminant l'état de la concurrence sur un marché donné afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective. Une telle analyse requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte »: exercice à tous points de vue novateur pour un juriste), la toujours volontariste CJCE n'a pas hésité à répondre vertement à la Commission reprochant aux juges-juristes du TPI de se mêler de choses qui dépassait manifestement leur compétence sinon leur entendement: l'économie.

« 38. À cet égard, il importe de constater que le Tribunal a correctement rappelé les critères du contrôle juridictionnel d'une décision de la Commission en matière de concentrations tels que formulés dans l'arrêt *Kali & Salz*, précité. Aux points 223 et 224 de ce dernier arrêt, la Cour a indiqué que les règles de fond du règlement et, en particulier, l'article 2 de celui-ci, confèrent à la Commission un certain pouvoir discrétionnaire, notamment pour ce qui est des appréciations d'ordre économique et que, en conséquence, le contrôle par le juge communautaire de l'exercice d'un tel pouvoir, qui est essentiel dans la définition des règles en matière de concentrations, doit être effectué compte tenu de la marge d'appréciation que sous-tendent les normes de caractère économique faisant partie du régime des concentrations.

39. Si la Cour reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge communautaire doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées. Un tel contrôle est d'autant plus nécessaire s'agissant d'une analyse prospective requise par l'examen d'un projet de concentration produisant un effet de conglomérat [...].

(88) Où l'on retrouve la nécessité de formations au minimum *ouvertes*, au mieux *croisées* (ex. licence droit/gestion).

(89) Cf. CS 8 novembre 2005, n° 03-45.035. Sur ce point, voir les « libres-propos » de P.-H. ANTONMATTÉI; « 2007, l'odyssée du contrat de travail », *Dr. soc.* février 2006, p. 134 (sp. 137).

(90) Voir le rapport de M.-L. MORIN et les arrêts d'appel, *SSLamy* 16 janvier 2006 p. 12; le commentaire de G. COU-TURIER, *SSLamy* du 23 janvier 2006; F. FAVENNEC, *JCP (Social)*, 24 janvier 2006. J.-E. RAY, « Un revirement? Quel revirement? » *Dr. soc.* février 2006, p. 138.

Mais « les prévisions sont toujours difficiles à faire, surtout quand elles concernent *l'avenir* ». Le proverbe chinois est-il applicable aux employeurs français? Pas si sûr quand on lisait l'arrêt du 16 mars 2004 concernant un licenciement économique prononcé en mars 2000, et pour lequel la Cour d'appel avait fondé son raisonnement sur les résultats de l'exercice... 2000 : « Si le juge doit apprécier le bien fondé du motif du licenciement à la date de son prononcé, il peut pour cette appréciation tenir compte d'éléments postérieurs ». Évoqué dans l'un des arrêts *Pages Jaunes* du 11 janvier 2006, l'arrêt de la cour de Montpellier avait reproché à la filiale de France-Telecom « d'avoir, à l'occasion de la mise en place de son plan de 2001, prétendu que sa compétitivité était menacée au point de risquer la survie de l'entreprise [...], alors qu'en 2003 sa situation était largement bénéficiaire ». Sans censurer directement ce périlleux exercice en forme d'œuf et de poule, la Cour de cassation énonce que « la réorganisation mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques à venir (91) liées à des évolutions techno-

logiques, et leurs conséquences sur l'emploi, n'avait pas à être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement ».

*

* *

Allant forcément plus loin que la simple application des lois, la responsabilité *sociale* (92) – sociale – des entreprises est comme le droit du travail : ambivalente. Si elle permet de mieux protéger les salariés à l'occasion des restructurations, elle participe aussi du risk management car elle veut éviter une éventuelle mise en cause de sa responsabilité *judiciaire* (93) ou médiatique.

Mener des restructurations socialement responsables dans notre société de la réputation, c'est aussi un avantage compétitif en termes d'image pour les groupes en cause, en interne et en externe, face à des consommateurs prêts à payer (un peu) plus cher pour avoir bonne conscience ■

(91) Termes ajoutés par les arrêts rectificatifs publiés une semaine plus tard.

(92) « Intégration volontaire, par les entreprises, des préoccupations sociales et environnementales dans leurs opérations commerciales et dans leurs relations avec leur partenaires » (Définition du Livre vert de la Commission, 2001).

(93) Parmi une littérature extrêmement abondante, en dernier lieu : Geneviève BESSE, « A qui profite la RSE : la RSE peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ? », *Dr. soc.* novembre 2005, p. 991.