

Colloque INOV'S

Les licenciements : ça se combat

Le rôle des experts dans la procédure de licenciement

Alain Morin

Le second colloque organisé par l'Association pour l'innovation sociale « Inov's » le 2 décembre dernier à Lyon, sur le thème « le rôle des experts et des acteurs sociaux dans la procédure de licenciement » s'inscrit dans la poursuite des élaborations visant à la sécurisation de l'emploi et de la formation.

Il prolonge très utilement l'idée du protocole de lutte et d'intervention (1) contre les licenciements esquissé dans le document sur les éléments d'une proposition de loi sur ce sujet. Appuyé sur des cas concrets de luttes, il a mis en lumière les besoins de coopération entre les syndicats et élus des comités d'entreprise, les experts comptables et autres experts économiques, les avocats, les psychologues et sociologues du travail, ainsi que les inspecteurs du travail.

La recherche d'efficacité pour mettre en échec un plan de licenciements ou des suppressions d'emploi a focalisé les débats du colloque sur 2 points essentiels :

- la démarche à impulser pour faire reculer la fatalité, favoriser luttes et interventions à partir des analyses économiques alternatives à celles assénées par les directions d'entreprise et pour conquérir des pouvoirs nouveaux ;
- l'exploitation des points d'appui juridiques existants.

Cela concerne 4 volets de la lutte contre les licenciements : l'état de la procédure pour essayer de montrer que, bien souvent, elle n'est pas respectée. Le traitement des raisons économiques du projet de licenciement pour démontrer qu'il est sans cause réelle et sérieuse. La recherche des carences du PSE (2). Avec des propositions alternatives du comité d'entreprise, renforcer l'idée qu'il est possible de faire autrement que le projet de licenciement qui est proposé.

Il s'agit, avec ce colloque, de mieux faire comprendre comment les experts interviennent pour permettre aux élus des comités d'entreprise de mieux maîtriser les informations de l'expertise. En effet, les experts n'apportent pas la vérité révélée, mais seulement des informations que les salariés doivent maîtriser pour les utiliser.

La lutte ou la valise ?

Première condition pour l'efficacité : essayer de mettre d'accord tous les acteurs, experts ou non, sur une même

démarche. Cela concerne en premier lieu la philosophie de l'intervention de chacun résumée par le parti pris suivant : la lutte contre les licenciements, oui. **La négociation de primes supra légales, non !**

Mais comme l'a montré le débat, la mise en œuvre de ce choix ne va pas de soi :

« Vu l'état actuel du syndicalisme en France, du niveau de formation des élus, en particulier ceux des CE et des syndicats, vu la pression idéologique de la part du politique et du patronat, il ne doit pas y avoir beaucoup d'entreprises ou de militants qui partent avec l'idée que l'on peut défendre et sauver l'emploi », s'inquiète ainsi, Daniel Gilly, un conseiller prudhommal.

Constatant ce poids de la fatalité, le colloque s'est attaché à dégager les rôles et les moyens de chacun pour faire reculer cette réalité :

□ Le rôle des experts est fondamental : souvent une discussion avec les élus du personnel permet de gagner chez eux cette détermination. Parfois, il faut avec leur accord, que l'expert s'adresse directement aux salariés.

□ Les structures syndicales (UL, UD, Fédérations, confédération) ont aussi un rôle à jouer dans ce domaine. Ainsi est-il souligné le besoin d'expression forte de celles-ci contre tout licenciement. Sur la question du positionnement des organisations syndicales : Pour Yves Cormillot, *« La question ce n'est pas de culpabiliser, mais de dire ce qu'on pense de la situation... Chaque fois que l'on va voir des comités d'entreprise et qu'on leur explique*

d'entrée de jeu que la pire des choses c'est de discuter de la gestion des conséquences des licenciements, c'est-à-dire l'indemnité supra légale. On est bien compris [...] La vraie question ce n'est pas de savoir si on va y arriver, mais plutôt de savoir ce que l'on va faire». Pour, Marie Thérèse Bugaut, responsable CGT de l'Ain: « Cette bataille pour l'emploi c'est un choix politique. Les luttes contre les licenciements de la Bresse et Lejaby montrent le besoin de mettre l'emploi au cœur de la bataille en utilisant tous les moyens pour mener la lutte. On ne peut pas mener cette bataille sans s'entourer d'experts. Par contre pour mener cette bataille de l'emploi, le choix d'experts est fondamental. Dans l'Ain, en fonction de l'expert on sait que la bataille sera perdue ou sera menée. On a vu à travers des rapports qui sont rendus là où on donne des pistes pour construire des alternatives et là où on accompagne les suppressions d'emplois. Le choix d'experts est fondamental et on travaille avec le cabinet Méric parce que sur cette question cela correspond à notre stratégie. Ces batailles pour l'emploi ont aussi un rayonnement important pour le territoire et le département. Elles favorisent la montée des idées de résistance à la fatalité des suppressions d'emplois et sur la question de droits nouveaux, notamment pour permettre de faire valoir les propositions alternatives. Celles-ci ont été fortement portées (table ronde régionale, rencontre publique), mais la direction a refusé de revenir sur ses décisions de délocalisation et ce que les élus attendent de la CGT, c'est que des batailles s'engagent sur des droits du CE pour porter ces propositions ».

La consultation du CE: un enjeu de lutte

Le rapport de l'expert-comptable consacré à l'état de procédure de consultation du comité d'entreprise a un objectif essentiel: contester le non-respect de certains droits du comité d'entreprise.

Elle peut permettre aux élus de saisir leur avocat ou de saisir l'inspection du travail.

L'expérience montre que cela peut favoriser la coopération entre les différents intervenants: les élus, les experts, l'inspection du travail, l'avocat.

Cela peut concerner:

- l'ampleur d'un plan de licenciement quand il cohabite avec la modification de contrat travail, (voir article François Dumoulin p. 26) (3) ;
- les dispositions sur les licenciements économiques et **les ruptures conventionnelles** (*idem*) ;
- le périmètre d'activité sur lequel le chef d'entreprise se fonde pour montrer que le licenciement serait incontournable ;
- l'exigence de non-concomitance de l'examen des obligations des parties 1 et 2 du code du travail ;
- la consultation CE et CHSCT.

Ruptures conventionnelles pour contourner la loi

Le droit des « licenciements économiques » ne s'applique pas à la rupture conventionnelle. Ce qui ouvre la porte à de nombreuses fraudes avec licenciements par « paquets » de neuf salariés pour éviter d'aller à une consultation et un PSE.

La loi dit que la rupture conventionnelle ne fait pas partie de la loi sur les licenciements économiques. Mais

d'un autre côté, l'accord interprofessionnel à l'origine de la loi dit que la rupture conventionnelle ne doit pas empêcher le PSE. Comment faire d'un point de vue juridique pour éviter de contourner la loi sur le plan de licenciement en privilégiant les ruptures conventionnelles ? Pour l'instant cela reste une affaire prud'homale quand il y a litige. Avant même le licenciement. Est-ce que la seule voie qui reste est celle de la saisine du directeur de l'inspection du travail puisque c'est le directeur qui homologue la rupture conventionnelle ?

De quel secteur d'activité s'agit-il ?

Quand les difficultés économiques ou la sauvegarde de la compétitivité sont mises en avant, comment apprécier de quel niveau d'activité il s'agit ? Celui du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel appartient cette activité ?

Des employeurs cherchent à multiplier le nombre de secteurs d'activité dans les groupes car il est alors facile de trouver ou d'organiser un prétendu manque de compétitivité. Mais les codes APE ou les notions de business permettent-ils de définir un secteur d'activité ?

Selon Philippe de Waquet, juriste de la cour de cassation, il n'y a pas lieu de distinguer entre des activités qui, pour être différentes, relèvent du même secteur.

Parfois la jurisprudence va dans le même sens que Philippe Waquet (La jurisprudence admet que dans la grande surface il n'y a pas de secteur d'activité, tout est intégré dans l'alimentaire), mais d'autres fois dans le sens inverse (Jurisprudence Michelin, c'est le contraire. Les pneus de camions constituent un secteur d'activité).

Comme cette faille juridique est exploitée de plus en plus souvent pour justifier les licenciements, en général les directions présentent des critères d'organisation, ou de marché, ou économiques pour définir l'activité désignée...

Cela se discute devant les juges prud'homaux et la qualité des rapports des experts peut se révéler déterminante.

Le colloque a émis l'idée de proposer, notamment aux juristes, d'organiser une initiative spécifique pour clarifier les notions de groupe, de secteur d'activité pour qu'il y ait plus de rigueur en matière de droit du licenciement.

Licenciements : une bataille d'informations

S'agissant des informations à communiquer lorsque les consultations « partie 1 et 2 » (anciens livres 4 et 3) du code du travail sont concomitantes.

La plupart du temps, en lieu et place d'informations économiques et financières spécifiques à la partie 1 (ancien livre 3), l'employeur se contente de renvoyer aux informations transmises pour la partie 2 (ancien livre 4).

Or ce n'est pas conforme à la loi du 18 janvier 2005 qui a repris un principe jurisprudentiel en matière de concomitance, qui dit que les informations économiques à donner au titre de la partie 2 du code du travail (ancien livre 4) doivent être différentes de celles à donner au titre de la partie 1 (ancien livre 3). Les premières

doivent porter sur les raisons d'une réorganisation et d'une compression d'effectifs ce qui n'a rien à voir avec un projet de licenciement. Les secondes doivent porter sur les causes du licenciement envisagé et à quel niveau elles doivent être appréciées (entreprises, groupes, secteurs d'activité du groupe). Ce qui n'a rien à voir avec un projet de compressions d'effectifs.

Ainsi, lorsque les procédures sont concomitantes :

- ❑ elles doivent être distinctes et respecter les délais les moins courts ;
- ❑ s'il n'est pas obligatoire qu'elles fassent l'objet de réunions séparées du CE, l'ordre du jour, les informations communiquées par l'employeur et les consultations doivent faire en sorte que les deux procédures soient réellement distinctes.

Mais au fond c'est la concomitance de ces procédures qui est condamnable car elle vise à enrayer l'intervention des salariés sur les choix et critères de gestion de l'employeur en les plaçant dans la seule possibilité de gérer les seules conséquences de ces choix et critères de gestion. Ne faut-il pas envisager, comme l'ont proposé certains, d'engager une grande bataille, notamment avec les avocats qui le souhaiteraient ?

Articuler les consultations CE-CHSCT

Quand un projet appelle la consultation du comité d'entreprise et du CHSCT, la jurisprudence fait que le CE ne peut pas donner son avis tant qu'il ne dispose pas de celui du CHSCT.

La saisine du CHSCT, voire d'un expert en la matière, n'a pas pour objectif premier de gagner du temps, mais de faire en sorte que les représentants du personnel soient informés au mieux face à un projet aussi grave qu'un licenciement pour pouvoir donner un avis motivé.

Quand il y a recours à un « expert agréé CHSCT », **trois axes essentiels à son rapport ont été préconisés :**

Est-ce que les licenciements :

- ❑ Ne seraient pas de nature à compromettre la santé et la sécurité des salariés ?
- ❑ Ne se traduiraient pas par la détérioration importante des conditions de travail, de sécurité et de santé des salariés qui restent en place ?
- ❑ Ne risqueraient-ils pas d'occasionner une grave atteinte à la santé des salariés licenciés, notamment en termes de désarroi, de traumatisme et d'atteintes psychiques et/ou psychologique ?

René Dagand, Directeur de l'Ircaf (3) : *« Quand nous intervenons auprès de CHSCT, nous essayons de montrer que l'organisation du travail, l'investissement des personnes, est un élément qui contribue à la production [...] et que l'activité de l'entreprise nécessite l'intervention des salariés, ce que nous appelons l'efficacité productive, comme rapport entre la production et l'intervention humaine. Et le plan social peut remettre en cause cette efficacité productive [...]. Donc les questions du travail, de l'emploi sont essentielles du point de vue de la compétitivité, mais aussi de la santé des salariés. Là-dessus on est à contre-courant et on a besoin de s'expliquer avec les élus du CHSCT. Nous ne sommes pas dans une conception de l'expertise comme accompagnement pour amoindrir les*

souffrances des salariés touchés par un plan social ou pour les salariés qui resteraient en poste dans des conditions dégradées. [...]

Les conséquences du PSE pèsent aussi bien sur les salariés qui sont licenciés que sur ceux qui restent en emplois.

Alors que les gens sont prioritairement préoccupés par la question du licenciement. Il y a un glissement de l'aspect économique vers l'aspect travail et santé que l'on constate. Nous avons donc besoin de travailler en complémentarité pour être efficaces. Et voir quel rôle chacun peut jouer dans cette démarche. »

L'expertise pour contester les motifs de licenciements

Pour contrer les motifs des licenciements envisagés, l'expert-comptable argumente :

- ❑ à partir de la jurisprudence sur l'absence de causes réelles et sérieuses aux licenciements, ce qui renvoie à des notions de licenciement économique ;
- ❑ sur la base d'une analyse économique et financière, notamment au travers des bilans et comptes de résultats de l'entreprise, voire du groupe et/ou secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise qui envisage le licenciement.

Comment aborder « la sauvegarde de la compétitivité » du fait de la jurisprudence « Pages jaunes » ?

Depuis les arrêts dits « pages jaunes », arrêts ultérieurs compris, la jurisprudence fait que la réorganisation de l'entreprise est toujours un motif économique de licenciement si elle est effectuée pour en sauvegarder la compétitivité ou celle du groupe ou secteur d'activité du groupe auquel elle appartient. Mais **aussi** quand la réorganisation est mise en œuvre pour prévenir les difficultés économiques **à venir et leurs conséquences pour l'emploi, sans être subordonnée à l'existence de difficultés économiques à la date du licenciement.**

Face aux réactions multiples, les services de la Cour de Cassation précisent que ces arrêts ne modifient en rien la jurisprudence antérieure et précisent **que les difficultés économiques à venir (et donc futures) et leurs sources devront être établies**, que des mesures d'anticipation, dont la GPEC, devront avoir été prises avant la réorganisation.

À partir de ce constat, le colloque a abordé **3 pistes de contre-offensive :**

- **sur la prétendue sauvegarde de la compétitivité** pour démontrer que la compétitivité n'est pas menacée, voire, que l'objectif principal est la recherche de la rentabilité financière,
- **sur les difficultés et dommages à venir et leurs sources :** pour exiger les informations précises, détaillées, datées et quantifiées, y compris au travers d'éléments potentiels et prévisionnels vérifiables, sur les difficultés et dommages à venir. Cela pour montrer qu'il n'y a pas de difficultés prévisibles suffisamment précises, de nature à porter atteinte à la pérennité de l'entreprise, des emplois, susceptibles de justifier le projet de licenciement actuel dont rien ne prouve qu'il évitera des licenciements plus nombreux dans le futur,
- **sur les mesures d'anticipation, d'adaptations, de formations** (VAEC ou GPEC), prises par les entreprises concernées avant de présenter son projet pour

éviter des suppressions d'emplois. Il s'agit de rechercher si, dans le passé, l'employeur a réellement cherché à anticiper, en vue d'éviter le projet de licenciement présenté.

Faute d'obtenir des explications satisfaisantes, il conviendrait d'en déduire que le projet de licenciement n'est pas motivé.

Claude Laridan insiste sur *« la pression idéologique que constitue le thème de la compétitivité que l'on confond avec rentabilité. Si l'entreprise n'est pas rentable elle ne serait pas compétitive donc elle doit gagner de l'argent. [...] de même, la notion de productivité doit être précisée car on confond souvent productivité et rentabilité. Réduire les effectifs et augmenter le chiffre d'affaires par salarié n'a rien à voir avec la compétitivité : dans ce cas c'est de l'intensification du travail. Ainsi dans tous les cas de figure il n'y a pas d'autres alternatives que la réduction de la masse salariale selon une "bonne gestion" patronale. En complément, selon Lucien Angeletti, « ce que nous devons mettre au centre, c'est la valeur ajoutée, sa création, l'intervention du collectif de travail, l'investissement d'individus, leur formation, les investissements de recherche... la valeur ajoutée au regard du capital avancé qui permet de mesurer le type d'efficacité de l'entreprise. Celle-ci repose-t-elle sur la formation l'innovation ou sur l'intensification et la surexploitation de travail? »*

PSE : chercher la carence

La carence du PSE doit être démontrée pour que la nullité de la procédure et des licenciements puisse être posée.

Pour Yves Cormillot, *« Proposer des améliorations des dispositions du "PSE" favorisant les ruptures de contrats de travail ne relève pas d'une conception de lutte de la mission de l'expert-comptable d'autant que, la plupart du temps, ces "améliorations" portent sur des indemnités "supra légales" qui, de fait, entérinent les licenciements envisagés. »*

De même, les "départs volontaires" sont souvent mis en avant, alors qu'ils engendrent des emplois en moins, alimentent les solutions individuelles au détriment des réponses collectives.

Alors qu'un départ volontaire implique une volonté individuelle, claire et non équivoque, du salarié de mettre librement un terme à son contrat de travail, il est clair qu'un départ dans le cadre d'un projet de licenciement collectif, moyennant une indemnité supra-légale, c'est tout, sauf un départ volontaire. »

C'est pourquoi l'idée que dans la procédure partie 1, il y aurait un temps pour défendre l'emploi et un autre temps pour gérer les licenciements *via* des indemnités supra légales notamment, est dangereuse car cela induit que dans le cadre de la phase consultative, la première réunion du CE devrait porter sur le comment défendre l'emploi et la deuxième réunion du CE qui se tient 14, 21 ou 28 jours après, pourrait porter sur le « comment rompre les contrats de travail »...

Quant aux accords dits de méthodes : Pourquoi vouloir fixer des modalités d'information et de consultation de CE dans un accord dérogatoire ? Pourquoi vouloir fixer les conditions dans lesquelles l'établissement d'un PSE fera l'objet d'un accord et anticiper le contenu de

celui-ci, avant même que le CE soit consulté sur un projet de licenciement ?

En fait, souvent, avec les accords dits de méthode le patronat cherche surtout à faire participer les organisations syndicales à la décision de licencier. ■

(1) Des mesures radicales d'urgence.

Dés lors qu'une entreprise envisage de supprimer des emplois, les comités d'entreprise, les délégués du personnel devraient pouvoir s'y opposer en pratique, les faire suspendre pour faire valoir des contre-propositions. On réduirait d'autres coûts que les coûts salariaux (les coûts en capital : intérêts, dividendes, gâchis d'équipement...), on développerait de nouvelles productions et on bénéficierait, pour cela, d'un nouveau crédit bancaire. Les employeurs seraient obligés d'examiner ces projets et, s'ils les rejettent, un arbitrage et l'intervention d'une juridiction pourraient statuer.

On peut exiger des préfets, en France, un moratoire sur les suppressions d'emploi et la réunion de tables rondes pour discuter des propositions alternatives des syndicats et des élus, en attendant des lois en ce sens. Dans chaque région, on peut exiger la création d'un Fonds public. Il prendrait en charge tout ou partie des intérêts versés aux banques par les PME pour leurs crédits, en fonction d'objectifs chiffrés d'emplois et de formation et servirait, ainsi, d'appui aux luttes contre le chômage et la précarité.

On exigerait la suspension de toute aide publique aux groupes qui veulent supprimer des emplois et le remboursement des aides déjà versées.

Un nouveau crédit des banques s'appuierait sur la BCE pour se « refinancer » avec des taux d'intérêt d'autant plus abaissés, jusqu'à zéro et même négatifs, pour les crédits aux investissements réels, que ceux-ci programmeraient plus d'emplois et de formations.

Source : Brochure sur « Des éléments pour un projet de loi de sécurisation de l'emploi et de la formation ».

(2) Plan de sauvegarde de l'emploi.

(3) Institut de Recherche Conseil -Audit-Formation (Montreuil).