

Stratégies des IRP dans le cadre des procédures de licenciement pour motif économique

Les représentants du personnel font « *feu de tout bois* » pour freiner les procédures de licenciement pour motif économique.

Marie-Charlotte Diriar recense les stratégies de blocage mises en œuvre afin de permettre au DRH de les anticiper et d'adopter une attitude appropriée pour y faire face.

Ce travail d'anticipation est d'autant plus important que beaucoup de conflits sont malheureusement résolus judiciairement.



Par Marie-Charlotte Diriar
Counsel, Droit Social
Lovells LLP

La réputation de la pratique de droit social de **Lovells** est bâtie sur les compétences, connaissances et expériences de son équipe de neuf avocats spécialisés en droit social à Paris, dirigée par deux associés et supportée par l'une des plus importantes et plus anciennes « *pratiques* » de droit social en Europe composée de 70 avocats.

Lovells LLP

6 avenue Kléber, 75116 Paris
Tél. : 01 53 67 47 47
Fax : 01 47 23 47 48
<http://www.lovells.com>

Dans le contexte social actuel particulièrement tendu, les membres des institutions représentatives du personnel (IRP) n'hésitent pas à recourir à divers dispositifs ou stratagèmes pour contrer la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE).

La médiatisation de la démonstration de force d'une poignée de représentants du personnel, appartenant à des groupes étrangers pour la plupart (*Caterpillar, Molex, Continental*), influence bon nombre de représentants du personnel dans leurs relations avec la direction. Ainsi, même les DRH qui considéraient avoir de bons rapports avec leurs IRP et pensaient pouvoir mettre en œuvre un PSE, sans anicroches, sont obligés de tenir compte de ce contexte lorsqu'une procédure pour motif économique s'annonce.

Voici les stratagèmes les plus couramment utilisés et l'attitude à adopter pour y faire face.

Démission des membres du comité d'entreprise

En guise de réaction à l'imminence ou l'annonce d'un plan de sauvegarde de l'emploi, certains

élus n'hésitent pas à démissionner du comité d'entreprise pour marquer leur désaccord de sorte que l'institution ne peut plus siéger.

S'ils démissionnent en bloc, la direction n'a plus d'interlocuteurs. Ne pouvant considérer qu'il y a carence, elle doit alors organiser de nouvelles élections pour valablement informer et consulter les instances représentatives du personnel. Par leurs démissions, les élus contraignent donc la direction à reporter la mise en œuvre de la procédure d'information / consultation de l'instance. Par ce procédé dilatoire, les élus gagnent au minimum 30 jours de délais.

Si, du fait de démissions, une catégorie de salariés n'est plus représentée ou le nombre de représentants diminue de moitié, l'IRP pourrait considérer que son information / consultation n'est pas loyale et contester toute procédure que la direction entamerait devant un comité d'entreprise réduit de la sorte. Ainsi, l'organisation des élections partielles seraient également un préalable requis pour ne pas prendre le risque de contentieux sur la validité de la procédure d'information / consultation.

En réponse, la direction ne peut pas remettre en cause la validité des démissions qui ne sont soumises à aucune règle de fond ou de forme. Si

des élections professionnelles étaient déjà prévues et que leur date se trouvait être à moins de six mois des démissions, la direction n'a pas l'obligation de procéder à des élections partielles. Si ces élections devaient intervenir plus tard, la seule arme de la direction est alors de contester l'éventuelle candidature des démissionnaires sur le fondement du détournement de procédure et du délit d'entrave au fonctionnement de l'instance représentative du personnel. En effet, la candidature présentée immédiatement après la démission tend à démontrer que l'élu n'a jamais entendu renoncer à l'exercice de son mandat. La démission avait donc pour seul but de retarder le processus d'information / consultation, c'est-à-dire de faire entrave au fonctionnement normal du comité d'entreprise.

Non-respect de l'accord de méthode négocié préalablement

Un accord de méthode peut être négocié à différents niveaux (branche, groupe, entreprise) pour déterminer les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise lorsque l'employeur envisage la mise en œuvre d'une procédure collective de licenciements économiques d'au moins dix salariés sur une période de 30 jours ⁽¹⁾. L'accord de méthode peut également anticiper le contenu du PSE ou encore organiser la mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe. Lorsque les partenaires sociaux signent un accord de méthode à la veille de la mise en œuvre d'un PSE, ils entendent fixer un cadre à la procédure d'information et de consultation des IRP sur le motif économique à l'origine du projet de réorganisation (Livre II) et sur l'impact de ce projet sur l'effectif (Livre I).

Dès lors, l'accord de méthode contraint la direction et le comité d'entreprise. Or, le comité n'a pas pris part systématiquement à la négociation, alors qu'il est très directement concerné par les accords de méthode qui encadrent son fonctionnement. Il est tout au plus informé et consulté avant la signature de cet accord, comme n'importe quel accord collectif. En conséquence, certains élus ont du mal à se sentir contraints par le fruit des négociations entre syndicats et direction dont ils se sentent exclus. Ils n'ont cependant pas le pouvoir de le remettre en cause : seules les organisations syndicales non signataires de l'accord de méthode peuvent le contester en exerçant leur droit d'opposition.

Pour marquer leur opposition aux accords de méthode, certains comités d'entreprise veulent inscrire leurs prérogatives en dehors de tout cadre. Dans ce but, certains membres cherchent par tous moyens à s'affranchir des règles fixées :

- lorsqu'un calendrier d'information / consultation est imposé par l'accord de méthode, ils tenteront de ne pas tenir une réunion ou d'invoquer la nécessité de tenir une réunion supplémentaire pour remettre en cause toute la pertinence du calendrier ;
- lorsque la mission de l'expert a été encadrée dans l'accord de méthode, ils voudront l'élargir en invoquant des motifs spécifiques à la procédure en cours.

Face à ce comportement, deux options sont envisageables pour la direction, si elle décide de ne pas céder :

- soit elle demande le respect de l'accord de méthode devant le juge des référés en invoquant un trouble manifestement illicite consistant au non-respect de l'accord ;
- soit elle continue à appliquer l'accord de méthode jusqu'à ce que le comité d'entreprise conteste ce cadre, au motif que les ■ ■ ■

(1) C. trav., art. L. 1233-21.

règles posées ne lui garantissent pas l'information complète et loyale qu'il est en droit de recevoir.

Pour éviter ce genre de blocage, il est fortement recommandé d'impliquer au maximum le comité d'entreprise lors de la négociation de l'accord de méthode ou tout au moins de « *négo-cier* » un avis positif sur le contenu de l'accord de méthode avant sa signature. Si l'implication du comité a été minimale lors de la négociation de l'accord de méthode, il est alors envisageable de reprendre en séance des dispositions de l'accord de méthode énoncées de manière générale lors de la première réunion sur le projet de réorganisation afin de les décliner au cas particulier présenté au comité (exemple : renseigner des dates réelles en face du calendrier exprimé en « J + »...). Ainsi, l'éventuelle contestation du comité portant sur les points négociés perdra de sa pertinence devant le juge. Nous pouvons espérer que les nouvelles règles sur la représentativité syndicale renforceront la légitimité des syndicats et feront mieux accepter les accords de méthode aux élus du comité d'entreprise.

Refus de cosigner l'ordre du jour de la réunion

Il y a encore quelques années, le secrétaire du comité avait le pouvoir de bloquer la procédure en refusant de cosigner l'ordre du jour de la réunion d'information / consultation sur le projet de réorganisation ou réduction d'effectifs. La loi a tranché définitivement ce problème de cosignature en permettant à la direction de passer outre ce refus lorsqu'il s'agit de réunions obligatoires. Cette hypothèse n'est donc plus un problème juridique, mais demeurera en pratique un point délicat.

Il est fréquent que la direction recherche l'aval du secrétaire pour respecter un certain usage au sein de l'entreprise ou pour prouver, si besoin

était, les efforts consentis pour préserver le dialogue social au sein de l'entreprise.

Or, une façon habile pour le secrétaire du comité d'entreprise d'influer sur l'ordre du jour est la demande d'inscription d'autres sujets. La direction est alors parfois obligée d'accepter la mise à l'ordre du jour de sujets sensibles dont la discussion en séance décalera d'autant le débat sur le projet de réorganisation ou de licenciement.

Ensuite, si les membres du comité démontrent que les sujets mis à l'ordre du jour ont un impact direct sur le projet de réorganisation qui leur est soumis (état sur la sous-traitance, CDD, examen des comptes, remise du bilan social, etc.), il sera difficile pour la direction de refuser de les discuter avant d'aborder le projet de réorganisation ou de licenciement.

Pour éviter toute discussion, il est plus pertinent de distinguer les procédures et de tenir des réunions distinctes : extraordinaire pour le projet de réorganisation et ordinaire pour les autres sujets.

En l'absence de dispositions similaires, le blocage peut intervenir lors de l'information / consultation du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) lorsque le secrétaire de cette institution refuse de cosigner l'ordre du jour de la réunion au cours de laquelle sera discuté l'impact de la réorganisation projetée sur les conditions de travail des salariés. Or, le comité d'entreprise pourrait soutenir que l'absence d'information / consultation du CHSCT ne lui permet pas d'avoir une vision suffisamment éclairée sur le projet de réorganisation et ainsi refuser de donner un avis au titre du Livre II. Cet argument invoqué par des comités d'entreprise est souvent admis par le juge malgré l'absence de texte subordonnant explicitement l'avis du comité à celui du CHSCT. La direction pourra donc se retrouver dans une situation de blocage en raison du refus du secrétaire du CHSCT de cosigner l'ordre du

jour, blocage que seul le juge peut lever en référé.

Contestation du comité d'entreprise sur la loyauté de l'information donnée par la direction

Certains comités d'entreprise ont été amenés à considérer qu'il résultait du comportement de la direction un trouble manifestement illicite qui justifiait la saisine du juge des référés pour obtenir la suspension de la procédure d'information / consultation.

Pour démontrer ce trouble manifestement illicite, certains comités ont fait valoir que la réorganisation et les licenciements avaient d'ores et déjà été décidés, organisés et planifiés, sans informer et consulter le comité d'entreprise au préalable. Ils en concluent que leur information *a posteriori* par la direction n'est pas loyale.

C'est le cas notamment des salariés de *Molex* qui ont soulevé ce point en cours de procédure avant toute demande d'avis ou de mise en œuvre de la réorganisation, alors même que le comité d'entreprise avait convenu dans le cadre d'un « accord de crise » conclu avec la direction d'un calendrier incluant deux réunions d'information et une troisième pour rendre son avis. La demande de suspension du comité d'entreprise pouvait paraître prématurée, car avant la réunion sollicitant leur avis, voire même déloyale, car, en parallèle de son action en référé, le comité acceptait de fixer des réunions d'information et de consultation.

Le juge a eu une appréciation différente des faits en rejetant l'argument selon lequel l'accord de fin de crise empêcherait ou rendrait prématurée l'action engagée par le comité d'entreprise. Il constate que la direction de la société n'a informé son comité qu'après avoir pris la décision de fermer l'entreprise et conclut à la

déloyauté de l'entreprise. L'obligation de l'employeur d'apporter une information loyale et complète au comité d'entreprise afin de lui permettre de rendre un avis motivé sur le projet est donc primordiale.

Sur la loyauté, il conviendra de souligner l'importance de ne pas donner au comité d'entreprise de signes qui pourraient lui faire croire à tort qu'il est pris comme une « chambre d'enregistrement ». Si la réorganisation est déjà entérinée au niveau du groupe ou même au niveau de la société, le comité détiendra alors le moyen de remettre en cause la loyauté de l'information reçue de la direction dans le cadre de sa consultation sur les licenciements. Ce point est bien souvent problématique dans les groupes internationaux, où la décision de lancer la procédure collective pour licenciement économique est généralement confondue avec celle de licencier. Les communications effectuées à l'étranger peuvent parfois avoir des effets catastrophiques sur les relations entre la direction de l'entité française et les élus. Le DRH, dans ce cas de figure, devrait faire prendre conscience aux dirigeants situés à l'étranger de l'impact que peuvent avoir leur déclaration sur la procédure de licenciement en France.

Recours à un expert

Recours à l'expert dès l'information sur la réorganisation

Dans le cadre d'une procédure collective pour motif économique, l'expert-comptable du comité d'entreprise n'intervient, aux frais de l'entreprise, qu'au stade de l'information relative au projet de réduction d'effectifs (Livre I). Or, si l'intervention d'un expert aide à une meilleure compréhension du projet et peut être constructive, elle est de nature à retarder bien souvent la procédure. Certains membres ■ ■ ■

de comité tentent donc de faire intervenir leur expert dès l'information au titre du Livre II pour freiner la procédure.

Pour y parvenir, le moyen le plus simple est de prétendre que, pour avoir une vision complète sur la situation économique et financière actuelle et ainsi être à même de se prononcer sur la réorganisation projetée, il leur est nécessaire d'avoir une expertise précise les éclairant sur les comptes annuels de la société. Ainsi, l'expert du comité intervient aux frais de l'entreprise sur l'examen des comptes annuels.

Le recours à l'expert du comité pour l'approbation des comptes n'est pas contestable lorsqu'elle intervient de manière concomitante à l'examen annuel des comptes au comité. Ce recours, bien que dilatoire lorsqu'un comité sollicite pour la première fois cette intervention alors que les années précédentes il s'en passait, est difficile à contester dans cette hypothèse précise.

La direction pourra en revanche refuser cette expertise lorsque la demande est formulée hors délai alors que le comité a déjà donné un avis sur les comptes de la société. Elle pourra aussi démontrer que la présentation du rapport de l'expert n'est pas nécessaire pour permettre au comité de se prononcer. Cette démonstration sera d'autant plus aisée que la direction aura traité de manière distincte la réunion portant sur l'examen annuel des comptes et le projet de réorganisation.

Si les membres du comité persistent à considérer que l'expertise des comptes est nécessaire à leur compréhension du projet en cours, l'employeur devra alors démontrer que l'examen global des comptes excède le champ d'application de la réorganisation de sorte que le refus du comité de se prononcer au titre du Livre II, avant la fin de la revue des comptes par cet expert, serait abusif.

Demande de l'expert portant sur des documents non détenus par la société.

Lorsqu'il intervient dans le cadre du Livre I, l'expert du comité a pour rôle d'analyser les raisons et la pertinence du projet de licenciement. Il a pour mission d'en apprécier les conséquences financières et peut même être amené à donner son avis sur les plans de restructuration. Pour ce faire, il accède aux mêmes documents que le commissaire aux comptes.

Lorsque le projet de licenciement vise la filiale d'un groupe, certains experts sont tentés d'étendre leurs demandes non seulement à des documents détenus par la société, et auxquels le commissaire aux comptes pourrait avoir accès, mais également à des documents détenus par des entités appartenant au même groupe puisque c'est au niveau du groupe que s'analyse le motif.

Depuis la jurisprudence de mars 2008 ⁽²⁾, selon laquelle il appartient au seul expert du comité de déterminer les documents utiles à l'exercice de sa mission, peu important que les documents demandés ne soient pas détenus par l'entité française tant que leur existence est prouvée, certains experts n'hésitent pas à élargir considérablement le champ de leurs investigations.

Il est nécessaire de rappeler ici que la décision ci-dessus concernait l'examen annuel des comptes de la société, et non une procédure collective de licenciement pour motif économique. Cependant, compte tenu de la tendance actuelle de la jurisprudence, la direction aurait très vraisemblablement des difficultés à obtenir le rejet par le juge des demandes de l'expert du comité, sauf si l'existence de ces documents n'est pas démontrée.

(2) Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-12.754

Refus d'émettre un avis

En fin de processus d'information, la direction peut se heurter au refus du comité de siéger ou de rendre un avis sur la réorganisation, souvent sur le Livre II et plus rarement sur le Livre I dont le contenu et le calendrier est très encadré. Or, la Cour de cassation considère que l'employeur a satisfait à son obligation de consultation dès lors que le point a été soumis à l'avis de l'instance représentative, peu important que les représentants se soient refusé à émettre un avis, voire à siéger.

Appréciant souverainement les faits, les juridictions du premier et second degré considèrent que la direction a mené à bout la procédure d'information / consultation de l'instance représentative du personnel et peut donc valablement mettre en œuvre son projet malgré le refus des IRP de rendre un avis dès lors que :

- le comité d'entreprise a reçu les éléments d'information précis et suffisants pour prendre position sur un projet, de manière à lui permettre de débattre utilement et concrètement de ses tenants et aboutissants ;
- le comité a reçu des réponses motivées de l'employeur à ses interrogations essentielles, même si ces réponses ne le satisfont pas ;
- le recueil de l'avis sur le projet était expressément inscrit à l'ordre du jour de la réunion ;
- seul le comportement des élus a empêché ces derniers d'émettre l'avis requis. A l'inverse, lorsque les membres du comité n'ont pas pu siéger car ils n'ont pas pu accéder au lieu de la réunion, la direction ne peut bien évidemment pas mettre en œuvre son projet. Ceci a également été appliqué lorsque le lieu de réunion était hors de l'entreprise, mais inaccessible.

Avant de s'autoriser à considérer que la consultation est achevée, il est primordial de s'assurer que le comité a été suffisamment et loyalement informé. Cette démonstration sera facilitée si un

expert a été désigné pour rédiger un rapport, qu'il a eu la possibilité de le présenter en réunion, si la procédure s'est étendue dans le temps et s'il n'y a aucune question du comité restée sans réponse de la part de la direction.

Reste à déterminer, au cas par cas, la position stratégique à adopter en l'absence d'avis. Est-il préférable de mettre en œuvre le projet et d'attendre une éventuelle demande de suspension du comité ? Ou vaut-il mieux demander au juge de constater que la procédure d'information est achevée, voire de déclarer que le comité a rendu un avis négatif en refusant de se prononcer ? Ce dernier cas de figure, auquel le juge accède parfois, suppose que le comité ait, par son attitude, révélé son opposition au projet. Le juge parvient notamment à cette conclusion lorsque l'incompréhension affichée par le comité traduit son incrédulité sur la réussite dudit projet que, d'évidence, il désapprouve.

Multiplication des actions judiciaires

Les contentieux entre le comité d'entreprise et la direction ont toujours existé. Le législateur est d'ailleurs intervenu pour imposer une prescription pour la contestation en référé de la régularité de la procédure d'information / consultation, en enfermant cette possibilité dans un délai de 15 jours.

La judiciarisation des relations sociales s'est accrue ces derniers mois et a pris une tournure différente. En effet, les comités d'entreprise tentent d'étendre leur champ d'action au cours de la procédure d'information / consultation que le législateur a limité, en référé, à la contestation de la régularité de ladite procédure. En toute logique, la contestation de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi n'est pertinente que postérieurement à la dernière réunion d'information / consultation se prononçant sur le projet définitif. ■ ■ ■

Par exemple, certains comités agissent contre l'entreprise pour que le juge constate l'illicéité des critères d'ordre de licenciement ou de la définition des catégories professionnelles pour contraindre la direction à revoir sa copie. Cependant, si le comité remet en cause la validité du projet qui lui est présenté, il n'a pas la possibilité d'imposer son point de vue à la direction en cours de procédure. Il pourra marquer son désaccord par un vote négatif lors de la dernière réunion d'information / consultation. Ce vote est redouté par les DRH, car il donne un certain poids aux éventuelles contestations ultérieures de la validité du PSE par les salariés ou par le comité d'entreprise.

Quand bien même ces actions sont vaines, elles retardent, une fois n'est pas coutume, la procédure car la direction ne prendra généralement pas le risque de notifier des licenciements alors que des contentieux sont en cours.

Il est fréquent de constater que lorsque les IRP usent de moyens dilatoires dès le début de la procédure, les parties se retrouvent devant le juge au moins une fois, voire plusieurs fois, avant d'achever la procédure de consultation. L'enjeu est donc d'améliorer le dialogue social ce qui place la communication avec les IRP, mais aussi les salariés, au centre des préoccupations des DRH. ♦