

# Le droit de participation des salariés lors des restructurations : des leçons apprises par la « capacité de pouvoir s’exprimer » en droit européen

*Migen DIBRA*<sup>\*</sup>

**Employee Participation Rights during Company Restructuring: Lessons Learned from the “Capability for Voice” in European Law**

**El derecho de participación de los asalariados durante una reestructuración: lecciones aprendidas a través de la « capacidad de expresión » en el derecho europeo**

**O direito de participação dos assalariados quando das reestruturações: lições aprendidas pela « capacidade de poder expressar-se » no direito europeu**

企业重组期间的员工参与权：欧洲法上“能够表达意见的能力”的启示

---

## Résumé

Dans le contexte économique actuel, marqué par l’augmentation du nombre de restructurations et de licenciements collectifs qui en découlent, il semble important de s’intéresser au besoin de sécurité entourant l’emploi des salariés et à la

## Abstract

In the current economic context marked by the growing number of restructuring and the rise of the unemployment rate, it seems important to address the employees’ issue of job security and the need to reduce the negative impacts

---

<sup>\*</sup> L’auteure est membre du Barreau du Québec et détient un LL.B., en droit civil, un J.D. et un LL.M. en common law ainsi qu’un LL.D. de l’Université de Montréal. Ses principaux intérêts sont le droit du travail, le droit civil, le droit constitutionnel, le droit comparé et le droit public. Elle compte à son actif plusieurs présentations et publications dans des congrès internationaux.

manière de diminuer les conséquences négatives que certaines restructurations non réfléchies peuvent avoir sur les entreprises. L'une des pistes de solution à cet effet consiste en ce que les salariés puissent se faire davantage entendre lors des processus de restructuration. Étant donné que le cadre juridique canadien actuel sur le sujet est peu développé et que les protections à cet égard restent insuffisantes, notre objectif consiste à chercher des solutions afin de renforcer ce cadre existant. À cet effet, l'auteure s'intéresse à la question de savoir si un processus d'information et de consultation des travailleurs en matière de restructuration entraînant des licenciements collectifs, semblable à celui qui existe au sein de l'Union européenne, serait un bon modèle à suivre au niveau fédéral canadien et dans la province du Québec à la lumière la « capacité de pouvoir s'exprimer » développée par Amartya Sen. Ce cadre d'analyse est un moyen qui servirait à évaluer les conséquences et la pertinence des lois qui reconnaissent des droits élargis aux salariés en matière de participation dans les décisions économiques de l'entreprise.

## Resumen

Dentro del contexto económico actual, marcado por el aumento del número de reestructuraciones y despidos colectivos resultantes, se hace importante abordar la necesidad de seguridad que circunda al empleo de los asalariados y la manera de reducir las consecuencias negativas que algunas reestructuraciones no reflexionadas pueden tener sobre las empresas. Una de las soluciones en este sentido consiste en escuchar más a los empleados durante el proceso de reestructuración. Dado que

that some restructuring processes have on businesses and employees. One of the solutions in this regard is to ensure that employees are heard during the restructuring process. Since the Canadian legal framework on the subject offers insufficient protection, the goal of this text is to find solutions in order to strengthen the existing framework. To this end, the author is interested in whether a process of information and consultation of workers in restructuring matters involving collective redundancies, similar to what exists in the European Union, would be a good model to follow at the federal level and in the province of Quebec in light of the « capability approach », developed by Amartya Sen, which provides a method of assessing the impact and relevance of laws that recognize extended participation rights to employees in regards to company economical decisions.

## Resumo

No contexto econômico atual, marcado pelo aumento do número de reestruturacoes e de demissoes coletivas decorrentes, parece importante interessar-se pela necessidade de segurança em torno do emprego dos asalariados e pela maneira de diminuir as consequencias negativas que certas reestruturacoes não pensadas podem ter sobre as empresas. Para tanto, uma das pistas de solução consiste em que os asalariados possam fazer-se ouvir mais no processo de rees-

el actual marco legal canadiense sobre el tema se encuentra poco desarrollado y las medidas de protección en este sentido siguen siendo insuficientes, nuestro objetivo es buscar soluciones para fortalecer el marco legal existente. Con este fin, el autor se interesa en la cuestión de saber si un proceso de información y consulta a los trabajadores en materia de reestructuración que comporte despidos colectivos, de forma similar a la que existe en la Unión Europea, sería un buen modelo a seguir a nivel federal canadiense y en la provincia de Quebec a la luz de la «capacidad de expresión» desarrollada por Amartya Sen. Este marco analítico es un buen medio para evaluar las consecuencias y la pertinencia de las leyes que reconocen la ampliación de los derechos de los asalariados en materia de participación en las decisiones económicas de la empresa.

truturação. Tendo em conta que é pouco desenvolvido o atual quadro jurídico canadiense sobre o tema e que as proteções a esse respeito são insuficientes, nosso objetivo consiste em buscar soluções para reforçar o quadro existente. Nesse sentido, a autora se interessa pela questão de saber se um processo de informação e consulta dos trabalhadores em matéria de reestruturação que levam a demissões coletivas, parecido com aquele existente no seio da União Europeia, seria um bom modelo a ser seguido na esfera federal canadense e na província do Quebec à luz da «capacidade de poder expressar-se» desenvolvida por Amartya Sen. Este quadro de análise é um meio que serviria para avaliar as consequências e a pertinência das leis que reconhecem direitos ampliados aos assalariados em matéria de participação nas decisões econômicas da empresa.

## 摘要

在当前的经济背景下，企业重组和因此导致的集体解雇不断增多。关注员工的职业稳定以及减少某些欠考虑的重组可能给企业造成的负面后果，似乎显得十分重要。其中一种解决方案为，确保在重组的过程中听取员工的意见。鉴于目前针对该问题的加拿大法律框架尚不健全，提供的保护不足，我们的目标是寻求解决方案以增强现有的框架。为此，作者关注到，欧盟现有制度规定，员工在引起集体解雇的重组过程中享有信息权和咨询权；那么，能否根据阿马蒂亚·森（Amartya Sen）所提出的“能够表达意见的能力”，使得加拿大联邦层面和魁北克省层面也遵循该良好模式？对于承认员工在企业经济决策方面享有更多参与权利的法律制度而言，阿马蒂亚·森的析框架不失为评价它们的后果和適切性的途径。



# Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	7
<b>I. Le droit de participation des salariés lors de restructurations au Canada</b> .....	11
<b>II. Le droit de participation : un moyen de protéger les salariés dans l'Union européenne</b> .....	12
A. L'objectif, l'applicabilité et les droits de participation de la Directive de 1975 en matière de licenciements collectifs .....	18
B. L'objectif, l'applicabilité et le droit de participation de la Directive de 2002 établissant un cadre général d'information et de consultation .....	26
C. Les avantages des deux directives .....	33
<b>III. La capacité des salariés de pouvoir s'exprimer reconnue par les deux directives</b> .....	34
A. L'analyse du droit de l'Union européenne à la lumière de l'approche par les capacités: la disponibilité des ressources politiques .....	36
B. La disponibilité des ressources cognitives .....	41
C. Les droits et recours reconnus par les mesures législatives .....	44
D. L'empressement des employeurs et des actionnaires à écouter les salariés.....	49
<b>Conclusion</b> .....	52



Dans le contexte économique actuel, marqué par l'augmentation du nombre des restructurations et des licenciements collectifs qui en découlent, il semble important de s'intéresser au besoin de sécurité entourant l'emploi des salariés et à la manière de réduire les conséquences négatives que certaines restructurations non réfléchies peuvent avoir non seulement sur les salariés licenciés, mais également sur les salariés restants et sur l'entreprise elle-même<sup>1</sup>. L'une des pistes de solution à ce phénomène d'accroissement des restructurations et des conséquences négatives qui en découlent consiste en ce que les salariés puissent participer et se faire davantage entendre lors des processus de restructuration<sup>2</sup>. Le terme générique « participation » fait référence à tout type d'élément de démocratie industrielle allant de la phase de l'information, de la consultation et des négociations collectives, jusqu'au pouvoir étendu des salariés de participer aux décisions économiques de l'employeur, que l'on appelle la codétermination<sup>3</sup>.

Le cadre juridique canadien actuel sur le sujet est peu développé, car il n'y a ni procédures de consultation ni négociation avec les travailleurs

---

<sup>1</sup> Thierry LEMASLE et Pierre-Éric TIXIER (dir.), *Des restructurations et des hommes*, Paris, Dunod, 2000, p. 73.

<sup>2</sup> Jean-Michel BONVIN et Philippe BADAN, « La responsabilité sociale de l'entreprise à l'aube des restructurations », (2007) 109 *Travail et emploi* 59, 59-60.

<sup>3</sup> *L'information* implique un acte unilatéral, car il fait référence à l'obligation de l'employeur de fournir l'information pertinente aux salariés à partir de laquelle ils peuvent poser des questions et demander des explications. La *consultation* implique, pour sa part, un acte bilatéral qui permet aussi aux salariés de donner leurs avis à l'employeur quant au processus de restructuration ou de licenciement collectif. L'étape de la consultation ressemble souvent aux négociations visant la conclusion d'une convention collective. Cependant, la consultation est différente de la négociation, car cette dernière implique un effort de prise de décisions conjointes entre les salariés et l'employeur en vue d'atteindre un accord entre les parties en présence. À l'inverse, la consultation laisse intact le pouvoir de l'employeur de prendre la décision qui lui semble appropriée tout en ayant écouté les points de vue des travailleurs. La *codétermination* correspond à la participation des salariés dans les décisions stratégiques des entreprises notamment en cas de restructuration. Cette participation s'exerce au sein d'organes internes à l'entreprise tels que les conseils ou les comités, et elle est réglementée et délimitée par des lois ou des conventions collectives. Catherine BARNARD, *EC Employment Law*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oxford University Press, 2000, p. 510-513; Jacques VANDAMME, *L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales*, coll. de l'Institut de recherche et d'information sur les multinationales, Genève, IRM, 1984, p. 28-30; Manfred LÖWISCH, « Job Safeguarding as an Object of the Rights of Information, Consultation, and Co-Determination in European and German Law », (2005) 26-3 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 371, 372 et 374.

prévues de façon législative lorsque les conventions collectives sont muettes en ce qui concerne les restructurations en général. De plus, dans le milieu non syndiqué il n'y a ni procédures de consultation ni négociation, comme il n'y a pas de syndicat en place : ces travailleurs sont donc complètement non protégés. À cet égard, il est important de noter qu'il y a uniquement 40 % de salariés syndiqués au Québec<sup>4</sup>, ce qui implique que 60 % des salariés ne sont pas couverts par une convention collective. Une analyse comparative des lois sur l'emploi des pays industrialisés de l'OCDE<sup>5</sup> révèle d'ailleurs, en 2004, que le Canada se classe parmi les pays où la loi sur les licenciements collectifs est la moins contraignante, à égalité avec la Corée du Sud. Une étude publiée dans la revue REMEST en 2010 en arrive à des conclusions similaires<sup>6</sup>.

Étant donné que le cadre juridique canadien actuel sur le sujet est peu développé et que les protections à cet égard restent insuffisantes, notre objectif consiste à chercher des solutions afin de renforcer le cadre canadien existant et d'aider les syndicats et les employeurs à développer des stratégies de négociation qui essaient d'équilibrer les relations d'emploi sur le sujet. À cet effet, il faut noter que, compte tenu de l'importance de la participation des salariés, on constate un intérêt accru à l'égard du droit des salariés à l'information et à la consultation, particulièrement en Europe<sup>7</sup>. Les entreprises en Europe comme dans le reste du monde<sup>8</sup>, pour atteindre leurs objectifs, ont constamment recours à des restructurations de diverses natures qui impliquent des dépenses considérables et qui peuvent conduire à des échecs. En effet, les restructurations survenues après la crise de 2008 ont marqué la fin d'une période relativement longue de création d'emplois

<sup>4</sup> Jacques LETOURNEAU (président, Confédération des syndicats nationaux – CSN), discours au Congrès international du CRIMT, 22 mai 2015; Alexis LABROSSE, « Coup d'œil sur la présence syndicale au Canada et dans ses provinces, 2010 à 2014 », en ligne : <[https://www.travail.gouv.qc.ca/fileadmin/fichiers/Documents/presence\\_syndicale/Coup\\_d\\_oeil\\_presence\\_syndicale\\_2010-2014.pdf](https://www.travail.gouv.qc.ca/fileadmin/fichiers/Documents/presence_syndicale/Coup_d_oeil_presence_syndicale_2010-2014.pdf)> (consulté le 10 août 2018).

<sup>5</sup> OCDE, *Réglementation relative à la protection de l'emploi et performance du marché du travail*, Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2004, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/9/6/2079982.pdf>> (consulté le 10 août 2018); Martine POULIN et Daniel PRUD'HOMME, « Les protections sociales des travailleurs dans le cas des licenciements collectifs au Québec », (2010) 5-2 *Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail* 1, 4-20.

<sup>6</sup> *Id.*

<sup>7</sup> M. LÖWISCH, préc., note 3, 371-380.

<sup>8</sup> Michel LAFOUGÈRE, *L'Europe face au défi de la mondialisation: Les conséquences sociales de la restructuration des économies en Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1998, p. 7.



et ont donné lieu à une hausse du chômage qui se poursuit dans la plupart des États membres de l'Union européenne. En 2014, l'Europe comptait 6 millions en moins d'Européens au travail qu'au début de la crise financière et économique de 2008 et plus de 2,8 millions d'emplois ont été perdus à cause des restructurations survenues entre 2008 et fin 2015<sup>9</sup>. Cependant, contrairement au Canada, certains pays européens et l'Union européenne ont, pour aider à mieux contrôler et gérer les restructurations des entreprises, traditionnellement privilégié un cadre communautaire de restructurations social-interventionniste, produit à la fois de l'autonomie collective et de l'interventionnisme de l'État<sup>10</sup>. En effet, le droit du travail de l'Union européenne constitue un système d'approche sociale où l'État légifère pour reconnaître des droits élargis aux salariés d'être informés et consultés lors de restructurations.

Afin de dégager certaines solutions pour renforcer le cadre canadien sur le droit de participation des salariés, nous allons analyser dans le présent article deux directives de l'Union européenne, lesquelles constituent des parties importantes du cadre juridique communautaire du droit de participation des salariés lors des restructurations au niveau national. Ces deux directives sont la Directive du 17 février 1975<sup>11</sup> sur l'information et la consultation en cas de licenciement collectif, et la Directive du 11 mars 2002<sup>12</sup>

<sup>9</sup> T. LEMASLE et P.-É. TIXIER, préc., note 1, p. 9; Eckhard Voss, *Les restructurations, l'anticipation du changement et la participation des travailleurs à l'aune du monde numérique*, Rapport à l'intention de la CES, février 2016, en ligne: <<https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/files/revisiting-restructuring-fr.pdf>> (consulté le 10 août 2018).

<sup>10</sup> Michel COUTU, « Licenciements collectifs et fermetures d'entreprise au Québec: un cas d'absentéisme juridique? », (2007) 109 *Travail et emploi* 39, 39-49; Sylvaine LAULOM, « Le cadre communautaire des restructurations », dans Claude DIDRY et Annette JOBERT (dir.), *L'entreprise en restructuration: Dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives*, coll. Économie et société, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 77.

<sup>11</sup> *Directive du conseil 75/129/CEE, du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs*, J.O.U.E. n° L 48/29, 17.2.1975, en ligne: <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e7d53d24-1759-43de-be7f-a33c908d147b/language-fr>> (consulté le 10 août 2018) (ci-après « Directive 75/129/CEE »).

<sup>12</sup> *Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne*, J.O.U.E. L n° 80/29, 11.3.2002, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0014>> (consulté le 10 août 2018) (ci-après « Directive 2002/14/CE »).

sur l'information et la consultation qui s'intéresse à la représentation permanente des travailleurs dans les entreprises au niveau national. La Directive de 2002 concerne les licenciements collectifs, mais elle fait encore plus que cela, car elle consacre un droit d'information et de consultation lors des procédures de restructuration en général.

Le terme « restructuration » désigne « l'ajustement ou la transformation de la production et des services dans le but de faire face à des changements essentiellement quantitatifs et non transitoires des marchés des capitaux, des biens et du travail »<sup>13</sup>. Il existe plusieurs types de restructurations. Parmi celles-ci, on peut mentionner les fermetures d'entreprises, les diminutions d'effectifs, les fusions/acquisitions, la sous-traitance ainsi que les changements technologiques<sup>14</sup>. Tous ces types de restructurations sont susceptibles d'affecter la sécurité de l'emploi et d'entraîner des licenciements collectifs<sup>15</sup>, car ils incluent divers changements dans l'organisation de la structure, la portée et les activités de l'entreprise<sup>16</sup>. C'est pour ces types de restructurations affectant la sécurité de l'emploi que nous cherchons des solutions afin d'améliorer le cadre canadien.

Afin d'évaluer l'impact et la pertinence des directives européennes qui reconnaissent des droits élargis aux salariés en matière de participation dans les décisions économiques de l'entreprise<sup>17</sup>, nous avons utilisé comme cadre d'analyse la « capacité de pouvoir s'exprimer » développée par Amartya Sen<sup>18</sup>. Ce faisant, nous avons évalué dans quelle mesure les directives euro-

<sup>13</sup> Michel GUERRE, « Les cadres juridiques des restructurations, une perspective internationale », dans Claude DIDRY et Annette JOBERT (dir.), *L'entreprise en restructuration : Dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives*, coll. Économie et société, Rennes, 2010, p. 73.

<sup>14</sup> Michel COUTU et Julie BOURGAULT, « Le droit du travail et les restructurations industrielles au Canada : une pluralité normative ? », dans Claude DIDRY et Annette JOBERT (dir.), *L'entreprise en restructuration : Dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives*, coll. Économie et société, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 107.

<sup>15</sup> Patrice JALETTE et Mélanie LAROCHE, « Organisation de la production et du travail », dans Patrice JALETTE et Gilles TRUDEAU (dir.), *La convention collective au Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Gaëtan Morin Éditeur, 2011, p. 199 et 208.

<sup>16</sup> Marie-Ange MOREAU, *Building Anticipation of Restructuring in Europe*, éd. en collab. avec Serafino NEGRELLI et Philippe POCHE, coll. Travail & Société, vol. 65, Bruxelles, Peter Lang, 2009, p. 15-16.

<sup>17</sup> Jean-Michel BONVIN, « Individual working lives and collective action. An introduction to capability for work and capability for voice », (2012) 18 *Transfer* 9, 9-10.

<sup>18</sup> *Capability approach*, selon la terminologie utilisée par Sen dans ses écrits originaux en langue anglaise ; J.-M. BONVIN, préc., note 17.

péennes en question respectent les conditions de la « capacité de pouvoir s'exprimer », conditions qui constituent des prérequis pour passer de l'implication des salariés dans les décisions de l'entreprise à une influence réelle sur ces décisions<sup>19</sup>. Cette analyse nous permettra de déterminer si les droits d'information et de consultation applicables en droit européen peuvent nous servir d'exemple pour améliorer le cadre juridique canadien et québécois sur le sujet.

## I. Le droit de participation des salariés lors des restructurations au Canada

Le droit canadien est très peu développé en matière de droits des salariés à l'information et à la consultation lors de restructurations d'entreprises. En effet, contrairement au cadre légal européen, au niveau fédéral canadien et au Québec, lorsque la convention collective ne traite pas du droit de participation des salariés lors des restructurations en général, l'employeur a le droit d'agir seul et il n'est pas tenu de négocier l'exercice de ce droit avec l'association accréditée, et ce, même si les conditions de travail des salariés se trouvent modifiées<sup>20</sup>. Présentement, aucun avis n'est requis par le *Code canadien du travail* ou la *Loi sur les normes du travail*<sup>21</sup> lors de restructurations telles que les fusions, les acquisitions et la sous-traitance, à l'exception de l'introduction de changements technologiques.

En ce qui concerne les licenciements collectifs, conséquence courante des restructurations, il faut noter que les mesures législatives prévues par les lois québécoises et canadiennes en cas de licenciements collectifs sont de très faible teneur et n'offrent pas aux syndicats et aux employés la possibilité d'être entendus et d'influencer les décisions des employeurs à cet égard<sup>22</sup>. De fait, les protections offertes par la *Loi sur les normes du travail*

<sup>19</sup> Jean-Michel BONVIN et Éric MOACHON, « Assessing Employee Voice in Restructuring Processes against the Capability Approach. A Case Study in the Swiss Metal Sector », (2012) 23 *The International Review of Management Studies* 158, 160.

<sup>20</sup> Guylaine VALLÉE et Dalia GESUALDI-FECTEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail? », (2007) 48-1-2 *C. de d.* 153, 169; *Re United Steelworkers of America c. Russelsteel Ltd.*, (1966) 17 L.A.C. 253.

<sup>21</sup> *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1 (ci-après « L.n.t. »); *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (ci-après « C.c.t. »).

<sup>22</sup> Art. 51 à 55 C.c.t.; Paul WEILER, « The Role of the Labour Arbitrator: Alternative Versions », (1969) 19-16 *University of Toronto Law Journal* 16, 44; Urwana COIQUAUD,

se résumant à un avis de licenciement collectif informant les salariés que leur emploi prendra fin et à la création d'un Comité d'aide au reclassement qui n'est même pas obligatoire au Québec, car sa création dépend de la discrétion du ministre. Ce comité est considéré comme une agence de placement et les placements qui leur sont attribuables ne seraient, en moyenne, que de l'ordre de 10 % à 15 %. Ce comité n'est formé qu'après que la décision de procéder à des licenciements collectifs a été prise et que le nombre des salariés à être licenciés a été fixé<sup>23</sup>.

Le *Code canadien du travail* offre des protections semblables à celles de la *Loi sur les normes du travail*, mais plus avancées à certains égards. En effet, l'avis de licenciement collectif doit être envoyé dans tous les cas de licenciements collectifs, et n'est pas restreint aux seuls cas dus à des raisons d'ordre technologique ou économique. De plus, le comité mixte de planification est obligatoire pour l'employeur<sup>24</sup>. Les protections législatives à cet effet sont semblables à travers les provinces canadiennes. Cependant en ce qui concerne les restructurations, seule la Colombie-Britannique prévoit des mesures d'information, de consultation et de négociation générales au préalable. Il semble toutefois que ces règles ne s'appliquent pas dans le secteur non syndiqué, l'article 54(1) du *Labour Relations Code* référant uniquement aux salariés couverts par une convention collective<sup>25</sup>.

## II. Le droit de participation : un moyen de protéger les salariés dans l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne en la matière est beaucoup plus développé que le cadre canadien. Le cadre communautaire normatif des restructurations en Europe<sup>26</sup> est défini principalement par des directives

---

«Le droit du travail québécois et les restructurations d'entreprise: un encadrement et un contrôle juridique anorexiques?», (2008) 12 *Management International* 51. Le cadre légal canadien sur le sujet constitue un chapitre de ma thèse de doctorat: Migen DIBRA, *Le droit de participation des salariés canadiens lors des restructurations d'entreprises: Le cadre législatif britannique comme source d'inspiration pour le Canada*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2016.

<sup>23</sup> Art. 84.0.1 à 84.0.12 L.n.t.; *Règlement sur les normes du travail*, RRQ, c. N-1.1, r. 3, art. 35.0.2.

<sup>24</sup> Art. 211 à 229 C.c.t.

<sup>25</sup> *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 54; M. DIBRA, préc., note 22.

<sup>26</sup> Corinne SACHS-DURAND (dir.), *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 337.

adoptées par la Communauté économique européenne (ci-après « CEE ») et par l'Union européenne<sup>27</sup>. Ces directives visent à promouvoir le dialogue entre les organisations représentatives des travailleurs et les employeurs comme une condition nécessaire au bon déroulement d'une restructuration<sup>28</sup>, dans un but, notamment, de promotion de l'emploi et d'amélioration des conditions de vie et de travail des salariés<sup>29</sup>. À cet effet, ces directives ont comme objectif d'assurer aux salariés un droit à un processus de participation indirecte, reconnu par la loi, afin de leur offrir la possibilité d'intervenir lors des restructurations et d'anticiper les risques en temps utile pour mettre en place des mesures alternatives décidées de concert avec l'employeur<sup>30</sup>. Si les salariés bénéficient de droits à l'information et à la consultation avec l'employeur lors des restructurations affectant leur sécurité d'emploi, les directives ne prévoient toutefois pas de droit à la codétermination<sup>31</sup>.

Les directives européennes ont été adoptées après la Seconde Guerre mondiale et constituent un moyen de protection des salariés lors des restructurations qui ont lieu à partir de ce moment et plus tard durant le développement du marché commun et de la mondialisation<sup>32</sup>. Par exemple, la

<sup>27</sup> S. LAULOM, préc., note 10, 77. Les directives sont des actes de l'Union européenne adoptés afin de remplir les objectifs fixés dans les traités. Elles constituent des règles de droit communautaire qui ont une force contraignante pour les États membres auxquelles elles sont adressées quant au résultat à atteindre uniquement. De ce fait, tout en étant contraignantes pour les États membres, les directives leur permettent quand même une certaine marge d'autonomie. EUROPEAN UNION, « EU Law », en ligne : <[http://europa.eu/eu-law/index\\_fr.htm](http://europa.eu/eu-law/index_fr.htm)> (consulté le 10 août 2018) ; Roger BLANPAIN, *European Labour Law*, 9<sup>e</sup> éd., London, Kluwer Law International, 2003, p. 65 ; *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), J.O.U.E. n° C-115, 9.5.2018, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>> (consulté le 10 août 2018), p. 1 à 388, art. 288.

<sup>28</sup> Directive 2002/14/CE, art. 1, 7 et 9.

<sup>29</sup> *Traité instituant la Communauté européenne*, J.O.C.E. n° 325/33, 24.12.2002, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A12002E%2FTXT>> (consulté le 10 août 2018), art. 136 ; R BLANPAIN, préc., note 27, p. 505.

<sup>30</sup> S. LAULOM, préc., note 10, 77.

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> Claude Emmanuel TRIOMPHE, « Does Europe have restructuring policies? », dans Bernard GAZIER et Frédéric BRUGGEMAN (dir.), *Restructuring Work and Employment in Europe : Managing Change in an Era of Globalisation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2008, p. 340.

Communauté européenne du Charbon et de l'Acier est créée en 1951<sup>33</sup>, dans le but de veiller à la reconstruction de pays européens dévastés par la Seconde Guerre mondiale et d'assurer la modernisation et la rationalisation des industries du charbon et de l'acier : cela a entraîné la fermeture de plusieurs sites miniers et d'usines<sup>34</sup>.

Par la suite, l'objectif de la Communauté européenne, fondée en 1957, était d'établir un marché commun<sup>35</sup> qui entraîna également des restructurations qui mirent en évidence le besoin de protection des salariés dans ces circonstances<sup>36</sup>. De plus, la Communauté européenne voulait instaurer une forme d'organisation sociale du travail pour permettre une plus grande participation des salariés. Le but était d'augmenter leur engagement et de faciliter la résolution de problèmes, afin de paver la voie à une économie européenne plus forte et en mesure de rivaliser avec celles des États-Unis et du Japon<sup>37</sup>.

Afin d'atteindre ces deux objectifs, le *Traité de Rome*<sup>38</sup>, source des pouvoirs de la Communauté, prévoit dans son préambule et dans son article 235 que l'objectif ultime de la Communauté est l'amélioration des conditions de vie et de travail de ses citoyens<sup>39</sup>. En conformité avec ces dis-

<sup>33</sup> Cette commission fut créée en vertu de traités signés entre l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas: Léon-Eli TROCLET, *Éléments de droit social européen*, Bruxelles, Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1963, p. 21. Son successeur, la Communauté économique européenne, est constituée en 1958.

<sup>34</sup> C.E. TRIOMPHE, préc., note 32, p. 339.

<sup>35</sup> *Traité instituant la Communauté économique européenne* du 25 mars 1957, (1958) 298 U.N.T.S. 11 (ci-après « Traité de Rome »), art. 2.

<sup>36</sup> *Id.*, art. 2, préambule; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Report on the Development of the Social Situation in the Community in 1971, 1972*, p. 8-13; Mark R. FREEDLAND, « Employment Protection: Redundancy Procedures and the EEC », (1976) 5 *Industrial Law Journal* 24, 26; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Social Action Programme*, Bull. Eur., Comm. Supp. 2/74 (1974), en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31974Y0212%2801%29>> (consulté le 10 août 2018).

<sup>37</sup> Peter CRESSEY, « Employee Participation », dans Michael GOLD (dir.), *The Social Dimension Employment Policy in the European Community*, London, Macmillan, 1993, p. 86.

<sup>38</sup> *Traité de Rome*, préc., note 35.

<sup>39</sup> *Id.*, préambule; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Report on the Development of the Social Situation in the Community in 1971*, préc., note 36; M. R. FREEDLAND, préc., note 36; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Social Action Programme*, préc., note 36.

positions, la Commission des communautés européennes a adopté un programme complet pour la mise en œuvre d'une politique sociale communautaire. Elle y reconnaît que les politiques de la Communauté doivent protéger les travailleurs dans des cas de restructurations causées par le développement du marché commun<sup>40</sup>. Pour assurer le succès de ces démarches, la Communauté a cherché à promouvoir le dialogue et la coopération entre les employeurs et les organes représentatifs des salariés afin de recueillir leurs conseils et les considérer comme des alliés dans le développement de ses politiques sociales, dont la diminution du chômage<sup>41</sup>.

Les premières directives sociales de la Communauté voient le jour dans les années 1970 avec pour objectif de protéger les droits des travailleurs et d'aider les entreprises confrontées à des restructurations et à des difficultés économiques<sup>42</sup>. Cette politique européenne de la protection de l'emploi se traduit par l'adoption de directives sur l'information et la consultation des salariés<sup>43</sup>. Ces procédures de participation des salariés au niveau des entreprises européennes ont été transformées en acquis communautaires en vertu de deux directives fondatrices : la Directive de 1975<sup>44</sup> sur l'information et la consultation en cas de licenciement collectif, et la Directive de 1977<sup>45</sup> sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Ces deux directives constituent le début du cadre communautaire normatif des restructurations en Europe<sup>46</sup> et accordent

<sup>40</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Social Action Programme*, préc., note 36.

<sup>41</sup> Mark CARLEY, « Social Dialogue », dans Michael GOLD (dir.), *The Social Dimension Employment Policy in the European Community*, London, Macmillan, 1993, p. 122.

<sup>42</sup> Michael GOLD, « Employee Participation in the EU: The long and winding road to legislation », (2010) 31-45 *Economic and Industrial Democracy* 9, 9 et 19.

<sup>43</sup> Jean KOUKIADIS « Les droits sociaux et les règles communautaires dérivées de l'Union européenne » dans Nikitas ALIPRANTIS (dir.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux: Défis à l'échelle mondiale*, coll. "Rencontres européennes", Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 75.

<sup>44</sup> Directive du conseil 75/129/CEE.

<sup>45</sup> *Directive 77/187/CEE, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements*, J.O.U.E. n° L 061/026, 14.2.1977, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A31977L0187>> (ci-après « Directive 77/187/CEE »).

<sup>46</sup> C. SACHS-DURAND, préc., note 26, p. 337.

des droits à la participation des salariés uniquement lors des licenciements collectifs et de transfert d'entreprise<sup>47</sup>.

Plus tard, les restructurations et la précarité de l'emploi, causées par le phénomène de la mondialisation en Europe, ont conduit la Commission à promouvoir de nouveau le droit de participation des salariés<sup>48</sup>. Le phénomène de la mondialisation, comme partout dans le monde, a entraîné un retrait des gouvernements des États membres de la gouvernance de l'économie: une plus grande liberté et un renforcement de leurs prérogatives ont été accordés aux employeurs dans la gestion des entreprises<sup>49</sup>. Ces changements ont provoqué la montée du chômage et l'accélération du déclin industriel dans la Communauté européenne<sup>50</sup>.

Afin de pallier ce phénomène, les Directives de 1975 et de 1977 ont été complétées par la Directive du 22 septembre 1994<sup>51</sup> sur les comités d'entreprises européennes et la Directive du 11 mars 2002<sup>52</sup> sur l'information et la consultation. Cette dernière s'intéresse à la représentation permanente des travailleurs dans les entreprises au niveau national tandis que la Directive de 1994 porte sur la représentation des salariés dans les entreprises transnationales européennes. La Directive de 2002 a également été adoptée en vue d'établir des exigences minimales quant au droit des salariés à l'information et à la consultation lors des restructurations en général<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> S. LAULOM, préc., note 10, 77.

<sup>48</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 642.

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Programme of the Commission for 1983-1984*, 1983, p. 5-27 (Discours du président de la Commission de la Communauté européenne devant le Parlement européen le 8 février 1983).

<sup>51</sup> *Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs*, J.O.U.E. L n° 254/ 64, 22.9. 1994, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31994L0045>> (consulté le 10 août 2018) (ci-après « Directive de 1994 »). L'étude de la Directive de 1977 et celle de la Directive de 1994 ne seront pas présentées dans le présent texte, en raison de contraintes et de limites en termes d'espace imposées dans le cadre de l'article. En effet, comme dans le présent texte on s'intéresse au droit de participation des salariés lors des restructurations en général et des licenciements collectifs qui en découlent, alors l'étude de la Directive de 1975 et celle de la Directive de 2002 seraient suffisantes pour nos fins.

<sup>52</sup> Directive 2002/14/CE.

<sup>53</sup> *Id.*, préambule, par. 18 et 23.



L'objectif de la Communauté, en adoptant ces directives, était notamment la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail et le dialogue entre les employeurs et les salariés. À cet effet, la Communauté et les États membres «mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales (...) ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de la Communauté»<sup>54</sup>. Malgré cela, l'adoption de ces directives a posé plusieurs difficultés en raison de la diversité du fonctionnement des relations industrielles et des cadres juridiques existants dans les États membres<sup>55</sup>. Ainsi, en France par exemple, leur adoption s'est faite aisément, car les lois nationales françaises contenaient déjà des règles semblables à celles des directives. En revanche, au Royaume-Uni, les directives ont entraîné beaucoup de changements; le pays n'avait d'ailleurs aucun organisme représentant les employés pour mettre en œuvre les procédures d'information et de consultation des travailleurs<sup>56</sup>. Étant donné que ces directives imposent des contraintes systématiques aux prérogatives des employeurs, elles ont été considérées comme menaçantes et envahissantes, d'où l'opposition exprimée par les gestionnaires d'entreprises<sup>57</sup>. Cependant, comme nous le verrons, l'efficacité de ces directives ne s'est pas avérée en ce qui a trait au pouvoir des salariés d'influencer les décisions des employeurs en matière de restructurations.

Dans ce qui suit, nous nous interrogerons, dans un premier temps, sur les protections offertes par les directives européennes en matière de licenciement collectif et de restructurations en général<sup>58</sup>, afin de pouvoir retirer des leçons pour améliorer le cadre canadien. Dans un deuxième temps, nous allons présenter l'analyse de la portée des protections offertes par ces deux directives et de certains de leurs effets pratiques à l'aide de «l'approche par les capacités» développée par Amartya Sen<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> *Traité instituant la Communauté européenne*, préc., note 29, art. 136; R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 505.

<sup>55</sup> M. GOLD, préc., note 42, 9.

<sup>56</sup> Claude DIDRY, «The European Works Council before the courts: putting law to work and the producing EU legal norms during the Renault Vilvorde case», 19 juin 2011, Halshs-00601572, en ligne: <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00601572/document>> (consulté le 10 août 2018).

<sup>57</sup> *Id.*; M. GOLD, préc., note 42, p. 9.

<sup>58</sup> La source législative de l'adoption de ces deux directives se retrouve dans les articles 94, 100 et 136 du *Traité instituant la Communauté européenne*, préc., note 29.

<sup>59</sup> J.-M. BONVIN, préc., note 17, p. 9-10.

## A. L'objectif, l'applicabilité et les droits de participation de la Directive de 1975 en matière de licenciements collectifs

Les démarches pour l'adoption de la Directive de 1975 ont commencé en 1973 lorsqu'une multinationale allemande nommée AKZO, durant un processus de restructuration, voulait procéder au licenciement collectif de 5 000 employés<sup>60</sup>. Pour décider quels employés licencier, AKZO a comparé le coût de licenciement pour toutes ses filiales des différents États de la Communauté européenne, pour finalement licencier les employés dans l'État membre où les procédures étaient les moins coûteuses<sup>61</sup>. Les différences qui existaient entre les États membres par rapport aux procédures de licenciements collectifs, ainsi que les mesures susceptibles d'atténuer les conséquences de ces licenciements, entraînaient donc des fermetures d'usines dans des pays où la législation protégeait peu les droits des salariés. De plus, des règles les plus souples sur le plan du licenciement étaient vues comme un incitatif pour les entreprises, qui seraient davantage portées à s'établir dans ces pays afin d'avoir plus de flexibilité quant à leur gestion<sup>62</sup>.

Afin d'empêcher les multinationales de suivre les mêmes stratégies qu'AKZO, la Commission européenne a imposé aux États membres un seuil minimum de protection des travailleurs dans des cas de licenciement collectif<sup>63</sup>. À cet effet, l'objectif de la Directive de 1975 était d'assurer la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs découlant de restructurations, dans un contexte où la Communauté européenne cherchait à atteindre un développement économique et social équilibré dans tous les États membres<sup>64</sup>. Pour y arriver, la directive visait à harmoniser les différentes procédures de licenciements collectifs ainsi que les mesures susceptibles d'atténuer les conséquences de ces licenciements qui existaient dans les États membres, mettant ainsi fin à la concurrence entre les États

<sup>60</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 501.

<sup>61</sup> *Id.* La Directive 75/129/CEE a été amendée en 1992, puis codifiée en 1998, par les Directives 92/56/CEE et 98/59/CE.

<sup>62</sup> Marie-Ange MOREAU, « À propos de "l'affaire Renault" », (1997) 5 *Droit social* 493.

<sup>63</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 501 ; Directive 75/129/CEE, amendée en 1992 par la Directive 92/56/CEE, et codifiée par la Directive 98/59/CE.

<sup>64</sup> Directive 75/129/CEE, préambule ; Gian Guido BALANDI et Brigitte REYNES, « Systèmes nationaux de licenciement économique et droit communautaire », (2001) 444 *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 193, 446.

membres pour ce qui a trait aux conditions de procédures de licenciements collectifs<sup>65</sup>.

La première étape vers l'adoption de la directive commence en 1972 avec la préparation d'un rapport par la Commission de la CEE sur les dispositions législatives protégeant les travailleurs en cas de licenciements dans les pays de la CEE<sup>66</sup>. Ce rapport reconnaît la disparité entre les législations nationales concernant le licenciement ainsi que le désir d'avoir une certaine harmonisation dans le cadre de l'amélioration des conditions de vie et de travail des salariés, et identifie la nécessité d'harmonisation des lois relatives aux licenciements collectifs<sup>67</sup>. En novembre 1972, la Commission a présenté sa proposition de directive sur les licenciements collectifs au Conseil. Ce projet de directive contenait notamment une proposition pour imposer une consultation obligatoire des employeurs avec les représentants des travailleurs au sujet de licenciements collectifs, ainsi qu'une proposition pour accorder des pouvoirs aux autorités publiques afin de reporter ou d'interdire les licenciements dans certaines circonstances<sup>68</sup>. Le processus de l'adoption de la directive fut assez long, car les États ne se mettaient d'accord ni sur le contenu substantiel de la directive ni sur le degré de l'harmonisation des lois nationales. Plus particulièrement, le Royaume-Uni était contre l'idée de donner aux autorités publiques le pouvoir d'empêcher les licenciements collectifs. De ce fait, en juin 1974, le Royaume-Uni a utilisé son droit de veto sur les projets de la directive au complet. Ce problème a été résolu uniquement en décembre 1974 lors de la réunion du Conseil des ministres des affaires sociales, où il a été décidé qu'il serait optionnel pour les États membres d'accorder ou non un droit de veto sur les licenciements collectifs aux autorités publiques de leurs États respectifs<sup>69</sup>. De ce fait, selon l'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après « C.J.C.E. »), le but de la Directive de 1975 est de rapprocher les conditions juridiques des procédures de licenciements collectifs, et non pas de restreindre la liberté des entreprises d'organiser

<sup>65</sup> *Id.*; Directive 75/129/CEE, préambule; *Commission c. Royaume Uni*, 1994, C.J.C.E., C-382/92, IRLR 392; *Commission c. Royaume Uni*, 1994, C.J.C.E., C-383/92, IRLR 412; *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, 8 juin 1982, C.J.C.E., Affaire 91/81.

<sup>66</sup> Le texte de ce rapport a été consigné dans le Bulletin No. 4 (1973) de l'Institute for Labour Relations of the University of Leuven, p. 171-203.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> *Id.*, p. 205-210; M.R. FREEDLAND, préc., note 36, 24-61.

<sup>69</sup> *Id.*

leurs activités et le service de leur personnel de la manière qui leur semble le mieux convenir à leurs besoins<sup>70</sup>.

La Directive de 1975 est applicable à tous les États membres ; ces derniers doivent s'acquitter de leurs obligations en vertu de la directive à tous les égards et ne peuvent se prévaloir des dispositions ou des pratiques existantes dans leur système juridique interne pour justifier le non-respect de ces obligations<sup>71</sup>. Néanmoins, dans les cas où l'employeur a la ferme intention de procéder à des licenciements, le champ d'application de la Directive de 1975 est limité en termes qualitatifs et quantitatifs<sup>72</sup>. En termes qualitatifs, tout d'abord, il faut noter que la Directive de 1975 s'applique aux cas de licenciements collectifs où l'employeur licencie les employés pour des raisons non liées à ceux-ci ; le licenciement ne doit pas cacher des motifs interdits. En termes quantitatifs, l'applicabilité de la Directive de 1975 est conditionnée par la taille de l'entreprise et par le nombre de salariés à licencier dans une période de référence. Ainsi, selon le choix des États membres, pour que la Directive de 1975 soit applicable, le nombre de licenciements doit être, pour une période de 30 jours :

- A) au moins 10 salariés dans un établissement employant habituellement plus de 20 travailleurs et moins de 100 travailleurs ;
- B) au moins 10 % du nombre de travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 travailleurs et moins de 300 travailleurs ;
- C) au moins 30 salariés dans les établissements employant habituellement plus de 300 employés ;

ou, pour une période de 90 jours, l'employeur doit licencier au moins 20 travailleurs, peu importe le nombre de travailleurs, habituellement employés dans les établissements en question<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> *Rockfon A/S c. Specialarbejderforbundet i Danmark*, 7 décembre 1995, C.J.C.E., Cause C-449/93, C.O.J., ECR, 1995, 4291.

<sup>71</sup> *Commission of the European Communities c. Kingdom of Belgium*, 28 mars 1985, C.J.C.E., C-215/83.

<sup>72</sup> Bob A. HEPPLÉ, « Community measures for the protection of workers against dismissals », (1977) 14 *Common Market Law Review* 489.

<sup>73</sup> Directive 75/129/CEE, art. 1.

Quant aux établissements visés, il faut mentionner que la Directive de 1975 laisse libre choix aux États membres de décider les établissements employant un certain seuil d'effectifs auquel elle sera applicable. Cependant, la Directive de 1975 ne définit pas le terme « établissement ». La définition de ce terme a été interprétée par la Cour de justice européenne dans la décision *Rockfon A/S*<sup>74</sup>. Les quatre compagnies en question, soit Rockfon A/S, Rockment A/S, Conrock A/S et Rockwoll A/S, font toutes parties du groupe danois Rockwool et sont toutes basées au Danemark. Selon les règlements internes de la multinationale, les quatre compagnies en question doivent prendre leurs décisions de licenciement collectif en consultation avec le service du personnel de Rockwool A/S, qui est le département de licenciement commun pour les quatre compagnies en question. Avec l'accord de celui-ci, les chefs de service des unités décident quels employés il faut licencier.

En novembre 1989, Rockfon A/S licencie 25 employés parmi son effectif de 162 employés, sans informer ni consulter les salariés concernés. L'argument de Rockfon A/S était qu'en agissant ainsi, elle n'avait pas contrevenu à la Directive de 1975, car elle ne constituait pas un « établissement » du fait qu'il n'avait pas de personnel de gestion en mesure d'effectuer de façon indépendante des licenciements à grande échelle. Par conséquent, tous les employés des quatre entreprises devaient être pris en compte pour constituer un « établissement » et pas uniquement les employés de Rockfon A/S. Comme le nombre d'employés des quatre entreprises était supérieur à 300 et qu'elle n'avait licencié que 25 employés, elle n'avait aucune obligation de procéder à l'information et à la consultation selon la Directive de 1975.

La question devant la Cour était de déterminer si Rockfon A/S constituait en soi un établissement au sens de la Directive de 1975, étant donné qu'elle n'a pas de personnel de gestion en mesure d'effectuer de façon indépendante des licenciements à grande échelle, mais que deux ou plusieurs entreprises de son groupe ont un département commun de licenciement et que chaque entreprise doit demander l'approbation préalable de ce département avant d'entamer une procédure de licenciement. Dans de telles circonstances, on doit déterminer si le terme « établissement » de la Directive de 1975 doit être interprété comme faisant référence à la totalité des salariés

<sup>74</sup> *Rockfon A/S c. Specialarbejderforbundet i Danmark*, préc., note 70.

de ces entreprises qui utilisent ce même département commun de licenciement, ou s'il fait référence uniquement aux salariés de l'entreprise où ils travaillent, prise individuellement, indépendamment du fait qu'elle a un département de licenciement commun avec d'autres. À cette question, la Cour répond premièrement que le terme «établissement», au sens de la Directive de 1975, est un terme de droit communautaire qui, bien qu'il ne soit pas défini dans la directive, ne peut être circonscrit en faisant référence aux définitions données par les lois nationales. Pour cette raison, ce terme doit être interprété en fonction de l'objectif et de l'économie générale des règles de la directive dont le terme «établissement» fait partie. Selon l'opinion de la Cour, il est clair que l'objectif de la Directive de 1975 est de protéger les salariés dans des cas de licenciements collectifs au sein des États membres. À cet effet, l'argument de Rockfon A/S est incompatible avec l'objectif de la directive, car il permettrait aux entreprises d'échapper à l'application de la directive en conférant à un organe de prise de décision distinct du pouvoir de direction le droit de prendre des décisions concernant les licenciements visant un très grand nombre de salariés. Aux fins de l'article 1(1) de la directive, le terme «établissement» signifie l'unité à laquelle les travailleurs licenciés sont affectés pour exercer leurs fonctions. Il n'est pas indispensable pour qu'il y ait un «établissement» que l'unité en question soit dotée d'une direction qui peut effectuer des licenciements collectifs de façon indépendante<sup>75</sup>.

Quant aux causes de licenciements, la Directive de 1975 ne fait aucune distinction entre les différentes raisons de licenciements possibles pour autant qu'elles ne soient pas liées à la personne du travailleur visé<sup>76</sup>. De ce fait, la Commission souhaitait couvrir «la généralité des faits et situations susceptibles d'influencer la décision de l'employeur au regard des critères touchant l'organisation et la gestion de l'entreprise»<sup>77</sup>. Néanmoins, la directive ne s'applique pas dans les cas où la fermeture des établissements découle d'un jugement des tribunaux<sup>78</sup>. Cependant, dans les cas où le jugement du tribunal est demandé à l'initiative de l'employeur pour mettre en œuvre des stratégies corporatives de réduction d'effectifs, l'employeur est

<sup>75</sup> *Rockfon A/S c. Specialarbejderforbundet i Danmark*, préc., note 70.

<sup>76</sup> B.A. HEPPLE, préc., note 72, 489-490.

<sup>77</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Conseil sur l'état d'application de la directive «concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs»*, 13 septembre 1991.

<sup>78</sup> Directive 75/129/CEE, qui est amendée en 1992 par la Directive 92/56/CEE, art. 4.

obligé de se soumettre aux procédures d'information et de consultation prévues dans la Directive de 1975<sup>79</sup>.

En ce qui concerne les employés visés par la Directive de 1975, celle-ci comporte des exclusions et des exceptions. Ainsi, la Directive de 1975 s'applique aussi aux cas de licenciements collectifs effectués dans le cadre de contrats de travail conclus pour une durée ou une tâche déterminée, si ces licenciements interviennent avant la fin ou l'accomplissement de ces contrats<sup>80</sup>. Cependant, elle ne s'applique pas aux salariés des administrations publiques, aux équipages de navires ainsi qu'aux « travailleurs touchés par la cessation des activités de l'établissement lorsque celle-ci résulte d'une décision de justice »<sup>81</sup>. Par ailleurs, la Directive de 1975 ne s'applique pas aux entreprises de moins de 20 salariés<sup>82</sup>.

Enfin, il faut souligner que la Directive de 1975 s'applique aussi bien aux compagnies qui, en vertu des lois nationales, avaient le droit d'avoir une représentation syndicale avant l'adoption de la directive, qu'à celles qui ne disposaient pas d'un tel droit<sup>83</sup>. De ce fait, l'obligation d'informer et de consulter les salariés dans des cas de licenciement collectif est un droit statutaire qui incombe à toutes les entreprises qui tombent sous l'application de la directive. Pour cette raison même les entreprises non syndiquées devront établir des mécanismes d'information et de consultation, s'ils n'existent pas déjà<sup>84</sup>.

Dans le but de réduire le nombre de licenciements collectifs et d'élaborer un plan d'accompagnement, la Directive de 1975 impose à l'employeur un devoir d'information et de consultation avec les représentants des salariés<sup>85</sup>. À cet effet, la directive pose trois obligations procédurales à l'employeur. Premièrement, elle impose un devoir d'information à l'employeur envers les salariés avant de procéder à des licenciements collectifs. Elle exige que l'employeur informe les représentants des salariés par écrit notamment sur les raisons du licenciement projeté, le nombre de salariés visés, le

<sup>79</sup> *Georgios Agorastoudis et Al. c. Goodyear Hellas*, 2006, C.J.C.E., cause C – 187/05-C-190/05 ECR 2006, I-7775.

<sup>80</sup> Directive 75/129/CEE, art. 2(a).

<sup>81</sup> *Id.*, 2(b), (c) et (d).

<sup>82</sup> Directive 98/59/CE, art. 1.

<sup>83</sup> *Commission c. Royaume-Uni*, préc., note 65, C-382/92.

<sup>84</sup> *Id.*

<sup>85</sup> M.-A. MOREAU, préc., note 62.

nombre total de personnes « habituellement employées » ainsi que la période pendant laquelle les licenciements seront effectués, le tout afin de permettre aux salariés de « formuler des propositions constructives »<sup>86</sup>. La composition du groupe des représentants des salariés qui vont obtenir les informations de l'employeur est laissée au choix des États membres, qui vont décider selon leurs propres lois et pratiques nationales<sup>87</sup>.

En plus d'un devoir d'information, la Directive de 1975 oblige l'employeur à entamer une procédure de consultation avec les représentants des salariés. Cette consultation doit être tenue en « temps utile » et doit permettre aux représentants des salariés et à l'employeur d'avoir un échange d'opinions « en vue d'aboutir à un accord »<sup>88</sup>. Selon l'opinion de certains auteurs, la Directive de 1975 permet aux parties de procéder à une procédure de consultation en « vue d'aboutir à un accord », ce qui ne veut pas dire que la Directive de 1975 permet une procédure de codécision : elle veut plutôt soumettre les licenciements collectifs à un échange de vues et à un dialogue social entre les employeurs et les représentants des salariés de manière à trouver un équilibre entre les intérêts des travailleurs et ceux de l'entreprise<sup>89</sup>. Lors de ces consultations, les représentants des salariés peuvent être accompagnés d'experts dans le cas où cette possibilité est prévue par les lois nationales<sup>90</sup>. Lors de ces rencontres, l'employeur a l'obligation d'essayer de trouver, de concert avec les salariés, des moyens alternatifs aux licenciements, de déterminer le nombre de salariés à être licenciés si cette mesure ne peut être évitée, ainsi que de fixer les compensations devant être données aux salariés visés par le licenciement, et d'établir des mesures sociales d'accompagnement<sup>91</sup>.

Le moment où les procédures d'information et de consultation doivent avoir lieu n'est pas précisé par la Directive de 1975<sup>92</sup>. En effet, elle impose seulement à l'employeur d'informer les représentants des salariés du licenciement collectif projeté en « temps utile » à partir du moment où

<sup>86</sup> Directive 75/129/CEE, art. 2(3).

<sup>87</sup> *Id.*, art. 1(3)b).

<sup>88</sup> *Id.*, art. 2.

<sup>89</sup> G. G. BALANDI et B. REYNES, préc., note 64, p. 198.

<sup>90</sup> La Directive 75/129/CEE est modifiée en 1992 par la Directive 92/56, art. 2(2).

<sup>91</sup> C.E. TRIOMPHE, préc., note 32, p. 343 ; Directive 75/129/CEE modifiée en 1992 par la Directive 92/56/CEE, art. 2(2).

<sup>92</sup> Directive 75/129/CEE, art. 2.



il « envisage » d'effectuer des licenciements collectifs<sup>93</sup>. Selon l'opinion de certains auteurs, bien que la Directive de 1975 ne prévoi pas de moment précis, il semble qu'elle requiert que les salariés soient informés et consultés avant qu'une décision finale de procéder à des licenciements collectifs ne soit prise, car elle réfère au moment où l'employeur « envisage » de procéder à des licenciements collectifs<sup>94</sup>.

Enfin, la Directive de 1975 impose à l'employeur l'obligation de transmettre à l'autorité publique compétente toutes les informations qu'il a données aux représentants des salariés<sup>95</sup>. De plus, ces derniers peuvent envoyer leurs propres observations à l'autorité publique<sup>96</sup>. Durant cette période, l'autorité publique doit chercher à atténuer les problèmes posés par le licenciement collectif projeté, par exemple l'élaboration de plans de formation et de redéploiement des salariés concernés<sup>97</sup>. Dans l'affaire *Commission c. République de l'Italie*<sup>98</sup>, la C.J.C.E. a décidé que les lois des États membres transposant la directive doivent toutes comporter une disposition prévoyant la notification obligatoire de l'autorité publique; autrement, il serait considéré que l'État en question a manqué à ses obligations en vertu du traité<sup>99</sup>. Les licenciements collectifs prennent effet au plus tôt 30 jours après cette notification. Néanmoins, les États membres peuvent accorder à l'autorité publique la compétence nécessaire pour réduire ou prolonger ce délai<sup>100</sup>.

Quant à la prise d'effet des licenciements collectifs, il n'est pas permis aux employeurs auxquels la Directive de 1975 s'applique de mettre fin à l'emploi avant de terminer la procédure d'information et de consultation avec les représentants des salariés, ni d'envoyer aux salariés ou aux représentants des salariés un avis de licenciement. En effet, selon l'avis de la C.J.C.E., dans ce cas, les procédures d'information et de consultation n'auraient pas eu lieu en vue de trouver une solution<sup>101</sup>. Alors que la Directive

<sup>93</sup> *Id.*, art. 2(1). La Directive 75/129/CEE est modifiée en 1992 par la Directive 92/56/CEE, art. 2(1); R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 505.

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> Directive 75/129/CEE, art. 2(3), al. 2.

<sup>96</sup> *Id.*, art. 3(2).

<sup>97</sup> *Id.*, art. 4(2); B.A. HEPPLER, préc., note 72, 489.

<sup>98</sup> *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, préc., note 65.

<sup>99</sup> *Id.*

<sup>100</sup> Directive 75/129/CEE, art. 4.

<sup>101</sup> *Junk c. Kühnel*, 27 janvier 2005, C.J.C.E., Cause C-188/03 ECR 2005, I-885.

de 1975 garantit aux salariés un droit d'information et de consultation dans les seuls cas de licenciements collectifs, la Directive de 2002 offre un cadre général où ces droits s'appliquent pour tous les types de restructurations, comme nous le verrons dans ce qui suit.

## **B. L'objectif, l'applicabilité et le droit de participation de la Directive de 2002 établissant un cadre général d'information et de consultation**

En 2002, de nombreux États membres de la Communauté européenne étaient dotés de cadres juridiques garantissant un droit à l'information et à la consultation aux salariés. Celui-ci s'appliquait soit uniquement dans des cas de licenciements collectifs et de transferts d'entreprises, soit plus généralement dans des cas de restructurations. La Commission avait observé que l'absence d'un cadre général d'information et de consultation applicable à tous les États membres ainsi que les sanctions faibles appliquées par les États membres dotés de procédures d'information et de consultation en cas de non-respect de ces procédures faisaient en sorte que ces procédures n'étaient pas suivies par les employeurs. Par conséquent les salariés n'étaient pas en mesure d'anticiper les conséquences des restructurations projetées<sup>102</sup>. De plus, la Commission avait constaté que l'existence de ces cadres légaux, aux niveaux national et communautaire, visant à assurer que les travailleurs soient impliqués dans les décisions de l'entreprise qui les concernent, n'avait pas toujours été efficace. En effet, elle n'avait pu empêcher que de graves décisions soient prises et rendues publiques par les entreprises sans suivi préalable des procédures adéquates d'information et de consultation avec les travailleurs<sup>103</sup>. En outre, la Commission a observé que les procédures d'information et de consultation ayant lieu en temps opportun étaient devenues une condition préalable pour le succès de la restructuration et de l'adaptation des entreprises aux nouvelles conditions créées par la mondialisation de l'économie et aux nouvelles formes d'organisation du travail<sup>104</sup>. Dans ce contexte, la Commission estimait

<sup>102</sup> Jimmy DONAGHEY, Mark CARLEY, John PURCELL et Mark HALL, *National practices of information and consultation in Europe*, Dublin, Eurofound, 2013, p. 55.

<sup>103</sup> Directive 2002/14/CE, préambule énoncé (6); R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 635-637; COM/98/0612 final – SYN 98/0315, O.J. n° C 002, 5.1.1999, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:51998PC0612>> (consulté le 10 août 2018).

<sup>104</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 636; Directive 2002/14/CE, préambule énoncé (7), (9), (18), (23); COM/98/0612 final – SYN 98/0315, préc., note 103.

qu'il était grand temps d'introduire un nouveau cadre général pour le droit à l'information et à la consultation qui contribuerait véritablement à l'anticipation de la restructuration et à la sécurité qui en serait affecté<sup>105</sup>.

Ainsi, les démarches initiales pour l'adoption de la directive débutent à une période critique où plusieurs restructurations, fermetures d'entreprises et licenciements collectifs de grande envergure ont lieu<sup>106</sup>. Parmi ces fermetures, la plus notable fut celle de l'usine de Renault à Vilvoorde<sup>107</sup>. En effet, celle-ci a révélé que le cadre juridique communautaire lié au droit de participation ainsi que les lois nationales des États membres ont été ignorées ou inefficaces<sup>108</sup> en raison du fait qu'ils avaient tendance à agir trop tard dans le processus de restructurations et n'imposaient pas de sanctions adéquates<sup>109</sup>.

Le parcours vers l'adoption de la directive a été assez difficile, et ce, dès le début des projets et des propositions pour son élaboration. La Commission européenne a publié, pour la première fois, le 11 novembre 1998 une proposition de directive visant à établir des exigences minimales communes en matière d'information et de consultation des travailleurs lors des restructurations applicables dans l'ensemble de la Communauté. Les organisations patronales ont refusé d'amorcer les négociations pour l'adoption de la directive, car elles considéraient qu'une législation dans ce domaine n'était pas nécessaire. Pour leur part, les organisations syndicales étaient en faveur d'une telle directive, mais estimaient que la proposition était incomplète et inadéquate<sup>110</sup>.

Après plusieurs projets de propositions, la directive établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne<sup>111</sup> fut finalement adoptée le 11 mars 2002. Les États membres devaient adopter les lois nécessaires pour se conformer à la Directive de 2002 au plus tard le 23 mars 2005. De plus, ils devaient mettre

<sup>105</sup> *Id.*

<sup>106</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 1.

<sup>107</sup> Brian BERCUSSON, «The European Social Model Comes to Britain», (2002) 31-3 *Industrial Law Journal* 209, 216.

<sup>108</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 1.

<sup>109</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 635-637.

<sup>110</sup> *Id.*, p. 636.

<sup>111</sup> Directive 2002/14/CE, art. 1, 7 et 9.

en place toutes les mesures nécessaires pour garantir le respect de la Directive de 2002 par les entreprises et les établissements visés<sup>112</sup>.

L'arrivée de la Directive de 2002<sup>113</sup> a marqué l'introduction d'un cadre général relatif au processus de participation des travailleurs dans la Communauté européenne, qui consacre le droit à une procédure d'information et de consultation régulière et permanente des représentants des salariés pour traiter d'un large ensemble de questions affectant l'activité de l'entreprise, et non pas uniquement dans des cas de licenciements collectifs et de transferts d'entreprises<sup>114</sup>. À cet effet, elle impose un devoir d'information et de consultation permanent aux employeurs au niveau national en forçant sa transposition à tous les États membres de la Communauté européenne<sup>115</sup>.

La Directive de 2002 ne visait pas à harmoniser les lois des États membres, mais à susciter les changements nécessaires en matière d'information et de consultation des salariés afin de pallier l'inefficacité des lois nationales sur le sujet<sup>116</sup> en établissant des exigences minimales applicables en matière d'information et de consultation liées aux restructurations dans l'ensemble des États membres de la Communauté<sup>117</sup>, incluant ceux qui ne reconnaissaient pas de tels droits aux travailleurs<sup>118</sup>, « tout en n'empêchant pas les États membres de prévoir des dispositions plus favorables aux travailleurs »<sup>119</sup>.

---

<sup>112</sup> *Id.*, art. 11.

<sup>113</sup> *Id.*, préambule.

<sup>114</sup> *Id.*, art. 1, 7 et 9.

<sup>115</sup> Jeremy WADDINGTON, *European Works Councils: A Transnational Industrial Relations Institution in the Making*, New York, Routledge, 2011, p. 4 et 55; Directive 2002/14/CE, art. 1, 7 et 9.

<sup>116</sup> B. BERCUSSON, préc., note 107, p. 209, p. 217; Directive 2002/14/CE, préambule énoncé 6.

<sup>117</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102.

<sup>118</sup> Jean Michel SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 235.

<sup>119</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 635-637; Directive 2002/14/CE, préambule, par. 18 et 23. Ces exigences minimales n'établissent pas le plus petit dénominateur commun entre les normes en vigueur dans les États membres, mais plutôt une norme communautaire minimale à respecter par tous les États membres: B. BERCUSSON, préc., note 107, p. 209 et 217.

La Directive de 2002 est applicable à tous les États membres<sup>120</sup>. Cette directive vise uniquement les entreprises nationales communautaires employant au moins 50 salariés et les établissements comptant au moins 20 salariés dans un État membre<sup>121</sup>. L'entreprise communautaire est définie par la Directive de 2002 comme étant « [...] l'entreprise publique ou privée exerçant une activité économique, qu'elle poursuive ou non un but lucratif, située sur le territoire des États membres »<sup>122</sup>. Le choix de la méthode de calcul du seuil des employés de l'entreprise ou de l'établissement est, quant à lui, laissé aux États membres<sup>123</sup>. Cependant, la Directive de 2002 prévoit deux exceptions quant à son applicabilité. Premièrement, dans les États qui n'étaient pas dotés d'un régime général et permanent de participation des salariés à la date d'entrée en vigueur de la directive, cette dernière s'applique uniquement aux entreprises employant 150 travailleurs ou aux établissements employant au moins 100 travailleurs pendant les cinq premières années suivant son entrée en vigueur. Par la suite, la directive s'applique aux entreprises employant au moins 100 travailleurs ou aux établissements employant au moins 50 travailleurs au cours de la sixième année suivant son entrée en vigueur<sup>124</sup>. Deuxièmement, selon les conditions prévues à son article 3, la directive autorise des exceptions pour les entreprises poursuivant des fins politiques, sociales, scientifiques ou culturelles<sup>125</sup>. Cependant, la Directive de 2002 est incompatible avec les lois et règlements nationaux qui excluent certaines catégories déterminées de salariés du calcul du nombre de salariés employés, comme, à titre d'exemple, les lois nationales excluant certains groupes d'âge des calculs d'effectifs<sup>126</sup>. Enfin, les établissements sont des unités d'exploitation économique, définies par les lois nationales, qui sont aussi situées sur le territoire d'un État membre<sup>127</sup>.

La Directive de 2002 visait à promouvoir un dialogue social entre employeurs et salariés en imposant aux employeurs un devoir d'information et de consultation non seulement envers les actionnaires, mais aussi

<sup>120</sup> Directive 2002/14/CE, art. 14.

<sup>121</sup> *Id.*, art. 14, préambule, par. 19, art. 3; J. M. SERVAIS, préc., note 118, p. 234.

<sup>122</sup> Directive 2002/14/CE, art. 2(a).

<sup>123</sup> *Id.*, préambule, par. 19 et art. 3.

<sup>124</sup> *Id.*, art. 10.

<sup>125</sup> *Id.*, art. 3.

<sup>126</sup> J. M. SERVAIS, préc., note 118, p. 236.

<sup>127</sup> Directive 2002/14/CE, art. 2.

envers les employés, soit la force motrice qui permet à l'entreprise de réaliser un profit pour les actionnaires. En effet, selon la Commission européenne, une procédure d'information et de consultation des salariés effectuée « en temps utile constitue une condition préalable à la réussite des processus de restructurations »<sup>128</sup>. Néanmoins, selon certains auteurs, le but réel de la Directive de 2002 était d'exercer une influence sur la décision à prendre au sein de l'entreprise, mais cette influence devait être limitée à l'information et à la consultation des salariés uniquement, laissant ainsi en place les prérogatives des employeurs quant à la prise de décisions finales<sup>129</sup>.

À cet effet, la Directive de 2002 prévoit que les modalités d'information et de consultation doivent être définies et mises en œuvre conformément aux lois nationales et aux relations industrielles des États membres individuels de manière à garantir leur efficacité<sup>130</sup>. De plus, les États membres peuvent accorder aux entreprises visées le choix de définir par voie d'accord négocié toutes les modalités d'information et de consultation entre employeurs et représentants des travailleurs. Ces États peuvent même prévoir dans ces accords des dispositions différentes de celles prévues dans la Directive de 2002 relativement aux procédures d'information et de consultation, mais ils doivent en respecter les exigences minimales<sup>131</sup>. Néanmoins, malgré cette liberté laissée aux États membres, la Directive de 2002 pose trois principes importants sur lesquels doit se baser le déroulement des procédures d'information et de consultation. Ainsi, elle exige que les procédures d'information et de consultation aient un effet utile, qu'elles aient lieu en temps utile et, lors de la mise en œuvre de ces pratiques d'information et de consultation, que les employeurs et les salariés travaillent de concert et dans un esprit de coopération en respectant, à la fois, les intérêts des travailleurs et ceux de l'entreprise<sup>132</sup>.

La directive donne une définition, longtemps attendue, de « l'information » comme signifiant la transmission de données par l'employeur aux représentants des salariés dans le but de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner, afin de leur permettre de se pré-

<sup>128</sup> *Id.*, préambule par. 9.

<sup>129</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 642.

<sup>130</sup> Directive 2002/14/CE, art. 1.

<sup>131</sup> *Id.*, préambule, art. 5.

<sup>132</sup> *Id.*, art.1 ; J. M. SERVAIS, préc., note 118, p. 236.

parer pour la consultation<sup>133</sup>. Elle définit le terme « consultation » comme un « échange de vues et l'établissement d'un dialogue » entre l'employeur et les représentants des salariés, qui doit permettre aux salariés d'émettre un avis et d'obtenir une réponse motivée de l'employeur<sup>134</sup>. Pour certaines matières, comme nous le verrons, la procédure de la consultation doit être effectuée dans le but d'obtenir un accord<sup>135</sup>.

En ce qui concerne son contenu, la procédure d'information est différente de celle de la consultation. Ainsi, en son article 4(2), la directive distingue les matières qui feront seulement l'objet d'information de celles qui feront l'objet d'une information et d'une consultation, comme mentionné *supra*. Ainsi, la Directive de 2002 prévoit que les représentants des salariés doivent être uniquement informés sur la situation économique de l'entreprise ainsi que sur l'évolution passée et à venir des activités économiques de l'entreprise<sup>136</sup>. Ils doivent être informés et aussi consultés, notamment, sur la situation présente et l'évolution projetée de l'emploi au sein de l'entreprise, sur les risques probables qui menacent la sécurité de l'emploi dans l'entreprise ainsi que sur les décisions qui peuvent entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou aux contrats de travail<sup>137</sup>. L'information transmise doit permettre aux représentants des salariés de « prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner »<sup>138</sup>. Pour sa part, la procédure de consultation doit aussi avoir un contenu approprié dans le but de permettre aux représentants des salariés non seulement de formuler un avis pour l'employeur, mais aussi de se réunir avec celui-ci et d'obtenir une réponse justifiée. Cependant, en ce qui concerne les décisions relevant des pouvoirs de l'employeur et susceptibles d'entraîner des modifications importantes aux contrats et à l'organisation du travail, cette consultation doit permettre des discussions « en vue d'aboutir à un accord »<sup>139</sup>.

La Directive de 2002 protège les informations confidentielles de deux manières. Premièrement, dans certains cas, l'information doit être divulguée, mais une partie de cette information peut être donnée à titre confidentiel lorsqu'il en va de l'intérêt légitime de l'entreprise. Dans ce cas, les

<sup>133</sup> Directive 2002/14/CE, art. 2(f) et 4(3).

<sup>134</sup> *Id.*, art. 2(g) et art. 4(4)d).

<sup>135</sup> *Id.*, art. 4(4)e).

<sup>136</sup> *Id.*, art. 4(2)a).

<sup>137</sup> *Id.*, art. 4(2)b), c), préambule art. 2f).

<sup>138</sup> *Id.*, art. 2(f) et 4.

<sup>139</sup> *Id.*, art. 4.

représentants des salariés et leurs experts ne sont pas autorisés à transmettre cette information aux travailleurs ou à des tiers<sup>140</sup>. Deuxièmement, il est possible que, dans certains cas et sous certaines conditions, les informations confidentielles ne soient pas divulguées du tout lorsque leur nature est telle qu'elles nuiraient gravement à l'intérêt de l'entreprise<sup>141</sup>.

Malgré l'existence de ces dispositions supplétives, il est important de rappeler que, à son article 5, la Directive de 2002 prévoit que les États membres peuvent accorder aux partenaires le droit de définir par un accord des modalités de procédures d'information et de consultation différentes de celles prévues à l'article 4 pourvu qu'elles respectent ses principes fondateurs énoncés à l'article 1. En ce qui concerne la méthode du déroulement des procédures de consultation, les études démontrent que ces pratiques incluent plusieurs rencontres, la présence d'experts ainsi que des réactions et des conseils de part et d'autre<sup>142</sup>.

La Directive de 2002 exige que ces procédures d'information et de consultation aient lieu à un moment approprié et en temps opportun afin d'avoir un effet utile dans la démarche de restructuration, sans pour autant prévoir de moment précis pour ce faire<sup>143</sup>. De ce fait, ces procédures doivent permettre aux salariés d'examiner adéquatement les informations données par l'employeur et donner l'opportunité aux représentants des travailleurs d'obtenir une réponse motivée par celui-ci en vue d'aboutir à un accord sur les décisions relevant du pouvoir de l'employeur<sup>144</sup>. Par conséquent, les États membres peuvent déterminer le moment où doivent avoir lieu l'information et la consultation des entreprises et des établissements situés sur leurs territoires conformément à leurs législations nationales, car la directive leur permet d'en définir les modalités d'exécution<sup>145</sup>. De plus, la Directive de 2002 n'empêche pas les États membres d'accorder aux salariés plus de droits que ceux prévus par la directive<sup>146</sup>.

Dans le cas où les employeurs ou les représentants des salariés contre-  
viennent au devoir d'information et de consultation prescrit dans la direc-

<sup>140</sup> *Id.*, art. 6(1).

<sup>141</sup> *Id.*, art. 6(2).

<sup>142</sup> B. BERCUSSON, préc., note 107, p. 229.

<sup>143</sup> Directive 2002/14/CE, préambule (9), art. 1(2), art. 4(3) et (4).

<sup>144</sup> *Id.*, préambule art. 4.

<sup>145</sup> *Id.*, art. 1(2).

<sup>146</sup> *Id.*, préambule (9), art. 1(2) rt. 1, art. 4(3) et (4), art. 8.



tive, celle-ci requiert des États membres de veiller à ce que les procédures administratives ou judiciaires appropriées soient mises à la disposition des personnes concernées afin de faire respecter les obligations découlant de la directive<sup>147</sup>. En outre, les États membres doivent prévoir des sanctions adéquates applicables en cas de violation de cette dernière<sup>148</sup>. Enfin, les représentants des employés doivent jouir, dans l'exercice de leurs fonctions, d'une protection et de garanties suffisantes pour leur permettre d'accomplir correctement leurs fonctions<sup>149</sup>.

Dans ce qui suit, nous allons faire une analyse des avantages des deux directives.

### C. Les avantages des deux directives

Tout d'abord, il faut noter que les Directives de 1975, et celle de 2002 ont introduit les premiers mécanismes d'information et de consultation des travailleurs dans la Communauté européenne<sup>150</sup>. Les termes de ces directives fournissent des protections dont de nombreux salariés de la Communauté européenne ne jouissaient pas auparavant<sup>151</sup>. Ces directives établissent un ensemble commun de règles applicables à tous les États membres en matière de licenciements collectifs et de restructurations en général, tout en leur laissant le soin d'appliquer ou d'introduire des dispositions plus favorables aux travailleurs s'ils le souhaitaient<sup>152</sup>.

De plus, ces directives ont créé un cadre contraignant qui impose à l'employeur un devoir d'information et de consultation des salariés dans des cas de licenciements collectifs et de restructurations en général<sup>153</sup>. Par

---

<sup>147</sup> *Id.*, art. 8.

<sup>148</sup> *Id.*

<sup>149</sup> *Id.*, art. 7.

<sup>150</sup> Élodie BÉTHOUX, « L'entreprise multinationale, nouveau cadre du dialogue social en Europe? Retour sur l'histoire et les pratiques du comité d'entreprise européen », dans *Actes du colloque Managerial Thought and Practice in France, 19th-21st Centuries: Assessment and Future Prospect*, 9 et 10 décembre 2010, Maison Française d'Oxford, Oxford, 2012.

<sup>151</sup> Andrew DA SILVA, « Directive 77/187: The EEC'S Attempt to Protect Employees upon the Sale or Transfer of Businesses », (1988) 11 *Boston College International and Comparative Law Review* 147.

<sup>152</sup> *Commission of the European Communities c. Kingdom of Belgium*, préc., note 71; Directive 75/129/CEE, art. 5 et 8.

<sup>153</sup> M.-A. MOREAU, préc., note 62.

conséquent ces directives permettent aux salariés d'obtenir certaines informations qu'ils n'étaient pas en mesure d'obtenir avant l'adoption des directives à moins que les conventions collectives leur accordaient de tels droits. De plus, ces directives permettent aux salariés de s'exprimer et aux employeurs d'écouter les mesures alternatives qu'ils proposent. En outre, ces directives garantissent, pour la première fois, aux salariés le droit de recourir aux tribunaux en cas de non-respect par les employeurs des obligations légales d'information et de consultation découlant des deux directives<sup>154</sup>.

Les deux directives en question ont renforcé les mécanismes d'information et de consultation existant au niveau national et ont instauré ces droits dans des États qui n'étaient pas dotés de tels cadres juridiques<sup>155</sup>. De plus, la Directive de 2002 constitue le cadre communautaire de l'intervention de l'Union européenne en matière du processus de participation des salariés et elle a contribué à ce qu'un minimum de droits sur le sujet soit reconnu aux salariés touchés par les restructurations dans l'ensemble des États membres<sup>156</sup>. Cependant, comme nous le verrons dans ce qui suit, les protections offertes par ces directives sont relativement limitées et elles n'ont pas réussi à accorder aux représentants des salariés le droit de modifier substantiellement la position prise par la direction<sup>157</sup>.

### III. La capacité des salariés de pouvoir s'exprimer reconnue par les deux directives

L'approche par les capacités<sup>158</sup> a été développée par l'économiste et philosophe Amartya Sen<sup>159</sup> dans un contexte d'étude de la pauvreté dans

<sup>154</sup> Directive 98/59/CE, art. 6 ; Directive 2001/23/CE, art. 9 ; Directive 2002/14/CE, art. 8.

<sup>155</sup> Élodie BÉTHOUX, préc., note 150. L'approche par les capacités et son utilité en matière des droits de participations des salariés lors des restructurations, ont fait l'objet d'une analyse détaillée dans ma thèse de doctorat, M. DIBRA, préc., note 22.

<sup>156</sup> S. LAULOM, préc., note 10, 78.

<sup>157</sup> Jeremy WADDINGTON, « The Performance of European Works Councils in Engineering: Perspectives of the Employee Representatives », (2006) 45-4 *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society* 681, 681 et 682.

<sup>158</sup> *Capability approach*, selon la terminologie utilisée par Sen dans ses écrits originaux en langue anglaise.

<sup>159</sup> Amartya SEN, *Inequality Reexamined*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 26-28, 31-36, 39, 49 et 53 ; Amartya SEN, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 366 et 370-399 ; Amartya SEN, « Development as Capability Expansion »,

les pays en développement<sup>160</sup>. Il s'agit d'un moyen qui servirait à évaluer l'impact et la pertinence des lois qui reconnaissent des droits élargis aux salariés en matière de participation dans les décisions économiques de l'entreprise<sup>161</sup>. De fait, depuis quelques années, l'approche par les capacités a été utilisée en Europe par plusieurs chercheurs dans le cadre d'études sur les licenciements collectifs<sup>162</sup>. Selon le professeur Sen, l'approche par les capacités ne s'intéresse pas à ce que la personne fait actuellement, mais à ce qu'elle est capable de faire<sup>163</sup>. Pour cette raison, le législateur devrait utiliser son pouvoir de réglementation pour aider les individus à atteindre leur plein potentiel afin de choisir l'activité qu'ils devraient apprécier raisonnablement<sup>164</sup>. Afin d'assurer la liberté réelle de choisir l'emploi et l'activité qui les intéressent, les individus devraient jouir d'une liberté de processus ou de ce qu'on appelle la « capacité de pouvoir s'exprimer »<sup>165</sup>. Celle-ci implique que, lors de la conception et de la mise en œuvre de décisions ayant un impact sur une collectivité de salariés, les individus concernés doivent être capables, premièrement, d'exprimer leurs points de vue librement et, deuxièmement, de faire en sorte que leurs opinions soient

---

dans Sakiko FUKUDA-PARR, et Shiva KUMAR (dir.), *Readings in Human Development*, New Delhi et New York, Oxford University Press, 2003 41; Amitrajeet BATABYAL, « Amartya Sen, Development as Freedom », (2000) 12-2 *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 227; J.-M. BONVIN, préc., note 17, 9-10. Pour plus d'information, voir aussi: Amartya SEN, *Commodities and Capabilities*, Amsterdam, North-Holland, 1985; Amartya SEN, *Rationality and Freedom*, Cambridge MA et London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2002.

<sup>160</sup> Amartya SEN, « Development as Capability Expansion », préc., note 159, p. 41-54; Amitrajeet BATABYAL, « Amartya Sen, Development as Freedom », préc., note 159, p. 227-229; Amartya SEN, *Development as Freedom*, préc., note 159, p. 366.

<sup>161</sup> J.-M. BONVIN, préc., note 17, 9-10.

<sup>162</sup> Simon DEAKIN et Aristeia KOUKIADAKI, « Capability Theory, Employee Voice, and Corporate Restructuring: Evidence from U.K. Case Studie », (2012) 33 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 427; J.-M. BONVIN, préc., note 17, 16; J.-M. BONVIN et É. MOACHON, préc., note 19, 166-168.

<sup>163</sup> Amartya SEN, « Development as Capability Expansion », préc., note 159, p. 41-54; S. DEAKIN et A. KOUKIADAKI, préc., note 162, p. 427-457 et 428; J.-M. BONVIN, préc., note 17, p. 10.

<sup>164</sup> J.-M. BONVIN, préc., note 17, 11.

<sup>165</sup> *Capability for a voice*, selon la terminologie utilisée par Sen dans ses écrits originaux en langue anglaise. Amartya SEN, *Rationality and Freedom*, Cambridge MA and London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2002; Amartya SEN, « Development as Capability Expansion », préc., note 159, p. 41-54; J.-M. BONVIN, préc., note 17, 13-15.

prises en compte par leur employeur<sup>166</sup>. À cet effet, nous utiliserons la « capacité de pouvoir s'exprimer » comme un cadre d'analyse qui servira à évaluer<sup>167</sup> si les deux directives en question ont contribué à améliorer la capacité des salariés de s'exprimer et d'influencer les décisions des employeurs relatives aux restructurations. Les paramètres d'évaluation déterminés dans ce cadre d'analyse sont les ressources politiques et cognitives mises à la disposition des salariés, ainsi qu'une vue générale des moyens légaux procurés par ces directives afin d'aider les salariés à utiliser ces ressources et d'inciter les employeurs et les actionnaires à écouter ces derniers lors des restructurations<sup>168</sup>.

## **A. L'analyse du droit de l'Union européenne à la lumière de l'approche par les capacités : la disponibilité des ressources politiques**

L'analyse du droit de l'Union européenne à la lumière de l'approche par les capacités permet de voir les faiblesses et les avantages du droit de l'Union européenne sur le sujet. Ainsi, tout d'abord, comme le requiert la « capacité de pouvoir s'exprimer », il faut que les Directives de 1975, et de 2002 procurent aux salariés une *disponibilité des ressources politiques*. Cela signifie qu'elles devraient fournir ou permettre la mise en place des ressources nécessaires aux représentants des salariés afin qu'ils soient en mesure de former des groupes de représentants ou des alliances stratégiques capables d'influencer le processus décisionnel et de mobiliser les moyens d'action adéquats pour contrer le pouvoir de l'employeur en matière de licenciements collectifs et de restructurations en général<sup>169</sup>. Dans cette rubrique, les variables que nous allons analyser pour le déterminer sont la composition du groupe des représentants des salariés ainsi que leur capacité à s'exprimer lors de la phase du développement stratégique de la décision relative aux licenciements collectifs ou à une restructuration<sup>170</sup>.

Premièrement, il faut noter que les deux directives en question ne prévoient pas qui sont les représentants des salariés ni comment ils doivent

<sup>166</sup> J.-M. BONVIN et É. MOACHON, préc., note 19, 159 et 161 ; J.-M. BONVIN, préc., note 17, 9-10.

<sup>167</sup> *Id.*

<sup>168</sup> *Id.*

<sup>169</sup> J.-M. BONVIN, préc., note 17, 16.

<sup>170</sup> J. BONVIN et É. MOACHON, préc., note 19, 166-168.

être choisis. En effet, elles laissent aux États membres le soin de décider, selon les pratiques nationales et la législation en vigueur, la composition des groupes qui doivent représenter les salariés pour se conformer aux directives<sup>171</sup>. Les études démontrent que ces groupes sont composés, dans la majorité des cas, uniquement de membres qui ne proviennent pas de syndicats et qui n'ont aucune formation syndicale<sup>172</sup>. De plus, les forums des représentants des salariés ne sont pas toujours permanents, car cela dépend des lois et des pratiques des États membres. En outre, les deux directives n'établissent aucun critère quant aux acteurs qui vont choisir les représentants des salariés : aucun rôle n'est donc prévu, pour les syndicats, dans le choix des représentants des salariés. De ce fait, dépendamment des lois nationales des États membres respectifs, ce ne sont pas toujours les salariés qui ont le pouvoir de choisir leurs représentants<sup>173</sup>.

Deuxièmement, il faut souligner que les deux directives ne garantissent pas non plus aux représentants des salariés la possibilité d'intervenir dans la phase stratégique des décisions concernant les licenciements collectifs, les transferts d'entreprises et les restructurations en général. En effet, pour pouvoir influencer les décisions des employeurs liées aux restructurations, les représentants des salariés doivent être informés et consultés « avant que la décision de licenciement économique ne soit prise irrévocablement et avant que les choix décisifs concernant la restructuration ne soient arrêtés »<sup>174</sup>. Ainsi, les étapes les plus cruciales durant lesquelles doivent agir les représentants des salariés sont l'étape du développement stratégique de la décision ou celle de la finalisation. Durant la première étape, l'employeur est en train de considérer une procédure de restructuration ou de licenciement collectif et durant la deuxième étape, l'employeur a pris la décision d'y procéder, mais il lui reste quelques détails à régler afin de finaliser cette décision<sup>175</sup>. Les directives ne semblent pas donner expressément aux salariés cette possibilité d'intervention au préalable de la décision

<sup>171</sup> Directive 75/129/CEE, art. 1; Directive 77/187/CEE, art. 2; Directive 2002/14/CE, art. 2(e).

<sup>172</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 18.

<sup>173</sup> Directive 75/129/CEE, art. 1; Directive 77/187/CEE, art. 2; Directive 2002/14/CE, art. 2(e).

<sup>174</sup> M.-A. MOREAU, préc., note 62; J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 12.

<sup>175</sup> Mark CARLEY et Mark HALL, *European Works Councils and Transnational Restructuring*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006, p. 18, p. 75, en ligne : <<http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2006/83/en/1/ef0683en.pdf>> (consulté le 10 août 2018); Marie-Ange MOREAU, « Restructurations et comité d'entreprise européen », *EUI Working Papers*, European University Institute, Department

finale<sup>176</sup>. Même la Directive de 2002 indique, dans son préambule, que les procédures d'information et de consultation en « temps utile constituent une condition préalable à la réussite des processus de restructurations », et non à la décision de la restructuration<sup>177</sup>. Cependant, étant donné que cette directive mentionne, dans son préambule, que ces deux procédures doivent avoir lieu à un moment approprié et en temps opportun afin d'avoir un effet utile dans la démarche de la restructuration, il pourrait être soutenu que ces procédures doivent avoir lieu avant qu'une décision finale ne soit prise<sup>178</sup>. Pour certains auteurs, cette directive « se garde bien de dire que la consultation précède la décision »<sup>179</sup>.

Par conséquent, même si les deux directives exigent que les salariés soient informés et consultés en « temps utile », le moment précis où les employés doivent être informés et consultés sur le licenciement collectif ou les autres types de restructurations n'est pas expressément indiqué dans les directives et laisse place à beaucoup d'interprétation<sup>180</sup>. De ce fait, le calendrier lié à ces deux procédures peut varier puisque les États membres sont libres de définir les termes et d'adopter les procédures qu'ils souhaitent afin de mettre en œuvre les directives<sup>181</sup>. Par conséquent, l'étendue de ce droit varie selon les législations nationales des États membres : certaines législations sont plus précises sur le calendrier et permettent aux procédures d'information et de consultation d'avoir lieu à un stade précoce, d'autres pas<sup>182</sup>. Enfin, il faut se rappeler qu'une décision de procéder à des licenciements collectifs, des transferts d'entreprises ou d'autres types

---

of Law, 2006, p. 2; J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 12.

<sup>176</sup> Pierre RODIÈRE, « Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise? », (2007) 9/10 *Droit social* 1015, 1019.

<sup>177</sup> *Id.*

<sup>178</sup> Directive 2002/14/CE, art. 4(3) et (4), préambule (9), art. 1(2).

<sup>179</sup> P. RODIÈRE, préc., note 176, 1019.

<sup>180</sup> B.A. HEPPLER, préc., note 72, 489, 494; A. DA SILVA, préc., note 151, p. 147 et 151; B. BERCUSSON, préc., note 107, p. 229.

<sup>181</sup> Directive 2002/14/CE, art. 1(2); Directive 75/129/CEE modifiée en 1992 par la Directive 92/56/CEE, art. 2(1), préambule énoncé 17; Directive 77/187 a été codifiée en 2001 par la Directive 2001/23/CE, art. 7 et préambule énoncé 5.

<sup>182</sup> Ruth A. HARVEY, « Employee Involvement in Decision Making: European Attempts at Harmonization », (1984) 6 *Michigan Yearbook of International Legal Studies* 415, 422-423 et 428; Directive 75/129/CEE modifiée en 1992 par la Directive 92/56/CEE, art. 2(1), préambule énoncé 17; Directive 77/187 codifiée en 2001 par la Directive 2001/23/CE, art. 7 et préambule énoncé 5.

de restructurations peut s'avérer très complexe et comporter plusieurs étapes. Ainsi, le terme vague « temps utile » n'empêche pas l'employeur de consulter les salariés uniquement avant d'effectuer le licenciement collectif et les autres types de restructurations. Cette phase concernant la mise en œuvre constitue la dernière étape du développement d'une décision liée à une restructuration et un licenciement collectif<sup>183</sup>.

Pour sa part, la C.J.C.E. ne s'est pas prononcée de façon claire pour préciser le moment où doivent avoir lieu les procédures d'information et de consultation. Toutefois, dans l'affaire *Commission c. Royaume-Uni*<sup>184</sup>, elle a établi le principe selon lequel les normes prévues dans la Directive de 1975 doivent avoir un « effet utile ». Il est clair que les procédures d'information et de consultation doivent être utiles au processus de restructuration et ne pas avoir lieu de façon purement formelle. Toutefois, cet « effet utile » n'implique pas nécessairement que ces deux démarches doivent être préalables à la décision concernant la restructuration. Comme les directives agissent au titre de « lois-cadres » qui laissent le soin aux États membres de les mettre en œuvre, elles imposent des obligations claires, mais en termes généraux pour permettre plus de flexibilité quant à leur mise en œuvre. De ce fait, nous sommes d'avis que l'obligation imposée par les directives de procéder à des informations et des consultations en « temps utile », combiné à la décision de la C.J.C.E. selon laquelle ces deux procédures doivent avoir un « effet utile », impose à l'employeur une obligation d'informer et de consulter les représentants des salariés soit dans la première phase, soit dans la deuxième phase de la prise de décisions concernant les restructurations<sup>185</sup>.

En pratique, il semble que, trop souvent, l'information et la consultation entrent en jeu seulement après qu'une nouvelle situation ait été créée par des décisions de gestion prises par l'employeur sans aucune consultation avec les salariés. Ainsi, dans le cas de la Directive de 1975, ces procédures sont généralement entamées après que la décision de licencier des

<sup>183</sup> M. CARLEY et M. HALL, préc., note 175, p. 18; M.-A. MOREAU, « Restructurations et comité d'entreprise européen », préc., note 175, p. 2.

<sup>184</sup> Préc., note 65; P. RODIÈRE, préc., note 176, 1019; R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 66; Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2013, p. 579-584.

<sup>185</sup> *Commission c. Royaume-Uni*, préc., note 65; P. RODIÈRE, préc., note 176, 1019; M. CARLEY et M. HALL, préc., note 175, p. 18, 63 et 75.

travailleurs ait été prise. Les représentants des salariés sont ainsi confrontés à un *fait accompli* avant même qu'ils aient été consultés; dans ce cas, la consultation est souvent réduite à des informations qui ne laissent pas place à un véritable dialogue<sup>186</sup>. Par conséquent, il semble qu'en pratique, les consultations n'aient pas lieu dans la phase stratégique des décisions. Ainsi, elles ne se révèlent efficaces que pour modifier la façon de mettre en œuvre la restructuration, et non pas pour changer les décisions stratégiques à l'origine de la restructuration. Les décisions stratégiques concernant les licenciements collectifs à la suite d'une restructuration ne sont pas changées: seuls l'aspect opérationnel et les mesures d'accompagnement sont modifiés<sup>187</sup>.

Les employeurs se plaignent souvent de ne pouvoir informer et consulter les salariés lors des deux premières étapes de la décision, sous peine de voir la valeur des actions chuter<sup>188</sup> ou même d'assister au départ des salariés de l'entreprise. Or, selon nous, pour rendre les deux directives plus efficaces, il serait souhaitable d'imposer aux employeurs des obligations plus précises quant à l'antériorité de l'information et de la consultation, afin de ne pas leur permettre de prendre en considération seulement les intérêts de l'entreprise, mais aussi ceux des salariés. À cet égard, il faut noter que de telles obligations seraient envisageables: en effet il y a eu des cas au Royaume-Uni où les employeurs ont eux-mêmes décidé de respecter des procédures qui encouragent la participation des salariés assez tôt dans le processus de la restructuration. Celles-ci ont donné lieu à des résultats positifs significatifs notamment sur les conséquences des restructurations<sup>189</sup>. Vu ce succès, il serait peut-être réaliste d'essayer d'imposer aux employeurs canadiens de telles obligations précises quant à l'antériorité de l'information et de la consultation. Par ailleurs, les employeurs risquent de voir leurs entreprises fermer contre leur volonté lorsqu'ils laissent partir les meilleurs employés, ou encore un plus grand nombre d'employés que nécessaire, seulement en raison du fait qu'ils ne les ont pas consultés

<sup>186</sup> C. DIDRY, « The European Works Council before the courts: putting law to work and the producing EU legal norms during the Renault Vilvorde case », préc., note 56.

<sup>187</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 55.

<sup>188</sup> M. CARLEY et M. HALL, préc., note 175, p. 18.

<sup>189</sup> Mark HALL, Sue HUTCHINSON, John PURCELL, Michael TERRY, Jane PARKER, DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS (BIS), « Information and Consultation under ICE Regulations: evidence from longitudinal case studies », (2010) 117 *Employment Relations Research Series* 1.



d'avance. Les informations que les représentants des salariés seront en mesure d'obtenir des employeurs et de transmettre aux salariés constituent des ressources cognitives importantes qui permettront aux salariés de proposer des mesures alternatives et d'influencer, dans une certaine mesure, les décisions des employeurs. Il appartient aux employeurs de trouver les moyens nécessaires pour préserver la confidentialité de leurs informations dans le respect des procédures d'information et de consultation des salariés à un stade précoce de la décision concernant les restructurations.

## B. La disponibilité des ressources cognitives

La deuxième condition à remplir pour que les salariés jouissent de la « capacité de pouvoir s'exprimer » requiert que les salariés aient les *ressources cognitives* disponibles afin d'exprimer librement leur opinion et de s'assurer qu'elle soit prise en compte par les employeurs dans leurs décisions relatives aux restructurations. Pour y parvenir, les Directives de 1975 et de 2002 devraient leur reconnaître le droit d'accéder à l'information nécessaire concernant les licenciements collectifs et les autres types de restructurations en général avant d'entamer des séances de consultation, ainsi que leur permettre de « produire leurs propres informations » liées aux événements en question<sup>190</sup>. L'expression « produire leur propre information » réfère à la possibilité pour les salariés d'avoir, à l'aide d'experts, une meilleure compréhension des données communiquées par l'employeur. Ce terme réfère aussi à la capacité des salariés d'obtenir eux-mêmes l'information supplémentaire sur le sujet en cause, en ayant notamment le temps nécessaire pour faire des recherches sur le sujet et pour échanger de l'information entre eux<sup>191</sup>.

Dans la présente section, nous analyserons, premièrement, si les représentants des salariés possèdent les compétences nécessaires pour entamer des procédures d'information et de consultation adéquates<sup>192</sup>. Deuxièmement, nous nous intéresserons au contenu de l'information transmise par l'employeur. Enfin, nous nous interrogerons à savoir si les représentants des salariés ont la capacité de produire leur propre information afin que cette capacité cognitive se traduise en pouvoir capable d'influencer les

<sup>190</sup> J.-M. BONVIN et É. MOACHON, préc., note 19, 161.

<sup>191</sup> *Id.*

<sup>192</sup> J.-M. BONVIN, préc., note 17, 16.

décisions des employeurs. Par l'analyse de ces variables, nous verrons que, malgré les effets bénéfiques des deux directives, il demeure qu'elles doivent encore évoluer afin de mieux contribuer à la faculté des salariés de s'exprimer et d'influencer les décisions de l'entreprise lors de licenciements collectifs et de restructurations en général.

Tout d'abord, il est difficile de conclure que les représentants des salariés ont la formation nécessaire pour être en mesure de maîtriser l'information reçue. En effet, leur parcours n'est pas toujours connu, et leur formation et leur sélection dépendent des pratiques et des lois nationales des États membres<sup>193</sup>. Dans certains États membres, comme l'Allemagne<sup>194</sup>, qui ont un cadre juridique du droit de participation très avancé, les représentants proviennent des comités d'entreprises ou des syndicats. Dans d'autres États, ils peuvent n'avoir aucune formation pertinente. Or, puisque ces deux directives ne précisent pas le degré et le type de formation requis pour les représentants des salariés, il semble difficile d'affirmer que l'information reçue sera traitée et maîtrisée de façon adéquate dans les États qui ne prévoient pas d'obligation de formation pour les représentants des salariés.

Deuxièmement, le terme « information » n'est pas défini dans la Directive de 1975, et est défini de façon très large dans la Directive de 2002<sup>195</sup>, ce qui laisse lieu à beaucoup d'interprétations et d'incertitude quant au contenu de l'information devant être donnée aux représentants des salariés. De ce fait, des auteurs soulignent que les directives procurent une grande marge de manœuvre à l'employeur quant à la qualité et à la quantité de l'information. Ainsi, il est seul à décider s'il doit leur transmettre des documents originaux ou s'il peut présenter l'information dans le but de la rendre plus « compréhensible » pour les salariés. De plus, l'employeur pourrait leur nier l'accès à certaines informations sous prétexte qu'il leur a déjà communiqué un niveau élevé de données<sup>196</sup>. Tout ce processus dépend donc du degré de coopération de l'employeur<sup>197</sup>. À cet égard, il existe toujours un débat quant au degré d'étendue de l'information à fournir<sup>198</sup>.

<sup>193</sup> Directive 75/129/CEE, art. 1; Directive 77/187/CEE, art. 2.

<sup>194</sup> R. A. HARVEY, préc., note 182, 429.

<sup>195</sup> S. LAULOM, préc., note 10, 82.

<sup>196</sup> B. BERCUSSON, préc., note 107, p. 220.

<sup>197</sup> *Id.*

<sup>198</sup> B.A. HEPPLER, préc., note 72, 489 et 498.

Il faut également souligner que l'information donnée a un caractère parcellaire<sup>199</sup>. Cette conclusion s'impose pour les deux directives, car l'employeur n'est obligé de donner que certaines informations très limitées liées aux licenciements collectifs et aux restructurations en général<sup>200</sup>. En effet, il n'est contraint par les directives ni de donner toutes les informations liées à ces deux événements, ni de divulguer d'autres informations plus générales liées à la vie économique de l'entreprise. Pour sa part, la Directive de 2002 autorise les États membres à permettre à l'employeur de ne pas divulguer certaines informations qu'il juge confidentielles selon certains critères objectifs<sup>201</sup>. La directive ne définit pas ces critères objectifs, laissant ainsi une grande marge de manœuvre aux États membres. Ce point est considéré comme dangereux pour l'atteinte de l'objectif de la directive<sup>202</sup> : les études démontrent que, pour des raisons de confidentialité, les employeurs ont souvent été en mesure de retenir des informations très importantes, telles que les changements dans la production et le recours aux travailleurs à temps partiel<sup>203</sup>. De plus, la Directive de 2002 permet aussi aux États membres et aux partenaires sociaux d'écarter le contenu de l'information défini par la directive pour des « dispositions différentes » dans la mesure où celles-ci respectent les principes-cadres de la directive<sup>204</sup>. Il semble donc que le contenu de l'information donné aux salariés varie d'un État à l'autre. De plus, il apparaît que, le plus souvent, l'information donnée aux représentants des salariés ne présente pas une vue globale de la situation réelle de l'entreprise. Par conséquent, les représentants des salariés ne sont souvent pas informés de façon adéquate et ne peuvent donner un avis constructif à l'employeur. Troisièmement, il faut noter que les représentants des salariés ont une capacité limitée de produire leurs propres informations. En effet ils peuvent être assistés par des experts que lorsque la législation nationale le prévoit<sup>205</sup> ; les représentants des salariés sont donc tributaires de la position de l'État membre sur le sujet<sup>206</sup>. Il nous

<sup>199</sup> Claude DIDRY, « Le comité d'entreprise européen devant la justice : mobilisation du droit et travail juridique communautaire », (2001) 3-49 *Droit et société* 911 ; J.-M. BONVIN et P. BADAN, préc., note 2, p. 67.

<sup>200</sup> C. DIDRY, « The European Works Council before the courts : putting law to work and the producing EU legal norms during the Renault Vilvorde case », préc., note 56.

<sup>201</sup> Directive 2002/14/CE, art. 6(2).

<sup>202</sup> B. BERCUSSON, préc., note 107, p. 223.

<sup>203</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 32.

<sup>204</sup> Directive 2002/14/CE, art. 5 ; P. RODIÈRE, préc., note 176, p. 1015, 1019 et 1022.

<sup>205</sup> Directive 75/129/CEE modifiée en 1992 par la Directive 92/56/CEE, art. 2(2).

<sup>206</sup> R. A. HARVEY, préc., note 182, 422 et 423.

apparaît important que les directives prévoient une présence obligatoire d'experts pour assister les représentants des salariés, du moins lorsqu'il s'agit d'informations complexes. Cette mesure permettrait aux représentants des salariés de développer des capacités cognitives adéquates même dans les États qui ne prévoient généralement pas une telle présence d'experts.

Enfin, il faut souligner que cette capacité cognitive reconnue aux salariés par les deux directives comporte non seulement certaines limites, mentionnées précédemment, mais, dans certains cas, elle pourrait échouer à se traduire en pouvoir des salariés d'influencer les décisions des employeurs. En effet, la seule obligation qu'a l'employeur selon les directives est de procéder à une séance de consultation. Or, les deux directives ne contiennent même pas de dispositions qui assurent que les discussions seront à tout le moins fructueuses<sup>207</sup>.

### C. Les droits et recours reconnus par les mesures législatives

La troisième condition afin d'assurer une « capacité de pouvoir s'exprimer » aux salariés lors de licenciements collectifs ou de restructurations en général, est le fait d'accorder aux salariés des *droits et des recours reconnus par des mesures législatives*. Dans cette partie du texte, nous nous intéresserons aux recours et aux moyens d'action accordés aux salariés en vertu des Directives de 1975 et de 2002 pour appuyer et promouvoir leur pouvoir d'influencer les décisions concernant ces événements. Pour effectuer l'analyse des recours et les moyens d'action rendus disponibles aux salariés par ces directives dans le but de leur permettre d'avancer leur point de vue<sup>208</sup>, nous considérons les variables suivantes : premièrement, nous examinons les droits et recours fournis par ces deux directives pour mettre en œuvre les droits d'information et de consultation ; et deuxièmement, nous considérons l'étendue du droit de participation des représentants des salariés dans des cas de licenciements collectifs ainsi que d'autres types de restructurations en général.

---

<sup>207</sup> *Id.*

<sup>208</sup> J.-M. BONVIN et É. MOACHON, préc., note 19, 158-172.

Tout d'abord, il faut noter que les deux directives exigent des États membres qu'ils veillent à reconnaître aux représentants des travailleurs ou aux salariés, dans leurs lois nationales, des recours administratifs et juridictionnels afin d'en faire respecter les obligations<sup>209</sup>. Les directives n'imposent pas aux États d'appliquer des recours précis en cas de violations des obligations prévues par ces directives : ils définissent les sanctions selon leurs politiques et leurs cultures nationales. Bien que chaque État reflète ainsi sa propre autonomie dans le choix des moyens pour mettre en œuvre le droit communautaire<sup>210</sup>, la Directive de 2002 impose certains critères à ces sanctions puisqu'elle établit qu'elles doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives »<sup>211</sup>.

Lors de la modification de la Directive de 1975, la Commission avait proposé que les États membres devraient s'assurer de reconnaître aux représentants des salariés des procédures juridictionnelles afin d'annuler les licenciements exécutés en violation de la Directive de 1975<sup>212</sup>. De plus, comme, selon la Directive de 1975, l'employeur doit notifier à l'autorité publique compétente le licenciement collectif<sup>213</sup>, la Commission avait proposé un pouvoir pour cette dernière de suspendre ou d'arrêter les licenciements collectifs. Toutefois, le Conseil de l'Europe n'a pas suivi cette recommandation de la Commission<sup>214</sup>. En effet, la proposition initiale de la Directive de 1975 contenait un droit pour l'autorité publique de reporter les licenciements collectifs à une date ultérieure ou de les empêcher. Mais, en raison des objections persistantes des employeurs, la version finale de la Directive de 1975 ne donne aucun droit aux États membres et aux représentants des salariés d'annuler ou d'empêcher les licenciements collectifs<sup>215</sup>. De plus, le projet de la Directive de 2002<sup>216</sup> précisait aussi que dans l'éventualité d'une violation des procédures d'information et de consultation, les décisions affectant les entreprises auraient un effet nul tant que l'employeur ne respecterait pas ces exigences, mais cela n'a pas été maintenu dans la version finale. Malgré cela il semble que les recours envisagés

<sup>209</sup> Directive 98/59/CE, art. 6 ; Directive 2001/23/CE ; Directive 2002/14/CE, art. 8 et 9.

<sup>210</sup> J. M. SERVAIS, préc., note 118, p. 244.

<sup>211</sup> Directive 2002/14/CE, art. 8(2).

<sup>212</sup> M.-A. MOREAU, préc., note 62, 493 et 497.

<sup>213</sup> Directive 75/129/CEE, art. 2 ; Directive 77/187/CEE.

<sup>214</sup> G. G. BALANDI et B. REYNES, préc., note 64.

<sup>215</sup> M. R. FREEDLAND, préc., note 36, 24 et 27.

<sup>216</sup> Philippe REYNIERS, « De quelques paradoxes de droit du travail à la lumière de la Directive de 2002/14/CE », (2007) 1 *Revue du Droit de l'Union Européenne* 15.

(mais non imposés) par les directives devraient permettre aux salariés d'au moins suspendre les procédures de licenciements collectifs et d'autres restructurations jusqu'à ce que l'employeur ait informé et consulté les salariés<sup>217</sup>. À cet égard, il faut noter que les études démontrent que la consultation et l'information sont plus effectives dans les États qui imposent des sanctions importantes en cas de violation des droits à l'information et à la consultation et qui définissent bien ces droits<sup>218</sup>. Il ressort de cette analyse que ces directives ne sont pas assez efficaces pour accroître le pouvoir des salariés d'influencer les décisions des gestionnaires en ce qui a trait aux restructurations et aux licenciements collectifs. En effet, elles ne reconnaissent pas aux salariés un recours qui leur permette d'annuler ou de changer les décisions de l'employeur, mais uniquement de les suspendre jusqu'à ce qu'il respecte les procédures prévues dans les directives. En pratique il semble que les salariés se montrent désintéressés à l'égard des procédures d'information et de consultation. Ils tendent souvent à présenter des demandes pour créer un forum de représentants à cet effet après que la décision finale ait été prise<sup>219</sup>. Cependant, ces recours judiciaires peuvent être utiles, dans la majorité des cas, pour gagner du temps et négocier les mesures d'accompagnement et les conséquences des restructurations, mais pas pour modifier la décision de l'employeur.

Deuxièmement, quant à l'étendue du droit de participation reconnu par les deux directives, il faut mentionner qu'elles ne reconnaissent pas aux salariés le droit à la codétermination qui est très important dans le système allemand. L'absence de la reconnaissance de ce droit réduit certainement le degré d'intensité de participation des salariés dans des cas de licenciements collectifs et de restructurations en général. La codétermination, comme nous l'avons souligné précédemment, assure une certitude plus élevée pour influencer les décisions des employeurs que celle des droits à l'information et à la consultation.

De plus, l'obligation de consulter, quant à sa forme et son contenu, est très vague selon les définitions données dans les deux directives. En effet, il semble que pour la Directive de 2002, « consulter c'est dialoguer et rien de plus »<sup>220</sup>. Certains États ont compensé ce vide d'interprétation en prévoyant

---

<sup>217</sup> *Id.*

<sup>218</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 2.

<sup>219</sup> *Id.*

<sup>220</sup> P. RODIÈRE, préc., note 176, p. 1015 et 1019.

une procédure d'arbitrage obligatoire dans le cas d'un désaccord durant les consultations. Cependant, dans des pays comme le Royaume-Uni, les syndicats ne sont pas en faveur d'une telle procédure, car ils sont en mesure d'obtenir plus d'avantages des négociations collectives que des arbitres<sup>221</sup>. En outre, le droit de consultation reconnu dans ces directives est aussi parcellaire que l'information dont nous avons discuté dans la section portant sur les ressources cognitives. Par ailleurs, la Directive de 1975 ne permet de consulter les salariés que sur les licenciements collectifs. Néanmoins, certains auteurs ont constaté que l'efficacité de la Directive 2002 était moins importante que celle de la Directive de 1975 : il serait préférable de cibler des circonstances spécifiques plutôt que de conférer des droits généraux de consultation<sup>222</sup>. À cet égard, la Directive de 2002 est jugée parcellaire. En effet, si son article 4(2) précise ce que « l'information et la consultation recouvrent », ses sous-paragraphes (a) et (b) distinguent les matières sur lesquelles il doit y avoir une information seulement et les matières où il doit y avoir une information et une consultation<sup>223</sup>.

En définitive, les deux directives laissent beaucoup de place aux prérogatives de la direction<sup>224</sup> concernant les décisions économiques liées aux licenciements collectifs, aux transferts d'entreprises et aux restructurations en général. Les salariés ne disposent pas d'une réelle possibilité de les contester et de s'assurer que leurs objections soient prises en compte durant les procédures de consultation<sup>225</sup>. En effet, il semble que les Directives de 1975 et de 2002 visent uniquement les conséquences sociales des restructurations entraînant des licenciements collectifs<sup>226</sup>, sans accorder suffisamment de moyens de s'assurer que les licenciements collectifs soient équitablement mis en œuvre<sup>227</sup>. Par ailleurs, elles ne contiennent pas de dispositions sur des questions telles que les critères de sélection des salariés à licencier, les conditions de préavis et l'indemnité pour les salariés licenciés. Tous ces éléments ont été laissés à l'appréciation des États membres<sup>228</sup>. Sans surprise,

<sup>221</sup> B. A. HEPPLÉ, préc., note 72, 489 et 498.

<sup>222</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 58.

<sup>223</sup> Directive 2002/14/CE, art. 4(2) ; B. BERCUSSON, préc., note 107, p. 221.

<sup>224</sup> R. A. HARVEY, préc., note 182, 417, 422 et 423 ; Directive 75/129/CEE.

<sup>225</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 501.

<sup>226</sup> *Id.*

<sup>227</sup> R. A. HARVEY, préc., note 182, 422 et 423 ; Directive 75/129/CEE.

<sup>228</sup> Jan HEINSIUS, « The European Directive on Collective Dismissals and its Implementation Deficits: Six ECJ Judgments as a Potential Incentive for Amending the Directive »,

les études démontrent que ces directives n'ont pas réussi à créer des organismes de consultation efficaces<sup>229</sup>.

Enfin les Directives de 1975 et de 2002 reconnaissent aux représentants des salariés uniquement un mandat d'information et de consultation, et non un mandat de négociation avec l'employeur. Les deux directives précisent que les consultations doivent avoir lieu dans le but d'arriver à un accord<sup>230</sup>. Toutefois, l'accord que ces directives préconisent lors d'une procédure de consultation « et dont elles ne qualifient ni la nature, ni la portée n'a pas, en ce sens, la même vocation qu'une convention collective de travail conclue au niveau de l'entreprise »<sup>231</sup>. En effet, cette obligation, telle que prévue par les directives, est vague et imprécise et ne peut être interprétée de façon absolue comme une obligation de négocier<sup>232</sup>. À cet égard, il faut noter qu'à son article 5, la Directive de 2002 permet clairement un recours aux négociations collectives par les employeurs et les représentants des salariés afin de définir les modalités des procédures d'information et de consultation. Or, cette directive se garde bien de référer au terme « accord négocié » pour qualifier la procédure de consultation à son article 4, alors qu'elle le fait clairement à son article 5 en ce qui a trait à la détermination des modalités des procédures d'information et de consultation<sup>233</sup>. Cette omission volontaire du législateur communautaire nous permet de conclure que la Directive de 2002 ne voulait pas obliger les parties à en arriver à un accord négocié pour constater les compromis atteints lors de la procédure de consultation liée à la décision concernant la restructuration. Cela se confirme puisque les compromis atteints lors des consultations n'ont pas de force obligatoire pour l'employeur<sup>234</sup>, comme c'est le cas pour les conventions collectives.

En conclusion, il semble que, même si les directives présentent beaucoup d'avantages, les droits d'information et de consultation reconnus par

---

(2009) 25-3 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 261, 264.

<sup>229</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 58.

<sup>230</sup> Directive 75/129/CEE, art. 2; Directive 77/187/CEE, art. 6.

<sup>231</sup> P. REYNIERS, préc., note 216, p. 234.

<sup>232</sup> M.-A. MOREAU, préc., note 62, 496.

<sup>233</sup> Directive 2002/14/CE, art. 4 et 5.

<sup>234</sup> *Id.*, art. 2, 4 et 5; C. DIDRY, « Le comité d'entreprise européen devant la justice : mobilisation du droit et travail juridique communautaire », préc., note 201; J.-M. BONVIN et P. BADAN, préc., note 2, p. 67; R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 501.



elles ne semblent pas permettre aux salariés d'exercer un droit réel de participation dans des cas de licenciements collectifs et de restructurations en général. Ainsi, le degré d'intensité de participation reconnu aux salariés par ces directives n'est pas très élevé<sup>235</sup>. Le maintien d'une grande partie des prérogatives des employeurs, relativement aux décisions concernant les restructurations, et l'absence du droit de négociation ont fait en sorte que ces directives ont eu peu d'impact sur les salariés communautaires. En effet, les pays qui, comme le Royaume-Uni, ont mis en œuvre uniquement les exigences minimales de ces directives ne semblent pas donner aux salariés un forum suffisant pour s'opposer à des licenciements et à des restructurations. Par conséquent, les ressources politiques offertes par les directives sont peu puissantes par rapport aux employeurs<sup>236</sup>. De plus, selon l'avis de certains auteurs qui ont analysé les effets de la Directive de 2002 pendant des années, cette directive a été incapable d'empêcher que le phénomène de l'affaire *Vilvoorde* ne se reproduise, en raison de l'absence de sanctions efficaces et à la présence de procédures d'information et de consultation inadéquates et inefficaces<sup>237</sup>. En outre, ces directives ne contraignent pas les États membres à imposer aux employeurs des obligations adéquates quant aux procédures d'information et de la consultation, tel que nous le verrons dans ce qui suit<sup>238</sup>.

#### **D. L'empressement des employeurs et des actionnaires à écouter les salariés**

Enfin, la dernière condition pour que les salariés jouissent d'une « capacité de pouvoir s'exprimer » est *l'empressement des employeurs et des actionnaires à les écouter*. Ce dernier critère ne dépend pas uniquement de la volonté des employeurs et des actionnaires, mais aussi de l'existence et de l'intensité des contraintes législatives à cet égard. Ainsi, dans les cas de licenciements collectifs, il faut analyser quelles sont les obligations légales des interlocuteurs en ce qui concerne le processus d'information et de consultation<sup>239</sup>.

À ce sujet, tout d'abord, il faut remarquer que le but des deux directives est d'améliorer le droit à l'information et à la consultation des salariés ; la

<sup>235</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 58.

<sup>236</sup> R. A. HARVEY, préc., note 182, 422 et 423 ; Directive 75/129/CEE, art. 1.

<sup>237</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 58.

<sup>238</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 501.

<sup>239</sup> J.-M. BONVIN, préc., note 17, 16.

négociation n'est ni incluse ni exclue des directives. De plus, elles n'exigent pas que l'employeur et les représentants du personnel parviennent à un accord durant les procédures de consultation<sup>240</sup>. Pour ces raisons, les gestionnaires des entreprises doivent consulter les représentants des salariés dans une perspective visant à parvenir à un accord, mais ils n'ont aucune obligation légale d'amorcer des négociations collectives avec eux ni de s'assurer que ces discussions seront fructueuses. Cela permet aux employeurs de limiter les droits des salariés uniquement aux droits d'information et de consultation et de ne pas inclure celui de la négociation. En conséquence, ces directives ne semblent pas fournir à l'employeur assez d'incitation à faire des concessions aux salariés en ce qui concerne, notamment, les possibilités de recyclage des effectifs ou les indemnités de licenciement<sup>241</sup>.

De plus, pour les raisons que nous avons énumérées précédemment, les deux directives laissent la qualité de la consultation et de l'information à la discrétion des gestionnaires<sup>242</sup>. Ni les États membres, ni les représentants des salariés n'ont aucun contrôle sur la qualité ou la quantité de l'information transmise. Ainsi, les gestionnaires qui avaient une culture cherchant à appuyer la consultation active étaient plus susceptibles d'inclure les représentants des travailleurs dans les décisions qui concernent des grandes questions de changement organisationnel et d'offrir des informations adéquates pour obtenir des avis constructifs de la part des salariés<sup>243</sup>. Par contre, dans les États qui n'avaient pas une telle culture, il semble que les gestionnaires procédaient à des consultations fictives uniquement pour remplir les exigences minimales, inadéquates et mal définies des directives<sup>244</sup>.

En conclusion, premièrement, il faut remarquer que, même si les deux directives ont aidé à faire avancer le droit de participation des salariés, elles n'ont réalisé qu'une harmonisation partielle et minimale du droit de licenciements collectifs et de restructurations en général dans la Communauté européenne. En effet, comme nous l'avons vu, elles permettent l'existence de dispositions nationales différentes sur des questions très importantes sur le sujet<sup>245</sup> et permettent aux États d'introduire des mesures plus avanta-

<sup>240</sup> R. A. HARVEY, préc., note 182, 417, 422 et 423.

<sup>241</sup> *Id.*; Directive 75/129/CEE.

<sup>242</sup> S. LAULOM, préc., note 10, 82.

<sup>243</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 2.

<sup>244</sup> *Id.*

<sup>245</sup> G.G. BALANDI et B. REYNES, préc., note 64.

geuses que les deux directives<sup>246</sup>. Avant l'adoption des directives, le système de représentation des salariés dans le processus décisionnel des entreprises différait beaucoup selon les États membres. La majorité des États membres ne reconnaissaient qu'un droit à l'information et à la consultation et n'étaient pas familiers avec la procédure de la codécision reconnue dans le système allemand<sup>247</sup>. Or, cette situation perdure aujourd'hui et les compagnies vont encore procéder à des licenciements collectifs dans des États où cette procédure coûte moins cher. De plus, bien que ces deux directives rapprochent les procédures de consultation utilisées pour gérer les licenciements collectifs et les restructurations en général, elles ne parviennent pas à établir une stratégie communautaire pour la gestion des licenciements et des restructurations, car elles ne fixent pas les orientations nécessaires pour la résolution d'une situation de licenciement ou de restructuration<sup>248</sup>. En outre, les droits procéduraux accordés par ces deux directives doivent être davantage développés pour être plus efficaces quant à l'avancement de la sécurité de l'emploi des salariés et au renforcement de leur possibilité d'influencer les décisions des employeurs. En effet, il semble que le succès des employés à obtenir des concessions de l'employeur continue de dépendre encore en grande partie de la force de négociation collective entreprise par les syndicats qui, d'ailleurs, ne sont même pas impliqués dans les processus de l'information et de la consultation mis en place par les deux directives<sup>249</sup>.

Pour toutes ces raisons, la Directive de 2002 ne semble pas avoir eu un impact majeur sur les pays qui étaient déjà dotés d'un cadre juridique d'information et de consultation. Par ailleurs, elle ne semble pas non plus avoir réussi à jouer un rôle majeur dans l'élaboration d'une information et d'une consultation au niveau organisationnel dans les États membres qui n'étaient pas encore dotés de tels droits avant son entrée en vigueur<sup>250</sup>. D'ailleurs, les études démontrent que les États membres dotés de lois sur le sujet n'ont pas apporté de modifications majeures à leurs systèmes existants, tandis que ceux qui n'étaient pas dotés de lois sur le sujet ont adopté uniquement les exigences minimales de la directive<sup>251</sup>.

<sup>246</sup> Directive 75/129/CEE, art. 5; Directive 77/187/CEE, art. 7.

<sup>247</sup> Manfred WEISS, « Workers' Participation: Its Development in the European Union », (2000) 21-4 *Industrial Law Journal* 737.

<sup>248</sup> R.A. HARVEY, préc., note 182, 417, 422 et 423; Directive 75/129/CEE.

<sup>249</sup> *Id.*

<sup>250</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 2.

<sup>251</sup> *Id.*, p. 32 et 39.

Ces nouvelles lois sont bien conçues par rapport à leur objectif, mais il demeure qu'elles ne sont pas très efficaces en pratique, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, les protections offertes par cette directive ne sont pas assez significatives pour donner aux salariés un droit réel d'influencer les décisions des employeurs lors des restructurations, car elles ne semblent pas modifier de façon considérable leurs prérogatives quant aux décisions économiques de l'entreprise<sup>252</sup>. Deuxièmement, elles laissent une grande marge de manœuvre aux États membres sur des questions cruciales, telles que la détermination du moment de l'information et de la consultation et les sanctions applicables en cas de non-respect de ces procédures. Elles définissent également en des termes très larges l'information et la consultation, ce qui permettrait aux gestionnaires d'appliquer le processus de façon fictive et sans aucune obligation de respecter les compromis négociés lors de la procédure de consultation, comme nous l'avons analysé précédemment<sup>253</sup>. De plus, les études démontrent que l'effet de la directive n'a pas été suffisamment fort pour générer des modifications institutionnelles majeures dans aucun pays donné<sup>254</sup>.

\*  
\*   \*   \*

L'étude des effets des licenciements collectifs causés par les restructurations, ainsi que l'accroissement du nombre de restructurations et de pertes d'emplois dans le contexte de contraintes imposées par la mondialisation, révèle l'importance de l'étude du cadre juridique entourant le processus de participation des salariés. Dans ce texte, nous nous sommes penchés sur l'étude du droit de participation des salariés lors des restructurations d'entreprises dans l'Union européenne afin d'améliorer «la capacité de pouvoir s'exprimer» des salariés canadiens.

De l'analyse qui précède, il découle donc que le cadre juridique européen sur le sujet ne fournit pas un modèle parfait à suivre pour améliorer le cadre juridique canadien sur le sujet. Néanmoins, le cadre juridique européen reconnaît des droits de participation plus élargis qu'au Canada en matière de restructurations entraînant des licenciements collectifs. En

<sup>252</sup> *Id.*, p. 2 et 37.

<sup>253</sup> Directive 2002/14/CE, art. 1 et 2.

<sup>254</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL, M. HALL, préc., note 102, p. 39.

effet, le degré d'implication des salariés européens dans les décisions des entreprises entourant les restructurations est plus élevé que celui des salariés canadiens. Les directives que nous avons analysées leur offrent la possibilité d'être informés et consultés sur des restructurations entraînant des licenciements collectifs, et ce, même lorsque les conventions collectives ne prévoient pas un tel droit. De plus, ces directives leur permettent d'être représentés collectivement à des fins d'information et de consultation sur le sujet même lorsqu'il n'y a pas de syndicat reconnu dans l'entreprise. En outre, elles ont permis l'établissement et l'avancement d'un dialogue et d'une collaboration entre les salariés et les employeurs.

Néanmoins, une analyse détaillée des Directives de 1975 et de 2002 ainsi que l'application des quatre conditions de la « capacité de pouvoir s'exprimer » nous a permis de constater qu'en pratique, les droits de participation reconnus par les directives européennes ne reconnaissent pas aux salariés des droits réels d'influencer les décisions des employeurs liées aux restructurations. En effet, il semble que les droits d'information et de consultation reconnus par ces directives, même s'ils présentent beaucoup d'avantages, ne respectent pas les critères de la « capacité de pouvoir s'exprimer ». À cet égard, tout d'abord, le moment où l'information et la consultation doivent avoir lieu n'est pas précisé par les directives. Cette absence de contrainte législative, quant à la notion de l'antériorité de l'information ou de la consultation relativement aux décisions finales de restructuration qui affectent considérablement les intérêts des salariés, a permis aux employeurs d'informer et de consulter les représentants des salariés assez tard dans le processus de restructuration<sup>255</sup>. La C.J.C.E. ne s'est pas prononcée de façon claire pour préciser le moment où doivent avoir lieu les procédures d'information et de consultation; toutefois, dans l'affaire *Commission c. Royaume-Uni*<sup>256</sup>, elle a établi le principe selon lequel les normes prévues par la Directive de 1975 doivent avoir un « effet utile ». Il est clair que les procédures d'information et de consultation doivent être utiles pour le processus de restructuration et ne pas avoir lieu de façon purement formelle. Toutefois, cet « effet utile » n'implique pas nécessairement

<sup>255</sup> Le gouvernement britannique par l'entremise du Department of Trade and Industry en 2006 a émis un guide pour expliquer la portée des droits et obligations d'ICE en ligne: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090703192609/http://www.berr.gov.uk/files/file25934.pdf>> (consulté le 10 août 2018).

<sup>256</sup> Préc., note 65.

que ces deux démarches doivent être préalables à la décision concernant la restructuration<sup>257</sup>.

Néanmoins, le facteur « temps », d'une grande importance, n'est pas le seul facteur qui compte pour accroître le pouvoir des salariés d'influencer les décisions des employeurs. De fait, il semble que, lorsque les procédures d'information et de consultation ont lieu même très tôt dans le processus de restructuration, les forums représentant des salariés sont en mesure d'influencer les décisions des employeurs qu'en ce qui a trait au nombre de travailleurs à être licenciés ainsi qu'aux mesures d'accompagnement. Cependant, les forums représentant les travailleurs n'ont pas été en mesure d'influencer les décisions des employeurs en tant que telles<sup>258</sup>. Il faut donc que tous les critères de la « capacité de pouvoir s'exprimer » soient remplis pour que les salariés soient en mesure d'influencer l'essence même des décisions des employeurs. De plus, les deux directives en question n'abordent pas les prérogatives de la direction concernant les décisions économiques de l'entreprise, et elles n'imposent pas aux employeurs d'obligations précises quant à ces deux procédures, ni de sanctions adéquates en cas de non-respect des procédures d'information et de consultation<sup>259</sup>.

En outre, il ressort que même si les directives ont permis de faire avancer les principes des droits à l'information et à la consultation, elles n'imposent aux employeurs et aux actionnaires aucune obligation d'entamer des procédures de négociation avec les représentants des salariés sur les décisions concernant les licenciements collectifs et les restructurations en général<sup>260</sup>. En effet, il semble que le succès des employés à obtenir des concessions de l'employeur dépende encore, en grande partie, du pouvoir de négociation collective des syndicats<sup>261</sup>.

Par ailleurs, les directives étudiées ne semblent pas avoir eu un impact important sur les pays qui étaient déjà dotés d'un cadre juridique d'information et de consultation. Elles ne semblent pas non plus avoir réussi à jouer un rôle majeur dans l'élaboration d'une législation sur ce sujet dans les États qui n'étaient pas dotés de tels droits<sup>262</sup>. Avant l'adoption des direc-

<sup>257</sup> P. RODIÈRE, préc., note 176, p. 1015 et 1019.

<sup>258</sup> S. DEAKIN et A. KOUKIADAKI, préc., note 162, 427-457.

<sup>259</sup> R. BLANPAIN, préc., note 27, p. 501.

<sup>260</sup> J.-M. BONVIN et É. MOACHON, préc., note 19, 171.

<sup>261</sup> R.A. HARVEY, préc., note 182, 422 et 423; Directive 75/129/CEE.

<sup>262</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 2.

tives, le système de représentation des salariés dans le processus décisionnel des entreprises différerait beaucoup selon les États membres. La majorité des États membres ne reconnaissent qu'un droit à l'information et la consultation et n'étaient pas familiers avec la procédure de la codécision reconnue dans le système allemand<sup>263</sup>. Or, cette situation demeure aujourd'hui et les compagnies procèdent encore à des licenciements collectifs dans des États où ces procédures sont moins contraignantes et, de ce fait, moins dispendieuses pour les entreprises. De plus, bien que ces directives rapprochent les procédures de consultation utilisées pour gérer les licenciements collectifs et les restructurations en général, elles ne parviennent pas à créer une stratégie communautaire pour la gestion des licenciements et des restructurations, puisqu'elles ne fixent pas les orientations nécessaires pour la résolution d'une situation de licenciement ou de restructuration<sup>264</sup>.

Malgré les nombreuses faiblesses que comportent les directives étudiées, il demeure qu'en appliquant les conditions de la « capacité de pouvoir s'exprimer » à la Directive de 1975 et à celle de 2002, il a été possible de retirer les meilleures pratiques de ces directives et certains critères importants afin d'améliorer le cadre canadien sur le sujet. Grâce à cette analyse, nous sommes en mesure notamment de saisir l'importance de reconnaître aux salariés des droits de participation législatifs élargis en matière de licenciements collectifs et de restructurations en général, afin d'améliorer « la capacité de pouvoir s'exprimer ». De plus, il devrait y avoir une obligation légale pour les employeurs d'informer et de consulter les salariés lors de la phase stratégique du développement de la décision liée à la restructuration et pour forcer les employeurs à respecter les compromis conclus avec les représentants des salariés lors des procédures de la consultation. Il est vrai qu'il est difficile de déterminer de façon absolue les types de contraintes à imposer aux employeurs qui ne respectent pas les compromis atteints lors d'une procédure de consultation. Cependant, il serait souhaitable de reconnaître une raison d'être à ces lois, notamment en établissant un droit législatif de négociation, entre les employeurs et les salariés, relatives à la procédure de restructuration entraînant des licenciements collectifs, même dans le cas où cela n'est pas prévu par la convention collective. En outre, les procédures d'« information » et de « consultation » devraient être définies de façon précise afin de laisser moins de marge de manœuvre

<sup>263</sup> M. WEISS, préc., note 247, p. 737.

<sup>264</sup> R.A. HARVEY, préc., note 182, 422 et 423 ; Directive 75/129/CEE.

aux employeurs. Quant aux sanctions il semble que les recours envisagés mais finalement non imposés par les directives devraient permettre aux salariés d'au moins suspendre les procédures de licenciements collectifs et d'autres restructurations jusqu'à ce que l'employeur ait informé et consulté les salariés<sup>265</sup>.

Par ailleurs, malgré des questions plus générales qui doivent faire l'objet de discussions lors des procédures de consultation entourant les restructurations entraînant des licenciements collectifs, les études ayant démontré que l'efficacité de la Directive de 2002 était inférieure à celle des Directives de 1975, il serait peut-être plus judicieux de cibler des circonstances spécifiques de différents types de restructurations plutôt que de conférer des droits généraux d'information et de consultation, tel que la Directive de 2002 le prévoit<sup>266</sup>. Cet aspect reste à évaluer.

---

<sup>265</sup> P. REYNIERS, préc., note 216.

<sup>266</sup> J. DONAGHEY, M. CARLEY, J. PURCELL et M. HALL, préc., note 102, p. 58.