

REVUE

2017/2

DE DROIT COMPARÉ  
DU TRAVAIL  
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

REVUE SOUTENUE PAR L'INSTITUT DES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES DU CNRS

# International Association of Labor Law Journals

## IALLJ

La **Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale** est membre du « *International Association of Labor Law Journals* », réseau d'échange de publications, d'idées, de développements juridiques et économiques.

### Les autres membres de l'association sont :

Análisis Laboral (Pérou)  
Arbeit und Recht (Allemagne)  
Australian Journal of Labor Law (Australie)  
Bulletin on Comparative Labour Relations (Belgique)  
Canadian Labour and Employment Law Journal (Canada)  
Comparative Labor Law & Policy Journal (États-Unis)  
Derecho de las Relaciones Laborales (Espagne)  
Diritti lavoro mercati (Italie)  
Employees & Employers – Labour Law and Social Security Review : Delavci in delodajalci (Slovénie)  
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht : EuZA (Allemagne)  
European Labour Law Journal (Belgique)  
Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali (Italie)  
Industrial Law Journal (Royaume-Uni)  
Industrial Law Journal (Afrique du Sud)  
International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Pays-Bas)  
International Labour Review (OIT)  
Japan Labor Review (Japon)  
Labour and Social Law (Biélorussie)  
Labour Society and Law (Israël)  
La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale – RGL (Italie)  
Lavoro e Diritto (Italie)  
Pécs Labor Law Review (Hongrie)  
Relaciones Laborales (Espagne)  
Revista de Derecho Social (Espagne)  
Revue de Droit du Travail (France)  
Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale (Italie)  
Russian Yearbook of Labour Law (Russie)  
Temas Laborales (Espagne)  
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Allemagne)

# 1

## JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

### LE JUGE ET LE LICENCIEMENT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE : ANALYSE DE DROIT COMPARÉ

ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX (COORD.)

**P. 6 ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX**

LE RÔLE CONTRASTÉ DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

**P. 16 RACHEL ARNOW-RICHMAN**

POUR UNE LOI AMÉRICAINE SUR LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES

**P. 24 SÉBASTIEN RANC**

LA (RE)CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE DU DROIT DU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE EN FRANCE

**P. 32 HUGO BARRETTO GHIONE**

LE POUVOIR DE L'EMPLOYEUR ET LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN URUGUAY : UNE ANALYSE CRITIQUE DE L'OPINION DOMINANTE

**P. 38 NICOLA GUNDT**

UNE RÉFORME LÉGALE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AUX PAYS-BAS, SOURCE D'INCERTITUDE

**P. 46 ROCHELLE LE ROUX**

L'ÉQUITÉ PROCÉDURALE ET L'ÉQUITÉ SUBSTANTIELLE DANS LE CADRE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN AFRIQUE DU SUD : UN DOUBLE TROUBLE

**P. 54 TÁMÁS GYULÁVARI**

OMBRES ET LUMIÈRES DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA JURISPRUDENCE HONGROISE

**P. 62 TOSHIHARU SUZUKI**

LE POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AU JAPON

**P. 70 MARILYN J. PITTARD**

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES EN AUSTRALIE : UN CADRE LÉGAL ÉQUITABLE ?

**P. 80 PASCALE LORBER**

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES AU ROYAUME-UNI : LES JUGES EN QUÊTE DE CONFORMITÉ AVEC LE DROIT EUROPÉEN

**P. 88 ISABELLE MARTIN ET GUYLAINE VALLÉE**

LES MESURES DE PROTECTION DE L'EMPLOI DU SALARIÉ LICENCIÉ POUR DES MOTIFS ÉCONOMIQUES EN DROIT QUÉBÉCOIS ET FÉDÉRAL CANADIEN

# 2

## JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE

### COMMENTAIRES

- p. 96** **FILIP DORSEMONT**, Professeur Université Catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis de Bruxelles
- p. 112** **MARIACHIARA MERCORIO**, Attachée temporaire d'Enseignement et de Recherche, Université Paris 1, Doctorante en droit du Travail

### ACTUALITÉS

- p. 122** **MARIE LAFARGUE**, Maître de Conférence, Université de Vannes
- p. 126** **ELENA SYCHENKO**, Doctorante, Université de Catane

# 3

## LITTÉRATURE DE DROIT SOCIAL COMPARÉ : APERÇU RÉTROSPECTIF DE 2015

### AUTONOMIE OU SUBORDINATION DU DROIT DU TRAVAIL ? DÉBATS HORS DES FRONTIÈRES NATIONALES EN 2015

- p. 132** **MATTEO BORZAGA**, Università degli Studi di Trento
- MARIALAURA BIRGILLITO**, Castilla - La Mancha Universidad
- MANUEL ANTONIO GARCIA-MUÑOZ ALHAMBRA**, Castilla - La Mancha Universidad

# JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

COORDONNÉE PAR

**ALLISON FIORENTINO**

ET

**ROCHELLE LE ROUX**

**LE JUGE ET LE LICENCIEMENT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE :  
ANALYSE DE DROIT COMPARÉ**

**PASCALE LORBER**

Université de Leicester

## LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES AU ROYAUME-UNI : LES JUGES EN QUÊTE DE CONFORMITÉ AVEC LE DROIT EUROPÉEN

L'obligation d'informer et de consulter des représentants des salariés est au cœur de la Directive sur les licenciements collectifs<sup>01</sup>. Elle représente une protection essentielle pour les travailleurs car elle leur donne le droit de participer aux décisions pouvant affecter leur source de revenu en faisant entendre une voix collective. Avant l'adoption de cette Directive, la législation du Royaume-Uni n'imposait aucune obligation similaire de dialogue avec les travailleurs, préalable aux licenciements économiques. Les juges devaient donc interpréter l'instrument de transposition<sup>02</sup> dans un vide juridique national car il n'existait aucun précédent judiciaire d'implication des travailleurs dans les décisions de la direction sur les plans économique ou social<sup>03</sup>. En outre, ils devaient s'assurer que cette interprétation était conforme au droit européen.

Les dispositions fondamentales traitant du devoir d'information et de consultation prévoient que « lorsqu'un employeur se propose de licencier 20 salariés ou plus dans un même établissement sur une période de 90 jours ou moins, l'employeur doit procéder à une consultation au sujet de ces licenciements »<sup>04</sup>. La loi comprend également un calendrier de consultation (45 jours pour le licenciement de plus de 100 travailleurs et 30 jours pour moins de 100)<sup>05</sup>; elle dresse la liste des sujets à examiner pour information et consultation<sup>06</sup> conformément à la Directive sur les licenciements

01 Directive 98/59/EC du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs [1998] OL L225/16.

02 Inclus à l'origine dans la Loi de 1975 *Employment protection Act*. Les dispositions pertinentes sont désormais contenues dans la Loi de 1992 *Trade union and labour relations Act* (Consolidation) (*TULRCA* ci-après), §188-192.

03 En plus de l'obligation collective d'informer et de consulter déclenchée lorsque 20 salariés au moins sont menacés de licenciement, il existe une procédure parallèle qu'un employeur doit respecter pour tout licenciement économique, quel que soit l'effectif impliqué. Si le licenciement d'un salarié est envisagé, pour éviter un jugement de licenciement abusif, la jurisprudence exige que l'employeur respecte une procédure équitable ; cela suppose d'appliquer des critères de sélection justes et objectifs ; d'avertir et de consulter le travailleur concerné, et de rechercher un poste alternatif adapté. Sur ce processus, voir *Williams v Compair Maxam Ltd* [1982] IRLR 83 (EAT) et *Polkey v A.E Dayton Services Ltd* [1987] IRLR 503 (HL)

04 *TULRCA* 1992, §188 (1)

05 *TULRCA* 1992, §188 (1A). Jusqu'en 2013, la période de consultation était de 90 jours pour les licenciements de plus de 100 salariés. Le gouvernement de Coalition (2010-2015) a estimé que cette longue période ne permettait pas aux employeurs de répondre rapidement aux changements et de restructurer de façon efficace (DBIS, Collective Redundancies: Government Response to consultation on changes to the rules (December 2012, URN 12/1352) [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/36737/12-1352-collective-redundancies-government-response-to-consultation.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/36737/12-1352-collective-redundancies-government-response-to-consultation.pdf), consulté le 4 avril 2017

06 *TULRCA* 1992, §188 (2)

collectifs, et précise qui doit être informé et consulté<sup>07</sup>. Enfin, la législation prévoit des compensations financières pour les personnes affectées si l'employeur n'informe et ne consulte pas de façon adéquate<sup>08</sup>.

Cette contribution a pour objectif de montrer que le juge anglais s'est débattu avec un certain nombre de concepts « européens » qui coexistaient mal avec une culture juridique ne remettant pas facilement en cause le droit de direction de l'employeur. Plusieurs sujets auraient pu être étudiés, mais nous nous concentrerons sur la jurisprudence récente qui traite de la nature du devoir d'information. Tout d'abord, nous évaluerons le facteur déclencheur de l'obligation de consultation (I). Ensuite, nous montrerons que le contenu de l'obligation met les juges mal à l'aise face à certaines exigences européennes (II). Dans nos observations finales, nous montrerons qu'au Royaume-Uni, le juge s'est efforcé de respecter le droit européen en dépit de la transposition gouvernementale controversée du droit européen et de l'absence de directive de la part de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJEU) (III). En conclusion, nous nous pencherons davantage sur l'étude des conséquences du Brexit pour le juge et la législation nationale émanant uniquement de la Directive de l'UE.

## I - Les facteurs déclencheurs du processus de consultation

Trois facteurs déclenchent l'obligation de consulter conformément au paragraphe 188(1) cité ci-dessus : tout d'abord un seuil numérique de 20 salariés ; ensuite une exigence temporelle concernant la date à laquelle le gérant « se propose » de licencier (A) ; et enfin un critère géographique ou physique symbolisé par « l'établissement (B) ». La jurisprudence est particulièrement abondante sur les deux derniers facteurs.

### A - La proposition des licenciements

Les tribunaux ont d'abord été exposés à la question du moment où le processus de consultation doit être entamé lorsqu'il leur a été demandé si le terme « se propose », que l'on trouve dans la loi du Royaume-Uni, était compatible avec le terme « envisage », qui figure dans la Directive européenne<sup>09</sup>. Dans *R v British Coal Corporation ex parte Vardy*<sup>10</sup>, il avait été clairement établi que les deux mots n'étaient pas synonymes et que le facteur déclencheur au Royaume-Uni était beaucoup plus tardif dans le processus de décision que la Directive ne l'avait envisagé : « se propose » fait référence à un état d'esprit qui est beaucoup plus certain et qui va plus loin dans le processus de prise de décision que « envisage » ; autrement dit, la Directive prévoit la consultation plus tôt, lorsque l'employeur envisage pour la première fois le fait qu'il pourrait être amené à licencier des salariés. Le paragraphe 188 s'applique lorsqu'il a décidé, parce qu'il doit fermer une usine ou pour tout autre motif, tout en y étant réticent, de licencier des salariés<sup>11</sup>.

07 *TULRCA* 1992, §188 [1B]. Ceci a fait l'objet d'une polémique au sein de la Commission car le Royaume-Uni n'avait autorisé au départ que les syndicats reconnus comme interlocuteurs possibles, conformément aux traditions nationales en matière de droits collectifs. La Cour Européenne a cependant considéré qu'il s'agissait d'une application erronée de la Directive car les salariés des entreprises dans lesquelles les syndicats n'étaient pas reconnus étaient privés du droit d'information et de consultation (cette reconnaissance par un employeur à l'époque était discrétionnaire). Le Royaume-Uni a ultérieurement amendé ses lois en prévoyant des méthodes alternatives pour nommer des représentants des travailleurs à défaut de syndicats reconnus dans l'entreprise. Le droit européen a donc créé une représentation à double canal au Royaume-Uni. Voir Affaire C-383/92 *Commission v UK* [1994] ECR I-2479 (ECJ) et P Davies, « A challenge to single channel » *Industrial Law Journal*, 1994, 23, p. 272.

08 *TULRCA* 1992, §189.

09 Art 2.

10 [1993] IRLR 104 (HCQB).

11 *Ibid*[124].

# LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

Etant donné le terme choisi par le législateur, les tribunaux ne voyaient pas comment ils pouvaient interpréter « se propose » comme signifiant « envisage » et ont estimé que le processus était déclenché lorsque la décision avait été prise de procéder à des licenciements : « Le paragraphe 188(1) ne peut pas être interprété comme étant conforme à l'Article 2(1) de la Directive sur les licenciements collectifs de la CE sans déformer le sens de la législation nationale<sup>12</sup> ». Cette interprétation a réduit l'exercice de la consultation à des conversations portant sur la mise en œuvre des licenciements plutôt que sur le bien-fondé ou non des licenciements.

Ce point de vue a été remis en question dans l'affaire européenne *Junk v Kuhnel*<sup>13</sup> dans laquelle a été interprété le mot « envisage ». Le juge européen est déclaré : « La circonstance que l'employeur « envisage » des licenciements collectifs et a établi un « projet » en ce sens correspond à une hypothèse dans laquelle aucune décision n'a encore été prise [...] ». Ainsi, les termes employés par le législateur communautaire indiquent que les obligations de consultation et de notification naissent antérieurement à une décision de l'employeur de résilier des contrats de travail<sup>14</sup>.

La jurisprudence nationale a adapté et interprété la *TULRCA* 1992 conformément à l'interprétation européenne, en indiquant qu'« une proposition est antérieure à une décision de procéder effectivement aux licenciements et postérieure à la possibilité qu'ils puissent se produire »<sup>15</sup>. L'attitude du tribunal traduit sa volonté de donner une définition plus fine au concept européen et à ses implications : la nécessité de consulter avant que la décision finale ne soit prise.

Les choses se sont cependant compliquées avec l'affaire européenne *Akavan v Fujitsu*<sup>16</sup> qui a défini le terme « envisage » de façon plus fine et complexe : « la procédure de consultation doit être déclenchée par l'employeur au moment où a été adoptée une décision stratégique ou commerciale le contraignant à envisager ou à projeter des licenciements collectifs »<sup>17</sup>. Cette définition complexe tentait de trouver un équilibre entre le déclenchement trop précoce de l'obligation, qui accroît l'anxiété des travailleurs sur leur emploi, et un déclenchement trop tardif, qui prive les représentants des travailleurs d'une véritable opportunité de discuter des décisions de la direction pour éviter les licenciements. Cependant, les formulations utilisées n'ont pas aidé les tribunaux à savoir où situer le point de déclenchement de l'obligation.

En conséquence des messages confus de *Junk* et *Akavan*, la Cour d'appel du Royaume-Uni a cherché à clarifier davantage le sens du mot « envisage » selon la CJUE. Dans l'affaire *USA v Nolan*, le gouvernement des Etats-Unis avait décidé de fermer une base militaire au Royaume-Uni. Ceci avait entraîné le licenciement d'environ 200 civils. Une des questions posées à la Cour était de savoir si la consultation aurait dû avoir lieu plus tôt, avant que la décision ne soit prise de licencier tous les employés. La Cour d'appel a posé les questions suivantes à la Cour de Justice : « L'obligation pour l'employeur d'engager des consultations relatives à des licenciements collectifs en vertu de la directive 98/59 naît-elle [...] lorsque l'employeur projette de prendre, mais n'a pas encore pris, une décision stratégique ou opérationnelle qui entraînera vraisemblablement ou inéluctablement des licenciements collectifs ou [...] seulement une fois qu'une telle décision a été effectivement prise et qu'il projette alors de procéder aux licenciements qui en sont la conséquence »<sup>18</sup> ?

12 *MSF v Refuge Assurance Plc and another* [2002] IRLR 324 (EAT).

13 Affaire C-188/03, *Junk v Kuhnel* [2005] IRLR 310 (CJEU).

14 *Ibid* [36] et [37].

15 *Leicestershire County Council v Unison* [2005] IRLR 920 (EAT) [32].

16 Affaire C-44/08 *Akavan Eriytisalojen Keskusliitto Aekktry and others v Fujitsu Siemens Computers Oy* [2009] IRLR 944 (ECJ).

17 *Ibid* [48].

18 Affaire C-583/10 *United States of America v Christine Nolan* [19].



Malheureusement, la Cour Européenne a refusé de juger au motif qu'elle n'avait pas de compétence juridictionnelle<sup>19</sup> parce que la Directive européenne ne s'applique pas à l'administration publique et que les services militaires relèvent de cette catégorie<sup>20</sup>, ceci en dépit du fait que cette exclusion n'avait pas été transposée dans le droit du Royaume-Uni. La question a donc été renvoyée devant les tribunaux nationaux, la Cour Suprême ayant finalement indiqué qu'« en conséquence, les questions soulevées par [...] la référence de la Cour d'Appel devront dans la présente affaire être résolues, si nécessaire au niveau national, sans aucune autre assistance de la Cour de Justice »<sup>21</sup>. Cependant, les arguments juridiques représentaient un ensemble complexe de questions sur l'immunité de l'Etat et l'application du droit national ou européen lorsqu'un gouvernement étranger prend la décision de fermer une base militaire dans un des Etats Membres. La Cour Suprême a indiqué que le paragraphe 188 s'appliquerait et a renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel, en lui laissant la tâche de traiter cette question. Au moment de la rédaction de cette contribution, aucune décision n'a encore été prise.

La tentative par les tribunaux de faire une lecture de la législation nationale conformément aux dernières directives de la Cour, à savoir *Akavan*, est évidente dans l'affaire la plus récente *E Ivor Hughes Educational Foundation v Morris*<sup>22</sup>. La question était de savoir si un projet de fermeture d'école devait déclencher une consultation au moment où les dirigeants de l'école se sont réunis et se sont proposés de fermer l'école si le nombre d'élèves n'augmentait pas, ou quelques semaines plus tard lorsqu'ils ont finalement convenu de fermer l'école. Le Tribunal d'appel du travail (*Employment Appeal Tribunal – EAT* ci-après) a confirmé la décision du Tribunal du travail (*Employment Tribunal*)<sup>23</sup> qui avait estimé que la proposition avait été faite lors de la première réunion, provoquant le déclenchement de la consultation avant que la décision finale ne soit prise.

Alors que le facteur déclencheur de l'obligation continue à défier les juges nationaux et européens, la notion d'établissement n'est pas en reste.

## B - La notion d'établissement

La CJUE a très tôt établi que l'établissement, tel que défini par le droit national, ne pouvait pas être utilisée pour mettre à mal l'objectif de protection de la Directive<sup>24</sup>. Une définition européenne a donc été donnée à l'établissement : désignant, selon les circonstances, l'unité dans laquelle les travailleurs licenciés devaient exécuter leurs tâches. Il n'est pas nécessaire, pour qu'il existe un « établissement », qu'il soit doté d'une direction qui puisse effectuer des licenciements collectifs<sup>25</sup> de façon indépendante.

La jurisprudence ultérieure de la CJUE a également tenté de « maximiser l'application de l'obligation de consulter »<sup>26</sup>. Les tribunaux du Royaume-Uni se sont efforcés d'attribuer une définition pertinente au concept non défini dans la loi. Déterminer ce qu'était un établissement était une question de fait, donnant lieu à des décisions aux conclusions divergentes. Donner une définition trop restreinte (à savoir qu'un établissement est une petite unité) peut aider les employeurs à éviter l'obligation puisque

19 Affaire C-583/10 *USA v Nolan* [2013] ICR 193 (CJEU).

20 Art 1(2).

21 *United States of America v Nolan* [2015] UKSC 63 [10].

22 [2015] IRLR 696 [EA7].

23 Les litiges en matière d'emploi sont entendus par les Tribunaux de l'emploi en première instance (à quelques exceptions près mentionnées dans la législation) ; un appel sur un point de droit est porté devant le Tribunal d'appel de l'emploi. Une audience supplémentaire peut être demandée devant la Cour d'Appel (Court of Appeal) puis la Cour Suprême.

24 C- 449/93 *Rockfon A/S v Nielsen* [1996] IRLR 168, 175.

25 *Ibid* [32].

26 S. Deakin and G. S. Morris, *Labour Law*, 6<sup>th</sup> ed, Hart Publishing, 2012, 923.

## LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

le seuil de 20 est rarement atteint. D'autre part, utiliser une définition trop large, en considérant que l'établissement est l'employeur, pourrait aboutir à ce que la plupart des licenciements économiques relèvent du §188 de *TULRCA* 1992. Par exemple, dans l'affaire plus ancienne *Barrat Developments (Bradford) Ltd v UCATT*<sup>27</sup>, les juges ont conclu que quatorze sites distincts pouvaient être considérés comme un seul et même établissement plutôt que quatorze unités différentes. Inversement, dans *Renfrewshire Council v Educational Institute of Scotland*<sup>28</sup>, l'*EAT* a conclu que les professeurs sont affectés à une école, qui constitue l'établissement, plutôt qu'à l'autorité locale qui gère les écoles et a des pouvoirs sur l'employeur. Le juge a indiqué que le test est centré sur les salariés : la personne était-elle affectée à une unité pouvant être considérée comme un établissement ? L'établissement est une unité plus petite qu'une entreprise et fait référence à un environnement matériel et non pas organisationnel<sup>29</sup>.

Un tribunal du Royaume-Uni a finalement demandé des explications auprès des magistrats européens lorsque les sociétés *Woolworths* et *Ethel Austin*, de grandes sociétés de distribution, ont été liquidées, fermant tous leurs magasins au Royaume-Uni. La question était de savoir si, pour des installations multi-sites, il existait une obligation de consulter tous les lieux où moins 20 salariés étaient présents. Cette question a été soulevée suite au refus de la société de verser une compensation pour l'absence de consultation des salariés qui travaillaient dans les magasins ou les unités dans lesquels moins de 20 personnes étaient employées. Le §188 de *TULRCA* mentionne l'obligation de consulter lorsqu'il y a des licenciements dans « un établissement ». Le Tribunal d'appel du travail avait adopté une approche audacieuse et raisonnée en déclarant que « ... les termes « dans un établissement » devraient être supprimés du §188 aux fins d'interprétation... »<sup>30</sup> afin que l'objectif poursuivi par la Directive puisse entrer correctement en vigueur. En conséquence, dans ce scénario, la notion d'établissement a été comprise comme l'ensemble de la société. Ce jugement a fait l'objet d'un recours auprès de la Cour d'appel qui, en raison de l'obligation de se conformer à la définition européenne, a renvoyé l'affaire devant la CJUE<sup>31</sup>. Cette dernière a adopté un point de vue différent et a contrebalancé l'objectif de protection sociale de la Directive par la nécessité de « garantir une protection comparable des droits des travailleurs dans les différents Etats Membres et d'harmoniser les coûts que ces règles de protection entraînent pour les entreprises européennes »<sup>32</sup>. La Cour a également réitéré qu'un établissement est une unité différente d'une entreprise<sup>33</sup>. En conséquence, elle a considéré que la définition d'établissement « nécessite de prendre en compte les licenciements effectués dans chaque établissement considéré séparément »<sup>34</sup>.

Le résultat est l'exclusion arbitraire de certains travailleurs du droit d'information et de consultation en fonction du lieu où ils sont employés (une unité plus grande ou plus petite de l'entreprise). Cette interprétation semblait contraire à la jurisprudence européenne précédente et aux conclusions du tribunal national qui avait adopté une approche plus en conformité avec l'objectif originel de protection de la Directive Européenne. La conséquence malheureuse fut que tous les salariés d'unités plus petites furent privés de la compensation pour absence de consultation.

27 [1977] IRLR 403 (*EAT*).

28 [2013] IRLR 76 (*EAT*).

29 *Ibid*.

30 *USDAW v Ethel Austin Ltd (Administration)* [2013] IRLR 686 (*EAT*) [53].

31 *USDAW and another v Austin Ltd (in administration) and another* [2014] EWCA Civ 172.

32 Affaire C-80/14 *USDAW and another v WW Realisation 1 Ltd (in liquidation) and others* ; l'affaire a été reliée à une affaire irlandaise où des faits similaires s'étaient produits : Affaire C-182/13 *Lyttle and others v Bluebird UK Bidco 2 Ltd*, [2015] IRLR (CJEU) 577 [62].

33 *Ibid* [69].

34 *Ibid* [68].

## II - Le contenu de l'obligation de consultation

Dans le droit du Royaume-Uni, le reste de l'obligation d'information et de consultation est principalement une copie de l'article 2 de la Directive, à ceci près que l'employeur est autorisé à justifier un défaut de consultation. Le juge national a dû néanmoins interpréter le contenu de l'obligation, en particulier, la portée du concept consistant à éviter les licenciements et à « chercher à parvenir à un accord ».

### A - Les sujets d'information et de consultation

Lorsque l'employeur se propose de licencier, il doit informer les représentants des travailleurs et leur transmettre par écrit un certain nombre de questions spécifiques dont la liste figure dans le §188(4) de *TULRCA 1992*, y compris les motifs de sa proposition ; le nombre et la description des salariés qu'il propose de licencier ; le nombre total de travailleurs dans l'établissement ; la méthode proposée pour sélectionner les salariés licenciés, pour mettre en œuvre le licenciement et pour calculer l'indemnité de licenciement. Le processus de consultation est décrit dans le §188(2) de *TULRCA 1992*, et exige que l'employeur consulte sur les moyens d'éviter le licenciement, de réduire le nombre de salariés à licencier et d'atténuer les conséquences du licenciement.

La question soulevée devant les tribunaux était de savoir si l'employeur doit **consulter sur les motifs** de licenciement. Si des informations doivent être transmises concernant les motifs de la proposition, la loi ou la directive n'exige pas de consultation sur ces motifs. Ceci est sans aucun doute considéré comme relevant des prérogatives de la direction de l'entreprise. Cependant, dans l'affaire *UK Coal Mining Ltd v National Union of Mineworkers (Northumberland Area) and another*<sup>35</sup>, l'employeur avait fermé une mine de charbon, en indiquant aux représentants des travailleurs que cette fermeture était basée sur des motifs de santé et de sécurité alors qu'il a été prouvé qu'elle était basée sur des motifs économiques. La question principale était de savoir si les syndicats auraient dû être consultés sur les motifs de la fermeture. L'*EAT* a indiqué que la consultation a d'abord pour objectif d'éviter les licenciements et que ceci impliquait clairement de discuter des motifs de fermeture. Bien que cette décision aille au-delà de ce que la loi exige, le juge a déclaré : « l'obligation de consulter sur les moyens d'éviter les licenciements proposés implique inévitablement de discuter des motifs de licenciement, ce qui, à son tour, nécessite une consultation sur les motifs de la fermeture ». Evidemment, ce sont strictement les licenciements proposés qui font l'objet de la consultation, et pas la fermeture elle-même. [...] Lorsque la fermeture et les licenciements sont inextricablement interconnectés, l'obligation de consulter concernant les motifs se présente<sup>36</sup>.

En conséquence, l'affaire non seulement traite des sujets de consultation, mais est liée à la question du moment où l'obligation survient : si la fermeture est proposée, la décision est prise, consistant donc en un fait accompli, et la consultation est alors limitée au traitement des licenciements. Elle est en outre liée à la nature de l'obligation car la consultation concernant les motifs de licenciement permet d'avoir une influence plus significative sur l'éventuel résultat final. L'affaire *UK Coal Mining* a donc été utilisée pour étayer la réclamation dans *USA v Nolan* selon laquelle la consultation aurait dû avoir lieu avant la proposition de fermeture de la base militaire. Comme la décision dans *USA v Nolan* n'a pas encore été rendue, on pourrait argumenter que *UK Coal Mining* demeure valable<sup>37</sup>.

35 [2008] IRLR 4 (EAT).

36 *Ibid*[87].

37 L'incertitude de la loi est soulignée dans l'affaire *Ivor* (n 22) at [51].

## B - La recherche d'un accord, finalité de la consultation

L'employeur doit entreprendre la consultation dans l'objectif de « parvenir à un accord » avec les représentants adéquats. Alors que le processus de consultation n'est pas davantage défini dans la loi concernée, on comprend qu'il impliquerait habituellement des déclarations et des propositions par les représentants des travailleurs et une réponse de l'employeur à cette déclaration, en vue de parvenir à un certain consensus<sup>38</sup>. En général, les universitaires et les syndicalistes considèrent également que la consultation ne constitue pas une négociation et que la décision finale revient toujours à l'employeur<sup>39</sup>.

Cependant, dans *Kelly v Hesley*, l'EAT a rappelé à l'employeur que la consultation en vue de parvenir à un accord ne devait pas être considérée comme étant simplement une réception passive d'informations concernant les projets de l'employeur, elle s'apparente davantage à une négociation<sup>40</sup>. De plus, il a également été souligné qu'il revient à l'employeur de transmettre des informations écrites et de discuter de tous les aspects de la consultation, même s'ils n'ont pas été mentionnés par les représentants des travailleurs.

## C - La justification de l'absence de consultation

Une exception notable à la Directive se trouve dans la loi du Royaume-Uni sous la forme d'un argument de défense à la disposition de l'employeur concernant l'absence ou le caractère incomplet de la consultation. Le §188(7) de *TULRCA* 1992 indique que si l'employeur peut prouver que des circonstances exceptionnelles ne permettent raisonnablement pas l'information et la consultation des travailleurs, alors l'absence de consultation peut être justifiée. Comme cet argument de défense n'est pas recevable en vertu du droit européen, les magistrats l'ont approché avec prudence et en conséquence, il a constamment été interprété de façon restrictive. Dans l'affaire *Clark's of Hove v Bakers' Union*<sup>41</sup>, il avait été déclaré que l'insolvabilité ne constitue pas une circonstance particulière suffisante, principalement parce qu'elle peut être prévue dans une certaine mesure. Ce n'est que si une catastrophe soudaine frappe une entreprise, l'obligeant à fermer, que des circonstances exceptionnelles peuvent être envisagées. La catastrophe peut être physique ou financière. Cette approche restrictive a été confirmée dans l'affaire plus récente *E. Ivor v Morris*<sup>42</sup>, où il a été réitéré que les circonstances devaient être « hors du commun, quelque chose d'extraordinaire »<sup>43</sup>. Le risque que l'information indiquant que l'école pouvait fermer soit divulguée aux parents ne constituait pas une circonstance particulière.

38 Voir par exemple le guide *Handling Large Scale Redundancies* produit par Advisory, Conciliation and Arbitration Services (ACAS), organisme indépendant qui fait la promotion des bonnes pratiques et conseille employeurs et les salariés (<http://www.acas.org.uk/media/pdf/c/p/Handling-large-scale-collective-redundancies-advisory-booklet.pdf> consulté le 4 avril 2017).

39 G S Morris and T J Archer, *Collective Labour Law* (Hart Publishing 2000) 299.

40 [2013] IRLR 514 (EAT).

41 [1978] ICR 1076, (CA).

42 [2015] IRLR 696 (EAT).

43 *Ibid* [32].

## En conclusion, quel sera l'impact du Brexit ?

La jurisprudence sur le moment et la manière de consulter en cas de licenciements économiques s'est avérée un jeu de devinettes complexe pour les tribunaux du Royaume-Uni. La formulation des textes n'étant pas très utile, au cours des dernières années, les tribunaux ont tenté d'arbitrer dans l'esprit de la Directive. Lorsque le juge national demandait des explications au juge européen, ce dernier refusait de discuter ou limitait la protection prévue par la Directive. Dans le contexte du Brexit, la façon dont les tribunaux nationaux réagiront à l'avenir est incertaine. Alors que la législation européenne, comprenant les mesures de droit du travail, restera dans les textes de lois nationaux grâce au *Great Repeal Act* (grande loi d'abrogation) qui procédera à un copier-coller du droit européen dans le droit national, elle pourrait faire l'objet de futures réformes législatives en fonction de la couleur politique du gouvernement en place<sup>44</sup>. Par contre, la façon dont les tribunaux nationaux interpréteront les dispositions ayant des origines européennes, une fois que le Royaume-Uni aura quitté l'Europe, est moins claire. Au moment de la rédaction de cette contribution, on ne sait pas si les juges anglais continueront à se tourner vers le Luxembourg pour envisager une interprétation européenne. Etant donné la position forte de l'actuel gouvernement excluant tout rôle de la Cour Européenne, il est davantage probable que les tribunaux du Royaume-Uni développent leurs propres points de vue sur la signification de la législation.

<sup>44</sup> M. Ford, "The Impact of Brexit on UK Labour Law", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, 32, (4), p.473.

REVUE

2017/2

DE DROIT COMPARÉ  
DU TRAVAIL  
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

REVUE SOUTENUE PAR L'INSTITUT DES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES DU CNRS

# International Association of Labor Law Journals

## IALLJ

La **Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale** est membre du « *International Association of Labor Law Journals* », réseau d'échange de publications, d'idées, de développements juridiques et économiques.

### Les autres membres de l'association sont :

Análisis Laboral (Pérou)  
Arbeit und Recht (Allemagne)  
Australian Journal of Labor Law (Australie)  
Bulletin on Comparative Labour Relations (Belgique)  
Canadian Labour and Employment Law Journal (Canada)  
Comparative Labor Law & Policy Journal (États-Unis)  
Derecho de las Relaciones Laborales (Espagne)  
Diritti lavoro mercati (Italie)  
Employees & Employers – Labour Law and Social Security Review : Delavci in delodajalci (Slovénie)  
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht : EuZA (Allemagne)  
European Labour Law Journal (Belgique)  
Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali (Italie)  
Industrial Law Journal (Royaume-Uni)  
Industrial Law Journal (Afrique du Sud)  
International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Pays-Bas)  
International Labour Review (OIT)  
Japan Labor Review (Japon)  
Labour and Social Law (Biélorussie)  
Labour Society and Law (Israël)  
La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale – RGL (Italie)  
Lavoro e Diritto (Italie)  
Pécs Labor Law Review (Hongrie)  
Relaciones Laborales (Espagne)  
Revista de Derecho Social (Espagne)  
Revue de Droit du Travail (France)  
Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale (Italie)  
Russian Yearbook of Labour Law (Russie)  
Temas Laborales (Espagne)  
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Allemagne)

# 1

## JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

### LE JUGE ET LE LICENCIEMENT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE : ANALYSE DE DROIT COMPARÉ

ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX (COORD.)

**P. 6 ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX**

LE RÔLE CONTRASTÉ DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

**P. 16 RACHEL ARNOW-RICHMAN**

POUR UNE LOI AMÉRICAINE SUR LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES

**P. 24 SÉBASTIEN RANC**

LA (RE)CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE DU DROIT DU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE EN FRANCE

**P. 32 HUGO BARRETTO GHIONE**

LE POUVOIR DE L'EMPLOYEUR ET LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN URUGUAY : UNE ANALYSE CRITIQUE DE L'OPINION DOMINANTE

**P. 38 NICOLA GUNDT**

UNE RÉFORME LÉGALE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AUX PAYS-BAS, SOURCE D'INCERTITUDE

**P. 46 ROCHELLE LE ROUX**

L'ÉQUITÉ PROCÉDURALE ET L'ÉQUITÉ SUBSTANTIELLE DANS LE CADRE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN AFRIQUE DU SUD : UN DOUBLE TROUBLE

**P. 54 TÁMÁS GYULÁVARI**

OMBRES ET LUMIÈRES DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA JURISPRUDENCE HONGROISE

**P. 62 TOSHIHARU SUZUKI**

LE POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AU JAPON

**P. 70 MARILYN J. PITTARD**

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES EN AUSTRALIE : UN CADRE LÉGAL ÉQUITABLE ?

**P. 80 PASCALE LORBER**

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES AU ROYAUME-UNI : LES JUGES EN QUÊTE DE CONFORMITÉ AVEC LE DROIT EUROPÉEN

**P. 88 ISABELLE MARTIN ET GUYLAINE VALLÉE**

LES MESURES DE PROTECTION DE L'EMPLOI DU SALARIÉ LICENCIÉ POUR DES MOTIFS ÉCONOMIQUES EN DROIT QUÉBÉCOIS ET FÉDÉRAL CANADIEN



# 2

## JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE

### COMMENTAIRES

- p. 96** **FILIP DORSEMONT**, Professeur Université Catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis de Bruxelles
- p. 112** **MARIACHIARA MERCORIO**, Attachée temporaire d'Enseignement et de Recherche, Université Paris 1, Doctorante en droit du Travail

### ACTUALITÉS

- p. 122** **MARIE LAFARGUE**, Maître de Conférence, Université de Vannes
- p. 126** **ELENA SYCHENKO**, Doctorante, Université de Catane

# 3

## LITTÉRATURE DE DROIT SOCIAL COMPARÉ : APERÇU RÉTROSPECTIF DE 2015

### AUTONOMIE OU SUBORDINATION DU DROIT DU TRAVAIL ? DÉBATS HORS DES FRONTIÈRES NATIONALES EN 2015

- p. 132** **MATTEO BORZAGA**, Università degli Studi di Trento
- MARIALAURA BIRGILLITO**, Castilla - La Mancha Universidad
- MANUEL ANTONIO GARCIA-MUÑOZ ALHAMBRA**, Castilla - La Mancha Universidad

# JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

COORDONNÉE PAR

**ALLISON FIORENTINO**

ET

**ROCHELLE LE ROUX**

**LE JUGE ET LE LICENCIEMENT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE :  
ANALYSE DE DROIT COMPARÉ**