

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

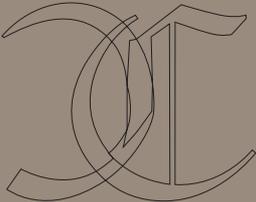
N° 807



*Publication
bimensuelle*

*15 septembre
2014*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

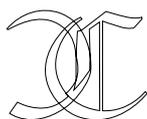
Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

Table des matières

RENCONTRES DE LA CHAMBRE SOCIALE 2014	Pages
Propos introductifs de M. Lacabarats, président de la chambre sociale	5
Présentation générale de M. Bailly, doyen de la chambre sociale, et M. Combrexelle, conseiller d'État, ancien directeur général du travail	6
Table ronde n° 1 : Prescription, conciliation, transaction	8
- intervention de M. Contamine, conseiller référendaire.....	8
- intervention de M. Boulmier, maître de conférence	14
- débats : MM. Antonmattéi, Boulmier, Mme Casaux-Labrunée, MM. Célice, Chollet, Combrexelle, Lyon-Caen, Mme Pécaut-Rivolier, M. Sargos	25
Table ronde n° 2 : Accords de mobilité et accords de maintien dans l'emploi.....	28
- intervention de Mme Wurtz, conseillère référendaire, et M. Auzero, professeur des universités	28
- débats : MM. Auzero, Combrexelle, Lokiec, Lyon-Caen, Mme Masse-Dessen, M. Moizard, Mme Pécaut-Rivolier, M. Véricel.....	40
Table ronde n° 3 : Fonctionnement des institutions représentatives du personnel	43
- intervention de Mme Sabotier, conseillère référendaire	43
- intervention de M. Borenfreund, professeur des universités	49
- débats : MM. Antonmattéi, Borenfreund, Lokiec, Lyon-Caen, Mme Sabotier	60
Table ronde n° 4 : Les plans de sauvegarde de l'emploi	63
- intervention de MM. Bailly, conseiller doyen de la chambre sociale, et Morvan, professeur des universités.....	63
- intervention de M. Villbœuf, DIRECCTE Île-de-France	70
Synthèse des rencontres par M. Béraud, conseiller	74

Les Rencontres de la chambre sociale se veulent un lieu privilégié d'échanges entre les magistrats, à l'origine de la jurisprudence, et les professeurs, à l'origine de la doctrine. Leur réussite est directement liée au sacrifice de leur temps que consentent ces magistrats, professeurs, conseillers d'État et avocats aux Conseils qui veulent bien consacrer une journée à ces moments de réflexion en commun. Qu'ils en soient tous vivement remerciés.

Un remerciement particulier aux membres de la chambre sociale qui ont assuré l'organisation matérielle de la journée et la retranscription des débats : Mmes et MM. Sophie Brinet, Catherine Corbel, Catherine Courcol-Bouchard, Alexandre David, Sophie Depelley, Fanélie Ducloz, Brigitte Guyot, Philippe Florès, Marie-Thérèse Lesueur de Givry, Jean Richard de la Tour, Françoise Salomon, Marie-Laure Schmeitzky, Raphaël Weissmann, ainsi qu'à M. Vivien David.

Laurence Pécaut-Rivolier

Ouverture de la journée

Alain Lacabarats,

Président de la chambre sociale de la Cour de cassation

Les Rencontres de la chambre sociale du 21 mars 2014 : propos introductifs

Les rencontres de l'année 2014 ont pour thème un texte dont la Cour de cassation n'a pas eu encore à faire application, ne serait-ce que sous la forme d'une demande d'avis.

Il est néanmoins essentiel de l'examiner, sous un angle en quelque sorte préventif, avec un double constat :

1. - Le thème est d'abord placé sous le signe de l'ambiguïté

- ambiguïté du titre de la loi, qui insiste seulement sur la sécurisation de l'emploi, alors que l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 fait plus clairement référence, non seulement à la sécurisation de l'emploi, mais aussi à la compétitivité des entreprises, laquelle n'apparaît pour la loi que dans son exposé des motifs ;

- ambiguïté de la place des acteurs : la loi est présentée comme une loi de transposition de l'ANI.

Mais, d'une part, c'est peut-être aller au-delà de ce que prévoit l'article L. 1 du code du travail, lequel évoque la nécessité seulement d'une « *concertation préalable* » avant « *tout projet de réforme envisagé par le gouvernement* ».

D'autre part, la loi n'a pu se contenter d'une simple transposition, ne serait-ce que parce que, selon l'exposé des motifs, le législateur a dû accomplir un travail important sur des points où l'ANI « *était ambigu, imprécis ou incomplet, voire comportait des contradictions* ».

2. - Le thème de la sécurité juridique est au cœur des débats

Il faut néanmoins constater que la loi du 14 juin 2013 peut, à cet égard, décevoir les attentes, pour différentes raisons :

- il n'y a pas eu de réflexion d'ensemble sur le droit et le code du travail ;

- le texte peut être de nature à accroître les ambiguïtés qu'entretiennent les relations accords collectifs/contrat de travail ;

- la hiérarchie entre accords collectifs est également affectée dans un sens qui peut faire naître diverses difficultés d'application ;

- les tribunaux risquent d'être exposés à une multiplication des questions soumises à leur arbitrage et celles qui, en doctrine ou parmi les praticiens, font l'objet de critiques récurrentes, tels les problèmes du coemploi, du périmètre d'appréciation de la cause économique des licenciements ou de l'exécution de l'obligation de reclassement, ne sont nullement traitées par le législateur.

Il nous revient donc, à travers nos échanges, de contribuer à la présentation d'un modèle rénové des relations de travail.

Rencontres de la chambre sociale du 21 mars 2014

Présentation générale

Pierre Bailly, doyen de la chambre sociale

Le titre générique traditionnellement donné à cette journée et qui figure en tête du programme de cette année ne doit pas tromper et ne vous trompera pas. Il renvoie à l'actualité jurisprudentielle de l'année écoulée. Mais l'actualité commande plutôt de s'intéresser aux changements importants qui se sont produits au cours de l'année 2013, dans le champ conventionnel et législatif, tels qu'ils sont issus de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et de la loi du 14 juin suivant, qui ne retient dans son intitulé que ce second aspect : loi relative à la sécurisation de l'emploi. Aussi, il a paru intéressant de confronter ces nouvelles dispositions aux décisions rendues par la chambre sociale, dans les matières qu'elles concernent, en limitant par nécessité cette approche à une partie de leur contenu. Les choix qu'il a fallu opérer ont conduit à évoquer quatre aspects, à travers les questions que soulèvent les modifications de procédure, les accords de mobilité et de maintien de l'emploi, le fonctionnement des institutions représentatives du personnel et les plans de sauvegarde de l'emploi. Nous verrons donc, sur les points abordés, où se trouve l'innovation et à quelles interrogations laisse place la réforme. Malgré l'ampleur de la matière, il devrait rester un temps suffisant, après les présentations, pour des échanges qui constituent un élément important de cette journée, puisqu'il s'agit non pas d'une conférence, mais d'une rencontre entre la Cour de cassation et l'université.

Mais, avant de passer la parole aux intervenants du jour, je la cède sans attendre à M. Combrexelle, qui a bien voulu commencer cette rencontre par la présentation des lignes directrices de la réforme et présidera cette matinée.

Jean-Denis Combrexelle, ancien directeur général du travail

Je suis très honoré d'être assis ici dans ce fauteuil. Comme vous le savez, il a été mis fin à ma demande à mes fonctions de directeur général du travail. Je reviens à mon corps d'origine, qui est le Conseil d'État. Vous le savez sans doute, je suis remplacé par quelqu'un qui est très bien connu ici, qui est Yves Struillou, à qui je profite de l'occasion pour souhaiter tous mes vœux dans ses nouvelles fonctions.

Je voudrais présenter cette loi du 14 juin 2013¹ sur laquelle la direction générale du travail (DGT) a beaucoup travaillé, en donnant quelques indications sur les conditions et sur l'esprit dans lequel elle a été élaborée.

Je voudrais d'abord remercier la chambre sociale de la Cour de cassation d'avoir organisé cette journée d'échanges, qui intervient à un moment important. La loi a été votée et nous commençons petit à petit à entrer dans la phase contentieuse que suscite toute nouvelle loi. Cet enjeu contentieux est extrêmement important et il est très positif d'avoir aujourd'hui cet échange avec l'université, les praticiens et les magistrats.

Je voudrais dire quelques mots sur l'esprit de cette loi. Entre la loi du 14 juin 2013 et celle du 5 mars 2014², il y a une très forte cohérence, à la fois dans la méthode et dans le fond. Nous sommes à un moment où, sans que l'on s'en aperçoive forcément, l'économie générale des relations sociales, des relations du travail, est amenée à considérablement bouger. La question essentielle, c'est l'emploi. L'obsession des partenaires sociaux, qui ont négocié les accords nationaux interprofessionnels qui sont à l'origine de ces lois, l'obsession des pouvoirs publics, qui les ont préparées, et celle du législateur, qui les a votées, c'est l'emploi. Certes, l'emploi ne se décrète pas, ne se légifère pas. Mais ceux qui ont été à l'initiative de la création de ces lois ont voulu mettre à la disposition des partenaires sociaux, des entreprises, des DRH, des syndicats des dispositifs qui permettent, dans la mesure du possible, d'éviter des licenciements et de donner des possibilités de création d'emplois.

D'autres exemples peuvent être cités pour illustrer ce souci de cohérence. Il apparaît en ce moment toute une série de comptes : le compte personnel de formation, le compte pénibilité, le compte épargne-temps. Une des idées est de sortir le droit du travail du contrat de travail, dans un contexte où il y a de plus en plus de ruptures dans la vie professionnelle, et d'articuler le droit du travail non pas sur le contrat de travail, mais sur la personne du salarié.

Le deuxième point qui me paraît important est la place du dialogue social ou de la négociation collective. La loi du 14 juin 2013 est née de la négociation collective et renvoie à la négociation collective. C'est en quelque sorte un souci de dialogue social au carré. La loi du 14 juin 2013 et la loi du 5 mars 2014 sont toutes deux nées d'un accord national interprofessionnel. J'insiste sur le fait que le souci de la loi Larcher³ de renvoyer à la concertation ne s'arrête pas aux rapports qui existent entre l'accord national interprofessionnel et la loi. Dans la pratique quotidienne de la DGT, ce souci de concertation va au-delà. Les décrets d'application et les circulaires, notamment, font l'objet d'une forte concertation avec les partenaires sociaux. On est très loin de la situation rencontrée dans un arrêt dont ma maison d'origine est très fière sur les circulaires « Institution Notre-Dame du Kreisker »⁴, où la circulaire était rédigée dans le secret des bureaux. En réalité, les circulaires d'application de

¹ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

² Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

³ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social.

⁴ Conseil d'État, Ass., 29 janvier 1954, p. 64.

la loi Larcher sont des objets sociaux qui ont été extrêmement concertés. Beaucoup des dispositifs de la loi du 14 juin 2013 renvoient à la négociation collective. Ils y renvoient s'agissant des accords de mobilité, des plans de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), des accords de maintien dans l'emploi, de plans de sauvegarde de l'emploi (PSE). Parfois, sur les points importants, il a été prévu une négociation renforcée. Il a été introduit une logique majoritaire, comme pour les accords de maintien dans l'emploi et les plans de sauvegarde de l'emploi.

S'agissant notamment des PSE, le sentiment a parfois été exprimé d'un transfert du juge judiciaire au juge administratif, d'un passage à l'autorisation administrative de licenciement. En réalité, le point central de la réforme était de tout faire pour passer d'une logique procédurale, et éventuellement contentieuse, à une logique de négociation. La question n'était pas de savoir si c'était le juge judiciaire ou le juge administratif qui serait compétent, mais de tout faire pour qu'il y ait une négociation et qu'une administration, l'administration du travail, accompagne cette évolution, facilite et impulse la négociation. Dès lors que cette administration a été désignée, il en a été tiré les conséquences sur la compétence juridictionnelle. Mais il ne faut pas inverser l'ordre des facteurs. Le point central, c'est de faire en sorte qu'il y ait de la négociation, parce que les partenaires sociaux et le gouvernement considéraient que, s'agissant de la « qualité » des mesures de reclassement, des PSE, des plans de départs volontaires, il était préférable d'avoir comme vecteur une négociation collective, plutôt qu'un plan unilatéral ou un plan purement procédural.

Cette question du dialogue social ne s'arrête pas à la négociation collective. Elle concerne également les institutions représentatives du personnel. Il y avait, d'un côté, le droit du travail et, de l'autre côté, le droit commercial. Il y avait les instances de gouvernance des sociétés et les institutions représentatives du personnel. Les unes avaient le pouvoir de décision, les autres avaient un pouvoir consultatif. La loi du 14 juin 2013 ne crée pas une cogestion à l'allemande. Son caractère innovant tient à l'institution de mécanismes de discussion entre les institutions représentatives du personnel et les instances de gouvernance des entreprises, notamment sur la question essentielle des orientations stratégiques. Il y a eu une modification des conseils d'administration des plus grandes entreprises, avec l'entrée de représentants des salariés avec un pouvoir de vote. Là aussi, les choses bougent de façon considérable. Le vecteur de cet échange entre les institutions représentatives du personnel et les instances de gouvernance est cette fameuse base de données. On a pris du temps pour élaborer les textes, parce qu'il y avait ce souci de discussion avec les partenaires sociaux. Le décret d'application a été signé le 27 décembre 2013⁵. Le dernier acte que j'ai signé en tant que directeur général du travail est la circulaire sur la base de données, qui devrait être publiée très prochainement⁶.

Plus précisément sur les PSE, le souci a été de mettre l'accent sur la négociation et de renforcer les pouvoirs de l'administration. Nous avons tous assisté à des colloques où les pires choses nous ont été prédites : « *cela ne marchera pas !* », « *il n'y aura pas de négociation, tout sera fait de manière unilatérale* », « *cela sera la guerre entre le juge administratif et le juge judiciaire* ». Il n'est pas possible de tirer des conclusions définitives à partir des premiers chiffres. Laurent Vilboeuf, qui est le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Île-de-France (DIRECCTE), vous le dira mieux que moi, mais deux constats peuvent être faits. S'agissant des PSE, il y a une proportion importante de procédures collectives qui obéissent à des logiques particulières. Mais, dans les hypothèses de procédures « normales », dans la majorité des cas, les entreprises procèdent à une négociation. Lorsqu'elles engagent une négociation, dans la moitié des cas, la négociation aboutit. Le deuxième constat est qu'il avait été donné comme instruction à l'administration de faire une différence d'appréciation selon qu'il y avait accord ou plan unilatéral. L'idée était de faciliter cette négociation et d'avoir un contrôle sensiblement différent. La question qui était posée et qui intéresse directement le juge est de savoir si cette différence d'appréciation allait être reprise par la jurisprudence. Pour le moment, il y a des jugements de tribunaux administratifs. On peut constater qu'il y a un moindre taux de contestation des PSE qu'auparavant. Le but n'est pas, comme je l'ai parfois entendu dire, d'éviter le contentieux. Mais le but d'un PSE, ce n'est pas non plus le contentieux. Derrière ces plans, il y a des vies de salariés, des vies d'entreprises. Quand un PSE a été négocié, qu'il ne fait pas l'objet de contentieux, tout le monde est satisfait de la chose.

Je ne veux pas dépasser mon temps de parole. La loi a été votée, les décrets d'application et les dernières circulaires ont été publiés. Il commence à y avoir les premières décisions de jurisprudence sur le rôle du juge administratif, sur le rôle du juge judiciaire, sur l'articulation entre les deux. Nous sommes à un moment essentiel. C'est la raison pour laquelle, et je renouvelle mes remerciements à la chambre sociale de la Cour de cassation, il est important qu'il y ait aujourd'hui une discussion sur les questions juridiques, sociales qui sont posées. Il faut que vous sachiez que le ministère du travail est bien sûr très vigilant à ce qui va être dit dans ce cadre, mais les partenaires sociaux également. Ils sont très vigilants, très interrogatifs sur l'évolution de cette loi, qui se fera en articulation avec la loi du 5 mars 2014 qui vient d'être votée.

Voilà ce que je voulais dire à titre d'introduction.

⁵ Décret n° 2013-1305 du 27 décembre 2013 relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise.

⁶ Circulaire DGT 2014/1 du 18 mars 2014 relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise.

Table ronde n° 1

Prescription, conciliation, transaction

Présentée par :

Alexis Contamine, conseiller référendaire

Daniel Boulmier, maître de conférences

Contribution d'Alexis Contamine

Conciliation - Prescription

La loi du 14 juin 2013 prévoit, en son article 21, des dispositions diverses, qui vont nous intéresser maintenant. Nous commençons ainsi la journée par la fin.

Ces dispositions sont assez simples, elle visent, d'une part, une modification de l'article L. 1235-1 du code du travail pour y prévoir la possibilité pour l'employeur et le salarié de convenir d'accord sur le règlement du litige pouvant les opposer à la suite de la rupture du contrat et, d'autre part, une adaptation des règles de prescription des actions en justice.

Ces dispositions s'inscrivent dans la volonté générale de l'accord national interprofessionnel, et donc des partenaires sociaux, de sécuriser l'emploi et, de façon plus générale, les rapports entre l'employeur et le salarié.

Le monde économique n'aime pas l'incertitude. Autant les décideurs économiques peuvent s'adapter à une situation donnée, qu'elle leur soit ou non favorable, autant ils redoutent l'inconnu.

Les incertitudes inhérentes aux règles du droit du travail, de par leur complexité et les aléas des procédures judiciaires que cette complexité entraîne bien souvent, sont ressenties comme des contraintes par les employeurs potentiels. Cette crainte de l'inconnu peut être un frein à la prise de la décision de recruter. Autant un acteur économique peut décider de recruter s'il connaît les risques financiers qu'un licenciement implique, autant il hésitera plus volontiers s'il ne peut déterminer l'étendue du risque humain et financier qu'il prend en recrutant. Un recrutement est un investissement, et tout investisseur a besoin de savoir quels sont les enjeux de cet investissement.

En facilitant la conciliation (I), les partenaires ont voulu permettre d'accélérer les procédures judiciaires et de mieux faire participer les parties à la décision finale : l'employeur tout comme le salarié sont à même de décider s'il est rentable pour eux, que ce soit financièrement ou d'un point de vue humain, s'il est opportun d'aboutir à telle ou telle forme d'accord.

En accélérant le temps de la prescription (II), les partenaires ont voulu adapter le droit du travail à une société plus réactive, plus rapide, dans laquelle le passé vieillit toujours plus vite.

I. - Faciliter la conciliation

La conciliation est avant tout un processus (A). Mais ce n'est pas qu'un processus. Cette démarche a pour finalité d'aboutir à un accord (B), c'est là d'ailleurs tout son sens. Il n'est pas aussi inutile qu'il y paraît de rappeler cet objectif, tant le taux de conciliation devant la juridiction prud'homale est faible.

A. - Un processus

La loi instaure un processus supplémentaire de conciliation qui s'ajoute à celui déjà existant (1°) et cherche à accroître la transparence du processus (2°).

1° Processus supplémentaire

Le recours préalable à une phase de conciliation est une obligation devant la juridiction prud'homale. C'est l'une des spécificités du droit du travail, même si cette phase se retrouve dans d'autres types de contentieux, comme par exemple celui des baux ruraux. Avant de pouvoir accéder au bureau de jugement, les parties doivent passer par le bureau de conciliation.

La chambre sociale est attachée à ce préalable. Elle réaffirme régulièrement le caractère obligatoire de cette conciliation. Nous avons ainsi récemment réaffirmé que l'existence d'une clause de conciliation préalable, prévue entre les parties, ne peut leur interdire de saisir directement le bureau de conciliation (Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-20.004, *Bull.* 2012, V, n° 326).

Le texte instaure une nouvelle conciliation qui vient s'ajouter à celle existante. Toutes les règles existantes sont maintenues, et donc la jurisprudence de la chambre sociale en la matière.

La modification ne concerne que les dispositions de l'article L. 1235-1 du code du travail. Elle n'intervient donc que dans le cadre des contestations et sanctions des irrégularités du licenciement.

Cette phase de recherche d'un accord ne peut donc intervenir qu'après la rupture du contrat de travail. Notre jurisprudence sur la transaction en la matière est donc validée. Selon cette jurisprudence, il ne peut, en effet, y avoir de transaction sur la rupture qu'après celle-ci, sauf dispositions particulières, comme la rupture conventionnelle ou le départ volontaire dans le cadre d'un licenciement économique.

Le recours à cette conciliation renforcée n'est que facultatif. Le texte prend soin de préciser : « *L'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par un accord* ».

Le texte ne prévoit cette recherche d'un accord que devant le bureau de conciliation. Il précise : « *En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1* ».

Il ne peut donc y avoir mise en œuvre de ce processus en l'absence de litige. Le bureau de conciliation ne peut devenir un organe de conciliation pur, un conciliateur. Sa démarche s'inscrit nécessairement dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Le texte ne prévoit pas la recherche d'un accord devant le bureau de jugement, même s'il ne l'interdit pas. Il paraît difficile *a priori* de pouvoir reprocher au bureau de jugement de proposer aux parties de se mettre d'accord. L'évolution du litige, y compris devant le bureau de jugement, peut, en effet, ouvrir des perspectives d'accord qui restaient jusque-là difficilement accessibles. La question qui se posera sera de savoir s'il sera alors possible de parler d'un accord au sens de la loi, et donc s'il pourra utilement être fait référence au barème prévu par le texte.

Le processus de recherche d'un accord doit être transparent.

2° Processus transparent

Notre jurisprudence garantit déjà dans une large mesure la transparence d'une conciliation.

C'est ainsi que la nécessité que les parties aient été informées pleinement de leurs droits est une condition de validité de la transaction. Il convient d'éviter qu'une des parties, et le plus souvent le salarié, accepte une transaction alors que son information n'était pas complète. Le risque est en effet alors grand que son consentement soit affecté par ce défaut d'information, qu'il soit vicié.

Dans un arrêt de principe du 28 mars 2000, nous avons ainsi précisé que la conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles et qu'en conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs (Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-42.419, *Bull.* 2000, V, n° 135).

Le bureau de conciliation doit donc jouer un rôle actif en la matière. Et le code lui donne les moyens de jouer ce rôle. Il peut ordonner aux parties la communication de pièces qu'elles détiennent. Pour connaître leurs droits, les parties doivent en effet avoir une connaissance exacte tant des règles de droit que des éléments de fait.

C'est pour cela que le salarié peut demander et obtenir du bureau de conciliation la communication par l'employeur des éléments qu'il détient. Cette communication peut concerner par exemple l'effectif de l'entreprise, les éléments de calcul des rémunérations, primes ou intéressement, les éléments de comparaison de sa situation avec d'autres salariés.

Ce pouvoir du bureau de conciliation est particulièrement étendu. Les recours contre ces décisions ne sont pas immédiatement recevables, seul l'appel-nullité, en cas d'excès de pouvoir commis par le bureau, est recevable. Hormis ce cas, le recours contre cette décision n'est possible qu'avec le recours contre l'éventuelle décision rendue au fond par la formation de jugement. Si les parties parviennent à un accord, il n'y aura par définition pas de recours.

L'apport de la nouvelle loi à cette transparence réside dans l'établissement d'un barème de calcul de l'indemnité de licenciement.

Le salarié peut, en effet, rester perplexe et manquer de repères pour calculer la somme qu'il pourrait obtenir, de son employeur, dans une situation donnée. Il peut craindre de demander une somme que l'employeur va accepter, sans savoir qu'il aurait pu demander plus : « *J'ai demandé une certaine somme que l'employeur a acceptée, je me suis donc fait avoir* ». La présentation d'un barème a le mérite de permettre à un salarié de situer le niveau de ses exigences.

Le décret n° 2013-721 du 2 août 2013 a ainsi établi un barème à raison de :

- deux mois de salaire pour une ancienneté de moins de deux ans ;
- quatre mois de salaire pour une ancienneté de deux à huit ans ;
- huit mois de salaire pour une ancienneté de huit à quinze ans ;
- dix mois de salaire pour une ancienneté de quinze à vingt-cinq ans ;
- quatorze mois de salaire pour une ancienneté de plus de vingt-cinq ans.

Il paraît clair que ce barème n'est qu'une indication. Il a pour but de proposer aux parties une base de discussion transparente. Les parties pourront entamer une discussion sur la base de chiffres précis. C'est l'aspect « unité de mesure du barème » qui peut faciliter l'accord des parties.

L'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est au minimum de six mois de salaire. Le barème prévoit, pour une ancienneté de moins de deux ans, une indemnité de deux mois de salaire et, pour une ancienneté de deux à huit ans, une indemnité de quatre mois de salaire. On peut se demander si ce n'est pas là le signe d'une modération délibérée des chiffres du barème, et donc un appel à les voir dépassés dans le cadre des négociations entre salarié et employeur.

On retrouve d'ailleurs cette volonté de limiter le montant des sommes allouées dans les dispositions du texte qui imposent au bureau de jugement de justifier du montant des condamnations qu'il prononce en réparation du préjudice subi par le demandeur. À travers cette disposition, sont visés les éventuels dommages-intérêts punitifs qui peuvent être alloués. On peut d'ailleurs se demander si la rédaction de cette disposition ne pourrait pas conduire la Cour de cassation à exercer un certain contrôle sur cette justification du montant des condamnations, alors que, traditionnellement, elle laisse aux juges du fond le pouvoir souverain d'apprécier l'évaluation du préjudice. Notre jurisprudence selon laquelle les juges du fond motivent leur décision afférente à l'évaluation du préjudice par sa seule fixation ne paraît pas en adéquation avec cette nouvelle rédaction.

L'actualité donne l'exemple de salariés qui, dans le cadre de licenciement collectifs, auraient tendance à privilégier le bénéfice d'indemnités supra-légales, au détriment des mesures de reclassement externes. La notion même de supra-légal est à souligner, en ce qu'elle laisse apparaître, à travers son intitulé même, que le salarié a obtenu plus. Il est plus facile d'offrir plus si le minimum est faible. Le salarié qui obtiendra six mois de salaire alors que le barème indique quatre mois obtiendra ainsi une indemnité supra-barème, une appellation qui a en soi un petit parfum de victoire pour celui qui l'a négociée et obtenue.

Ce processus de conciliation, si tout va bien, peut aboutir à un accord.

B. - L'accord

L'article 2044 prévoit que la transaction doit être rédigée par écrit. Il ne s'agit pas d'une règle de validité de la transaction, mais d'une règle de preuve (par exemple, Soc., 9 avril 1996, pourvoi n° 93-42,254). La preuve de l'existence d'une transaction peut donc être rapportée par un commencement de preuve par écrit. L'accord prévu par la loi de 2013 est constaté par procès-verbal. Ce procès-verbal vaudra donc pour le moins commencement de preuve par écrit.

Les questions qui peuvent se poser quant à cet accord concernent son objet (1°), son équilibre (2°) et son effet (3°).

1° L'objet de l'accord

La loi elle-même fixe limitativement l'objet de l'accord qu'elle prévoit. Elle renvoie, en effet, aux dispositions du chapitre du code du travail dont relève l'article L. 1235-1. Elle prend soin de préciser que l'accord ne concerne pas les indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles. Ce n'est donc pas la totalité du contentieux relatif à la rupture du contrat de travail qui est concernée.

On peut en déduire que l'objet de l'accord est de répondre à ces réclamations et contestations, qu'elles y soient ou non spécifiquement énoncées. L'acceptation d'une indemnité vaudra donc renonciation à contester la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi, puisque l'article du code qui prévoit une telle contestation fait partie du chapitre en question.

Tout accord a donc pour objet, sans avoir à le prévoir spécifiquement, les indemnités pour non-respect de la procédure, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, pour préjudice subi du fait du non-respect des règles d'assistance du salarié lors de l'entretien préalable, pour non-respect de la priorité de réembauche, pour non-respect des règles de consultation du comité d'entreprise (CE) ou des délégués du personnel et les réclamations afférentes à la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi.

Le texte prévoit ainsi qu'un accord entraîne une renonciation tacite à toutes ces indemnités.

Si l'objet de l'accord dépasse ces limites, il s'agira alors d'une transaction, en tout cas pas d'un accord au sens de la loi. C'est ainsi que si les parties se concilient sur les indemnités compensatrices de préavis ou de congé payé, il ne s'agira pas d'un accord au sens de la loi nouvelle, mais d'une transaction. La jurisprudence sur les règles de validité de la transaction sera alors entièrement applicable.

Cela nous amène à étudier la nécessité de l'équilibre de l'accord.

2° L'équilibre de l'accord

De jurisprudence constante, une transaction n'est valable que si elle traduit des concessions réciproques de la part de chacune des parties en cause.

Pour vérifier l'existence de concessions réciproques, les juges doivent procéder à un certain nombre de vérifications. Il examinent ainsi si la lettre de licenciement est motivée conformément aux exigences légales.

Il ne s'agit pas de vérifier que le motif énoncé dans la lettre de licenciement est bien établi, mais simplement qu'il est susceptible d'entraîner un licenciement du type de celui qui est prononcé. Ce n'est qu'ainsi qu'il sera possible d'apprécier le montant des sommes auxquelles le salarié pouvait prétendre et de le comparer au montant des sommes allouées par l'employeur dans le cadre de la transaction.

La jurisprudence va même au-delà, puisqu'elle exige que les concessions de l'employeur ne soient pas dérisoires (Soc., 27 octobre 2009, pourvoi n° 08-42.219). L'employeur, dans le cadre d'une transaction, ne peut se contenter de ne payer que ce qu'il doit.

La question se pose de savoir si cette jurisprudence sera transposable à ce nouveau type d'accord. Le juge devra-t-il rechercher si l'accord traduit des concessions réciproques, et non dérisoires, de la part de l'employeur, et sur quelles bases il conviendra de procéder à cette appréciation ? Pourra-t-on continuer à exiger que l'employeur verse plus que ce qu'il doit, selon les règles de droit commun, du moment que l'accord respecte le barème ?

Plus particulièrement, comment conviendra-t-il d'apprécier un accord conclu prévoyant une indemnité conforme au barème, mais inférieure au minimum légal prévu par ailleurs ?

Pour prendre l'exemple du minimum des six mois de salaire en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, il est fixé par l'un des articles visés par les nouvelles dispositions. Le barème fixe de nouveaux *minima* applicables en cas d'accord. On peut donc se demander si le nouveau texte n'a pas voulu contrer la jurisprudence de la chambre sociale en la matière.

En cela, la fixation par le décret d'application d'un barème sur des bases, dans certaines circonstances, assez faibles tend à assouplir les conditions de validité d'une transaction.

3° L'effet de l'accord

Le texte prévoit que le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au chapitre. L'accord porte sur tout ce qui est prévu par le texte, mais uniquement sur ce qui y est prévu. Notre jurisprudence selon laquelle, en application des dispositions de l'article 2048 du code civil, les transactions se renferment dans leur objet reste d'actualité.

La règle de l'unicité de l'instance n'interdit pas d'introduire de nouvelles demandes sur des prétentions de même nature, du moment que leur fondement est né ou s'est révélé postérieurement à la transaction : Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 10-26.857, Bull. 2012, V, n° 183.

Il est également possible d'introduire une nouvelle instance portant sur d'autres points en litige que ceux prévus par la transaction. La règle de l'unicité de l'instance n'est pas opposable : Soc., 6 décembre 2011, pourvoi n° 10-14.181, ou encore Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 08-44.272.

L'accord a la même validité qu'une transaction, c'est-à-dire l'autorité de la chose jugée.

Mais, de jurisprudence constante, l'une des parties est recevable à contester la validité de la transaction elle-même. Elle peut ainsi contester devant le juge le fait que la transaction est bien intervenue après la rupture du contrat de travail, qu'il y a bien eu concessions réciproques, information complète des parties, absence de vice du consentement : Soc., 29 septembre 2010, pourvoi n° 08-43.084, Bull. 2010, V, n° 207,

S'agissant d'un différend s'élevant à l'occasion d'un contrat de travail, le contentieux de la validité des transactions relève de la compétence de la juridiction prud'homale : Soc., 28 février 2007, pourvoi n° 06-42.005, Bull. 2007, V, n° 35.

La transaction n'a l'autorité de la chose jugée qu'entre les parties, pas vis-à-vis des tiers. Elle n'est ainsi pas opposable à Pôle emploi. Saisi d'un litige opposant l'une des parties à l'accord à Pôle emploi, ou à un assureur dans le cadre d'un contrat garantissant la perte d'emploi, le juge pourra alors apprécier la cause réelle et sérieuse du licenciement. Pour une illustration : Soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 06-43.537, Soc., 11 mars 1997, pourvoi n° 95-17.196, Soc., 23 juin 2010, pourvoi n° 09-13.167.

Cette jurisprudence sera sans doute transposable à l'accord prévu par la loi nouvelle.

L'adaptation des modalités de conciliation par cette loi n'est pas révolutionnaire. L'avenir nous dira si elle a eu quelque effet sur le taux de conciliation devant les conseils de prud'hommes.

On peut trouver de multiples explications au faible nombre de conciliations obtenues devant la juridiction prud'homale.

L'appréciation même de la valeur des concessions réciproque par les juges peut être ressentie comme un frein à la conciliation. Un employeur qui se voit réclamer une certaine somme par un salarié va provisionner cette somme, le plus souvent à hauteur de 90 à 95 %. D'un point de vue comptable, et surtout fiscal, il a sorti la somme de ses comptes. Il continue cependant à pouvoir en faire usage tant qu'il n'est pas tenu de la verser. Tant que dure la procédure, il bénéficie ainsi d'une avance de trésorerie de la part du salarié, le plus souvent au taux légal. Quel intérêt a-t-il à payer cette somme immédiatement, alors qu'il peut aisément en conserver l'usage pendant deux à quatre ans, le tout sans avoir à solliciter son banquier, qui va lui demander diverses garanties, et à un taux, le taux d'intérêt légal, qui n'a actuellement pas son équivalent sur le marché financier ? En outre, en acceptant un accord immédiatement, il renonce à la chance de payer moins, de gagner le procès. Il renonce à l'aléa du procès.

Le fait même de payer immédiatement une somme, même si elle est due, n'est-il pas, en soi, une concession chiffrable ? La vision trop comptable de l'existence de concessions réciproques a sans doute une incidence sur les possibilités d'aboutir à un accord.

Le temps, c'est de l'argent. La notion même de prêt à intérêts, de crédit, en découle. Pourquoi ne pas en tenir compte ?

II. - Accélérer le temps de la prescription

Le temps. Thème d'actualité s'il en est puisque c'est celui du *Rapport annuel de la Cour de cassation* pour 2014 (à paraître en juin 2015).

L'écoulement du temps peut emporter prescription. Il n'est pas inutile d'avoir à l'esprit la finalité première de la prescription : stabiliser une situation de fait qui a perduré. Le but est d'éviter le désordre social qui résulterait de la remise en cause de cette situation. À l'échelle de l'évolution rapide de l'économie, voire de la société, que nous connaissons, le principe de cette prescription n'en est que plus utile.

C'est dans la logique de cette accélération que les délais de prescription sont régulièrement raccourcis par le législateur (A). Paradoxalement, le point de départ de ces délais est également, avec une certaine régularité, retardé (B).

A. - Des délais de prescription raccourcis

La loi du 14 juin 2013 réduit à deux ans la prescription portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail et à trois ans la prescription en matière salariale. Ce raccourcissement des délais s'inscrit dans une tendance plus générale (1^o) en matière de prescription, mais aboutit à la mise en place de règles complexes (2^o).

1^o La tendance actuelle au raccourcissement

La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 sur la prescription a réformé la matière en droit civil et mis en place un régime général. La prescription de principe est passée de trente à cinq ans. Il s'en est suivi une certaine harmonisation entre les différents délais et donc une simplification. Depuis la loi de 2008, la prescription en droit du travail était en principe de cinq ans, sauf exceptions.

La loi de juin 2013 a, à nouveau, modifié ces délais.

L'article L. 1471-1 du code du travail dispose désormais que toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans. Le délai passe ainsi de cinq à deux années, ce qui est un raccourcissement assez sensible. Deux ans est un délai assez bref. Ce délai concerne l'exécution du contrat de travail, ce qui est vaste, et sa rupture. On peut en déduire qu'il s'agit du délai de principe applicable en droit du travail.

L'article L. 3245-1 fixe le délai pour revendiquer une créance salariale à trois ans au lieu de cinq. Là encore, il s'agit d'un raccourcissement sensible. Depuis la loi du 16 juillet 1971 (n° 71-586), le délai en la matière n'avait pas évolué. Il était, avant 1971, de six mois.

La coexistence de ces deux délais, trois ans, d'une part, et deux ans, d'autre part, est une source de complexité. Mais elle n'en est pas la seule.

2^o Des délais de prescription complexes

Le texte instaure deux délais, mais prend soin d'exclure du délai de droit commun en matière sociale :

- les actions en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail (dix ans, article 2226 du code civil). Ce délai paraît viser l'accident du travail, contentieux qui relève de la compétence du TASS ;

- les actions exercées en application des articles L. 1132-1 (discrimination), L. 1152-1 (harcèlement moral) et L. 1153-1 (harcèlement sexuel) du code du travail.

Il n'est fait obstacle :

- ni aux délais plus courts, et notamment : ceux prévus aux articles L. 1233-67 (douze mois pour contester le contrat de sécurisation professionnelle), L. 1234-20 (six mois pour dénoncer le solde de tout compte, délai au-delà duquel il devient libératoire), L. 1235-7 (quinze jours pour contester la régularité de la procédure de consultation des instances représentatives du personnel, douze mois pour contester la validité du licenciement économique) et L. 1237-14 (douze mois pour contester la convention de rupture conventionnelle du contrat de travail) ;

- ni à l'application du dernier alinéa de l'article L. 1134-5 du code du travail (les dommages-intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, ce qui laisse entière la possibilité d'obtenir des reconstitutions de carrière).

On peut noter que certains délais n'ont pas été mentionnés. Ils ne sont donc pas affectés par le nouveau texte : délai de deux mois pour engager l'action disciplinaire.

Nous nous trouvons donc face à un certain nombre de délais, et il peut s'avérer complexe de bien les maîtriser.

On souligne au passage que le fait de ne plus aligner la durée de la prescription des créances salariales sur celle de droit commun du droit du travail remet de fait au cœur du débat relatif à la prescription la jurisprudence de la chambre sociale sur la distinction entre ces deux types de créance.

Pour que le délai de prescription entraîne prescription, encore faut-il qu'il ait couru. Pour courir, il faut qu'un départ soit donné. Or, si la tendance est clairement au raccourcissement des délais de prescription, elle peut paraître également assez nette dans le sens d'un retardement du point de départ de cette prescription.

B. - Un point de départ du délai de prescription retardé

Le point de départ est variable (1^o) en ce qu'il dépend de la nature de la créance dont il est question, mais également aléatoire (2^o) en ce qui dépend de la connaissance de la situation par le créancier, élément par essence subjectif.

1^o Un point de départ variable

Le texte fixe le point de départ des créances salariales à la date à laquelle celui qui exerce son droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. C'est une formule classique, même si la jurisprudence de la chambre sociale retient le plus souvent comme point de départ la date de l'exigibilité. Le texte ajoute qu'en cas de rupture du contrat de travail, la demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture.

On doit donc se demander comment articuler la computation de ce délai avec les délais fixés par ailleurs. Lorsque le contrat est rompu, l'auteur de la demande peut remonter trois ans avant la rupture. Mais dans quel délai après la rupture peut-il agir ? S'agit-il du délai d'action des créances salariales, soit trois ans, ou du délai d'action général de deux ans ?

Le texte ne modifie pas le point de départ des créances afférentes à une situation de discrimination, qui reste la date de sa révélation (article L. 1134-5 du code du travail). Il convient en outre de préciser que, pour apprécier l'existence d'une discrimination, il est possible de prendre en compte des évolutions de situation qui se sont produites depuis un temps emportant prescription (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-42.697, *Bull.* 2009, V, n° 33).

2° Un point de départ aléatoire

a) Date à laquelle le créancier connaissait ou était en mesure de connaître

Le nouveau texte décline ici le principe, prévu par les dispositions de l'article 2224 du code civil, selon lequel le délai ne court qu'à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit. Cette règle est d'origine jurisprudentielle, sans doute à l'initiative de la chambre sociale dans un arrêt du 1^{er} avril 1997 (pourvoi n° 94-43.381, *Bull.* 1997, V, n° 130).

Pour déterminer quel est le point de départ du délai de prescription, la chambre sociale exerce son contrôle sur le point de savoir à quelle date le créancier était en mesure de connaître les faits sur lesquels porte son action : Soc., 25 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.696.

Nous vérifions donc si, de par ses fonctions, le salarié pouvait connaître les éléments ouvrant droit à telle ou telle rémunération, ou encore si l'employeur a manqué à son obligation de faire connaître ces éléments au salarié : Soc., 26 janvier 2012, pourvoi n° 10-13.825.

Et, pour déterminer si un salarié était en mesure de connaître les faits sur lesquels repose son action, il doit être tenu compte des fonctions qu'il exerce. De ce point de vue, la situation d'un directeur des ressources humaines n'est pas celle d'un agent de production.

Dans un arrêt récent, nous avons décidé que, dans certains cas, les salariés ne peuvent être en mesure de connaître leurs droits qu'à l'issue d'une procédure engagée par un syndicat. En l'espèce, une organisation syndicale avait engagé une procédure tendant à faire reconnaître l'applicabilité d'une convention collective dans l'entreprise. Nous avons décidé que, dans l'attente de la décision du juge sur cette question, le délai de prescription n'avait pas pu courir. La première procédure, du syndicat, avait duré près de dix années. Le temps nécessaire à la prescription en est rallongé d'autant : Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-12.359.

Nous sommes loin des trois ans prévus par le nouveau texte. Nous sommes également loin d'une grande sécurité juridique pour l'employeur, qui, en l'espèce, notamment à la suite de la décision intervenue dans le cadre de la première procédure, a déposé le bilan. La prescription dans de telles circonstances joue-t-elle son rôle de stabilisateur social ?

On peut enfin citer pour mémoire notre jurisprudence sur l'impossibilité d'agir, cause de retard dans la computation du délai de prescription.

b) Période pendant laquelle le créancier n'était pas dans l'impossibilité d'agir

C'est le cas d'une demande de restitution de l'indu résultant de l'annulation d'un accord d'entreprise. Tant que l'accord n'est pas annulé, l'employeur est tenu de le respecter. Il ne peut donc demander la restitution de sommes qu'il a versées en application de cet accord avant l'intervention de la décision de justice : Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-43.089. Le report du point de départ de la prescription joue ici au détriment du salarié, qui va se trouver obligé de rembourser une certaine somme parfois longtemps après.

Au vu de l'ensemble des ces réflexions et des questions qui se posent, je ne suis pas certain que la loi du 14 juin 2013 ait beaucoup, d'un point de vue technique, simplifié la matière.

Contribution de Daniel Boulmier

Maître de conférences - Université de Lorraine

AVANT-PROPOS

L'idée phare que sous-tend l'intitulé de la loi, thème de la journée, est celle de « sécurisation de l'emploi »¹ ; cette loi est quasiment le clone de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013². Or, cette idée sous-tendue par le titre de la loi est, nous semble-t-il, étrangère aux thèmes sur lesquels il nous est proposé d'intervenir, à savoir la prescription en droit du travail et la conciliation sur la rupture du contrat de travail. Comme l'ont déjà relevé plusieurs auteurs, l'idée la plus appropriée qui préside aux articles 25 et 26 de l'ANI du 11 janvier 2013 traitant de ces deux thèmes, articles dont la transposition par le législateur est quasiment copie conforme, serait davantage l'idée de « sécurisation de l'employeur », au détriment des droits des salariés³. Notre intervention confrontera donc ces deux thèmes, prescription et conciliation, avec cette « sécurisation de l'employeur » qui découle des nouvelles règles applicables. On remarquera que les articles 25 et 26 de l'ANI sont placés dans un titre V intitulé « Rationaliser les procédures de contentieux judiciaire », or, dans son acception la plus commune, le terme « rationaliser » s'entend par « rendre rationnel, conforme à la raison » ; vu du côté des salariés, il nous semble pourtant que la raison n'a rien à voir avec les effets que produisent ces dispositions.

INTRODUCTION

« L'action en justice constitue une liberté publique⁴ à laquelle il ne saurait être dérogé dans l'entreprise. Pour que cette liberté ne soit pas vide de contenu, il faut que celui qui l'exerce ne s'expose pas à des mesures de rétorsion »⁵.

Ainsi était introduit l'article d'Alain Supiot sur « La protection du droit d'agir en justice » paru dans *Droit social* en novembre 1985, le propos étant centré sur la rupture du contrat par l'employeur « réprimant le salarié qui aura eu l'audace de l'assigner en justice »⁶ et appelant à « un droit à réintégration »⁷ du salarié dans de telles circonstances. L'auteur concluait en notant que le droit à réintégration en protection de l'action individuelle du salarié n'a toujours, venant du législateur, « reçu à ce jour que des solutions fragmentaires, applicables à des types d'actions ou de salariés étroitement définis »⁸, pour terminer par ce constat : « Si la réalisation judiciaire des droits des travailleurs devait continuer à les exposer au risque de perdre leurs moyens d'existence, ces droits risqueraient – à la longue – de faire figure de mauvaise plaisanterie »⁹. Très souvent donc, le salarié doit choisir « entre ses droits et son emploi »¹⁰.

Côté jurisprudence, tout semblait bloqué, dès lors qu'un arrêt de 2001 énonçait que « le juge ne peut annuler un licenciement en l'absence de dispositions le prévoyant expressément, et à défaut de violation d'une liberté fondamentale »¹¹. En 2008 encore, la sanction des représailles de l'employeur à l'action en justice d'un salarié restait sur le seul terrain de la cause réelle et sérieuse, dès lors qu'aucun texte ne prévoyait la nullité. Cette solution a été peu appréciée par la doctrine¹² et, par exemple, le professeur Couturier regrettait que « la jurisprudence ne fasse pas une place suffisante aux nullités du licenciement qui se rattachent directement à la garantie de l'accès au juge »¹³.

La « mauvaise plaisanterie » évoquée par Alain Supiot a cependant continué à ne pas faire rire pendant trente ans, le législateur n'étant toujours pas intervenu pour pallier le déficit de la jurisprudence sur cette question. Le salut est pourtant récemment venu de la chambre sociale, qui s'est finalement rapprochée du réquisitoire pertinent de 1985. Par un arrêt du 6 février 2013, est enfin arrivé le temps de la sanction de la nullité, pour toute rupture du contrat de travail d'un salarié en représailles à son action en justice à l'encontre de son employeur¹⁴.

¹ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *Journal officiel* du 16 juin 2013, p. 9958.

² Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

³ Communiqué du SAF, « Le MEDEF revendique l'immunité judiciaire pour les entreprises ! », 9 janvier 2013. R. Dalmasso, D. Méda, B. Gomel et E. Serverin, « L'accord du 11 janvier 2013 sert-il la cause de l'emploi ? », *Mediapart*, 18 janvier 2013. M. Poirier, « À propos de la transcription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013 : « sécurisation de l'emploi » ou sécurisation des décisions patronales ? », *Droit ouvrier* 2013, p. 240.

⁴ Cf. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 20^e éd., n° 19, p. 43 (note faisant partie de la citation).

⁵ A. Supiot, « La protection du droit d'agir en justice », *Droit social* 1985, p. 774.

⁶ *Ibid.*, p. 774.

⁷ *Ibid.*, p. 778.

⁸ *Ibid.*, p. 780.

⁹ *Ibid.*, p. 780.

¹⁰ D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale. À la recherche d'un procès équitable*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit social, 2002, 679 p., préf. S. Hennion-Moreau, spéc., p. 512.

¹¹ Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-45.735, *Bull.* 2001, V, n° 87 ; *Droit social* 2001, p. 1117, obs. C. Roy-Loustaunau ; *Droit ouvrier* 2001, p. 300, note M.-F. Bied-Charreton. Dans le même sens, Soc., 13 mars 2001, pourvoi n° 99-45.945.

¹² Soc., 20 février 2008, pourvois n° 06-40.085 et 06-40.615, *Bull.* 2008, V, n° 38, *Revue de droit du travail* 2008, p. 330, note F. Guiomard, *Droit social* 2008, p. 530, note C. Radé ; *JCP* 2008, éd. S. 616, note J.-F. Césaro ; M. Poirier, « Pour la nullité du licenciement décidé en représailles d'une action en justice intentée par le salarié contre son employeur », *Droit ouvrier* 2008, p. 519. Dans cet arrêt, la Cour de cassation s'en tenait aux seules protections du code du travail : « le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un salarié intervenu en raison de l'action en justice qu'il a introduite sur le fondement d'une violation du principe "à travail égal, salaire égal" n'encourt pas la nullité », refusant ainsi d'étendre la sanction applicable lorsque les mêmes faits ont trait à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

¹³ G. Couturier, « Petite histoire des nullités du licenciement », *Droit social* 2011, p. 1218, spéc. p. 1225.

¹⁴ Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-11.740, *Bull.* 2013, V, n° 27 ; *Droit ouvrier* 2013, p. 549, note A. Mazières ; J. Mouly, « Une avancée spectaculaire du droit du salarié d'agir en justice : la nullité des mesures de rétorsion », *Droit social* 2013, p. 415 ; *Lexbase hebdo*, éd. soc., n° 519, 14 mars 2013, note B. Gauriau ; *JCP* 2013, éd. S. 1385, note F. Bousez. Sur un arrêt de la cour d'appel de Paris précurseur : CA Paris, pôle 6, chambre 8, 15 septembre 2011, n° 10/06651, *JCP* 2001, éd. S. 1556, note B. Bossu ; *Revue de droit du travail* 2011, p. 640, note C. Varin ; G. Couturier, « Nullités du licenciement : les audaces de la cour d'appel de Paris », *Semaine sociale Lamy*, 17 octobre 2011, n° 1509, p. 10 ; P. Henriot, « La cessation de la fourniture de travail et de paiement des salaires en réponse à l'action en requalification du CDD : conséquences et sanction », *Droit ouvrier* 2011, p. 698 ; M. Poirier, « La nullité du licenciement décidé en représailles d'une action judiciaire en requalification de contrats à durée déterminée illicites », *Droit ouvrier* 2011, p. 706.

il faut, de surcroît, observer que l'arrêt du 6 février 2013 s'est également intéressé à la question de la preuve, en faisant peser sur l'employeur la charge de prouver que sa décision de rupture est étrangère à toute volonté de sanctionner l'action en justice du salarié introduite peu de temps avant cette rupture.

S'il faut regretter que la nullité, comme sanction aux mesures de représailles d'un employeur en réaction à une action en justice d'un salarié, ait mis autant de temps pour s'affirmer¹⁵, il faut se réjouir des effets nouveaux pour l'avenir, d'autant que des arrêts ultérieurs laissent supposer l'intérêt durable de la Cour de cassation pour la protection du droit d'agir, mais également pour la protection du droit de témoigner¹⁶, droit de témoigner vu comme une composante indispensable du droit d'agir et donc à obtenir des témoignages¹⁷.

Tout est donc désormais parfait, le salarié peut agir en justice sans contrainte, puisque sa liberté d'agir est protégée par la sanction la plus efficace... Bien évidemment, il n'en est rien. Les nouvelles règles en matière de prescription, qui s'imposent sans échappatoire possible, ou presque (I), et le nouveau dispositif de conciliation en cas de litige sur la rupture du contrat par l'employeur, auquel un salarié avisé peut se soustraire (II), montrent que les entraves pour un salarié à faire valoir ses droits en justice sont en constante progression.

I. - Les nouveaux délais de prescription en droit du travail

L'objet de cette première querelle, qui porte sur la prescription, résulte de la saignée récemment opérée sur les délais de prescription en droit du travail (et en droit du travail seulement), saignée qui aboutit à une prescription de deux ans pour les litiges relatifs à l'exécution du contrat de travail ou à sa rupture¹⁸, sauf exceptions, et de trois ans pour ceux relatifs aux salaires¹⁹ ; ces nouvelles dispositions multiplient les délais courts de prescription applicables et complexifient un peu plus la lisibilité du dispositif prescriptif²⁰.

Pour les signataires, l'ANI du 11 janvier 2013 ne serait que « *De nouveaux droits pour les salariés* », et, de fait, la régression de certains droits qui y sont inscrits est quasiment passée sous silence, ou parfois présentée comme des actes de résistance au patronat, excusez du peu ! Dans un hebdomadaire syndical signataire de l'accord, on peut lire, concernant le point sur les « délais de prescription », qu'il s'agissait d'une exigence patronale conditionnant l'obtention des droits nouveaux ; et le texte de se féliciter d'avoir résisté au patronat, qui souhaitait des délais de prescription de douze mois²¹. Si l'on comprend bien, le patronat voulait amputer au niveau de l'épaule, les partenaires sociaux se félicitent de l'avoir aidé à couper seulement au niveau de l'avant-bras...

Après que les délais de prescription ont été raccourcis par la loi du 17 juin 2008²², en janvier 2010, un rapport du Conseil d'analyse économique (CAE) était revenu à la charge pour réclamer une nouvelle réduction de ces délais, principalement pour l'action en justice : « *la question des délais de prescription de droit commun de l'action en justice doit être réexaminée. Le mouvement législatif va d'ailleurs en ce sens, la prescription réduite ayant tendance à gagner du terrain [...]* »²³. Étant largement bénéficiaire de la réduction des délais de prescription en matière de dommages-intérêts par la loi de 2008 (le délai de trente ans est ramené à un délai de cinq ans), le MEDEF est donc revenu à la charge lors des négociations de l'ANI du 11 janvier 2013, et a finalement convaincu certains partenaires sociaux salariés de la nécessité de serrer à nouveau de plusieurs crans la ceinture de la prescription.

Il est alors à craindre que, dans quelque temps, à la faveur d'une nouvelle négociation, le MEDEF formulera une autre demande de réduction des délais de prescription, à laquelle, il faut le craindre, accéderont encore certains des partenaires sociaux et, dans la foulée, les parlementaires atones²⁴. Ne sommes-nous pas alors en bonne voie

¹⁵ Cette difficulté des juges à prononcer la nullité comme sanction d'une entrave à l'exercice d'une liberté s'est déjà observée au cas de l'exercice du droit de retrait, puisque la nullité d'un licenciement, pour exercice du droit de retrait légitime, n'a été affirmée que début 2009 (Soc., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-44.556, Bull. 2009, V, n° 24 ; JCP 2009, éd. E, 1638, note P. Pochet ; Droit ouvrier 2009, p. 286, note M. Estevez ; Droit social 2009, p. 489, obs. P. Chaumette ; Revue de droit du travail 2009, p. 167, note M. Miné ; Les petites affiches 2009, n° 156, p. 15, obs. C. Radé ; JCP 2009, éd. S, 1226, note P.-Y. Verkindt. V. F. Gaudu, « Les nullités du licenciement et le "principe" pas de nullité sans texte », Droit social 2010, p. 151.

¹⁶ La nullité a été prononcée comme sanction lorsque « l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose » (Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.882, Bull. 2013, V, n° 226 ; Lexbase hebdo, éd. soc., n° 545, 24 octobre 2013, note C. Radé ; JCP 2013, éd. S, 1456, note A. Bugada ; Semaine sociale Lamy, 28 octobre 2013, n° 1603, note P. Florès ; Droit social 2013, p. 1055, obs. J. Mouly ; A. Chirez et F. Chirez, « Égalité des armes et pouvoir de licencier », Droit ouvrier 2014, p. 158) ou lorsque la rupture intervient postérieurement à la notification d'une décision exécutoire par provision qui ordonne la requalification du CDD en CDI (Soc., 18 décembre 2013, pourvoi n° 12-27.383, Bull. 2013, V, n° 311, Semaine sociale Lamy, 3 février 2014, n° 1616, note P. Florès ; A. Chirez et F. Chirez, préc. ; Droit social 2014, p. 290, obs. J. Mouly). La nullité est également encourue lorsque la rupture intervient en représailles de production de témoignage du salarié contre l'employeur (Soc., 29 octobre 2013, pourvoi n° 12-22.447, Bull. 2013, V, n° 252 ; Droit social 2014, p. 81, obs. J. Mouly ; A. Chirez et F. Chirez, préc.).

¹⁷ D. Boulmier, « Quelques éléments sur la preuve utile et licite, vus du côté du salarié », communication au 38^e colloque organisé par la commission de droit social du SAF, 7 décembre 2013, « Prouver le fait qui fait le droit. Colloque en hommage à Tiennot Grumbach », Droit ouvrier 2014, p. 263.

¹⁸ Article L. 1471-1 du code du travail.

¹⁹ Article L. 3245-1 du code du travail. Les travailleurs à domicile conservent le bénéfice de la prescription quinquennale, article L. 7423-1 du code du travail. À signaler également que les créances contre l'État ou les collectivités territoriales se prescrivent par quatre ans à compter du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis (Soc., 29 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.214, Bull. 2013, V, n° 251).

²⁰ Sur la multitude des délais de prescription en droit du travail, v. notre étude in Lamy Prud'hommes 2014, n° 304-29 et s.

²¹ CFDT : Syndicalisme hebdo, n° 3390, 24 janvier 2013, p. IV.

²² Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, Journal officiel du 18 juin, p. 9856 ; C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », JCP 2009, éd. E, 1169 ; P. Malaurie, « La réforme de la prescription civile », JCP 2009, éd. G, I, 134 ; N. Fricero, « Le nouveau régime de la prescription et la procédure civile » (loi n° 2008-651 du 17 juin 2008, in Colloque à la Cour de cassation (11 mai 2009), <http://www.courdecassation.fr/IMG/intervention%20de%20Mme%20Fricero.pdf>, H. Guyot, « La prescription en droit du travail après la loi du 17 juin 2008 », JCP 2009, éd. S, 1450.

²³ CAE, Analyses économiques, n° 1/2010, janvier 2010, rapport J. Barthélémy et G. Cette, pt. 2.6.6 ; JCP 2010, éd. S, act. 35 ; D. Boulmier, « Arbitrage et prescription : une nouvelle étape vers l'immunité des employeurs », JCP 2010, éd. S, Livres propos, act. 149 (à propos de « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique »).

²⁴ V. M. Poirier, « À propos de la transcription gouvernementale [...] », préc., et ses observations p. 241. Les revendications patronales pour restreindre les droits essentiels des salariés touchent même, dans la période récente, le SMIC, le MEDEF venant de proposer à la mi-avril la création d'un SMIC intermédiaire, bien évidemment inférieur au SMIC en vigueur. Compte tenu de l'exemple donné par la prescription, on peut légitimement se demander si, dans une négociation interprofessionnelle, on ne trouverait pas certains partenaires sociaux salariés prêt à emboîter ce pas ?...

pour rejoindre à grand pas la prescription d'une durée de six mois en matière de salaires, telle qu'elle était fixée au troisième alinéa de l'article 2271 du code civil de 1804²⁵ et auquel renvoyait l'article 49 du code du travail promulgué le 30 décembre 1910²⁶ ?

Qu'est-ce qui commandait alors que le délai de prescription en matière de rupture et d'exécution du contrat se réduise à deux ans (à l'exception des actions fondées sur une discrimination – cinq ans - ou sur la réparation de dommages corporels – dix ans, article 2226 du code civil) ? En l'espace de cinq années, la prescription en matière de dommages-intérêts en droit du travail a été divisée par quinze (trente ans, deux ans)²⁷.

Qu'est-ce qui commandait alors que le délai de prescription quinquennale en matière de salaires, qui avait été une avancée significative de la loi du 7 juillet 1971²⁸, soit abaissé à trois ans, alors que, précisément, la réforme de 2008 avait permis d'échapper à un tel délai²⁹ ? À l'aube de la loi du 7 juillet 1971, Yves saint-Jours écrivait : « *Depuis sa lointaine origine, la prescription de courte durée porte la marque d'un droit de classe consacré par le code civil et que le phénomène de prolétarisation ne fera qu'accroître par la suite, avec la complicité de la Cour de cassation* »³⁰. Pour l'heure présente, la complicité des partenaires sociaux a représenté plus qu'un coup de massue ! Ceux-ci ont certainement oublié que les porteurs d'une idée de suppression de la prescription courte ont été, dès 1968, les conseils de prud'hommes³¹... Si Maurice Boitel regrettait que la loi de 1971 sur la prescription des salaires procède, tout comme la loi de 1910, par renvoi au code civil, ce qui ne confortait pas l'autonomie du code du travail³², nul doute qu'aujourd'hui, il regretterait que les partenaires sociaux aient pu ainsi s'affranchir de ce code civil...

Quelles contreparties alors à cette réduction drastique des délais de prescription acceptée par les partenaires sociaux salariés ? Aucune tentative de leur part de présenter une balance entre les prétendues « droits nouveaux » et les abandons de droits qu'entraînent les nouveaux délais de prescription pour tous les salariés. Or, les dispositions propres à la prescription (et à la conciliation) sont reléguées en fin de l'accord, sans lien avec ce qui précède, ce qui renforce l'idée que ces aménagements de la prescription (et de la conciliation) sont des concessions faites au patronat sans contreparties, des concessions purement gratuites (vu du côté du patronat)³³. Il faut noter, de surcroît, que l'exposé des motifs de la loi de transcription, qui devrait pour le moins permettre de comprendre le pourquoi d'une mesure, se garde bien d'expliquer en quoi la réduction des délais de prescription en droit du travail était nécessaire ; ce silence peut être dû au fait de la conscience qu'a ledit promoteur que le motif est en lui-même inavouable...

Les partenaires « sociaux » salariés signataires (et les parlementaires qui ont fidèlement reproduit) ont-ils vraiment conscience des sommes en jeu ? Ont-ils fait des simulations ? Il suffit de se reporter aux décisions des juges du fond pour voir ce que représentent les seules spoliations en termes d'heures travaillées non payées³⁴ (requalification d'un contrat ou heures supplémentaires volontairement non payées par l'employeur) ou lorsque la règle de calcul plus favorable des congés payés (règles des 10 %) est inappliquée³⁵ ; du jour au lendemain, pour des spoliations durant depuis au moins cinq ans, le montant des indemnités est réduit des 2/5³⁷. La réduction des délais de prescription apparaît donc bien fortement lucrative pour les employeurs.

Alors que les employeurs ont adopté depuis longtemps la stratégie de la faute grave systématique³⁸, n'y a-t-il pas à craindre que vienne s'y ajouter une stratégie de la violation des règles applicables aux salariés³⁹, tant l'accélération de la prescription restreint la sanction potentielle en cas d'action en justice des salariés ? Tout comme licencier pour un motif exonérant l'employeur des indemnités de rupture est rentable, compte tenu du faible nombre de recours, violer les règles dans la durée devient rentable, du fait des délais courts de prescription.

²⁵ Sur les racines historiques de cette prescription, v. Y. Saint-Jours, « De la nécessité d'une réforme en matière de prescription des salaires », *D.* 1969, Chr., p. 171.

²⁶ Loi du 28 décembre 1910 portant codification des lois ouvrières (livre premier du code du travail et de la prévoyance sociale) ; décret du 12 janvier 1911 relatif à la codification des lois ouvrières.

²⁷ Il est vrai que la Cour de cassation avait considérablement réduit les cas d'application du délai trentenaire, en qualifiant de salaires la plupart des sommes réclamées par les salariés, v. *infra*.

²⁸ Loi n° 71-586 du 16 juillet 1971 relative à la prescription en matière salariale, *Journal officiel* du 17 juillet, p. 7064. G.-H. Camerlynck, « La prescription de la créance de salaires », *D.* 1971, chr., p. 237. M. Boitel, « La prescription quinquennale de l'action en paiement des salaires », *Droit ouvrier* 1973, p. 47.

²⁹ Un délai de prescription de trois ans était en germe dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription de 2005 ; v. rapport (dit Catala) remis au garde des sceaux, ministre de la justice, le 22 septembre 2005, La documentation française ; Y. Saint-Jours, « *Quid des salaires dans l'avant-projet de réforme du droit de la prescription ?* », *Droit ouvrier* 2006, p. 518.

³⁰ Y. Saint-Jours, « De la nécessité d'une réforme en matière de prescription des salaires », préc., spéc. p. 172.

³¹ *Ibid.*, p. 171.

³² M. Boitel, préc., spéc. p. 47.

³³ D'autres auteurs cherchent également vainement une explication ; v. T. Pasquier, « Où mènent les mauvais chemins », in *Controverse*, « Faut-il caler le temps de la justice sur celui de l'entreprise ? », *Revue de droit du travail* 2014, p. 153, spéc. p. 154.

³⁴ Pour une requalification de contrats intérimaires plus de 22 000 €, CA Toulouse, chambre sociale 4, section 1, 9 janvier 2014, n° 12/01384, M. Mohamed X... c/ SAS Kuehne-Nagel. Le rappel d'heures travaillées est souvent de plus de 5 000 € (v. CA Orléans, 12 décembre 2013, ch. soc., n° 13/00363, SARL AFD c/ M. Éric X...).

³⁵ Article L. 3141-22, I, du code du travail.

³⁶ Exemple, pour deux années, plus de 4 000 €, CA Chambéry, 16 janvier 2014, n° 13/00441, société Roolool c/ C. X...

³⁷ Si on prend comme base les montants précités rapportés à une période de cinq ans, cela représente un gain pour l'entreprise et une perte pour le salarié de 8 800 € dans le premier cas et de 4 000 € dans le second. Pour les heures supplémentaires, le gain et la perte seront souvent d'au moins 2 000 €.

³⁸ En ce sens, v. F. Favennec-Héry, obs. sous Soc., 9 mai 2000, pourvoi n° 97-45.163, *Bull.* 2000, V, n° 170, *Droit social* 2000, p. 787 : « La technique est devenue presque habituelle ; sanctionner fortement un comportement du salarié en espérant qu'à tout le moins, les juges du fond retiennent l'existence d'un motif réel et sérieux ». Cette constatation avait déjà été faite il y a quarante ans : « lorsque l'employeur a choisi la sanction la plus grave – le licenciement sans préavis –, on examinera cette fois avec attention les agissements du salarié, et, s'ils ne méritent pas la qualification « faute grave », on lui restituera les indemnités dont il a été privé » (P. Rongère, « Rôles et conflits de rôles en droit du travail – Réflexions sur la jurisprudence », in *Études offertes à André Brun*, Librairie sociales et économique, 1974, 622 p., pp. 451-476, spéc. p. 456). V. encore Hélène Sinay, qui souligne la fréquence de ces pratiques : « Les tendances actuelles de la jurisprudence en matière de licenciement individuel », *D.* 1972, chr., p. 241.

³⁹ « Le délai de prescription ramené à trois ans est la porte ouverte à la violation par les employeurs de droits élémentaires, notamment ceux touchant à la rémunération et au repos », C. Baumgarten, « Que faut-il réellement craindre de la LSE ? », *Droit ouvrier* 2013, p. 739.

On a l'impression que les partenaires sociaux ignorent les stratégies patronales et méconnaissent les évolutions intervenues en faveur des salariés, puisque leurs décisions remettent en cause des avancées législatives, avancées dues souvent plus à la doctrine et à la jurisprudence qu'à l'action syndicale.

Un précédent malheureux de rétrécissement des droits des salariés, avec la caution des partenaires sociaux salariés, a déjà été observé dans l'ANI du 11 janvier 2008. En effet, son article 11 a conduit le législateur à redonner vie à l'effet libérateur du reçu pour solde de tout compte⁴⁰, effet libérateur supprimé par ce législateur en 2002 suite aux interventions répétées de la doctrine⁴¹ et à l'évolution progressive et protectrice de la jurisprudence⁴². Fort heureusement, la Cour de cassation, vigilante, évite la résurgence des effets néfastes du passé que les employeurs n'hésitent pas à susciter⁴³.

Il faut noter également que le rétrécissement du temps de la prescription diminue fortement l'intérêt de l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale en matière d'unicité de l'instance depuis un arrêt du 16 novembre 2010, arrêt selon lequel elle écarte l'application de la règle de l'unicité de l'instance tant que l'instance précédente ne s'est pas achevée par une instance au fond⁴⁴. En effet, les événements mettant fin à l'instance sans jugement au fond rendent néanmoins non avenue l'interruption de la prescription, et si l'unicité de l'instance ne peut plus être opposée, la prescription peut, elle, compte tenu de la réduction de ses délais, l'être...⁴⁵

Trois observations se font alors jour. La première porte sur la capacité des partenaires sociaux à traiter de la prescription (A), la deuxième conduit à déplorer le manque d'inventivité et de combativité des partenaires sociaux pour rééquilibrer, au profit des salariés, les nouveaux délais de prescription (B) et la troisième porte sur l'application de ces nouvelles règles par la chambre sociale de la Cour de cassation (C).

A. - Sur la compétence des partenaires sociaux à traiter de la prescription

Nous émettons de sérieuses réserves quant à la compétence des partenaires sociaux pour négocier sur la prescription.

Tout d'abord, il faut relever que la loi du 17 juin 2008 est le résultat d'un débat irriguant tout le droit civil et qu'alors, il n'a nullement été question de traiter les relations de travail en dehors des règles générales de droit commun ; il était ainsi affirmé que ces nouveaux délais de prescription étaient établis pour durer. On ne voit donc pas ce qui pourrait justifier que les partenaires sociaux se saisissent d'un sujet aussi important que la prescription, sujet dont la compétence revient au législateur seul⁴⁶.

Ensuite, ce sont les textes mêmes du code civil qui viennent étayer l'incompétence des partenaires sociaux pour modifier les délais de prescription applicables aux salariés. Si le premier alinéa de l'article 2254 du code civil permet des aménagements conventionnels du délai de prescription par accord des parties au contrat⁴⁷, le dernier alinéa de ce même article précise que l'aménagement conventionnel n'est pas applicable aux actions en paiement ou en répétition des salaires.

En droit du travail donc, l'aménagement conventionnel des délais de prescription n'est ouvert qu'aux parties au contrat de travail et exclut la prescription des salaires ; en outre, il faut raisonnablement penser qu'un tel aménagement ne peut intervenir qu'après la rupture du contrat de travail⁴⁸.

Lorsque les partenaires sociaux négocient dans des domaines échappant à leurs compétences, la chambre sociale n'hésite pas à écarter les dispositions conventionnelles ; citons, par exemple, dans le domaine de la liberté du droit d'agir des salariés, l'inopposabilité aux salariés des clauses conventionnelles de médiation/conciliation préalable à l'introduction d'une action en justice⁴⁹.

Il apparaît donc que les partenaires sociaux n'avaient pas compétence pour négocier sur la prescription, aussi le législateur se devait-il d'écarter les dispositions de l'ANI sur la prescription comme échappant à la compétence

⁴⁰ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 de modernisation du marché du travail. Article 11, intitulé sans complexe : « Encadrer et sécuriser les ruptures de contrat de travail ». A. Bugada, « La réhabilitation du reçu pour solde de tout compte », *Semaine sociale Lamy*, n° 1337, p. 10. V. article L. 1234-20 du code du travail, modifié par la loi n° 2008-596, 25 juin 2008, portant modernisation du travail, *Journal officiel*, 26 juin.

⁴¹ D. Boulmier, « Le reçu pour solde de tout compte : un acte de tous les dangers pour le seul salarié », *Droit social* 1996, p. 927.

⁴² La jurisprudence était stricte quant au respect du formalisme exigé, mais ses arrêts qui ont limité la portée d'un reçu pour solde de tout compte rédigé en termes généraux ont été déterminants : Soc., 30 juin 1998, pourvoi n° 96-40.394, *Bull.* 1998, V, n° 352 ; *JCP* 1998, éd. E, p. 1552, et éd. G, II, 10172, note D. Boulmier.

⁴³ Soc., 18 septembre 2013, pourvoi n° 13-40.042, *Bull.* 2013, V, n° 198, QPC ; Soc., 18 décembre 2013, n° 12-24.985, *Bull.* 2013, V, n° 310 ; *Droit et procédures* 2014, J. 09, p. 44, obs. D. Boulmier.

⁴⁴ Soc., 16 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.404, *Bull.* 2010, V, n° 260 ; *JCP* 2001, éd. S, 1517, note I. Pétel-Teyssié ; D. 2011, p. 227, note V. Orif ; *RJS*, n° 1/11, n° 67 ; *JSL*, 23 décembre 2010, n° 289-290.4, note A-F. Petit ; *Procédures*, janvier 2011, comm. 15, note A. Bugada ; *Revue de droit du travail* 2011, p. 55, note E. Serverin ; M. Keller, « L'unicité de l'instance prud'homale enfin respectueuse des droits de la défense (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2010) », *Droit social* 2011, p. 432. Cette solution est confirmée jusqu'à présent en cas de désistement (Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-65.213, *Bull.* 2013, V, n° 72 ; Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 10.25.800 ; Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 10-23.266), de radiation (Soc., 28 mars 2012, pourvoi n° 10-24.124), de péremption (Soc., 23 mai 2012, pourvoi n° 10-24.033, *Bull.* 2012, V, n° 157, *Droit social* 2012, p. 756, note D. Boulmier).

⁴⁵ Certes, l'article 2247 du code civil précise que le juge n'a pas le pouvoir de relever d'office la prescription, mais il est rare que la partie adverse oublie une telle fin de non-recevoir.

⁴⁶ Article 34 de la Constitution.

⁴⁷ « La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans ».

⁴⁸ M. Poirier, « Eviter le couperet de la prescription après la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi », *Droit ouvrier* 2014, p. 182 (38^e colloque organisé par la commission de droit social du SAF), spéc. p. 190, en appui sur l'article L. 1231-4 du code du travail.

⁴⁹ Soc., 18 juin 1970, pourvoi n° 69-40.331, *Bull.* 1970, V, n° 427 ; Soc., 19 juillet 1988, pourvoi n° 85-45.004, *Bull.* 1988, V, n° 475 ; Soc., 26 janvier 1994, pourvoi n° 91-40.464, *Bull.* 1994, V, n° 32 ; Soc., 1^{er} avril 1997, pourvoi n° 94-43.433 ; Soc., 6 mai 2002, pourvoi n° 00-44.420, *JSL*, 13 juin 2002, n° 103-36 ; Soc., 30 juin 2004, pourvoi n° 02-41.518, *RJS*, 10/04, n° 1075. La Cour juge également que la clause contractuelle de conciliation préalable à un contentieux n'est pas davantage opposable au salarié : Soc., 5 décembre 2012, pourvoi n° 11-20.004, *Bull.* 2012, V, n° 326, *Droit social* 2013, p. 178, obs. D. Boulmier.

des partenaires sociaux⁵⁰. En outre, ce thème de la prescription est sans lien avec l'objet pour lequel la négociation avait été engagée⁵¹.

Les partenaires sociaux n'ont pas vocation à négocier sur tout⁵², et cet épisode sur la prescription montre toute l'ambiguïté du dialogue social, lorsque le gouvernement fuit ses propres responsabilités⁵³. L'article L. 1 du code du travail précise que la concertation préalable des partenaires sociaux concerne tout projet de réforme envisagé par le gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle, et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle. Or, comme le relève également un auteur, l'article L. 2221-1 du code du travail précise que « *les conventions et accords collectifs de travail ont pour objet la détermination par les salariés [et les employeurs] de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leur garantie sociale* » ; difficile alors de voir où peuvent se positionner les délais de prescription dans ces compétences⁵⁴...

En outre, les résultats des négociations doivent-ils s'imposer au législateur ? Certes non⁵⁵, l'article L. 1 du code du travail n'envisage qu'une concertation qui ne s'impose nullement au législateur. La période récente nous montre au contraire des syndicats prêts à négocier sur tout et même sur n'importe quoi⁵⁶ et un législateur peu regardant, qui apparaît davantage comme un moine copiste aux ordres du gouvernement que comme un législateur indépendant soucieux de l'intérêt général⁵⁷.

B. - Sur des contreparties et garde-fous préventifs et curatifs

Compte tenu des gains financiers que la réduction des délais de prescription apporte à l'entreprise, le financement du contentieux pourrait être revisité (1°) et, compte tenu de la difficulté des salariés pour agir avant la rupture du contrat de travail, les délégués du personnel devraient être dotés de prérogatives élargies (2°).

1° Des gains pour financer le contentieux

Comme nous l'avons déjà observé, la réduction des délais de prescription ne s'est accompagnée d'aucune contrepartie en faveur des salariés. Pourtant, compte tenu du gain que la réduction des délais de prescription opère au bénéfice des employeurs, les partenaires sociaux auraient dû en profiter pour combler une anomalie criante concernant le financement du contentieux prud'homal. Puisque l'on se plaît à désigner l'entreprise comme une « communauté humaine », il faut rompre avec la pratique qui consiste à ce que l'entreprise finance le coût du contentieux pour l'employeur seul, alors que, le plus souvent, il est à l'origine, par son comportement, du contentieux introduit par le salarié. Pourquoi alors la collectivité de l'entreprise ne financerait-elle pas le contentieux des deux parties au contrat ?⁵⁸ Certes, cette proposition peut apparaître emprunte d'utopie, mais, précisément, c'est à partir d'utopie que les partenaires sociaux d'antan ont pu faire progresser les droits des salariés ; or les partenaires sociaux contemporains abandonnent clairement ce terrain de l'utopie, ce qui conduit, on le voit, à des régressions sans précédent des droits des salariés.

2° Des délégués du personnel, garants de tous les droits

La réduction des délais de prescription ne devrait-elle pas encore, pour le moins, être compensée par un garde-fou, que peut être le délégué du personnel ? Un auteur s'interroge en ces termes : « *En réduisant encore les délais par rapport au délai de droit commun, fruit d'un consensus, n'est-il pas porté une atteinte excessive au "droit au juge" ?* »⁵⁹ Il faut répondre par l'affirmative : « *alors que les prescriptions courtes sont supposées avoir pour objet la protection de la partie faible* »⁶⁰, en droit du travail, les prescriptions courtes (ce qui semble devenir la règle) n'ont d'autres effets que de protéger la partie forte au contrat, celle qui a toute latitude pour s'affranchir des règles applicables aux salariés.

Dans l'entreprise, les délégués du personnel ont pour mission « *de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise* »⁶¹.

⁵⁰ Dans l'étude d'impact sur le projet de loi, il est seulement évoqué laconiquement que « *Les partenaires sociaux ont souhaité revoir ce délai* » (5 mars 2013, p. 142). Ce simple constat ne nous renseigne pas sur les raisons qui commandaient de légiférer au cas spécifique des relations de travail...

⁵¹ Il serait bien que le législateur prenne modèle sur le juge constitutionnel, qui, en application de l'article 45 de la Constitution, écarte les cavaliers législatifs n'ayant aucun rapport avec le texte déposé ou transmis (sur les cavaliers législatifs, v. R. Déchaux, « L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de "cavaliers" entre 1996 et 2006 », http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cavaliers.pdf ; J.-P. Comby, « La prohibition des cavaliers législatifs : une règle constitutionnelle », *Petites affiches*, 23 décembre 2011, n° 255, p. 9 ; J.-P. Comby, « La censure des cavaliers législatifs : une constante », *Petites affiches*, 29 février 2012, n° 43, p. 8. Le législateur devrait donc refuser de transcrire dans la loi toutes dispositions d'un ANI étrangères au motif principal pour lequel les partenaires sociaux ont été invités à la concertation.

⁵² V. également *infra*, en conclusion.

⁵³ V. *infra*, note n° 109.

⁵⁴ M. Poirier, « Éviter le couperet... » préc., spéc. p. 182.

⁵⁵ Citons P. Lokiec lors du « Débat sur l'évaluation de la loi du 14 juin 2013 et ses effets sur la sécurisation de l'emploi » le 29 janvier 2014 : « *Il faut, me semble-t-il, sortir de cette idée très à la mode selon laquelle ce qui est négocié, ce qui est accepté par les parties prenantes est forcément bon pour la société. On est en train de céder à cette idée selon laquelle l'État, le Parlement seraient moins légitimes que par le passé pour dire ce que les individus, les entreprises doivent faire, d'où, souvent au nom de l'idée de contrat ou de pacte, un transfert de responsabilités de l'État vers les acteurs eux-mêmes, notamment les syndicats et les entreprises. Le concept même de pacte de responsabilité me semble parfaitement rendre compte de cette idée* » (Assemblée nationale, première séance du 29 janvier 2014, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2013-2014/20140148.asp#P179534>).

⁵⁶ V. le récent accord du 5 mars 2014 sur le pacte de responsabilité, dont on ne sait pas grand-chose mais qui n'a pas dissuadé, côté salariés, le groupe des trois à donner des gages de soutien au patronat ; la CFE-CGE a par la suite retiré sa signature. D. Boulmier, Libres propos. « M. Sapin, la "communauté humaine" ne peut être à géométrie variable ! », *Droit ouvrier*, avril 2014 p. 244.

⁵⁷ Peut-on croire que cela soit en train de changer ? Voir, début avril 2014, l'appel d'une centaine de députés socialistes appelant à un nouveau « contrat de majorité ».

⁵⁸ V. D. Boulmier, Libres propos, « M. Sapin, la "communauté humaine" ne peut être à géométrie variable ! », préc.

⁵⁹ C. Boillot, « Sécurisation de l'emploi et prescription des actions en justice », *Cahiers sociaux*, 1^{er} juillet 2013, n° 254, p. 317.

⁶⁰ H. Masse-Dessen, préc., spéc. p. 92.

⁶¹ Article L. 2313-1, alinéa premier, du code de travail.

Compte tenu de la réduction des délais de prescription et considérant que les salariés sont entravés pour agir en temps utile, dans le lien contractuel, il est nécessaire de compléter significativement les prérogatives des délégués du personnel⁶².

Il faut, dans l'entreprise ou l'établissement, faciliter l'accès des délégués du personnel à toute information utile afin qu'ils puissent vérifier le respect des droits des salariés par l'employeur, sans attendre qu'un salarié ne les saisisse ; comme, par exemple, pour reprendre les contentieux déjà cités, s'assurer que les congés payés suivent bien la règle de calcul la plus favorable, que les heures supplémentaires sont effectivement payées, etc.

Il faut, en complément, leur octroyer un droit d'action judiciaire, sur le mode de leur droit d'action en matière d'atteinte aux libertés et aux droits des personnes, tel que posé à l'article L. 2313-2 du code du travail. Ce droit leur permettrait de saisir le conseil de prud'hommes, en cas d'inapplication des règles intéressant soit un salarié, soit un groupe de salariés, la décision du conseil de prud'hommes s'imposant alors automatiquement à chaque salarié concerné par la violation des règles. Une action de groupe restreinte en quelque sorte⁶³.

C. - Sur un traitement de la prescription propre au statut de salarié

Dès lors que les nouveaux délais dérogatoires au droit commun profitent à la partie forte, le point de départ du délai de la prescription doit évoluer au profit de la partie faible. Le juge pourrait alors agir sur la notion de salaires (1°), ainsi que sur le point de départ du délai de prescription (2°).

1° La notion de salaires à revisiter

Une solution qui s'offre au juge pour atténuer le délai de prescription de trois ans serait d'interpréter strictement la notion de salaires de l'article L. 3245-1 du code du travail. En effet, lorsque coexistait la prescription trentenaire et la prescription quinquennale, la chambre sociale assimilait certaines demandes à des salaires, pour exclure l'application de la prescription trentenaire. Elle pourrait désormais revenir sur ces jurisprudences pour exclure ces demandes de la notion de salaires, ce qui permettrait l'application de la prescription quinquennale de l'article 2224 du code civil⁶⁴.

Cette solution ne réglerait pas tout, mais serait déjà un contre-feu appréciable.

2° Le point de départ de la prescription à différer

Tant pour la prescription de deux ans que pour celle de trois ans, le délai court « à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit »⁶⁵. Sous l'empire de la loi du 17 juin 2008, la Cour de cassation a jugé que le délai de prescription des salaires court à compter de la date à laquelle la créance salariale est devenue exigible et concerne l'intégralité du salaire afférent au mois considéré ; dans le même arrêt, elle a jugé, concernant l'indemnité de congés payés, que le point de départ du délai de la prescription doit être fixé à l'expiration de la période légale ou conventionnelle au cours de laquelle les congés payés auraient pu être pris⁶⁶.

Dans les hypothèses où l'employeur est tenu à des informations spécifiques envers le salarié, tel que le droit à repos compensateur⁶⁷ ou le droit à la participation⁶⁸, le délai de prescription ne court qu'à compter de cette information. La Cour de cassation a aussi décidé qu'au cas d'une requalification du contrat de travail temporaire en contrat de travail à durée indéterminée, c'est le dernier contrat qui vaut comme point de départ de la prescription⁶⁹. Elle a encore décidé, au cas d'une convention collective, que les salariés n'ont été en mesure de connaître le statut collectif dont relevait l'entreprise qu'à l'issue de la procédure engagée par un syndicat devant le tribunal de grande instance et au vu des résultats de la mesure d'expertise ordonnée par cette juridiction, expertise qui a conduit à retenir l'application d'une autre convention collective que celle qui était mentionnée au bulletin de paie⁷⁰.

Mais cela est encore insuffisant, aussi une solution plus radicale consisterait à différer le point de départ du délai de prescription. L'article 2219 du code civil, tel qu'il résulte de la loi du 17 juin 2008, définit la prescription comme « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ». Or, chacun le concède, en droit du travail, l'inaction du salarié ne résulte pas de sa négligence, mais bien du lien de subordination⁷¹ dans lequel il se trouve et qui le fige pour une possible confrontation judiciaire, compte tenu des risques de représailles⁷².

Plusieurs auteurs ont déjà émis l'idée que le salarié plaideur pourrait invoquer une suspension de la prescription en application de l'article 2234 du code civil, article selon lequel « La prescription ne court pas ou est suspendue

⁶² Alors que l'ambiance est plutôt à la fusion des institutions, il nous semble au contraire que leur pluralité, mais avec de réels pouvoirs augmentés, serait plus protectrice pour les salariés.

⁶³ D. Boulmier, « Les moyens d'agir en justice du salarié : une constante dégradation au profit de l'employeur (simple note d'humeur en marge de CE, 6 avril 2006, n° 273311) », *Droit ouvrier* 2006, p. 561. V. nos observations et références sous Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 11-27.693, *Bull.* 2013, V, n° 206, *Droit social* 2013, p. 1061, spéc. 3.

⁶⁴ Cela pourrait concerner l'indemnisation des jours de repos hebdomadaires non pris (Soc., 13 janvier 2004, pourvoi n° 01-47.128, *Bull.* 2004, V, n° 2), des sommes qui auraient dû être payées au titre du repos compensateur (Soc., 16 décembre 2005, pourvoi n° 03-45.482, *Bull.* 2005, V, n° 368 ; Soc., 27 septembre 2006, pourvoi n° 04-48.661), des indemnités de départ et d'installation (Soc., 15 mars 2005, pourvoi n° 01-44.379, *Bull.* 2005, V, n° 89), des cotisations de retraite (Soc., 31 janvier 1996, pourvoi n° 93-43.801, *Bull.* 1996, V, n° 37 ; Soc., 19 mai 1998, pourvoi n° 96-40.799, *Bull.* 1998, V, n° 269 ; Soc., 6 avril 1999, pourvoi n° 96-44.162, *Bull.* 1999, V, n° 161), des remboursements d'indemnités kilométriques et de repas (Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-48.687, *Bull.* 2006, V, n° 242), etc.

⁶⁵ Article L. 1471-1 du code du travail ; article L. 3245-1 du code du travail.

⁶⁶ Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-17.409, *Bull.* 2013, V, n° 271 ; D. 2014, p. 302, spéc. 3, note F. Ducloz.

⁶⁷ Soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-30.664.

⁶⁸ Soc., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-14.175, *Bull.* 2011, V, n° 244.

⁶⁹ Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 10-26.387, *Bull.* 2012, V, n° 189.

⁷⁰ Soc., 25 septembre 2013, pourvois n° 11-27.693 et n° 11-27.694, *Bull.* 2013, V, n° 206, *Droit social* 2013, p. 1061, obs. D. Boulmier.

⁷¹ V. B. Palli, « L'impact du nouveau droit de la prescription sur le droit du travail », *Revue Lamy, droit des affaires* 10-2009.

⁷² Certes, depuis l'arrêt du 6 février 2013 précité, la sanction est la nullité, mais cela n'écarte pas les représailles.

contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure. » L'impossibilité conventionnelle (inégalité des parties au contrat), voire la force majeure, ressortirait du lien de subordination⁷³, lien de subordination qui génère un risque de représailles, ce risque constituant l'empêchement⁷⁴.

L'espoir est donc là pour que la jurisprudence trouve les ressorts les plus larges pour contenir les régressions regrettables consécutives à l'ANI du 11 janvier 2013 et retranscrit par le législateur. Ainsi la Cour de cassation n'apparaîtra plus comme complice de l'accentuation des prescriptions courtes⁷⁵, mais bien comme garante de l'accès au juge lorsque le contractant demandeur se trouve dans le lien de subordination⁷⁶.

La jurisprudence à venir de la chambre sociale de la Cour de cassation sur cette question sera donc observée avec une particulière attention.

II. - La conciliation prud'homale

La justice sociale est en plein bouillonnement, l'ancrage dans le XXI^e siècle semblant motiver l'émergence de nombreux rapports⁷⁷. Concernant plus particulièrement le conseil de prud'hommes, la garde des sceaux a confié, à la mi-février 2014, une mission au président de la chambre sociale de la Cour de cassation portant sur plusieurs thèmes, dont celui de la conciliation⁷⁸. Si ces différents rapports et missions aboutissent, ne serait-ce que partiellement, la conciliation prud'homale pourrait être bousculée, mais, espérons-le, dans un sens nettement plus favorable que ce à quoi conduit la transcription dans la loi de l'article 25 de l'ANI du 11 janvier 2013, transcription qui est l'objet de notre seconde querelle.

Selon le premier alinéa de l'article L. 1411-1 du code du travail, « *Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* » ; selon de second alinéa de ce même article, « *il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti* »⁷⁹.

Parce que le conseil de prud'hommes a historiquement comme rôle premier, assigné par la loi, celui de concilier, une des charges récurrentes qui pèse sur la conciliation prud'homale serait qu'il n'y a pas assez d'affaires conciliées au stade du bureau de conciliation⁸⁰. Pourtant, un auteur avisé relevait, en 2000, que les statistiques pour les années 1990 à 1995 indiquent que, chaque année, plus de 41 % des dossiers ne parviennent pas à cette phase en raison d'un règlement non juridictionnel (radiation, conciliation directe, désistement, etc.)⁸¹.

Tout laisse à penser que le taux des affaires résolues hors conciliation prud'homale n'a pu qu'augmenter avec la montée en régime de la rupture conventionnelle à partir de juin 2008. Le faible taux de conciliation annoncé devant le bureau de conciliation (moins de 10 %, chiffre le plus souvent avancé) est donc tout relatif, et ne peut en aucun cas être « l'indice » du mauvais fonctionnement du bureau de conciliation⁸². Il serait selon nous hasardeux de vouloir comparer la situation de 1806 à celle de 2014, tout comme il est aussi hasardeux de comparer la situation d'aujourd'hui avec celle d'il y a cinquante ans⁸³.

Il n'est pas ignoré que l'employeur a peu d'intérêt à la conciliation, mais plutôt un intérêt certain à ce que l'affaire dure. Toutefois, sous la critique du faible taux de conciliation, c'est souvent en sous-entendu, au-delà d'une critique portée sur les juges conciliateurs eux-mêmes, que ce déficit de conciliation viendrait du demandeur, et donc du salarié obstiné. Pourtant, compte tenu des nombreux litiges qui ne franchissent pas la porte du conseil de prud'hommes, ne faut-il pas se réjouir que le conseil de prud'hommes n'apparaisse que comme l'ultime recours ? Il n'y a pas alors à s'étonner à ce qu'un salarié affirme haut et fort son droit lorsqu'il est bafoué, sans vouloir le brader au stade de la conciliation. Et l'on vient de voir que la grande braderie contrainte a, elle, été ouverte par l'effet des nouvelles mesures sur les délais de prescription. Du fait de ces nouvelles mesures, le taux de conciliation ne risque-t-il pas de chuter encore ? En effet, ne peut-on qualifier les réductions de délais de prescription concernant les éléments salariaux comme une sorte de « préconciliation unilatérale imposée », les réclamations salariales dans la durée se trouvant désormais systématiquement réduite des 2/5, dès l'introduction de l'instance ? Serait-il alors vraiment sérieux de souhaiter que le salarié abandonne davantage encore au cours de la conciliation ?!

⁷³ C. Boillot, préc., *in fine*.

⁷⁴ M. Poirier, « Éviter le couperet... » préc., p. 188.

⁷⁵ V. *supra*, la citation d'Yves Saint-Jours.

⁷⁶ Comme le préconise T. Pasquier (préc., p. 156), la Cour de cassation pourrait à cet effet viser l'article 6, § 1, CEDH ; cet auteur préconise également le recours à la QPC pour atteinte au droit d'accès à la justice (*ibid*). On peut toutefois supposer que ces nouveaux délais de prescription n'encourront pas les griefs de la CJUE ; en effet, selon celle-ci, le délai pour agir ne doit pas rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits ; ainsi a été censuré un délai de quinze jours pour agir en nullité d'une rupture à l'encontre d'une femme en état de grossesse (CJCE, 29 octobre 2009, aff. C-63/08, Pontin, LSE, n° 238, p. 7), mais un délai de deux mois a été approuvé pour introduire une demande en réparation d'une discrimination à l'embauche en raison de l'âge (CJUE, deuxième chambre, 8 juillet 2010, aff. C-246/09, Bumicke c/ Deutsche Büro Service GmbH).

⁷⁷ Pour une synthèse de ces rapports, v. F. Guionard, « Quelles réformes pour la justice sociale ? », *Revue de droit du travail* 2014, p. 129 (première partie : les juridictions) et p. 200 (deuxième partie : les procédures).

⁷⁸ La mission confiée au président de la chambre sociale concerne les points suivants : - Renforcer le rôle du greffier - Aménager le principe de l'oralité des débats - Étudier le principe de l'unicité d'instance - Réfléchir à une réforme de la conciliation - Proposer des réformes de procédures dans les saisines multiples - Renforcer et spécialiser le juge départiteur - Offrir aux conseillers prud'homaux une formation continue commune à celle de magistrats professionnels sur la procédure.

⁷⁹ Sur cette rédaction et terminologie de l'article L. 1411-1 du code du travail, issu de la recodification de 2008, v. E. Serverin, « Litiges individuels du travail et conseil de prud'hommes », *Revue de droit du travail* 2008, p. 353.

⁸⁰ A. Lacabarats, « La jurisprudence en droit social », *Semaine sociale Lamy*, 23 septembre 2013, n° 1598, p. 9, et *BICC* n° 787, du 15 septembre 2013, p. 5 (v. nos observations *Droit ouvrier* 2013, p. 771). P. Joxe, *Soif de justice au secours des juridictions sociales*, Fayard, 2014 ; entretien *Semaine sociale Lamy*, n° 1622, 17 mars 2014, p. 9, spéc. 10.

⁸¹ G. Gélineau-Larivet, « Quelques réflexions sur les conseils de prud'hommes et la procédure prud'homale », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, 2000, Dalloz, 708 p., pp. 343 s., spéc. p. 345.

⁸² T. Durand et P. Henriot, « Fables et légendes prud'homales », *Droit ouvrier* 2014, p. 171.

⁸³ P. Joxe, préc., p. 142, qui note que le taux de conciliation « est passé de 60 % en 1960 à 7 % selon les derniers chiffres connus ».

C'est pourtant ce à quoi tente d'aboutir la nouvelle règle de conciliation (A), alors que les signataires de l'ANI auraient dû se préoccuper de donner véritablement corps à ce sur quoi l'accord prétendait s'orienter (B). Si des réflexions en cours proposent des pistes pour renforcer les pouvoirs juridictionnels du juge conciliateur, cela ne doit pas se faire au profit d'un contentieux particulier, au risque de mettre à mal les autres contentieux (C).

A. - La nouvelle règle applicable en conciliation

Dans son titre plein d'espérance, l'article 25 de l'ANI du 11 janvier 2013 se présente comme voulant « *Faciliter la conciliation prud'homale* » ; espérance vite déçue à la lecture des dispositions qu'il renferme, dispositions qui ne peuvent en aucun cas faciliter la conciliation, mais qui s'ajoutent aux effets de la réduction des délais de prescription, en tentant d'amoindrir encore plus les sanctions envers l'employeur en cas de rupture abusive. Cette disposition a été reprise par le législateur à l'article L. 1235-1 du code du travail⁸⁴. Cet article, qui vise la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, précise que « *En cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié⁸⁵ d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles⁸⁶, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié* ».

Le barème mentionné à l'article L. 1235-1 du code du travail précité est codifié à l'article D. 1235-21 du même code ; il reprend le barème souhaité par l'ANI et il est déterminé comme suit, sur la seule base de l'ancienneté du salarié :

- deux mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté inférieure à deux ans ;
- quatre mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre deux ans et moins de huit ans ;
- huit mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre huit ans et moins de quinze ans ;
- dix mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre quinze ans et vingt-cinq ans ;
- quatorze mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté supérieure à vingt-cinq ans⁸⁷.

Il faut remarquer que cet article réglementaire est inséré dans une section à l'intitulé étrange : « Indemnité forfaitaire en cas d'accord de conciliation ». Quel oxymore révélateur que cet intitulé ; ne dissuade-t-il pas de la conciliation, en laissant entendre que ce barème est impératif, que si on ne veut pas de ce barème il ne pourrait y avoir d'accord de conciliation ? Pour un dispositif qui souhaite favoriser la conciliation, l'on fait mieux comme présentation⁸⁸.

Mais là n'est pas l'essentiel ; il s'agit, plus dramatiquement, d'amplifier la sécurité juridique et financière des employeurs coupables de ruptures abusives, en proposant un « tarif » de conciliation pour les litiges portant sur cette rupture ; pour reprendre une expression que nous avons déjà utilisée, cet article 25 ne propose rien de moins que de tendre vers une « *prestation de rupture abusive tarifée* », à un tarif, pour partie, nettement en-deçà du minimum légal auquel l'employeur doit être condamné lorsqu'il s'affranchit de la règle selon laquelle un licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse, et non pas résulter d'un libre choix patronal⁸⁹. Et encore, l'on a échappé à ce tarif applicable en bureau de jugement, comme l'avait envisagé une mouture précédente de l'ANI⁹⁰. N'est-il pas étonnant de voir que c'est à celui qui a été « sorti » de l'entreprise de façon abusive que l'on demande de faire un effort au profit de celui qu'il l'a sorti ?⁹¹ Il faut donc bannir ce tarif et, si l'on veut concilier, le faire librement, sans influence, sans carcan prédéterminé.

Certes, il ne nous a pas échappé que ce barème ne s'impose pas légalement et qu'il peut être ignoré par le salarié sans que la poursuite de son instance ne s'en trouve affectée ; ce n'est pas pour autant qu'il n'est pas dangereux. On le voit bien, en formalisant expressément une prestation tarifée, on peut faire indirectement et insidieusement pression sur le salarié qui, demandeur à l'action, aspire à un traitement rapide de son litige tant sa situation est précaire ; cette rapidité a alors un prix, l'abandon d'une partie des dommages-intérêts auxquels il pourrait raisonnablement prétendre à l'occasion d'un jugement ; ne peut-on pas avancer alors que le dispositif constituerait un abus de faiblesse, en ce que le seul qui peut y perdre, c'est le salarié demandeur ? La cerise

⁸⁴ D. Boulmier, « Faciliter la conciliation prud'homale... mais pour qui ? », *Droit social* 2013, p. 837 ; E. Serverin, « La mission conciliatoire du bureau de conciliation prud'homale dans tous ses états », *Revue de droit du travail* 2013, p. 124 ; A. Bugada, « La conciliation prud'homale après la loi de "sécurisation de l'emploi" du 14 juin 2013 », *Procédures* 2013, alertes 50 ; S. Doudet, « La fin du juge conciliateur ? », *Semaine sociale Lamy*, 8 juillet 2013, p. 1592.

⁸⁵ L'on peut aussi s'amuser de ce qu'il est bien précisé que c'est l'employeur qui doit verser l'indemnité au salarié et non l'inverse...

⁸⁶ Il faut apprécier que le législateur soit venu préciser expressément, ce que l'ANI s'était bien gardé de faire, à savoir que les indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles de rupture dues par l'employeur ne pouvaient être comprises dans les indemnités fixées par le barème.

⁸⁷ Cette indemnité est totalement exonérée d'impôt sur le revenu dans la limite du barème (article 80 *duodecies*, 1, 1^o, du code général des impôts). Cette exonération vient d'être confirmée par l'administration fiscale (BOFIP-RSA-CHAMP-20-40-10, §§, 13, et 15-07/03/2014).

⁸⁸ « *Le principe même du barème entre en opposition frontale avec la mission conciliatrice du juge prud'homal* » ; il appartient au juge prud'homal « *de rechercher les termes d'un accord adapté au cas par cas, en fonction des spécificités de chaque litige* » : A. Chassaing, séance Assemblée nationale, 8 avril 2013, sur les amendements n^o 3534 et n^o 5134. Pour d'autres critiques similaires, v. observations du syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, *Droit ouvrier* 2013, 313, spéc. p. 321.

⁸⁹ Pour les salariés ayant une ancienneté comprise entre deux mois et moins de huit ans, le tarif est de quatre mois de salaires, alors qu'en application des articles L. 1235-3 et L. 1235-5 du code du travail, un salarié ayant au moins deux ans d'ancienneté dans une entreprise employant au moins onze salariés peut prétendre automatiquement à une indemnité de six mois de salaires.

⁹⁰ L'idée étant lancée, il faut alors craindre qu'elle ne ressurgisse un jour ou l'autre...

⁹¹ Mais c'est, semble-t-il, un classique du genre, qui nous rappelle feu la mesure inscrite à l'article L. 122-54 du code du travail, introduite par la loi n^o 2002-73 du 17 janvier 2002, qui préconisait une médiation avec l'employeur auteur de harcèlement moral ou sexuel. Sur les dérivés d'une telle procédure, v. I. Laurent-Merle, « À propos du harcèlement sexuel dans les États membres de l'Union européenne », *D.* 2001, p. 3058, spéc. II B.

sur la gâche est que le législateur a osé dévoyer la conciliation prud'homale en impliquant le juge conciliateur dans cette grande braderie tarifaire, alors que, précisément, son rôle est d'informer les parties de leur droits respectifs⁹² en vue d'une conciliation équilibrée, et non de proposer au salarié un accord tarifé, nécessairement déséquilibré.

Le juge n'a rien à faire dans une telle aventure et son intervention en faveur du tarif risque même d'instiller dans l'esprit du salarié l'idée qu'il s'agit d'un tarif imposé, puisque présenté par le juge lui-même. Cette application du tarif dans laquelle on veut l'impliquer vise également à écarter toute instruction du dossier qui pourrait faire apparaître, outre l'absence de cause réelle et sérieuse, les circonstances particulières de la rupture, qu'elles soient vexatoire, attentatoire à la dignité, reposant sur un motif qui encourt la nullité, etc. La réparation fondée alors sur un critère d'ancienneté, dont on ne sait pas trop d'où il vient et à quoi il correspond, s'affranchit donc du principe de réparation intégrale que prône pourtant la CJUE⁹³. Le syndicat des avocats de France a également fait remarquer que le tarif ne faisait que « *bafoyer ouvertement les principes fondamentaux de la réparation intégrale des préjudices* »⁹⁴.

On sait la rapidité avec laquelle se déroulent généralement les conciliations, aussi le salarié mal entouré peut être amené à succomber au tarif. Outre le risque de brader ses indemnités de rupture, le salarié ne risque-t-il pas d'abandonner dans le même temps tout recours, quelle que soit la nature de ses demandes, même s'il est clair que le tarif ne peut régler que la rupture ? Pour le moins, il aurait fallu, en contre-balancement de ce tarif accepté au cours d'une procédure rapide de conciliation qui peut intimider, et d'autant plus si le juge s'implique, y associer un droit de rétractation dans un délai donné. Mais, on l'aura compris, même avec ce garde-fou de procédure de rétractation, le dispositif ne recevrait pas davantage notre assentiment.

B. - Replacer le juge au cœur de la conciliation

Si l'ANI entendait vraiment « Faciliter la conciliation prud'homale », il lui fallait alors, non pas introduire une mesure visant à réduire les dommages-intérêts mis à la charge des employeurs pour rupture abusive, mais accorder aux juges conciliateurs des moyens et des pouvoirs assortis d'obligations, afin de leur permettre d'agir plus efficacement sur la conciliation.

Si l'on veut se donner des chances pour augmenter le taux de conciliation dans le respect des droits et des prérogatives de chacune des parties, tout en préservant leur liberté de décision, il faut que les juges conciliateurs remplissent leur mission de mise en état de l'affaire, ce qui implique des parties comparantes en personnes. Les juges conciliateurs doivent répondre aux demandes des parties entrant dans le cadre de leurs pouvoirs juridictionnels, et ce, sans tergiverser. Il faut donc instaurer un « bureau de mise en état et de conciliation », la mise en état pouvant avoir sans aucun doute des effets bénéfiques sur la conciliation.

Pour que ce « bureau de mise en état et de conciliation » fonctionne, plusieurs pistes peuvent être envisagées :

- les juges doivent avoir la pleine connaissance des textes applicables et des pouvoirs qu'ils détiennent ; cela passe par une solide formation de base, qui doit être incontournable (en termes plus dirigistes, nous dirions obligatoire), dispensée dans une période proche de la prise de fonction et par des formateurs dotés de la compétence *ad hoc*⁹⁵ ;

- les juges doivent pouvoir prendre connaissance du dossier préalablement à l'audience, ce qui rend nécessaire que chaque partie ait une obligation de produire les pièces nécessaires à la compréhension du litige⁹⁶. Le juge doit alors disposer d'un temps suffisant pour l'étude préparatoire des dossiers⁹⁷, temps qui doit être, contrairement à la situation actuelle, octroyé aux deux conseillers de mise en état et de conciliation et d'une durée minimale nettement supérieure aux trente minutes en vigueur ;

- lors de l'audience, la phase de « mise en état et de conciliation » doit trouver une issue quasi immédiate (sous réserve du temps nécessaire à l'exécution d'éventuelles mesures d'instruction). Cela passe par une réforme significative du processus de décision des juges conciliateurs appelés à se prononcer dans le cadre de leurs pouvoirs juridictionnels. Est-il acceptable de voir qu'une demande de production de documents, entrant dans les pouvoirs juridictionnels du bureau de conciliation, trouve sa réponse en départage du bureau de jugement au

⁹² Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-42.419, *Bull.* 2000, V, n° 135, *Droit social* 2000, p. 661, obs. M. Keller ; *Droit ouvrier* 2000, p. 392, note P. Moussy ; *JSL* 2000, n° 58-6, obs. C. Goasguen ; v. aussi P. Grangier, « Pour une nouvelle dynamique de la conciliation prud'homale », in *Le conseil de prud'hommes au présent - Le conseil de prud'hommes autrement*, actes du colloque du 8 octobre 2002, Université Nancy 2, Dir. D. Boulmier, *editoo.comm.*, 2003, 100 p., spéc. p. 47 ; Soc., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-45.877, *Bull.* 2006, V, n° 189, *Revue de droit du travail* 2006, p. 192, note E. Serverin, *JCP* 2006, éd. S, 1573, note C. Puigellier ; Soc., 23 janvier 2007, pourvoi n° 05-43.473 ; Soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-40.634, *Revue de droit du travail* 2008, p. 119, note E. Serverin ; Soc., 16 novembre 2010, pourvoi n° 09-68.415.

⁹³ En ce sens, P. Joxe, préc., p. 303. S. Francq, « L'influence du droit européen sur la réparation du dommage », http://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2005_2033/europeen_reparation_8066.html.

⁹⁴ Communiqué du syndicat des avocats de France : « Le MEDEF revendique l'immunité judiciaire pour les entreprises ! », 9 janvier 2013.

⁹⁵ Nous restons perplexes sur la qualité de la formation qui peut être dispensée par des formateurs issus de formations de formateurs...

⁹⁶ Ce que préconise la chambre sociale de la Cour de cassation dans son *rapport annuel* 2012 (La Documentation française, 2013, 614 p., spéc. p. 59) en souhaitant y assortir des sanctions. V. aussi C. Vigneau, « Le rendez-vous manqué de l'audience initiale », in Controverse. « Le bureau de conciliation exerce-t-il suffisamment ses pouvoirs ? » *Revue de droit du travail* 2013, p. 743, spéc. p. 747. V., parmi les contributions parues à la *Revue de droit du travail*, T. Grumbach et E. Serverin, « Rappels et illustrations de l'office du juge devant le bureau de conciliation prud'homale. Une véritable audience initiale », *Revue de droit du travail* 2009, p. 53.

⁹⁷ Article R. 1423-55, 2°, a, du code du travail. Le décret n° 2009-1011 du 25 août 2009 octroyait un temps de préparation au président de trente minutes par audience ; cette disposition a été annulée par le Conseil d'Etat, faute pour ce décret d'avoir prévu une possible dérogation de temps (Conseil d'Etat, 21 octobre 2011, n° 333045). Le décret n° 2014-332 du 13 mars 2014 (relatif à l'indemnisation des conseillers prud'hommes, *Journal officiel* du 15 mars 2014, p. 5331) précise la dérogation : « Toutefois, les durées maximales fixées pour l'étude préparatoire des dossiers préalable à l'audience de la formation de référé, du bureau de conciliation et du bureau de jugement mentionnées au a du 2° de l'article R. 1423-55 peuvent être dépassées en raison du nombre de dossiers inscrits au rôle, sur autorisation expresse du président du conseil de prud'hommes qui détermine le nombre d'heures indemnifiables », article D. 1423-55, 2°, du code du travail.

bout de trois années⁹⁸ ou ne trouve aucune réponse, contraignant le salarié à engager un appel-nullité⁹⁹ ? Pour que la conciliation se déroule dans délai raisonnable, il faut écarter au maximum tout report et rendre effective la disposition selon laquelle le départage doit se tenir dans le délai d'un mois ;

- pour réduire encore plus le délai des décisions en bureau de conciliation, on peut aussi envisager une véritable mise en état/conciliation échevinale, avec un juge conciliateur/départiteur présent à l'audience, pour pallier aux dysfonctionnements observés aujourd'hui dans la mise en œuvre des pouvoirs juridictionnels. Nous avons émis l'idée, il y a déjà longtemps, qu'à défaut d'un juge départiteur présent, on pourrait envisager, pour le moins, la présence d'un technicien du droit chargé d'alerter et d'éclairer les juges sur les décisions qu'ils ont à prendre et sur les pouvoirs dont ils disposent. La règle doit être un juge conciliateur qui use des ordonnances en application de l'article R. 1454-14 du code du travail (pouvoirs juridictionnels), ou en application de l'article R. 1454-1 du même code (désignation de conseillers rapporteurs)¹⁰⁰, principalement pour l'accès à la preuve par les salariés.

On peut alors croire que, selon l'état du dossier, objet de cette première confrontation, les faiblesses et risques de la poursuite du contentieux apparaîtraient plus clairement à chacune des parties comparantes, les éclairant pour envisager ou non une conciliation au plus près des enjeux ; on écarterait ainsi, au moins pour la rupture du contrat de travail, une conciliation au rabais selon le tarif. À défaut de conciliation, l'affaire peut être jugée rapidement ;

- en complément, le bureau de jugement doit se voir attribuer des pouvoirs lui permettant d'être plus « agressifs » contre les manœuvres dilatoires de reports d'audience qui ne manqueront pas d'être à nouveau sollicités. Il faut également poser des sanctions dissuasives en cas de non-respect des décisions ordonnées aux parties par le bureau de conciliation. En effet, aujourd'hui, le calendrier de communication des pièces, décidé par le bureau de conciliation pour l'audience de jugement¹⁰¹, n'est même pas, selon la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, classé au rang de diligence pouvant entraîner la péremption d'instance au sens de l'article R. 1452-8 du code du travail¹⁰².

C. - Un renforcement général des pouvoirs juridictionnels

Il nous faut ici évoquer rapidement le rapport de Mme Pécaut-Rivolier, rapport qui concerne le domaine spécifique de la discrimination au travail¹⁰³. Ce rapport nous apprend que les personnes auditionnées avancent, pour expliquer le blocage des juges conciliateurs sur les mesures ordonnant la communication des pièces nécessaires aux salariés pour établir la preuve, une certaine ambiguïté des textes, ou encore que certains bureaux de conciliation considéreraient, pour leur part, ne pas avoir de compétences pour ordonner la production des pièces détenues par une autre partie¹⁰⁴ (!?). Ces arguments/prétextes ne convainquent pas et montrent à l'évidence les lacunes graves¹⁰⁵ dans la formation des conseillers prud'hommes et sous-tendent également l'antagonisme que l'on ne peut nier entre les deux juges conciliateurs, antagonisme qui conduit trop souvent à bloquer la mise en œuvre des pouvoirs juridictionnels, voire à les ignorer.

L'auteure du rapport en conclut, à juste titre, que « *ce blocage et ces retards sont regrettables* » ; elle propose alors de prévoir expressément la disposition suivante : « *Saisis en référé ou à l'occasion d'une procédure au fond, le tribunal de grande instance, s'il s'agit d'une action collective, ou le bureau de conciliation ou bureau de jugement du conseil de prud'hommes, s'il s'agit d'une action individuelle, peuvent ordonner la communication des pièces nécessaires pour confirmer ou infirmer une suspicion d'existence d'une discrimination.*¹⁰⁶ »

Ce texte emporte notre adhésion, dès lors qu'il y a effectivement des mesures à prendre en matière de formation des conseillers et en matière d'application effective des pouvoirs juridictionnels. Nous émettons toutefois une sérieuse réserve sur le fait que ce texte semble avoir vocation à ne s'appliquer qu'aux seuls litiges portant sur la discrimination.

Ne faut-il pas alors craindre qu'à vouloir mieux préciser les pouvoirs juridictionnels ou les mesures d'instruction pour un type de litiges particulier, les dysfonctionnements au sein du bureau de conciliation ne perdurent, voire ne s'amplifient pour les autres types de litiges ? Il est à craindre que toutes les excuses seront alors bonnes, pour le juge conciliateur employeur, trop souvent enclin à ignorer les pouvoirs juridictionnels du bureau de conciliation, pour affirmer que les mesures d'instruction ordonnant la communication des pièces ne concernent que la discrimination, puisqu'un texte spécial le précise ; or les textes généraux actuellement applicables permettent bien évidemment de « ratisser large », quelle que soit la nature du contentieux. Qu'il soit nécessaire de porter attention au traitement des comportements discriminatoires n'est pas contesté, cependant, il faut prendre garde à ce que la mise en œuvre de mesures spéciales qui pourraient être arrêtées pour traiter ce contentieux n'entraîne pas de façon indirecte des effets négatifs pour les autres litiges, tout aussi respectables et ô combien plus nombreux.

EN CONCLUSION

L'article 26 de l'ANI, relatif aux nouveaux délais de prescription, et, dans une moindre mesure, l'article 25, relatif au tarif de conciliation, participent d'un double mouvement régressif sur initiative des partenaires sociaux : d'une

⁹⁸ CPH, dép. enc., 7 février 2013, *Droit ouvrier* 2013, p. 762, note D. Boulmier. Et, à ce stade, l'affaire n'est donc pas encore jugée. V. M. Poirier, « La lenteur excessive de la justice prud'homale », *Droit ouvrier* 2013, p. 656.

⁹⁹ V. CA Chambéry, chambre sociale, 19 décembre 2013, RG n° 13/01691, et CA Chambéry, chambre sociale, 19 décembre 2013, RG n° 13/01648, *Droit ouvrier* 2014, p. 231, note D. Boulmier.

¹⁰⁰ G. Gélinau-Larrivet pensait que cette désignation « *rendrait plus efficace l'activité des CPH* », *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰¹ Article R. 1454-18 du code du travail.

¹⁰² Soc., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-40.741, *Bull.* 2010, V, n° 205, *Droit ouvrier* 2011, p. 204, note D. Boulmier ; Soc., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-42.262 ; Soc., 13 octobre 2010, pourvoi n° 09-41.380.

¹⁰³ L. Pécaut-Rivolier, « Lutter contre les discriminations au travail, un défi collectif », décembre 2013, 165 p. V. aussi *Droit social* 2014, p. 106. L. Pécaut-Rivolier, « Discriminations collectives en entreprise : pour une action collective spécifique », *Revue de droit du travail* 2014, p. 101.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁵ Graves, en ce que ces lacunes sont dommageables aux droits des justiciables et participent à l'allongement de la durée de traitement des affaires. Aussi ne faut-il pas hésiter, lorsque le bureau de conciliation ignore les demandes d'instruction, de former un appel-nullité (v. *infra*, les arrêts cités de la cour d'appel de Chambéry).

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 101.

part, entrave au droit d'agir des salariés et obstacle à faire valoir leurs droits, et, d'autre part, sécurisation de l'employeur en cas de violation des droits des salariés.

Il n'y a qu'en matière de relations de travail qu'une telle sécurité est revendiquée par les délinquants potentiels¹⁰⁷, et que cette sécurité est finalement octroyée par la complicité de ceux qui ont pourtant vocation à défendre les victimes ! Il est troublant que des syndicats de salariés cautionnent une telle immunité patronale, sans aucun rééquilibrage au profit des salariés. Il est troublant que des syndicats de salariés cautionnent des dispositions qui conduisent à ce que la violation des droits des salariés rapporte plus à l'employeur que ne lui coûteront les quelques condamnations qui seront prononcées par le conseil de prud'hommes¹⁰⁸. N'est-il pas alors des plus naturels de se demander si le deuxième critère de représentativité, l'indépendance de ces syndicats à l'égard de l'employeur¹⁰⁹, est bien rempli ? Dit autrement et pour être plus direct, les syndicats signataires des articles 25 et 26 de l'ANI du 11 janvier 2013 ne devraient-ils pas se voir retirer, au niveau national, leur représentativité pour défaut d'indépendance vis-à-vis de la partie patronale¹¹⁰ ?

Considérant ces nouveaux freins, transcrits par le législateur, recopiant presque fidèlement les dispositions de l'ANI, pour que les salariés fassent valoir leurs droits, il n'est plus besoin, pour le patronat, de chercher à tailler dans la « graisse épaisse du code du travail »¹¹¹, il lui suffit, au gré des ANI, d'obtenir quelques dispositions conventionnelles qui, faisant l'objet de louanges présidentielles puisque résultant du sacro-saint « dialogue social »¹¹², seront alors transcrites dans la loi par des parlementaires s'affranchissant d'un véritable débat. Ces dispositions conventionnelles devenues légales ne taillent certes pas dans les nombreuses règles protectrices du code du travail, mais en neutralisent pour partie leurs effets en posant de sérieuses entraves pour en réclamer dans le temps le bénéfice, lorsqu'elles ne sont pas respectées.

Interrogations générales alors : les partenaires sociaux ont-ils vraiment vocation à négocier sur tout ? Les résultats des négociations doivent-ils s'imposer au législateur ? Certes non¹¹³, et il faut souhaiter que le législateur tire les enseignements de la décision du Conseil constitutionnel du 11 avril 2014¹¹⁴ et soumette dorénavant au seul Parlement tout ce qui relève de sa compétence. La période toute récente, avec le pacte de responsabilité, nous montre encore un mélange des genres qui, il faut le regretter, rencontre l'approbation de syndicats prêts à négocier sur tout et même sur n'importe quoi¹¹⁵ !!

Une telle situation, acceptée tant par les partenaires sociaux salariés que par le législateur, fait redouter le moment où le dialogue social sera constitutionnalisé¹¹⁶ ; il faut en effet craindre que, auréolés de ce nouveau statut, les partenaires sociaux, du moins certains d'entre eux, ne se « lâchent » davantage pour ajouter encore plus d'entraves à celles qui ont été récemment portées aux droits des salariés et à leurs droits seuls. C'est pourquoi il est impératif que les thèmes soumis à la concertation des partenaires sociaux soient limités, précis et ne relèvent que de leur strict domaine de compétences ; de plus, nous l'avons déjà évoqué, le législateur doit écarter toute transposition de dispositions conventionnelles étrangères au thème de la concertation.

Outre la question de l'indépendance que nous avons déjà soulevée, les syndicats ont-ils par ailleurs vraiment la légitimité représentative en termes d'audience, comme cela a été arrêté¹¹⁷ ? Cela est moins sûr, dès lors que le calcul d'audience de représentativité issue de la loi du 20 août 2008 est plus que sujet à caution¹¹⁸ !

¹⁰⁷ Sur la réduction des délais de prescription vue comme « une prime à la délinquance patronale », v. A. Le Blot, audition devant la commission des affaires sociales, Assemblée nationale, le 3 avril 2013.

¹⁰⁸ Du seul fait des nouveaux délais de prescription, on peut estimer la baisse du montant des réparations en matière salariale prononcées par les conseils de prud'hommes à un minimum de 500 millions d'euros par an, et ce, au profit des employeurs ; en comparaison, les radars ont rapportés à l'Etat, en 2013, 800 millions d'euros, mais ces 800 millions d'euros ont été payés par ceux-là mêmes qui ont violé les règles ; où est donc la moralité en droit du travail ? Il ne faut, par ailleurs, pas oublier le gain que représente pour les entreprises le renoncement d'un (trop) grand nombre de salariés à faire valoir leurs droits.

¹⁰⁹ Article L. 2121-1 du code du travail.

¹¹⁰ En effet, les critères de représentativité « *tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome et permanente* », Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-29.984, *Bull.* 2013, V, n° 268, *Droit ouvrier* 2014, p. 135, note F. Canut ; *Droit social* 2014, p. 84, obs. C. Radé ; *ibid.* p. 180, obs. F. Petit ; *Revue de droit du travail* 2014, p. 127, note I. Odoul-Asorey.

¹¹¹ Depuis la pesée du code du travail opérée par E.-A. Sellières, cette critique sur l'épaisseur du code est récurrente, sans plus de démonstration quant aux conclusions à en tirer, mais toujours sous-entendant que cela est négatif... Pour les entreprises évidemment, puisque seules celles-ci sont dignes d'attention... V. dernièrement P.-M. Menger, qui a déclaré que « *Le code du travail français est connu pour être très épais* » (L'invité des matins, France culture, 17 février 2014, à 11 mn 05 sec). Dans la même station de radio, le lendemain, une journaliste évoquait « *le code du travail de 1 000 pages* »... (Si un code commenté comporte 3 000 pages, les seuls articles représentent 700 pages). Si un code commenté est aussi épais, c'est tout simplement parce qu'il renvoie les jurisprudences découlant des litiges ouverts suite à la violation des règles par les employeurs... prendre l'argument de l'épaisseur du code en argumentation n'est alors pas banal...

¹¹² Sur cette notion de démocratie sociale, « jamais vraiment explicitée », v. D. Andolfatto, « *Rénover la démocratie sociale. Genèse d'une réforme et premiers résultats. Une analyse critique* », *Revue Politiques de communication*, à paraître, printemps 2014 (dossier intitulé : De la Démocratie en entreprise. Dialogue social et représentation des salariés). V. Beraud relève, quant à elle, « *toute l'imprécision juridique du terme dialogue social, qui se trouverait alors constitutionnalisé* ». Est-il pertinent de penser la représentation syndicale en fonction des critères relatifs à la représentation politique ?, préc., note n° 2.

¹¹³ V. *supra*, citation de P. Lokiec.

¹¹⁴ Conseil constitutionnel, 11 avril 2014, décision n° 2014-388 QPC (*Journal officiel* du 13 avril 2014, p. 6692), qui abroge l'article 8, III, de la loi du 25 juin 2008 en ce qu'il a donné compétence aux partenaires sociaux relevant de la branche la plus proche de celle du portage salarial la mission d'organiser le portage salarial, alors que l'article 34 de la Constitution impose au législateur de déterminer les conditions essentielles de l'exercice d'une profession ou d'une activité économique.

¹¹⁵ V. le récent accord (qui certes n'a pas la valeur juridique d'un ANI) du 5 mars 2014 sur le pacte de responsabilité dont on ne sait pas grand-chose mais qui n'a pas dissuadé, côté salariés, le groupe des trois de donner des gages de soutien au patronat... (le 24 mars, la CFE-CGC a toutefois retiré sa signature, mais seulement par « mesure de rétorsion » suite à l'accord sur la nouvelle convention d'assurance chômage). V. D. Boulmier, *Libres propos*, « M. Sapin, la "communauté humaine" ne peut être à géométrie variable ! », préc.

¹¹⁶ Projet de loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale, texte Assemblée nationale n° 813, 14 mars 2013. A. Lyon-Caen, « *Néo-corporatisme* », *Revue de droit du travail* 2013, p. 295. V. Beraud, préc., M. Grignard et C. Radé, « *Constitutionnalisation du dialogue social* », *Constitutions* 2012, 543. Sur les articles L. 1 à L. 3 du code du travail, C. Radé, « *La loi négocié : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ?* », *Droit ouvrier* 2010, p. 319 ; A. Supiot, « *La loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative* », *Droit social* 2010, p. 525.

¹¹⁷ Arrêté du 30 mai 2013 fixant la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national et interprofessionnel, *Journal officiel* du 1^{er} juin 2013, p. 9202.

¹¹⁸ « *La loi du 20 août 2008 et la représentativité... arithmétique étrange et autres singularités* », *JCP* 2014, éd. S., à paraître.

Retranscription des débats de la première table ronde sur la procédure

Intervenants :

Paul-Henri Antonmattéi
Daniel Boulmier
Lise Casaux-Labrunee
Damien Célice
Alain Chollet
Jean-Denis Combrexelle
Antoine Lyon-Caen
Laurence Pécaut-Rivolier
Pierre Sargos

M. Combrexelle, conseiller d'État :

Je voudrais quand même dire à propos des partenaires sociaux qu'ils ont sans doute tous les défauts du monde, mais ils ont une qualité que tout le monde ne possède pas : ils sont responsables.

M. Antonmattéi, professeur :

Je n'interviendrai pas sur le fond, la conciliation et la prescription, mais, cher collègue, comme vous avez placé le débat sur l'article L. 1 et que nous avons ce débat depuis plusieurs mois, parlons de l'article L. 1. Et parlons-en avec M. Combrexelle, puisque ses responsabilités passées et futures l'impliquent plus fortement sur ce thème.

L'article L. 1 n'est pas une négociation classique, au point que je soutiens l'idée que l'accord n'est pas nécessairement l'aboutissement recherché de cet article. La procédure de l'article L. 1, nous l'avons bien compris, c'est une liaison nouvelle entre le gouvernement et les représentants de la démocratie sociale, donc, à un moment donné de notre histoire, la démocratie politique qui tend la main à la démocratie sociale : on demande au gouvernement de différer son envoi du projet au Parlement, dès lors que les représentants de la démocratie sociale au niveau national interprofessionnel souhaitent négocier et, en quelque sorte, donner un avis sur la question sur laquelle il doit être légiféré. Ce n'est pas un accord qui est nécessairement un aboutissement, au point qu'on arrive à cette curiosité juridique : il y a bien un accord, dont la validité est reconnue, mais qui n'est pas applicable d'emblée. L'accord n'entrera en application que lorsque seront prises les dispositions législatives et réglementaires qui le consacrent. Mais lorsque ces dispositions législatives et réglementaires, qui sont les mêmes, entrent en application, deux sources juridiques se retrouvent à coexister, ce qui peut créer un conflit sur lequel, à ce jour, les tribunaux n'ont pas apporté de réponse.

Mais vous remettez en cause cette relation, qui a été considérée comme un progrès de la démocratie sociale, dans la mesure où il demeure la possibilité, pour les représentants du peuple, de reprendre ou non certains choix faits par l'accord. En réalité, ils ne sont absolument pas tenus par l'accord ou la position commune. De ce fait, justement, les critiques sur l'article L. 1 ne m'apparaissent pas pertinentes.

Qui plus est, remettre en cause aujourd'hui la légitimité de nos représentants salariés des organisations syndicales en question, c'est faire fi de la loi du 20 août 2008. Même si on peut discuter de la pertinence du calcul, nous avons tous considéré - je crois même, dans cette salle - que la nouvelle légitimité des organisations syndicales était un progrès.

Ce débat sur l'article L. 1 me gêne donc de la part de notre communauté universitaire, car il n'est pas franchement pertinent, au fond. Si les partenaires ont repris *in extenso* l'accord signé par les partenaires sociaux, c'est parce qu'ils ont choisi de le faire.

Mais ce n'est pas, je crois, le procès de la démocratie sociale qu'il faut faire aujourd'hui à travers l'article L. 1.

M. Boulmier, maître de conférences :

Ce n'est pas une remise en cause de l'article L. 1, c'est l'observation qui est faite de son utilisation réelle : on a l'impression qu'il est procédé systématiquement à une reprise des termes de l'accord, sans débat de la représentation nationale.

M. Combrexelle, conseiller d'État :

La réalité des négociations et des transpositions de la loi, c'est qu'entre l'accord, les propositions du rapporteur et la loi, il y a de réelles différences, qui suscitent d'ailleurs souvent des réactions des partenaires sociaux ; c'est-à-dire que la loi n'est pas l'exacte transposition de l'ANI.

Le processus de l'article L. 1 n'est pas un système parfait, mais c'est un système qui aboutit, dans une situation de responsabilité, avec des partenaires sociaux représentatifs, à faire avancer un certain nombre de choses :

par exemple, le travail fait sur les accords de maintien dans l'emploi, les PSE et autres. Ce n'est facile ni pour les partenaires sociaux, ni pour le ministère du travail, ni pour le législateur, mais n'en faisons pas une caricature, un système qui dériverait en permanence.

Quelle serait l'alternative ? Soit on fait comme c'était avant, c'est-à-dire tout dans la loi ; soit on fait un système qui essaie d'articuler ce qui relève de la loi et ce qui relève de l'ANI. Ce qui est vrai, c'est que la nature profonde des ANI a été totalement modifiée par l'article L. 1. On en revient d'ailleurs à la question de la représentativité patronale, car nous ne sommes plus du tout en présence d'un ANI classique, soumis à extension ou à élargissement.

Je suis aussi un membre de la communauté universitaire, et je pense que l'université devrait s'interroger sur ces questions. Ce sont des interrogations fondamentales qui interpellent à la fois les principes du droit et les rapports qui existent entre les partenaires sociaux, entre les partenaires sociaux et l'exécutif, entre les partenaires sociaux et le législateur. Il y a besoin, en la matière, d'opinion doctrinale, mais pas d'une vision caricaturale.

M. Lyon-Caen, professeur :

M. Boulmier est sévère avec les syndicats. En réalité, tant les gouvernements que les partenaires sociaux sont actuellement en situation de faiblesse, et chacun essaie de trouver dans l'ANI un renforcement.

Mais M. Boulmier a soulevé une autre question, celle de la légitimité des partenaires sociaux à parler de prescription. En quoi, effectivement, sont-ils qualifiés pour régir le droit d'accès au juge ? Il est vrai que le grand perdant est le pouvoir réglementaire, et cette critique est à prendre au sérieux.

M. Célice, avocat aux Conseils :

N'est-ce pas un peu réducteur de se focaliser sur les articles 25 et 26 de la prescription pour affirmer que, finalement, les partenaires sociaux (je résume un peu l'idée) se seraient couchés devant le grand patronat ?

L'ANI est un accord global, élargi, il y a des contreparties de part et d'autre dans le cadre de cette négociation ; vouloir braquer le projecteur et le microscope uniquement sur certains de ses articles en laissant entendre qu'il y a eu une abdication me paraît réducteur.

Sur le fond, et cela a été dit par le conseiller Contamine, l'essentiel de la discussion, concernant la prescription, réside dans le point de départ. Je crois que ni l'ANI ni la chambre sociale ne dérogent au principe selon lequel c'est à partir du moment où le salarié a une connaissance effective de ses droits que la prescription commence à courir. Dès lors que ce principe est respecté, on peut se demander si le délai de trois ans n'est pas un délai suffisant pour agir. D'autant qu'à partir du moment où l'action est engagée, le délai de prescription est interrompu, ce qui fait qu'en pratique, il y a des demandes de rappel de salaire qui remontent parfois sur dix ans, en raison de cette interruption.

M. Sargos, ancien président de la chambre sociale :

En matière de prescription, ce qui est essentiel, c'est moins la durée que le point de départ du délai, et le reproche a été fait au code civil d'être évasif sur ce point. Toute tentative raisonnable, comme l'a fait la loi Hyst, de dépasser le mythe d'un délai de prescription de trente ans, issu du code napoléonien, doit être approuvée. La réduction des délais de prescription, à partir du moment où on a la certitude de la connaissance par l'acteur, est une bonne chose pour le fonctionnement de la justice.

Mme Pécaut-Rivolier, conseillère référendaire :

Je voudrais revenir sur les barèmes ; la question a été posée sous l'angle de la réduction des pouvoirs du juge, mais, de façon générale, la question n'est-elle pas de savoir si on ne peut aider les parties à connaître leurs droits, avec des barèmes qui doivent certes rester indicatifs, mais permettre, non seulement d'orienter le juge, mais, en amont, de faciliter la conciliation ? À ce stade, la grande difficulté est que le juge prud'homal ne peut entrer dans le fond du litige. Il me semble que, dès lors, le barème peut favoriser la connaissance de leurs droits par les parties.

M. Boulmier, maître de conférences :

La critique la plus fréquente est que ces barèmes ne s'appuient que sur l'ancienneté, et pas du tout sur les circonstances de la rupture (atteinte à la dignité, circonstances vexatoires, etc.). Ainsi, un licenciement en égale un autre ; et le fait que le barème démarre systématiquement au-dessous de six mois est pour le moins étonnant.

M. Combrexelle, conseiller d'État :

Ce sont des barèmes indicatifs. Il y a eu beaucoup d'évolutions sur cette question des barèmes ; il était question, au départ, de leur donner une force obligatoire, au nom du principe de la sécurité juridique ; petit à petit, on est revenu à un barème indicatif, censé faciliter la conciliation.

M. Boulmier, maître de conférences :

Ce qui m'étonne est que l'on veut encourager la conciliation tout en l'encadrant par un barème. Alors que la conciliation, c'est bien la liberté des parties. Pourquoi ce dirigisme dans la conciliation ?

M. Chollet, conseiller :

Je voudrais poser quelques questions sur la conciliation :

- on parle beaucoup des textes, mais je m'interroge sur l'adéquation de tout texte avec l'évolution sociale ; est-ce que la philosophie de la conciliation, que représentait autrefois le juge de paix, est encore en cohérence avec l'évolution de la société, la multiplication des contentieux, le fait que le droit est de plus en plus complexe (notamment le droit du travail) ? Y a-t-il encore une adhésion au principe même de la conciliation ?

- ma deuxième question s'adresse surtout aux conseillers prud'homaux, car ils sont en première ligne, même si on peut faire de la conciliation au niveau de la cour d'appel : lors de mon expérience comme président de chambre dans une cour d'appel, il y avait des conseils de prud'hommes qui avaient un taux de conciliation de 40 %, et d'autres de moins de 3 %. Il existe donc une interrogation sur la volonté des juridictions prud'homales de mettre en place la conciliation. C'est en lien parfois avec le fait que représentants employeurs et salarié réussissent ou non à s'entendre, sur ce point comme sur d'autres ;

- enfin, je pense que la conciliation est très importante ; si elle n'est plus faite dans le giron judiciaire, elle pourra être revendiquée par les avocats, les notaires, les huissiers de justice. Quel sera alors le choix ? Il y a là un vrai risque à ne pas régler un problème qui existe depuis longtemps, et je m'interroge sur la capacité de la loi à trouver des solutions pour remonter une pente déjà bien accentuée en matière de conciliation.

Mme Casaux-Labrunee, professeur :

Je voudrais faire plusieurs remarques :

- sur la conciliation, je ne suis pas du tout certaine que la solution soit législative. L'explication du taux si faible de conciliation en France est, je crois - pour mener à Toulouse des réflexions et des actions pilotes pour s'attaquer aux stocks d'affaires -, qu'il y a un problème de fond, de volonté des parties : car on voit bien que les avocats, et les conseillers des parties, n'en veulent pas toujours. La question du barème paraît secondaire. C'est donc essentiellement une question de pédagogie, d'information, d'explication. Nous avons une douzaine, voire une quinzaine de dispositifs juridiques, les instruments de règlement amiable des litiges existent. Mais il faut les faire connaître ;

- sur l'article L. 1, je m'interroge également sur la définition du domaine sur lequel pourraient, ou non, négocier les partenaires sociaux ; je m'étais posé la même question à propos du portage salarial ; on avait l'impression, en 2008, que les partenaires sociaux avaient empiété sur le domaine de la loi. Mais que faire ? Doit-on aller vers un système où on imposerait aux partenaires sociaux de respecter les domaines respectifs de la loi et du règlement ? Je ne suis pas sûre que ce serait une bonne idée, car le cadre de l'ANI, c'est quand même une négociation « légiférante », et il serait paradoxal de brider les partenaires sociaux. L'idée est quand même qu'ils s'emparent des questions qui leur paraissent importantes, et décident des solutions les plus adaptées. En revanche, dans un second temps, c'est au législateur et au pouvoir politique, en fonction du résultat des négociations, de reprendre leurs pouvoirs respectifs ;

- dernière remarque : « *négociation entre faibles ?* » Je ne suis pas d'accord, car, en ce qui concerne les partenaires sociaux - côté salariés, on verra plus tard pour les employeurs -, ils sont forts de leur légitimité. Mais un point me paraît très important, dont on a peu parlé ce matin, celui de la formation. On vient de voter une loi sur la formation, mais il y a beaucoup de progrès à faire en la matière :

- celle des partenaires sociaux : leur formation professionnelle est-elle suffisante pour leur permettre de mesurer les enjeux de leurs décisions ? Certes, ils sont responsables, mais ont-ils la formation suffisante ?

- celle des conseillers prud'hommes : c'est la même question. Il est frappant de constater que, depuis le début des années 1980, personne n'a eu l'idée d'augmenter et d'améliorer leur formation, ne serait-ce que d'une semaine par an.

M. Boulmier, maître de conférences :

Je suis entièrement d'accord. D'une manière générale, la question de la formation des représentants des salariés n'est jamais prévue dans les accords interprofessionnels, alors que les mécanismes de l'ANI sont nouveaux et complexes, et qu'ils nécessitent une certaine compétence (étant observé que les représentants des employeurs, eux, ont les moyens d'acquérir cette compétence par des formations). Il y a, en effet, un manque chronique de formation.

M. Combrexelle, conseiller d'État :

Sur l'article L. 1, d'un point de vue technique : c'est une obligation pour le gouvernement de vérifier en amont si les points de négociation sont bien de la compétence des partenaires sociaux. En effet, s'il veut réformer, le gouvernement doit se demander s'il se situe dans l'article L. 1 ou non ; dans l'affirmative, il est obligé d'établir un document préparatoire d'orientation, avec renvoi aux partenaires sociaux. Il est vrai que, s'agissant de la procédure, ce n'était pas un sujet sur lequel il devait demander aux partenaires sociaux de négocier. Mais les partenaires sociaux sont libres de discuter et de négocier sur les domaines qui les intéressent. Sur ces points, l'ANI n'a aucune valeur juridique, il ne s'impose ni au gouvernement ni au parlement. Sa portée est uniquement politique. Et le processus est normal. Compte tenu de la diversité des situations, la loi ne peut plus tout régir, c'est d'ailleurs ce que dit l'article 34 de la Constitution. Ce sur quoi la doctrine devrait réfléchir, c'est sur l'articulation entre une loi qui fixe des principes et une négociation interprofessionnelle de branche ou entre les entreprises.

Table ronde n° 2

Accords de mobilité et accords de maintien dans l'emploi

Intervenants

Emmanuelle Wurtz, conseiller référendaire

Gilles Auzero, professeur des universités

Contribution commune

Accords de mobilité et accords de maintien dans l'emploi

Souhaités par les parties signataires de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et consacrés par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, les accords de mobilité interne et les accords de maintien de l'emploi relèvent de ce qu'il est convenu d'appeler la « flexisécurité à la française »¹. C'est là l'un de leurs rares points communs. À cela, et d'un point de vue plus juridique, on peut ajouter qu'ils relèvent, tous deux, de la catégorie des accords collectifs et qu'ils conduisent au licenciement pour motif économique des salariés qui refusent de s'y soumettre.

Pour le reste, ce sont plutôt des différences qui caractérisent ces deux types d'accord. Ainsi, ils n'ont pas vocation à être signés dans les mêmes circonstances. Selon l'expression consacrée, les accords de maintien dans l'emploi peuvent être conclus « à chaud », lorsque l'entreprise est confrontée à des difficultés économiques conjoncturelles, tandis que les accords de mobilité interne relèvent plutôt d'une négociation « à froid », intimement liée à la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences. À dire vrai, et pour être plus exact, c'est la mise en œuvre des dispositifs institués par ces accords qui est faite « à chaud » ou « à froid », étant observé, et nous y reviendrons, que les accords de mobilité interne exigent, quant à leur réalisation si l'on peut dire, une décision unilatérale de l'employeur ; ce qui n'est pas le cas des accords de maintien de l'emploi. Leur objet est aussi très différent. On se bornera pour l'heure à indiquer, en reprenant les termes de la loi, que les accords de mobilité portent « sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise »², tandis que les accords de maintien de l'emploi peuvent « en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération »³.

À bien y regarder, l'avènement de ces accords dans notre droit positif ne marque pas un bouleversement complet de celui-ci, pas plus qu'ils n'ouvrent, en pratique, des perspectives radicalement nouvelles. On a ainsi volontiers insisté sur les changements profonds que les dispositifs en cause produiraient quant à l'articulation de la norme conventionnelle et du contrat de travail. Il en aurait été véritablement ainsi si la loi avait affirmé que les accords de mobilité interne ou de maintien de l'emploi s'imposent, dans toutes leurs stipulations, aux contrats de travail des salariés concernés. Mais le législateur n'est pas allé jusque-là, réservant, au contraire, une place à la volonté individuelle de ces salariés. C'est ainsi que, pour reprendre les termes de l'article L. 5125-2 du code du travail, les stipulations des accords de maintien de l'emploi ne s'appliquent qu'aux contrats de travail des salariés qui l'acceptent. Or, on se souvient que dans un arrêt *Sogerma* rendu le 9 février 2010, la Cour de cassation a décidé « que la cour d'appel a relevé que si l'accord du 5 avril 2007 prévoyait, pour atteindre son objectif de réduction des coûts salariaux par heure travaillée, une diminution du salaire de base horaire de 12,5 % et une augmentation de la durée hebdomadaire de travail au moyen de conventions de forfait, il spécifiait que la mise en œuvre de ces mesures nécessitait l'accord des salariés concernés, auxquels des avenants à leurs contrats de travail seraient proposés ; qu'elle en a exactement déduit que cet accord ne portait aucune atteinte aux droits que les salariés tenaient de leurs contrats de travail »⁴. On admettra que l'on est ici fort proche de la mécanique des accords de maintien de l'emploi, dont il a été justement relevé, de façon plus générale, qu'« ils sont, par excellence, des accords donnant-donnant »⁵, catégorie que l'on connaît depuis fort longtemps, tant en fait qu'en droit⁶.

Quant aux accords de mobilité interne, ils n'accroissent pas plus le pouvoir de l'employeur puisque, précisément, ce dernier doit, en application de l'article L. 2242-23 du code du travail, recueillir l'accord des salariés lorsqu'il souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord. Le dispositif pourrait même apparaître en retrait par rapport à la jurisprudence de la Cour de cassation, dont on sait qu'elle admet, à certaines conditions, qu'une clause de mobilité puisse être imposée aux salariés par la norme conventionnelle.

¹ V., en ce sens, pour les premiers, P.-H. Antonmattéi, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Droit social* 2013, p. 794, et, pour les seconds, G. Loiseau, « Les accords de maintien de l'emploi » : *JCP* 2013, éd. S., 1260.

² Article L. 2242-21 du code du travail.

³ Article L. 5125-1 du code du travail.

⁴ Soc., 9 février 2010, pourvoi n° 08-12.218, inédit. V. aussi, dans cette même affaire, Fl. Canut, « Augmentation du temps de travail, sans augmentation du salaire : l'affaire *Sogerma* (suite) » : *Revue de droit du travail* 2008, p. 184 ; G. Auzero, « Travailler plus pour gagner autant. À la recherche d'un fondement adéquat », *Semaine Sociale Lamy* 2007, n° 1321, p. 6.

⁵ G. Couturier, « Accords de maintien de l'emploi » *Droit social* 2013, p. 805, spéc., p. 806.

⁶ V., à cet égard, les différentes décisions de la Cour de cassation évoquées par le professeur Couturier, dont l'arrêt *Sogerma* précité : article précité, p. 806.

De notre point de vue, le changement fondamental réside dans les conséquences qu'emporte, dans les deux cas, le refus du salarié. Le réfractaire s'expose en effet à un licenciement pour motif économique, prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique, ouvrant simplement droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement prévues par l'accord. Là est le bouleversement induit par la loi nouvelle, mais aussi, et c'est à la mesure, la difficulté juridique majeure que pose la réforme en la matière, sans être pour autant la seule. Ces difficultés se cristallisent au stade de l'application des accords (II), sans que leur négociation en soit exempte (I).

I. - La négociation des accords de mobilité et de maintien dans l'emploi

Si les acteurs et le périmètre des accords de mobilité et de maintien dans l'emploi sont les mêmes, le contexte dans lequel ils s'inscrivent et leurs conditions de validité sont bien distincts.

A. - Les accords de mobilité

La mobilité est définie comme ce qui peut se mouvoir ou être mu, changer de place ou de position.

Dans les rapports du travail, elle peut revêtir plusieurs formes ou dimensions, géographique ou fonctionnelle, interne ou externe à l'entreprise, contrainte ou choisie, ces dimensions pouvant être cumulées ou s'alterner.

Jusqu'à la loi du 14 juin 2013, la mobilité trouvait sa source juridique soit dans le contrat de travail, par l'insertion d'une clause de mobilité ayant reçu, par définition, l'accord des deux parties, soit dans la convention collective, à condition que la mobilité soit instituée de façon obligatoire par celle-ci, que la disposition conventionnelle se suffise à elle-même, que le salarié ait été informé de l'existence de cette disposition conventionnelle et ait été mis en mesure d'en prendre connaissance lors de son embauche⁷.

Pour répondre à un besoin de flexibilité et de souplesse dans la gestion des ressources humaines des entreprises, confrontées à la nécessité de s'adapter à l'évolution du marché, de la concurrence et des technologies, les partenaires sociaux, suivis du législateur, ont institué deux nouveaux dispositifs de mobilité, distincts et répondant à des logiques bien différentes : les accords de mobilité interne et la mobilité volontaire sécurisée.

La mobilité externe, dite volontaire sécurisée, permet au salarié de développer ses compétences professionnelles dans une autre entreprise en ayant l'assurance de pouvoir rejoindre son poste chez son employeur initial, sa mobilité n'entraînant qu'une simple suspension de son contrat de travail. Elle répond donc à un besoin individuel.

Ne sera abordé, dans cette étude, que le dispositif relatif à la mobilité interne, qui répond à une logique collective de gestion de l'emploi et des ressources humaines.

Si le contenu des accords de mobilité autorise une certaine comparaison avec le droit de la mobilité tel qu'il était pratiqué, sous le contrôle de la chambre sociale, avant la loi de sécurisation (1), des aspects dérogatoires peuvent être relevés, notamment au droit commun de la modification du contrat de travail et aux principes régissant les relations entre normes (2).

1. - Le contenu des accords de mobilité et ses points communs avec le droit de la mobilité

La mobilité interne s'inscrit dans le chapitre III de la loi, intitulé « Favoriser l'anticipation négociée des mutations économiques pour développer les compétences, maintenir l'emploi et encadrer les licenciements économiques », et dans la section 1 dudit chapitre, intitulée « Développer la gestion prévisionnelle négociée des emplois et des compétences ».

L'article L. 2242-21, alinéa premier, du code du travail dispose que :

« L'employeur peut engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs ».

La négociation sur la mobilité interne a donc pour objectif de trouver, dans une première phase, un accord collectif sur les conditions de cette mobilité professionnelle ou géographique, pour, dans une deuxième phase, ouvrir un processus de concertation avec chacun des salariés concernés par les mesures, afin de recenser leurs contraintes personnelles, pour enfin leur proposer un avenant au contrat de travail.

Ce nouveau dispositif exige donc la conclusion préalable d'un accord collectif (dans les conditions des articles L. 2232-11 et suivants du code du travail) qui, contrairement aux accords de maintien dans l'emploi, ne nécessite qu'une majorité de « droit commun », soit 30 % des suffrages valablement exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, ou, à défaut, des délégués du personnel. Faute de restriction du législateur, toutes les entreprises sont visées, y compris celles ne disposant pas de délégués syndicaux, mais ayant des institutions représentatives du personnel aptes à conclure des accords collectifs (CE, DU, DP). L'accord peut être à durée déterminée ou indéterminée.

Le législateur emploie le terme « peut engager une négociation... », de sorte que la négociation sur la mobilité interne apparaît comme une simple faculté, contrairement à ce qui était initialement prévu par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013.

En application des dispositions de l'article L. 2242-15 du code du travail, pour les entreprises soumises à l'obligation de négocier la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences, dite « GPEC », c'est-à-dire les entreprises et groupes d'entreprises d'au moins trois cents salariés et les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire comportant au moins un établissement de cent cinquante salariés, les modalités de la mobilité interne s'inscrivent dans le cadre de cette négociation triennale, dont elle constitue un volet spécifique, le cas échéant, ce qui autorise à considérer qu'elle reste une faculté, même pour ces entreprises.

⁷ Soc., 27 juin 2002, pourvoi n° 00-42.646, *Bull.* 2002, V, n° 222 ; Soc., 30 novembre 2005, pourvoi n° 03-46.530.

Mais la question peut se poser de savoir si, dès lors qu'une entreprise engage une négociation portant sur la mobilité interne, alors qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 2242-15, elle doit également négocier sur les évolutions prévisionnelles des emplois et des compétences et sur les mesures susceptibles de les accompagner, les deux dispositifs étant liés et formant un tout.

En tout état de cause, le dispositif de mobilité doit répondre à plusieurs conditions :

- la mobilité doit concerner plusieurs salariés (« *mesures collectives d'organisation* ») ;
- au sein de la même entreprise (« *interne à l'entreprise* ») ;
- pour répondre à un besoin fonctionnel de l'entreprise (« *mesures d'organisation* ») ;
- n'impliquant pas de mesure de licenciement (« *sans projet de réduction d'effectifs* »).

Les mesures de type déménagement d'un service, réorganisation d'un secteur, transfert d'activité ou mise à disposition de salariés entre sites devraient rentrer dans cette qualification. En revanche, s'il n'y a aucun doute quant à l'exclusion des plans de licenciement et des plans de départ volontaire à la retraite, les ruptures conventionnelles entrent-elles dans le champ de l'exclusion légale, qui vise l'absence de projet de réduction d'effectifs ?

Par ailleurs, ces mesures entreraient-elles dans le champ de l'article L. 2323-6 du code du travail, qui impose l'information-consultation du comité d'entreprise sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle ? La réponse devrait être positive dès lors que les accords de mobilité traitent de sujets relevant des attributions du comité d'entreprise, de sorte que sa consultation devrait intervenir plutôt en amont, ou lors de la négociation de l'accord de mobilité.

Il y a tout lieu de penser également que les juges exigeront qu'en cas de modifications importantes des conditions de travail et d'incidence sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs, le CHSCT soit préalablement consulté.

Le législateur apporte en tout état de cause une limite au contenu des accords de mobilité en précisant que les mesures envisagées « *ne peuvent en aucun cas entraîner une diminution du niveau de rémunération ou de la classification professionnelle du salarié et doivent garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification personnelle* » (article L. 2242-22, alinéa 4).

Le contexte et l'objectif des accords collectifs étant posé, l'article L. 2242-22 du code du travail fixe, ensuite, le contenu minimal de l'accord, lequel doit déterminer :

- « *la zone géographique d'emploi du salarié* » : zone à l'intérieur de laquelle l'employeur a le droit de modifier le lieu de travail du salarié sans accord et sans mise en œuvre du dispositif d'aide à la mobilité ;
- « *la zone géographique de mobilité* » : zone à l'intérieur de laquelle peuvent être mises en œuvre les mobilités et les mesures d'accompagnement prévues, à condition de respecter les limites imposées au titre de la vie personnelle et familiale du salarié, conformément à l'article L. 1121-1.

La zone géographique d'emploi peut être rapprochée de la notion de secteur géographique utilisée en droit commun, même si ces deux zones peuvent ne pas être strictement identiques : la jurisprudence sur le secteur géographique admet en effet qu'en dehors de toute clause de mobilité et à condition que le contrat de travail ne prévoient pas de clause de sédentarité, la mutation du salarié dans le même secteur n'emporte pas modification du contrat de travail.

La zone géographique de mobilité pourrait également, dans l'absolu, correspondre à une zone délimitée par une clause de mobilité, son régime juridique étant similaire dans la mesure où elle doit être délimitée et conciliable avec la vie personnelle et familiale du salarié, à l'instar des clauses de mobilité⁸.

Pour assurer cette conciliation entre vie professionnelle et vie personnelle et familiale du salarié, le législateur a d'ailleurs imposé la négociation de :

- mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé ;
- mesures d'accompagnement à la mobilité, telles que formation, aides matérielles ou financières de nature à compenser une éventuelle perte de pouvoir d'achat, une augmentation des frais de transport ou de loyer, de frais de déménagement ou autres dépenses nouvelles.

Sur l'ensemble de ces points, émerge immédiatement une série de questions ou de difficultés qui pourraient donner lieu à un contentieux lié aux conditions requises par la loi, pour la validité de l'accord de mobilité :

- qui peut saisir le juge ? Le salarié, un collectif de salariés, les organisations syndicales signataires de l'accord ? Les syndicats ayant participé à la négociation mais n'ayant pas signé ?
- quel juge faut-il saisir ? Sans doute le juge judiciaire, mais le référé est-il possible dans ce contexte ?
- à quelle phase du processus ? Avant ou après la phase de concertation avec les salariés concernés ? Une contestation d'un salarié sera-t-elle encore recevable s'il a déjà consenti à l'application de l'accord sur son contrat de travail ?
- quelle sanction appliquer si les mesures fixées dans l'accord collectif ne remplissent pas les conditions de validité exigées par la loi ? Est-ce une simple inopposabilité au seul salarié qui saisit le juge ? Est-ce la nullité de l'accord collectif ? Pour mémoire, la jurisprudence de la chambre sociale précise que la nullité d'un accord collectif

⁸ Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-45.396, *Bull.* 2006, V, n° 241 ; Soc., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-41.277, *Bull.* 2007, V, n° 74 ; Soc., 14 octobre 2008, pourvoi n° 07-40.523, *Bull.* 2008, V, n° 192 ; Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 06-45.562, *Bull.* 2009, V, n° 4.

équivalait à une absence d'accord, le privant de tout effet⁹. Cette nullité sera-t-elle relative, donc opposable à l'employeur, par le seul salarié à l'origine de la procédure ? Ou absolue, auquel cas il faudra sans doute appeler dans la procédure et mettre en cause l'ensemble des signataires de l'acte, voire les non-signataires ?

- quelle sera la marge d'appréciation du juge ?

Pour une partie de la doctrine¹⁰, s'agissant de la délimitation de la zone géographique de mobilité, le juge ne pourra interpréter l'accord qu'en cas de clauses ambiguës ou équivoques, mais retrouvera son plein office dans le contrôle de légitimité et de proportionnalité de l'obligation de mobilité. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les clauses de mobilité, au visa de l'article L. 1121-1 du code du travail, devraient donc perdurer (prise en considération de la grossesse de l'épouse¹¹, enfant handicapé¹², enfant en bas âge¹³, âge ou ancienneté du salarié¹⁴, salariée veuve élevant seule ses enfants¹⁵), et le juge aura à vérifier que les restrictions aux libertés apportées sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

S'agissant de la vérification du niveau de rémunération et du maintien de la classification du salarié, le juge adoptera probablement les mêmes critères qu'il applique lorsqu'il contrôle la modification du contrat de travail¹⁶.

Si des similitudes ou correspondances avec le droit commun de la mobilité sont donc identifiables, la loi du 14 juin 2013 est aussi remarquable en ce qu'elle met en place un dispositif doublement dérogatoire à l'articulation des normes entre elles, d'une part, et au droit commun de la modification du contrat de travail, d'autre part.

2. - Un dispositif dérogatoire au principe de faveur et au droit commun de la modification du contrat de travail

L'organisation collective de la mobilité *via* les accords de mobilité institue un régime dérogatoire, tant dans les rapports entre norme collective et norme contractuelle que dans le régime juridique de la modification du contrat de travail.

S'agissant, en premier lieu, des rapports entre les normes, le dispositif de la loi de sécurisation est d'abord remarquable en ce qu'il élargit encore plus le champ de la norme conventionnelle, conduisant, le cas échéant, selon certains auteurs, à un « effacement » des dispositions contractuelles¹⁷, qui faisaient jusqu'alors la loi des parties, ou à une « décontractualisation » des rapports entre employeur et salariés. En effet, contrairement aux principes de faveur et à la force obligatoire du contrat, qui régissent les concours entre accords collectifs et contrat de travail, le nouvel article L. 2242-23, alinéa 2, du code du travail précise que « les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues ». Pour justifier une telle atteinte aux principes susvisés, il est invoqué les conditions strictes dans lesquelles l'accord collectif intervient, « à froid » et « sans la pression des événements », dans le cadre d'une réforme où la négociation collective devient le mode normal de régulation des rapports du travail.

S'agissant, en second lieu, des règles relatives à la modification du contrat de travail, la logique de flexibilité qui inspire la négociation des accords de mobilité remet en cause la jurisprudence traditionnelle sur l'immutabilité du socle contractuel. En droit commun, une jurisprudence abondante de la chambre sociale rappelle en effet que la rémunération du salarié ne peut être modifiée unilatéralement par l'employeur, ni à la baisse, ni à la hausse, et ni même dans sa structure. Un changement de poste ne peut davantage être imposé au salarié, dès lors qu'il modifie sa qualification ou classification, son niveau de responsabilité ou bouleverse en profondeur ses fonctions¹⁸. Or, en présence d'un accord de mobilité qui a recueilli l'accord du salarié concerné, l'employeur a la possibilité de mettre en œuvre les mobilités géographiques et/ou fonctionnelles fixées dans l'accord, nonobstant les modifications du contrat de travail.

Il est fait là une exception non seulement au principe de l'impossibilité pour l'employeur de modifier unilatéralement les éléments essentiels du contrat de travail, mais également au principe selon lequel le salarié ne peut renoncer par avance et globalement à ses droits issus du contrat de travail.

Cependant, tant les limites imposées par la loi, qui interdisent aux accords de mobilité « une diminution du niveau de rémunération ou de la classification professionnelle du salarié et doivent garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification personnelle », que la phase de concertation individuelle prévue avec les salariés concernés, qui peuvent opposer des contraintes familiales et personnelles, devraient sensiblement amoindrir l'incidence des mobilités sur le contrat de travail.

En conclusion, la mobilité telle qu'imaginée par la loi de sécurisation présente, dans son contenu et ses limites, des similitudes certaines avec le droit de la mobilité tel qu'appliqué antérieurement, et si le nouveau dispositif semble bouleverser les schémas classiques d'articulation entre accord collectif et contrat de travail, en conférant à la négociation collective une place privilégiée, le législateur a néanmoins fortement encadré les conditions de forme et de fond de cette mobilité, de sorte qu'on peut s'interroger sur le réel gain d'autonomie des partenaires sociaux et le réel accroissement du pouvoir unilatéral de l'employeur.

⁹ Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 03-45.774, *Bull.* 2005, V, n° 320.

¹⁰ Pierre-Yves Verkindt, « Les mobilités », *La Semaine juridique édition sociale*, 25 juin 2013, n° 1261 ; Paul-Henri Antonmattei, « L'accord de mobilité : il faut l'essayer », *Droit social* 2013, p. 794.

¹¹ Soc., 18 mai 1999, pourvoi n° 96-44.315, *Bull.* 1999, V, n° 219.

¹² Soc., 6 février 2001, pourvoi n° 98-44.190, *Bull.* 2001, V, n° 41.

¹³ Soc., 14 octobre 2008, pourvoi n° 07-40.523, *Bull.* 2008, V, n° 192.

¹⁴ Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 04-45.463, *Bull.* 2005, V, n° 64.

¹⁵ Soc., 13 janvier 2009, pourvoi n° 06-45.562, *Bull.* 2009, V, n° 4.

¹⁶ Alexandre Fabre, « Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation, une réforme peut en cacher une autre », *Revue de droit du travail* 2013, p. 184.

¹⁷ Laurent Marquet de Vasselot, « La mobilité et l'emploi, vers de nouvelles pratiques », *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 25, 18 juin 2013, 1262.

¹⁸ Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-44.815.

D'autres interrogations surgissent également, dans la phase d'application des accords de mobilité interne, ouvrant de nouvelles incertitudes quant aux solutions qui seront dégagées par les juridictions en cas de refus de l'accord de mobilité par le salarié et de contestation de son licenciement.

B. - Les accords de maintien dans l'emploi

C'est certainement au stade de leur négociation que les accords de maintien de l'emploi se distinguent le plus des accords de mobilité interne. Cela apparaît tant du point de vue du contexte et des acteurs de la négociation (1) qu'au regard du contenu de l'accord (2).

1. - Contexte et acteurs de la négociation

a) Le contexte

La négociation d'un accord de maintien de l'emploi est d'abord affaire de circonstances. En effet, il résulte de l'article L. 5125-1 du code du travail qu'un tel accord ne peut intervenir qu'« en cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise ». On admettra que la formule est porteuse de grandes incertitudes. Sans doute faut-il prendre acte de la volonté du législateur de borner l'appréciation de ces difficultés à « l'entreprise », à l'exclusion donc du secteur d'activité auquel cette entreprise pourrait, le cas échéant, appartenir en tant que membre d'un groupement de sociétés. Il y a là une certaine logique, dans la mesure où l'accord de maintien de l'emploi sera conclu dans le périmètre de cette entreprise et limité à celle-ci quant à son application¹⁹. En revanche, et au regard des termes de la loi, c'est bien cette dernière qui devra être, dans son ensemble, confrontée à des difficultés, et non pas uniquement l'un de ses établissements, alors même qu'une négociation peut être menée dans ce dernier périmètre²⁰. Mais la loi vise clairement un accord « d'entreprise ». Cela ne signifie cependant pas, et nous y reviendrons, que l'accord nécessairement conclu dans ce périmètre ne peut pas avoir un champ d'application plus restreint.

Les difficultés économiques en cause, qui évoquent nécessairement l'un des motifs du licenciement économique, s'en distinguent cependant en ce qu'elles doivent tout d'abord être conjoncturelles. Se trouvent par suite exclues les difficultés économiques d'ordre structurel. Cela n'est pas sans cohérence. On peut en effet penser qu'un accord de maintien dans l'emploi, par son objet et sa durée, est impuissant à permettre de faire face à une telle situation qui, plus vraisemblablement, appelle des mesures plus radicales. Ces difficultés économiques conjoncturelles doivent enfin être « graves ». Cela sous-entend qu'elles doivent être actuelles ; ce qui exclut la conclusion d'un accord de maintien de l'emploi avec pour préoccupation de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise²¹. La difficulté majeure résidera ici dans l'appréciation du degré de gravité requis, le juge conservant en la matière un pouvoir d'appréciation.

Aux termes de la loi, le « diagnostic » de ces graves difficultés économiques conjoncturelles devra être analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives. On comprend ici que, dans un premier temps, l'employeur établira ce diagnostic, qui, dans un second temps, sera soumis pour examen aux syndicats. À cette fin, ces derniers pourront être assistés par un expert-comptable, à tout le moins si le comité d'entreprise en décide ainsi. Car c'est bien cette institution représentative du personnel qui décidera, ou non, de mandater un expert-comptable, pour accompagner les organisations syndicales, non seulement dans l'analyse du diagnostic, mais aussi dans la négociation²². Ainsi qu'il a été relevé²³, cette intervention de l'expert-comptable est originale, dans la mesure où il est mandaté par le comité d'entreprise, non pas pour l'assister à l'occasion de sa propre consultation, mais pour venir en aide à des tiers, en l'occurrence les syndicats²⁴. Mais les spécificités s'arrêtent là. Ce cas de recours à l'expertise étant évoqué par l'article L. 2325-35, l'expert devra être rémunéré par l'employeur et il pourra exercer les prérogatives que lui confère la loi de façon générale²⁵.

Il reste à savoir ce qui pourra bien advenir d'un accord de maintien de l'emploi conclu en l'absence de graves difficultés économiques conjoncturelles. Dans la mesure où la loi semble faire de ces circonstances particulières l'une des conditions de validité de l'acte juridique, on est tenté de considérer qu'en leur absence, c'est la nullité de l'accord qui doit être prononcée, avec, à la clef, des conséquences non négligeables²⁶. Mais ce contrôle, et la sanction qui l'accompagne, peuvent apparaître nécessaires, compte tenu de l'objet de l'accord et de ses conséquences sur la situation des salariés qui en acceptent l'application ou qui la refusent.

b) Les acteurs

La négociation de l'accord de maintien de l'emploi va, au premier chef, concerner les syndicats représentatifs dans l'entreprise. Toutefois, lorsque l'entreprise est dépourvue de délégué syndical, l'accord peut être négocié par

¹⁹ V. en ce sens, G. Loiseau, « Les accords de maintien de l'emploi » *La Semaine juridique, édition sociale* 2013, 1260, n° 5, qui souligne que « ce recentrage sur l'entreprise est cohérent : l'accord de maintien de l'emploi se présentant comme une sorte d'automédication, la situation des entreprises du même secteur d'activité du groupe doit être indifférente à ce traitement ». On peut ajouter à cela que l'accord impliquant nécessairement ces engagements de l'employeur, celui-ci est introuvable au niveau du secteur d'activités, par hypothèse dépourvu de personnalité juridique.

²⁰ À cet égard, la loi rejoint les exigences prétoriennes en matière d'appréciation du motif économique du licenciement, la Cour de cassation refusant que soit prise en compte la seule situation d'un établissement : Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-13.736, *Bull.* 2012, V, n° 197, *La Semaine juridique, édition sociale* 2012, 1448, note J. Daniel.

²¹ V. en ce sens, G. Loiseau, article préc., n° 5 ; G. Couturier, « Accords de maintien de l'emploi », *Droit social* 2013, p. 805, spéc., p. 807.

²² La loi ne semble pas permettre au comité d'entreprise de borner la mission de l'expert-comptable à la seule assistance des syndicats dans l'examen du diagnostic. Relevons que l'article L. 2325-35 dispose que « le comité d'entreprise peut également mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour préparer les négociations prévues aux articles L. 5125-1 et L. 1233-24-1 ».

²³ G. Couturier, article précité, p. 807.

²⁴ Dans le silence de la loi, mais parce que le comité d'entreprise reste le mandant, on peut considérer qu'il est en droit de demander à l'expert de lui présenter son analyse de la situation.

²⁵ Notamment, en application de l'article L. 2325-37, pour opérer toute vérification ou tout contrôle entrant dans l'exercice de ses missions, l'expert-comptable aura accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes.

²⁶ V., *infra*, la seconde partie.

un ou plusieurs représentants élus du personnel. Ce dispositif n'est pas sans rappeler la négociation dérogatoire avec des représentants élus du personnel prévue par les articles L. 2232-21 et suivants du code du travail. Elle s'en distingue cependant sur deux points. Tout d'abord, la négociation de l'accord de maintien de l'emploi avec les élus est possible quel que soit l'effectif de l'entreprise²⁷, et sans qu'une hiérarchie soit établie entre le comité d'entreprise et les délégués du personnel²⁸. Ensuite, ces représentants élus doivent être expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche dont relève l'entreprise ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel. Ce mandatement, qui préserve la vocation naturelle des syndicats à intervenir dans le champ de la négociation collective, rend sans objet l'intervention d'une commission paritaire de branche.

A lire la loi, il apparaît que l'accord peut être signé par un ou plusieurs membres élus du comité d'entreprise, sans que l'institution elle-même soit partie à l'acte juridique. Il est à souligner que lorsqu'un comité d'entreprise a été mis en place, la loi ne lui reconnaît pas la faculté de désigner un expert-comptable pour accompagner les représentants élus appelés à négocier dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation. Cela peut se comprendre, dans la mesure où le comité dispose d'ores et déjà, dans le cadre de ses attributions économiques, d'informations pertinentes. Mais, nous l'avons vu, la négociation peut être menée avec des délégués du personnel.

A défaut de représentants élus du personnel et selon, là encore, une mécanique connue²⁹, l'accord peut être négocié par un ou plusieurs salariés expressément mandatés à cet effet par les organisations syndicales évoquées précédemment³⁰. Ces salariés mandatés sont, au même titre que les représentants élus du personnel appelés à la négociation³¹, protégés contre le licenciement. Ils disposent par ailleurs d'heures de délégation pour l'exercice de leurs fonctions³².

Compte tenu de l'objet de l'accord de maintien de l'emploi, le législateur a souhaité assurer la légitimité de cet acte juridique. À ce titre, la validité de l'accord est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants. Ce faisant, la loi de sécurisation de l'emploi marque l'avènement dans notre droit positif du « principe majoritaire », au sens plein du terme. Mais cela reste une majorité que l'on est tenté de qualifier de relative, puisque ne sont pris en compte que les suffrages exprimés en faveur des syndicats représentatifs. Dans certains cas, le seuil de 50 % sera donc plus facile à atteindre que celui de 30 %, apprécié au regard de l'ensemble des suffrages exprimés.

La légitimité de l'accord signé par un représentant élu du personnel mandaté ou par un salarié mandaté est assurée par la technique du referendum, l'accord devant être approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, dans les conditions déterminées par l'accord³³, dont il convient maintenant d'aborder le contenu.

2. - Contenu de l'accord

En schématisant beaucoup, on est tenté de dire que le contenu des accords de maintien dans l'emploi est, pour l'essentiel, composé de deux parties, qui sont toutefois indivisiblement liées. À des concessions des salariés, d'une part (a), viennent répondre des engagements de l'employeur, d'autre part (b)³⁴.

a) Les concessions des salariés

À la base des accords de maintien dans l'emploi, il y a cette idée simple qu'il faut permettre à l'entreprise de baisser provisoirement ses coûts salariaux afin de passer une période économiquement difficile, sans pour autant se séparer de certains de ses salariés. Cette réduction des coûts peut emprunter plusieurs voies évoquées, sans guère de précision, par l'article L. 5125-1 du code du travail. Selon ce texte, l'accord peut aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition, ainsi que la rémunération.

On aurait cependant grand tort de croire que les parties appelées à la négociation de l'accord de maintien dans l'emploi peuvent faire « flèche de tout bois » sur le chemin de la flexibilité, serait-elle au service de la préservation de l'emploi. Le législateur a au contraire expressément précisé que la négociation doit être menée dans le respect de certaines dispositions, précisément énumérées, auxquelles il est impossible de déroger. Sont à cet égard visées les règles relatives à la durée légale et aux durées maximales de travail, aux durées minimales de repos

²⁷ Y compris donc si l'entreprise compte plus de deux cents salariés.

²⁸ L'accord pouvant être conclu par « un ou plusieurs représentants élus du personnel », il semble possible de négocier simultanément avec un membre élu du comité d'entreprise et un délégué du personnel.

²⁹ L'article L. 2232-24 réserve toutefois le mandatement aux seules organisations syndicales représentatives dans la branche.

³⁰ Mandatement qui doit intervenir dans le respect des prescriptions de l'article L. 2232-26 du code du travail, qui exclut la désignation de salariés présentant des relations de proximité avec l'employeur.

³¹ Ce qui allait de soi en raison de leur mandat de représentant élu.

³² Article L. 5125-4 du code du travail.

³³ Ainsi que dans le respect des principes généraux du droit électoral (article L. 5125-4).

³⁴ À ces stipulations essentielles viennent s'ajouter des stipulations plus secondaires, mais tout aussi obligatoires. La loi dispose que l'accord devra prévoir les conditions dans lesquelles les efforts proportionnés à ceux demandés aux salariés : les dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord et les mandataires sociaux et les actionnaires, dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance. On admettra qu'il serait malvenu qu'au moment où il est demandé aux salariés de renoncer à certains droits, les mandataires sociaux et autres actionnaires continuent de bénéficier d'avantages généreux, sans même parler de l'octroi d'avantages nouveaux en termes de dividendes ou de bonus de toutes sortes. Mais on avouera peiner à donner une traduction juridique et contraignante à cette nécessaire recherche d'équité. L'accord peut prévoir des « conditions ». Mais seront-elles ensuite reprises par les organes *ad hoc* ? En réalité, il faudrait que l'accord soit impératif pour ces catégories de personnes. À notre sens, il n'est pas incongru de penser qu'un accord collectif puisse s'imposer à des personnes qui ne sont pas des salariés. On peut ici raisonner en termes de représentation : celui qui signe côté employeur peut très bien ne pas engager que la personne morale. L'accord doit aussi prévoir les modalités de l'organisation du suivi de l'évolution de la situation économique de l'entreprise et de la mise en œuvre de l'accord, notamment auprès des organisations syndicales de salariés représentatives signataires et des institutions représentatives du personnel. L'accord doit enfin envisager les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise, que ce soit à l'issue de la période d'application de l'accord ou dans l'hypothèse d'une suspension de l'accord pendant son application.

quotidien et hebdomadaire, au droit aux congés payés ou aux heures supplémentaires. À lire cette énumération, on a la nette impression que, s'agissant de la durée du travail, c'est plutôt à une réduction de l'activité que doit contribuer l'accord de maintien de l'emploi³⁵.

La baisse de la durée du travail sera, quasi inéluctablement, liée à une baisse de rémunération. Mais, en ce cas, il est fait interdiction de porter le salaire à moins de 120 % du SMIC. Quant aux salariés dont le taux horaire est égal ou inférieur à 120 % du SMIC, leur rémunération ne peut, en aucune façon, être affectée. Il n'en demeure pas moins que, dans ces limites, l'accord pourra affecter, à la baisse, le salaire de base, mais aussi réduire ou supprimer tous les autres avantages et accessoires payés en espèces ou en nature en raison de l'emploi occupé³⁶. Mais le fait est que ces mêmes limites interdiront, bien souvent, que l'accord concerne la collectivité des salariés prise dans son ensemble, sauf à ce que l'accord n'emporte pas réduction de salaire. À défaut, les salariés dont la rémunération est inférieure à 120 % du SMIC ne pourront, par hypothèse, se voir appliquer l'accord. Il y a là une difficulté sérieuse car, ce faisant, et nous y reviendrons, ils semblent être exclus des engagements de maintien de l'emploi pris par l'employeur, et se trouvent, par là-même, exposés à un licenciement pour motif économique.

De façon plus générale, mais incidemment³⁷, la loi laisse entendre que l'accord peut n'avoir vocation à s'appliquer qu'à certains salariés de l'entreprise ; ce que confirment les travaux parlementaires³⁸. Il est ainsi possible de faire des distinctions au sein du personnel entre les salariés auxquels des efforts seront demandés et ceux qui y échapperont, ou en demandant plus à certains salariés qu'à d'autres³⁹. L'accord peut donc prévoir son application aux salariés d'un seul établissement.

b) Les engagements de l'employeur

Pendant la durée de l'accord, que la loi fixe impérativement et de manière peut-être trop rigide à deux ans, l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique. Là est le compromis, le « donnant-donnant » : « *flexibilité contre sécurité* »⁴⁰. Mais une sécurité imposée par la loi, si bien que l'on est tenté de parler d'engagement « forcé » de l'employeur en faveur de ses salariés ou, plus exactement, de certains d'entre eux. À lire la loi, en effet, il apparaît que si l'employeur est tenu de renoncer à son droit de rupture unilatérale pour motif économique, c'est uniquement au bénéfice, si l'on peut dire, des salariés auxquels l'accord s'applique. En d'autres termes, ceux qui n'y seraient pas soumis, soit parce que l'accord les exclut de son champ d'application, soit parce qu'il ne peut s'appliquer à eux pour des raisons explicitées précédemment, peuvent être licenciés pour motif économique, si tant est qu'un tel motif puisse être trouvé. Il semble cependant que les « *graves difficultés économiques conjoncturelles* » ne soient pas exclusives de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

S'agissant des salariés auxquels l'accord s'applique, la loi exclut toute rupture du contrat de travail pour motif économique, ce qui englobe à l'évidence le licenciement, mais aussi, sans doute, la rupture conventionnelle⁴¹. Excluant la rupture du contrat de travail, le législateur s'est toutefois préoccupé de la situation dans laquelle l'employeur méconnaîtrait cet engagement imposé par la loi. Tout d'abord, l'accord peut être suspendu par décision du président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, à la demande de l'un de ses signataires, lorsque le juge estime que les engagements souscrits, notamment en matière de maintien de l'emploi, ne sont pas appliqués de manière loyale et sérieuse. L'accord encourt même, à l'issue du délai de suspension, une résiliation. Remarquons que l'application de l'accord peut être également suspendue si la situation économique de l'entreprise a évolué de manière significative. Cette évolution doit se concevoir de manière positive et négative, selon que la situation en cause s'est améliorée ou dégradée. Dans le premier cas, c'est un retour à la normale qui est attendu, c'est-à-dire, selon toute vraisemblance, une neutralisation des aménagements prévus dans l'accord. Dans le second cas, les conséquences sont tout aussi incertaines. Mais on peut penser que la suspension de l'accord autorise l'employeur à rompre les contrats des salariés soumis à l'accord pour motif économique⁴².

Pour en revenir à la méconnaissance par l'employeur de son engagement forcé en terme d'emploi, la loi s'efforce aussi de régler, quoique de manière très imparfaite, la situation individuelle des salariés dont le contrat de travail est rompu. L'accord doit en effet contenir une clause pénale⁴³, appelée à s'appliquer lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment ceux de maintien de l'emploi. Bien que la précision n'était pas nécessaire, compte tenu du régime juridique de la clause pénale, il est indiqué qu'elle donne lieu au versement de dommages-intérêts aux salariés lésés, dont le montant et les modalités d'exécution sont fixés dans l'accord. Ce dernier pourra donc stipuler une indemnité forfaitaire applicable à tout salarié licencié en méconnaissance de

³⁵ V., en ce sens, G. Loiseau, *op. cit.*, n° 8. Mais il n'est nullement interdit à l'accord, dans le respect des règles évoquées, d'augmenter la durée du travail. Ainsi que l'a pertinemment relevé le professeur Couturier, « *l'augmentation du temps de travail sera de celles qui ne se traduisent pas par une augmentation du salaire final et qui implique donc une réduction du taux de salaire* » (article précité, p. 811).

³⁶ G. Loiseau, *ibid.*

³⁷ Article L. 5125-1, III : « *La durée de l'accord ne peut excéder deux ans. Pendant sa durée, l'employeur ne peut procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique* ».

³⁸ Ainsi que l'indique le rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale, « *l'accord d'entreprise en question peut concerner tous les salariés de l'entreprise ou une partie d'entre eux seulement* » (J.-M. Germain, rapp. Assemblée nationale, n° 847).

³⁹ V., dans le même sens, G. Loiseau, *op. cit.*, n° 9.

⁴⁰ G. Loiseau, *op. cit.*, n° 11.

⁴¹ V. en ce sens, G. Loiseau, *op. cit.*, n° 17.

⁴² Interprétation que tend à confirmer l'article L. 5125-6, nouveau, qui dispose qu'« *en cas de rupture du contrat de travail, consécutive notamment à la décision du juge de suspendre les effets de l'accord mentionné à l'article L. 5125-1, le calcul des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles de préavis et de licenciement ainsi que de l'allocation d'assurance mentionnée à l'article L. 5422-1 [...] se fait sur la base de la rémunération du salarié au moment de la rupture ou, si elle est supérieure, sur la base de la rémunération antérieure à la conclusion de l'accord* ».

⁴³ Clause pénale « *au sens de l'article 1226 du code civil* », précise la loi. Rappelons que ce texte dispose que « *la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ».

l'engagement de stabilité d'emploi. Conformément aux prescriptions de l'article 1152, le juge pourra être saisi aux fins d'apprécier le montant de la clause pénale et d'augmenter la peine pour le cas où elle serait manifestement dérisoire.

Il reste, en revanche, à savoir si le salarié licencié pourra, en sus des dommages-intérêts forfaitaires, demander une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. On peut le penser, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux clauses de garantie d'emploi. On sait en effet que, lorsqu'il est jugé que le licenciement prononcé en violation d'une telle clause n'a pas de cause réelle et sérieuse, l'indemnité pour violation de la clause et l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse peuvent être allouées cumulativement au salarié, car elles n'ont pas le même objet⁴⁴.

Il n'est pas non plus à exclure que le salarié licencié en méconnaissance de l'engagement de stabilité d'emploi ne soit pas en mesure d'exiger réparation pour les pertes subies en application de l'accord, spécialement en termes de rémunération. Mais encore faut-il que ce salarié ait, dans un tout premier temps, accepté l'application de l'accord.

II. - L'application des accords de mobilité et de maintien de l'emploi

L'application des accords de mobilité et de maintien dans l'emploi, que le salarié accepte ou non de s'y soumettre, ouvre, dans l'un et l'autre des régimes, de multiples incertitudes, notamment sur la nature et l'étendue du contrôle juridictionnel qui pourrait intervenir en cas de litige.

1. - L'acceptation des accords de mobilité et de maintien dans l'emploi par le salarié

A. - L'acceptation de l'accord de mobilité

L'accord collectif issu de la négociation est porté à la connaissance de chacun des salariés susceptibles d'être concernés (article L. 2242-23 du code du travail). Avant sa mise œuvre, une phase de concertation a donc lieu avec chacun d'eux pour prendre en compte leurs contraintes personnelles et familiales propres. Aucune forme n'est cependant imposée par le législateur pour le déroulement de cette phase de concertation. Si le législateur ne le prévoit pas expressément, la consultation du comité d'entreprise pourrait être utilement faite lors de cette phase également.

Puis la mobilité est proposée, formellement, par lettre recommandée avec accusé de réception, selon la procédure applicable à la modification du contrat de travail pour motif économique prévue à l'article L. 1222-6 du code du travail, avec la possibilité de faire connaître son refus dans le délai d'un mois ; à défaut, l'intéressé est réputé avoir accepté la modification proposée. La jurisprudence de la chambre sociale relative à la procédure fixée par l'article L. 1222-6 du code du travail devrait donc être transposée sur ce point : avant le terme du délai, l'employeur ne pourra donc pas mettre en œuvre la modification du contrat, ni se prévaloir de l'acceptation ou du refus du salarié, ni le convoquer à un entretien préalable à licenciement. L'inobservation du délai devrait priver le licenciement de cause réelle et sérieuse⁴⁵.

Si le salarié accepte le dispositif, le législateur a prévu, comme précisé précédemment, que les stipulations de l'accord collectif s'appliquent au contrat de travail et que les clauses du contrat contraires à l'accord sont suspendues. Il n'est cependant pas précisé à partir de quelle date cette suspension intervient, ni quel en sera son terme, ce qui peut poser un problème en présence d'accords de mobilité non délimités dans le temps. Par ailleurs, qu'est-ce qu'on entend par clauses contraires à l'accord ? Une clause de mobilité qui prévoit un champ d'application plus large que la zone géographique de mobilité prévue par l'accord est-elle par exemple contraire ?

De même, la question de l'étendue possible de la mobilité fonctionnelle se posera inévitablement : jusqu'à quel point le poste de travail pourra-t-il être modifié ? Un changement de métier ? Le juge, éventuellement saisi, devra se référer, d'une part, aux limites fixées par l'accord collectif lui-même (son contrôle de la modification du contrat se fera donc sous le prisme des critères objectifs et collectifs, *in abstracto*) et, d'autre part, vérifier le respect des droits fondamentaux du salarié (le contrôle retrouvera ici son caractère subjectif et individuel, *in concreto*).

Pour mémoire, avant la loi de sécurisation et tenant compte de certaines circonstances exceptionnelles ou contraintes temporaires de l'entreprise, la chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà ouvert la voie à plus de souplesse dans la mise en œuvre de la mobilité du salarié. En effet, dans deux arrêts publiés, elle a admis le principe d'une mutation d'un salarié, même hors du secteur géographique habituel ou en dehors de la zone couverte par une clause de mobilité contenue dans le contrat, pour répondre à un déplacement occasionnel nécessaire à l'intérêt de l'entreprise⁴⁶ ou en raison d'importants travaux engagés dans le magasin et justifiant sa fermeture⁴⁷, en précisant néanmoins que le salarié devait être informé préalablement, et dans un délai raisonnable, du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible⁴⁸.

Cette jurisprudence est-elle susceptible de perdurer avec la loi de sécurisation ? Sans doute dans les hypothèses où un accord de mobilité n'a pas été négocié ou en présence d'événements non prévisibles par définition. Mais pour les événements prévisibles, l'accord de mobilité devrait être privilégié et il sera nécessairement plus favorable au salarié, comme comportant des mesures d'accompagnement telles que décrites plus haut.

D'autres problématiques seront générées par le refus de la mobilité par le salarié et le traitement de ses conséquences juridiques.

⁴⁴ Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-42.648, *Revue de droit du travail* 2009, p. 32, avec nos observations.

⁴⁵ Soc., 10 décembre 2003, pourvoi n° 01-44.745, *Bull.* 2003, V, n° 313 ; Soc., 25 janvier 2005, pourvoi n° 02-41.819, *Bull.* 2005, V, n° 18 ; Soc., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-42.718.

⁴⁶ Soc., 22 janvier 2003, pourvoi n° 00-43.826, *Bull.* 2003, V, n° 15.

⁴⁷ Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-41.412, *Bull.* 2010, V, n° 31.

⁴⁸ Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 08-70.368.

B. - L'acceptation de l'accord de maintien dans l'emploi

Ainsi que l'affirme l'alinéa premier de l'article L. 5125-2 du code du travail, « pour les salariés qui l'acceptent, les stipulations de l'accord [...] sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci ». À lire cette disposition, on se demande bien ce que le salarié accepte. Il est difficile de considérer que le salarié accepte la modification de son contrat de travail, serait-ce à titre temporaire. Ainsi que l'indique le texte, les clauses contraires du contrat de travail sont « suspendues » pendant l'application de l'accord. On ne saurait pas plus véritablement soutenir que le salarié accepte simplement l'application de l'accord à son contrat de travail, car cette application procède d'abord des prescriptions de l'article L. 2254-1 du code du travail⁴⁹.

À notre sens, ce qui est demandé au salarié, c'est de renoncer à un droit, en l'occurrence celui de se prévaloir des stipulations plus favorables de son contrat de travail. Le salarié ayant renoncé à ce droit, l'accord trouve alors à s'appliquer dans toutes ses stipulations au contrat de travail, sans qu'il soit d'ailleurs besoin de passer par la « suspension » des clauses de ce contrat. En résumé, donc, la volonté du salarié est ici abdicative⁵⁰. On conviendra que la manifestation de volonté du salarié en ce sens doit être dépourvue d'équivoque. En application de l'article L. 5125-1, ce sera à l'accord lui-même de prévoir le délai et les modalités de l'acceptation ou du refus par le salarié de l'application des stipulations de l'accord à son contrat de travail. À défaut, l'article L. 1222-6 s'appliquera⁵¹.

Si le salarié est ainsi appelé à renoncer au droit de se prévaloir des stipulations plus favorables de son contrat de travail, il ne peut en revanche, conformément à une jurisprudence constante de la Cour de cassation, renoncer à une disposition du statut collectif qui lui est plus favorable⁵². C'est ici l'occasion de pointer une faille du dispositif mis en place par la loi de sécurisation de l'emploi. S'il règle l'articulation entre l'accord de maintien de l'emploi et le contrat de travail, il ne dit mot de l'articulation de l'accord avec les autres normes conventionnelles applicables dans l'entreprise. Imaginons, en effet, à titre d'exemple, qu'une prime dont la réduction ou la suppression est prévue par l'accord de maintien de l'emploi résulte, non pas du contrat de travail, mais d'une convention de branche conclue antérieurement à la loi du 4 mai 2004 ou postérieurement à elle, en interdisant la dérogation au niveau des entreprises. Dans ce cas, l'accord de maintien dans l'emploi est impuissant à supprimer ou réduire une prime que le salarié tient, non pas de son contrat de travail, mais de la convention de branche. Une problématique similaire peut surgir en cas de concours de l'accord de maintien dans l'emploi avec un autre accord d'entreprise signé antérieurement. L'issue pourrait, toutefois, être différente. En ce cas, en effet, et sous réserve que les conditions légales en soient remplies, l'accord de maintien dans l'emploi pourrait être qualifié d'accord de révision ; ce qui règle le problème.

Ainsi que nous l'avons évoqué précédemment, les salariés qui, pour reprendre les termes de la loi, accepteront l'application des stipulations de l'accord à leur contrat de travail verront leur emploi préservé ou, plus exactement, bénéficieront de l'engagement de l'employeur de maintenir leur emploi, à tout le moins si les difficultés de l'entreprise ne s'aggravent pas. Quant aux salariés ayant opté pour leur refus, leur sort est réglé par la loi : c'est le licenciement qui les attend.

2. - Le refus des accords de mobilité et de maintien dans l'emploi par le salarié

A. - Le refus de l'accord de mobilité

Aux termes de l'article L. 2242-23, alinéa 4, lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne, leur licenciement repose sur un motif économique qui est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique, ouvrant droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement prévues par l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du code du travail.

La conséquence du refus étant le licenciement du salarié, son accord est donc fortement incité par le dispositif légal, si bien qu'on peut s'interroger sur l'aspect totalement libre du consentement donné.

Par ailleurs, contrairement au texte de l'ANI qui prévoyait que la rupture du contrat du salarié refusant les mesures prévues par l'accord s'analysait « en un licenciement économique dont la cause réelle et sérieuse est attestée par l'accord », le législateur a retenu un licenciement individuel « qui repose sur un motif économique ».

La question centrale est donc de savoir si le motif économique découle directement de la loi et justifie nécessairement le licenciement du salarié qui refuse de se voir appliquer l'accord collectif de mobilité, ou si l'employeur doit justifier d'un motif économique. Mais quel serait ce motif ? En effet, les causes justificatives classiques tirées des dispositions de l'article L. 1233-3 du code du travail (difficultés économiques, nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise) ne peuvent être mobilisées dans ce contexte de mesures collectives d'organisation courantes. Comment le juge exercera-t-il son contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement

⁴⁹ V. en ce sens, G. Couturier, article précité, pp. 808 et 811. Remarquons toutefois que le paragraphe IV de l'article L. 5125-1 vise « le délai et les modalités de l'acceptation ou du refus par le salarié de l'application des stipulations de l'accord à son contrat de travail » (nous soulignons).

⁵⁰ À notre sens, la volonté du salarié pouvait produire un tel effet antérieurement à la promulgation de la loi de sécurisation de l'emploi. Il n'est en effet guère besoin de rappeler que « s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles » : 1^{re} Civ., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-13.972, *Bull.* 1998, I, n° 120. V. aussi Soc., 5 février 2002, pourvoi n° 99-45.861, *Bull.* 2002, V, n° 54.

⁵¹ La seule application de l'article L. 1222-6 n'apparaît pas pleinement satisfaisante. En effet, on peut penser qu'il convient d'indiquer aux salariés concernés ce qu'ils risquent en cas de refus de l'application de l'accord. Or, le dispositif du texte précité ne l'exige pas.

⁵² Soc., 5 juin 2001, pourvoi n° 98-46.422, *Bull.* 2001, V, n° 208 ; 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-45.911, *Bull.* 1999, V, n° 386.

s'il lui est conservé cette faculté ? La simplicité et la sécurité juridique seraient d'admettre que la loi de sécurisation a fixé un motif économique *sui generis*, lequel s'impose au juge⁵³, qui aura néanmoins un contrôle à exercer, en amont, de la validité de l'accord, ceci en vérifiant que :

- la mobilité est bien en rapport avec des mesures d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs ;
- que le contenu de l'accord est conforme aux prescriptions légales (définition de la zone d'emploi et de la zone de mobilité, mesures d'accompagnement) ;
- que la phase de concertation a eu lieu.

Selon certains auteurs, ce contrôle juridictionnel s'apparenterait au contrôle des accords de modulation⁵⁴.

Une partie de la doctrine soulève par ailleurs que l'absence de tout contrôle juridictionnel serait contraire à la convention 158 de l'OIT et, plus largement, au droit de recours à un juge (article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne)⁵⁵. En effet, l'article 4 de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) stipule qu'« un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ».

Cela suppose que le juge vérifie que la mobilité relève bien des nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Mais les mesures de gestion courante à l'origine de la mobilité peuvent-elles être considérées comme des nécessités du fonctionnement de l'entreprise ? Est-ce l'office du juge de le vérifier et de le censurer éventuellement, s'agissant d'un choix de gestion de l'entreprise ? Est-ce le souhait des partenaires sociaux et du législateur ?

S'agissant des conséquences du licenciement, le législateur a prévu que, quoique réputé être un licenciement pour motif économique, toutes les règles subséquentes à ce motif de licenciement ne sont pas appliquées, quel que soit le nombre de refus. L'employeur doit donc seulement convoquer à un entretien préalable à licenciement, sans avoir à mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), même en cas de refus d'au moins dix salariés dans une entreprise en comportant au moins cinquante. Le législateur ne précise pas davantage s'il doit consulter le comité d'entreprise dans les conditions fixées à l'article L. 2323-15 du code du travail.

Selon certains praticiens⁵⁶, le risque de fraude au PSE est donc non négligeable, et il est impératif, pour écarter toute suspicion sur un éventuel détournement du dispositif légal, que l'accord collectif soit véritablement corrélé à un événement particulier, pour bien l'inscrire dans les mesures d'organisation courantes ponctuelles et sans réduction d'effectifs, d'une part, et qu'il prévoise un volet de mesures d'accompagnement substantiel, d'autre part.

L'article L. 2243-23 du code du travail prévoit, en outre, que le licenciement du salarié qui refuse l'accord « ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 du code du travail ».

Ces mesures doivent en conséquence être négociées en amont avec les partenaires sociaux et il appartiendra au juge, en cas de litige, de vérifier que tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés pour tenter le reclassement du salarié.

Toutefois, dans un tel contexte, le reclassement n'a sans doute pas le même périmètre que le reclassement de « droit commun ». Le législateur précise en effet que l'accord « adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement ». De quels aménagements s'agit-il ? La jurisprudence autorisera-t-elle des dérogations défavorables au salarié ?

Plus généralement, d'autres questions émergeront inévitablement, du fait de la coexistence de régimes juridiques distincts au sein d'une même entreprise, avec le risque d'une violation du principe d'égalité de traitement, l'employeur ne soumettant en effet que certaines catégories de salariés à l'accord de mobilité. Ainsi, les salariés soumis à l'accord de mobilité, s'ils l'acceptent, bénéficient d'un dispositif d'accompagnement avantageux, s'ils le refusent, sont licenciés, mais pour motif économique et avec une obligation de reclassement à la charge de l'employeur. Alors que les salariés non concernés par l'accord de mobilité mais relevant d'une éventuelle clause de mobilité ne disposent, sauf dispositions conventionnelles contraires, d'aucune aide ni mesures d'accompagnement et risquent surtout, en cas de refus de la mobilité, lequel constituerait un manquement aux obligations contractuelles, un licenciement disciplinaire, éventuellement pour faute grave si y étaient associés d'autres manquements⁵⁷. L'employeur, en concertation avec les partenaires sociaux, devra donc être très prudent dans ses choix de catégories de salariés à soumettre ou non à l'accord collectif et être en mesure de justifier de critères objectifs et non discriminatoires sur ce point.

En conclusion, le nouveau dispositif légal soulève tant de questions qu'il contribue finalement, et contrairement à son objectif annoncé, à une certaine insécurité juridique favorable au développement du contentieux, alors que les signataires de l'ANI cherchaient une certaine déjudiciarisation de ces événements dans la vie d'une entreprise. Il appartiendra aux juges, saisis de ces contentieux, de garder à l'esprit cette volonté des partenaires sociaux et du législateur de permettre aux entreprises une meilleure anticipation des évolutions du marché et des technologies, en introduisant souplesse et fluidité dans la gestion des ressources humaines, tout en sécurisant les parcours professionnels des salariés.

⁵³ Christophe Radé, commentaire de l'article 15 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, sur la mobilité interne, *Hebdo, édition sociale*, n° 535, du 11 juillet 2013.

⁵⁴ Soc., 23 septembre 2009, *RJS* 2009, n° 944 ; Paul-Henri Antonmattei, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer », *Droit social* 2013.

⁵⁵ Pascal Lokiec, « L'ANI à la lumière du droit social international et européen ».

⁵⁶ Maître Yasmine Tarasewicz, avocate associée, Proskauer, conférence de l'AFDT sur les mobilités, Cour de cassation, 31 janvier 2014.

⁵⁷ Soc., 23 janvier 2008, pourvoi n° 07-40.522, *Bull.* 2008, V, n° 19 ; Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 08-44.593.

Mais, selon un auteur, « il y aurait sans doute beaucoup d'illusions à tenter de construire un modèle de sécurisation qui ne tienne pas compte des solutions acquises par la jurisprudence, moins d'ailleurs parce que cette dernière serait immuable que parce que les décisions de justice révèlent les difficultés concrètes rencontrées dans les entreprises et permettent de mesurer les résistances susceptibles d'apparaître dans le processus »⁵⁸.

B. - Le refus de l'accord de maintien dans l'emploi

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article L. 5125-2 du code du travail, « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique [...] ». Cette disposition, qui a d'ores et déjà fait couler beaucoup d'encre, est lourde d'incertitudes.

Tout d'abord, et cela a été pertinemment relevé par un auteur⁵⁹, la loi laisse dans l'ombre la situation des salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, dont on sait qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un licenciement. Partant, soit on considère qu'ils peuvent refuser l'application de l'accord en toute impunité, soit, ce qui est plus vraisemblable, que l'accord ne leur est pas applicable.

Doit ensuite être posée, comme précédemment pour les accords de mobilité, la question de l'interprétation à donner à la formule selon laquelle le licenciement « repose sur un motif économique ». Ce faisant, et pour reprendre une distinction doctrinale bien connue⁶⁰, le législateur s'est-il uniquement prononcé sur la cause qualificative du licenciement ou a-t-il, en sus, pris parti sur sa cause justificative, de ce fait irréfragablement présumée ? On s'accordera, avec d'autres auteurs s'étant penchés sur le problème, pour considérer que le texte ne fait ici qu'œuvre de qualification et que le juge conserve le pouvoir de contrôler la cause réelle et sérieuse du licenciement prononcé⁶¹. L'intention du législateur⁶² mais aussi quelques exigences résultant d'engagements internationaux de la France militent nettement en ce sens⁶³.

Au demeurant, la qualification du licenciement n'allait pas de soi. Sans doute, la qualification de licenciement pour motif personnel ne pouvait être en aucune façon retenue. Mais celle de licenciement pour motif économique n'était pas plus évidente, au regard de la cause matérielle de ce licenciement, telle qu'elle figure à l'article L. 1233-3 du code du travail. On serait en effet bien en peine de déceler une suppression ou transformation d'emploi, ou encore, nous l'avons indiqué précédemment, une modification refusée par le salarié d'un élément essentiel de son contrat de travail. Le licenciement est donc qualifié d'économique par détermination de la loi, et non, de notre point de vue, par application de l'article L. 1233-3.

Etant admis que la cause réelle et sérieuse du licenciement pourra être contrôlée par le juge, il convient maintenant de se demander quel motif sera de nature à le justifier. À notre sens, et dans la mesure où est en cause un licenciement pour motif économique, on ne peut faire autrement que s'en remettre aux prescriptions de l'article L. 1233-3 du code du travail, en sollicitant, de manière bienvenue et, sans doute, commode, l'adverbe « notamment ». À cet égard, le licenciement pourrait alors être fondé sur les « graves difficultés économiques conjoncturelles » ayant, en amont, justifié la signature de l'accord de maintien de l'emploi. Cet accord ne pouvant avoir d'autre périmètre que l'entreprise⁶⁴, les « graves difficultés économiques conjoncturelles » devraient être nécessairement appréciées à ce même niveau, sans que la notion de secteur d'activité puisse ici être sollicitée.

Si cette interprétation devait être retenue, le contrôle du juge pourrait toutefois conduire à une situation problématique, dès lors que serait constatée l'absence de « graves difficultés économiques conjoncturelles ». À l'évidence, un tel constat conduirait à ôter au licenciement prononcé sa cause réelle et sérieuse. Mais ne remettrait-il pas en cause, par là-même, la validité de l'accord de maintien de l'emploi, dont on a vu qu'il est lui-même lié à de telles difficultés ? Cela n'est pas inéluctable, dans la mesure où le juge doit, pour apprécier la validité du licenciement, se placer à la date où il est prononcé⁶⁵. Il conviendrait donc de distinguer un contentieux relatif à la validité du licenciement et un contentieux susceptible de porter sur la validité de l'accord, un salarié pouvant être à l'origine de l'un ou de l'autre⁶⁶. Le constat de l'absence par le juge de « graves difficultés économiques conjoncturelles » emporterait des effets très différents. La seule contestation du motif du licenciement entraînerait, ainsi qu'il a été dit, son absence de justification. En revanche, les conséquences de la contestation, pour les mêmes raisons, de la validité de l'accord lui-même pourraient être plus lourdes. L'accord n'étant pas conforme aux exigences légales⁶⁷, la mise à l'écart des règles habituellement applicables en matière de licenciement pour motif économique n'aurait plus lieu d'être. Par suite, il pourrait être fait reproche à l'employeur, si ses conditions

⁵⁸ Pierre-Yves Verkindt, « Sécurisation des parcours professionnels et mobilité dans l'entreprise », *Semaine Sociale Lamy* 2008, n° 1348.

⁵⁹ G. Loiseau, article préc., n° 15.

⁶⁰ J. Pélissier, « La cause économique du licenciement », *RJS* 1992, p. 527.

⁶¹ V., dans le même sens, G. Loiseau, *op. cit.*, n° 15 ; G. Couturier, *op. cit.*, p. 812. V. aussi, D. Baugard, « Le droit international et européen dans le processus : prévenir les risques d'inconventionnalité », in *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi. Le passage de l'accord à la loi*, ss. la direc. de G. Couturier et J.F. Akandji-Kombé, IRJS éditions, 2013, p. 27, spéc., n° 40 et s.

⁶² Le législateur n'a, en effet, pas fait sienne la formule de l'ANI qui visait un licenciement économique « dont la cause réelle et sérieuse est attestée par l'accord précité », afin d'éviter toute contradiction avec des normes européennes et internationales (G. Couturier, *op. cit.*, p. 812).

⁶³ On songe, notamment, aux articles 8-1 et 9-1 de la Convention n° 158 de l'OIT, qui disposent respectivement qu'« un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre » et que « les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente Convention devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié ». V., sur ces exigences, l'article précité de D. Baugard.

⁶⁴ V. *supra*.

⁶⁵ Soc., 26 mars 2002, pourvoi n° 00-40.898, *Bull.* 2002, V, n° 106.

⁶⁶ C'est ici l'occasion de rappeler que la Cour de cassation a, par le passé, décidé que « tout salarié qui y a intérêt est recevable à invoquer le caractère illicite d'une clause d'une convention collective qui lui est applicable » ; Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-46.179, *Bull.* 2008, V, n° 187.

⁶⁷ Ce qui, nous l'avons indiqué, devrait entraîner la nullité de l'accord. On peine à concevoir que l'accord puisse continuer à produire certains effets, compte tenu, notamment, de l'indivisibilité de ses stipulations.

de mise en place en sont remplies, de n'avoir pas établi de plan de sauvegarde de l'emploi. Or, on le sait, en l'absence d'un tel acte juridique, les licenciements ne sont pas simplement sans cause réelle et sérieuse, ils sont nuls.

Mais, ne peut-on pas songer à trouver ailleurs la cause du licenciement, en considérant qu'elle réside, plus simplement dira-t-on, dans le refus de l'application de l'accord de maintien de l'emploi ? L'adverbe « notamment » de l'article L. 1233-3 semble, là encore, autoriser le recours à cette cause justificative⁶⁸. Cette interprétation marquerait un certain rapprochement avec la solution retenue par la Cour de cassation en matière d'accords de réduction du temps de travail. On se souvient en effet que, dans un arrêt en date du 23 septembre 2009, évoqué précédemment, il a été décidé que « si le refus par le salarié d'accepter la modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre d'un accord de modulation constitue, en application de l'article 30, II, de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, alors applicable⁶⁹, une cause réelle et sérieuse de licenciement, c'est à la condition que cet accord soit conforme aux dispositions de l'article L. 212-8 du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur ». Cette décision ne doit cependant pas être par trop sollicitée dans la situation qui nous intéresse. Il faut tout d'abord rappeler qu'elle a été rendue sur le fondement d'un texte de loi spécial, excluant explicitement la qualification de licenciement pour motif économique. Ensuite, et il faut le redire, le salarié confronté à un accord de maintien de l'emploi n'accepte ni ne refuse véritablement une modification de son contrat de travail résultant de la mise en œuvre de cet accord.

De façon plus générale, considérer que le licenciement est causé par le refus de l'application de l'accord de maintien de l'emploi revient en réalité à admettre, ainsi qu'il a été dit, qu'il est fondé sur la renonciation à un droit. On admettra que c'est là chose troublante, d'une part, au regard des prescriptions de l'article L. 1233-3 du code du travail et parce que, d'autre part, cela revient à considérer que le licenciement est fondé sur l'exercice d'un droit. Par ailleurs, si la cause précitée devait être retenue, le contrôle du juge serait réduit à la portion congrue, puisqu'il lui appartiendrait uniquement de vérifier que le salarié a refusé l'application de l'accord. Il pourrait être toutefois soutenu que, dans ce cas, devrait aussi être contrôlée la validité de l'accord de maintien de l'emploi et, particulièrement, les circonstances économiques exigées lors de sa conclusion. Mais, ce faisant, n'en reviendrait-on pas alors à la stipulation de l'ANI, dont on a vu qu'il prévoyait que la cause réelle et sérieuse du licenciement est attestée par l'accord⁷⁰ ? Or, le législateur a résolument souhaité écarter ce raisonnement discutable.

Les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 5125-2 font naître une dernière difficulté, en indiquant que le licenciement des salariés ayant refusé l'application de l'accord de maintien de l'emploi est « prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique ». L'objectif poursuivi est ici évident. Il s'agit d'éviter la mise en œuvre des règles relatives aux licenciements économiques collectifs et, spécialement, d'exclure l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Les salariés dont le contrat de travail sera rompu ne seront cependant pas privés de toutes mesures d'accompagnement, qui devront être prévues par l'accord.

La mise à l'écart de la procédure des grands licenciements collectifs à laquelle aboutit le texte précité pose immanquablement la question de sa conformité à certaines normes européennes et internationales et, plus particulièrement, à la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs. Au terme de l'article 2.1 de ce texte, « lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord ». L'article 2.2 de cette même directive dispose quant à lui que « les consultations portent au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés ».

Ainsi que l'a expliqué avec mesure un auteur⁷¹, il n'est pas du tout certain que le dispositif relatif aux accords de maintien de l'emploi soit en contradiction avec ces exigences. Conçu comme un moyen d'éviter les licenciements, ces accords sont, nous l'avons relevé, conclus avec les représentants du personnel, tenus informés de la situation de l'entreprise dès l'ouverture des négociations⁷². En outre, l'accord doit comporter des mesures d'accompagnement. Notons que celles-ci ne peuvent être que des mesures de reclassement externes puisque, faut-il le rappeler, l'emploi des salariés ayant refusé l'application de l'accord n'est pas, au moins à ce stade, menacé d'être supprimé.

En tout état de cause, alors même qu'il serait admis que le texte précité entre en contradiction avec les dispositions de la directive européenne, on sait que celle-ci est dépourvue d'effet horizontal direct, sans que, cela a été confirmé récemment, le recours à l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne permette de remédier à cela⁷³.

⁶⁸ V. en ce sens, à propos des accords de mobilité interne, P.-A. Antonmattéi, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer ! », *Droit social* 2013, p. 794, spéc., p. 795.

⁶⁹ Devenu l'article L. 1222-8 du code du travail.

⁷⁰ Ainsi que l'a relevé M. Baugard, cette stipulation n'exclut nullement un contrôle juridictionnel, qui aurait pu porter sur la « régularité » ou la « validité » de l'accord de maintien de l'emploi. En conséquence, il n'était pas du tout certain qu'une telle disposition soit contraire aux engagements internationaux de la France (*op. cit.*, n° 40).

⁷¹ D. Baugard, article précité, p. 48.

⁷² À tout le moins lorsqu'il s'agit des syndicats de salariés (*v. supra*).

⁷³ Cour de justice de l'Union européenne, 15 janvier 2014, association de médiation sociale : *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11, Chron. P. Rodière.

Retranscription des débats de la deuxième table ronde : accords de mobilité

Intervenants :

Gilles Auzero
Jean-Denis Combrexelle
Pascal Lokiec
Antoine Lyon-Caen
Hélène Masse-Dessen
Nicolas Moizard
Laurence Pécaut-Rivolier
Marc Véricel

M. Véricel, professeur :

Je me posais une question concernant le contrôle du juge sur le domaine d'application des accords de maintien dans l'emploi. La loi réserve la faculté de conclure ces accords à des circonstances économiques suffisamment graves et conjoncturelles. Supposons qu'il y ait conclusion d'un accord dans des circonstances qui ne sont pas finalement aussi graves que ne l'exige le texte. Un syndicat n'ayant pas signé l'accord demande au juge la nullité de l'accord conclu, en invoquant donc le non-respect du domaine d'application. Le juge va-t-il se sentir compétent pour annuler l'accord, avec toutes les conséquences que cela peut entraîner ? Ne va-t-il pas considérer que la définition légale est à l'appréciation des partenaires sociaux, s'ils ont accepté de négocier ? Est-ce que ça ne couvre pas en quelque sorte l'irrégularité, ou est-ce qu'on ne peut pas considérer que la condition liée au champ d'application relève en fait de l'appréciation des négociateurs ?

M. Auzero, professeur :

Mais, dans ce cas, il y aurait confirmation d'un acte nul *a priori*. Je ne vois pas comment le diagnostic partagé, le fait que les syndicats aient signé, valide l'accord, si les circonstances exigées par la loi ne sont pas remplies. Ce serait un peu troublant. La loi pose clairement des règles, des circonstances et des exigences qui, encore une fois, relèvent du droit commun. Un accord collectif, c'est un contrat, donc lorsqu'un acte juridique est soumis à des conditions de validité et que ces conditions de validité ne sont pas remplies, l'acte est nul et la nullité doit être prononcée. Ce d'autant plus que l'acte est porteur de multiples conséquences. Comment pourrait-on admettre que ces conséquences se développent sur le fondement d'un acte nul ? Certes, on pourrait soutenir le contraire au motif qu'il y a accord sur le diagnostic, encore que le diagnostic partagé ne peut se concevoir que lorsque les syndicats interviennent, parce que, lorsque l'on négocie avec un salarié mandaté ou un représentant élu, il n'y a pas ce diagnostic. On peut aussi hésiter sur la sanction de la nullité, très lourde. Mais quelle autre sanction appliquer ? Une disqualification, comme on l'a vu parfois sur un accord atypique valant engagement unilatéral ? Ici, cela n'aurait aucun sens, puisque l'objet même de l'accord, c'est justement ces engagements indivisibles, d'un côté comme de l'autre. Une inopposabilité ? Cela paraît peu adapté.

M. Combrexelle, conseiller d'État :

Il y a eu, depuis la loi du 14 juin, trois accords de maintien dans l'emploi. On peut supposer que les syndicats qui se sont engagés, qui, par hypothèse, sont majoritaires et qui connaissent l'impact de l'accord sur le temps de travail des salariés, ont vérifié que l'entreprise se trouvait dans une situation économique grave.

Bien sûr, il y a le rôle du juge, mais, avant le rôle du juge, il y a la responsabilité des partenaires sociaux qui signent un accord de maintien dans l'emploi. Et la signature des syndicats me semble la première garantie pour les salariés.

M. Auzero, professeur :

Un collègue a relaté l'exemple d'un accord de maintien dans l'emploi signé par des syndicats majoritaires qui visiblement n'a pas satisfait tous les salariés.

M. Combrexelle, conseiller d'État :

J'insiste beaucoup sur la question de la responsabilité. Quand des syndicats qui sont représentatifs, dont la représentativité est calculée par rapport à des élections donc au vote des salariés, il faut le prendre en compte, même si évidemment, dans un contexte de difficultés économiques, tout n'est bien sûr pas idéal.

Il y a des enjeux qui sont très importants et la seule garantie ne peut pas être le juge, même si son rôle est réel.

M. Auzero, professeur :

Je suis d'accord avec vous, mais reste la possibilité de négociation d'accords dérogatoires. Ça ne peut pas être plus dangereux quand c'est un simple salarié mandaté dans une toute petite entreprise, même si on peut penser qu'il sera épaulé par l'appareil syndical qui l'a mandaté.

C'est cependant là que le contrôle du juge devient plus important.

M. Lokiec, professeur :

Pour prolonger la question de Marc Vericel, je me demande s'il ne faut pas envisager, en présence d'accords de maintien de l'emploi qui ne répondent pas à certaines conditions légales, une sanction autre que la nullité : la requalification en accord collectif de droit commun. Je pense à l'accord PSA, qui n'engage pas le groupement automobile à maintenir les emplois, mais à ne pas fermer de site, à créer des nouveaux modèles. N'est-on pas en présence d'un accord de compétitivité davantage que d'un accord de maintien de l'emploi ? Avec pour conséquence l'application pleine et entière de la législation sur les licenciements économiques : plan de sauvegarde de l'emploi, information-consultation au titre du livre I...

On pourrait rencontrer une autre difficulté de frontière, avec les accords de réduction du temps de travail issus de l'article 30 de la loi Aubry, aujourd'hui prévus à l'article L. 1222-8. Cet article n'a curieusement pas été abrogé par la loi LSE, alors que cela avait été envisagé il y a quelques temps, à l'époque de la loi Warsmann. Les licenciements issus d'un tel accord sont eux aussi dérogatoires, mais leur régime n'est pas exactement le même que celui des licenciements consécutifs au refus d'un accord de maintien de l'emploi au sens de la loi nouvelle.

M. Moizard, professeur :

Sur ces accords de mobilité interne, le contrôle sera très différent en fonction du contexte de l'entreprise et de l'évolution du contexte économique, que devra vérifier sans doute le juge, qui ne pourra ignorer la proximité avec les procédures de plan de sauvegarde sur l'emploi. Et il y a un deuxième frein dans cette mobilité interne, dans une entreprise à établissements multiples, c'est souvent aussi que les chefs d'établissement ont du mal à accepter que certaines de leurs compétences quittent l'établissement, ce qui, naturellement, empêche que la mobilité soit véritablement effective. Quelquefois, on a le sentiment que les chefs d'établissement ont un petit peu la propriété des compétences de leurs salariés et seront donc réfractaires à les intégrer dans le plan de mobilité.

M. Combrexelle, conseiller d'État :

Peut-être un point sur ce qui a été dit sur les questions des salariés qui sont proches du SMIC. L'idée était de résoudre le fait que justement ils avaient des salaires très bas. Il était donc important de préciser que si contrepartie il y avait à l'absence de licenciement, ces salariés-là ne devaient pas être concernés et être affectés éventuellement par les mesures salariales prévues dans l'accord de maintien dans l'emploi. Mais, en aucun cas, il ne pouvait être question de laisser supposer que ces salariés, parce qu'ils n'étaient pas concernés par les mesures de salaire, pouvaient être licenciés. Le texte précise simplement qu'il ne peut pas être descendu en dessous du SMIC, ce qui est évident - encore que d'autres pays de la Communauté européenne ont d'autres pratiques - et protège les bas salaires.

Il fallait chercher à les protéger, mais sans que cela ne signifie qu'ils pouvaient être plus facilement ou moins facilement licenciés que les autres.

Mme Pécaut-Rivolier, conseillère référendaire :

Vous nous avez dit qu'il y avait eu trois accords de maintien dans l'emploi qui ont été signés depuis la loi, est-ce qu'on a des chiffres en matière d'accord de mobilité ?

M. Combrexelle, conseiller d'État :

Non, car ce sont des chiffres plus délicats à obtenir, d'autant que cela s'entrecroise avec les dispositions des GPEC. La remontée d'information est donc plus difficile. Mais vous pourrez poser la question à Laurent Villebœuf, DIRECCTE d'Île-de-France, qui vient cet après-midi et qui a dans son ressort beaucoup des grands groupes.

Il y a à la fois des statistiques administratives - puisque les accords sont déposés dans les DIRECCTE - puis, ensuite, les statistiques du contentieux. S'agissant des accords de mobilité interne, je pense que, s'agissant d'accords faits par des grands groupes, dans des conditions généralement très favorables, il n'y aura pas beaucoup de contentieux. D'ailleurs, ce n'est que la continuité des accords de GPEC, dans lesquels les entreprises ne s'engagent pas à la légère, et qui ne génèrent quasiment pas de contentieux.

M. Lyon-Caen, professeur :

Une remarque et une question.

La remarque : ce qui est curieux, c'est la tendance actuelle au pullulement de contrats collectifs spéciaux. C'est un phénomène nouveau. En attendant M. Auzero et Mme Wurtz, on se dit que nécessairement, à un moment donné, ce foisonnement d'accords spécifiques aux règles particulières va poser un problème de cohérence, d'articulation avec les accords généraux, et particulièrement avec les accords de branche, notamment parce qu'on a beaucoup encouragé, dans le cadre de la négociation de branche, la création de revenus annuels minimums. Avec ces accords particuliers, que deviennent ces accords de branche ? C'est peut-être le mode de fabrication de ces règles qui fait que, pour répondre à un besoin précis, on crée un accord spécifique, sans se rendre compte que la cohérence générale de la négociation collective peut être mise en forte difficulté.

La question : je vous la pose, M. Combrexelle, parce que vous avez été un observateur privilégié de ces négociations, c'est mon étonnement face à l'immobilisme de tous - personne n'est responsable, donc tout le monde l'est - face aux structures imposées par les entreprises. Comment peut-on justifier que le cadre

d'élaboration de ces accords - et vous venez vous-même d'évoquer les grands groupes - soit l'entreprise, alors que, de manière spontanée, on se rend compte que le cadre n'est pas celui de l'entreprise, mais le groupe, ou le réseau d'entreprises, peu importe le terme. Pourquoi est-on resté dans un cadre aussi rigide, et cette question vaut pour bien d'autres dispositions de la loi, notamment les conseils d'administration ? On sait bien pourtant que le pouvoir n'est pas forcément dans la société commerciale concernée, mais peut être dans d'autres sphères.

M. Combrexelle, conseiller d'État :

Je vous remercie de poser la question. Ma réponse rejoint celle que j'ai faite à la précédente question. Lorsqu'il y a eu la fameuse prime sur les dividendes - quoiqu'on pense du fond -, la question posée au plan juridique était de savoir comment appréhender les dividendes qui vont dans les groupes. On s'est alors aperçu qu'en réalité, il y avait une telle diversité de situations dans la notion de groupe en France qu'il était impossible d'en donner une définition légale unique et claire. C'est ici la limite de la règle de droit générale et précise, dans le champ du travail. Et là que le renvoi à la négociation prend toute son utilité, son caractère indispensable.

Pour répondre à votre question, il y a un moment où définir un périmètre exact n'est tout simplement pas possible. C'est d'ailleurs la même chose pour la base de données. Cela suppose en amont une réflexion sur les orientations, sur l'organisation et la structure de l'entreprise en cause, qui se fait entre DRH et partenaires sociaux. Il ne faut pas penser que le législateur pourrait faire une règle unique.

Y a-t-il trop de négociations au niveau de l'entreprise ? Peut-être. C'est d'ailleurs pour cela que, pour la base de données, on essaie à titre expérimental de regrouper les thèmes de négociations d'entreprise pour que les choses soient plus simples, plus claires. D'autant que les thèmes forment en réalité un ensemble. Et que les syndicats ont besoin d'expertise dans ces négociations de plus en plus complexes, et il faut qu'ils puissent avoir des outils de clarification, surtout dans le tissu des entreprises, nombreuses, qui ne font pas partie de grands groupes.

M^e Masse-Dessen, avocat aux Conseils :

Je voudrais rebondir sur ce qui a été dit, en me plaçant du côté des parties.

Lorsqu'on souhaite contester une mesure, on se trouve face à un certain nombre de difficultés qui s'accumulent :

- la première, l'effet de seuil : il faut savoir si on est dans le champ d'application de la mesure en fonction de ces seuils ;
- la deuxième, trouver un interlocuteur : qui est celui qui est responsable, qui est à l'origine réelle de la mesure ?
- la troisième, trouver un interlocuteur solvable, car il faut parfois pouvoir dépasser la personnalité morale apparente.

Il faut ainsi agir utilement, dans le bon cadre, à l'égard d'interlocuteurs qui ont le pouvoir de répondre et qui sont solvables. Or, l'accumulation des types d'accords, comme l'indique très justement Antoine Lyon-Caen, fait que certaines procédures ou négociations n'ont aucune réalité.

S'ajoute à cela la question du temps : au moment où s'engage la procédure ou la négociation, existe un interlocuteur qui présente les conditions requises, mais qui disparaît ensuite.

Ces systèmes de négociation complexes font que, très souvent, le contentieux ne peut même pas exister, en tous cas de manière effective.

C'est pourquoi les questions que vous avez posées doivent être réglées très très vite, pour que l'énergie des accords ne soit pas toute entière mobilisée vers la recherche du bon interlocuteur et du champ pertinent.

La responsabilité de contester l'accord lui-même, avec ses conséquences lourdes, nécessite de franchir ces marges d'incertitude, de ne pas laisser chacune des parties rechercher quel est le bon niveau, la bonne structure, les bonnes personnes.

M. Combrexelle, conseiller d'État :

C'est vrai, sauf que, comme je l'indiquais, ni l'État, ni le législateur, ni les partenaires sociaux n'ont la capacité, au regard de la diversité d'organisation des entreprises, de définir par une norme unique où est le pouvoir. Certains groupes sont très centralisés, d'autres très décentralisés. C'est donc effectivement une question fondamentale, mais je crois que la réponse n'appartient pas au législateur, à qui il incombe en réalité de trouver un système qui permette ensuite, en fonction de chaque situation, de déterminer le lieu de pouvoir. Je reconnais que ce n'est pas simple.

Table ronde n° 3

Fonctionnement des institutions représentatives du personnel

Intervenants :

Nathalie Sabotier, conseiller référendaire

Georges Borenfreund, professeur des universités

Intervention Nathalie Sabotier

Il est admis, s'agissant de l'interprétation de la loi du 20 août 2008 ayant transposé la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité syndicale, que la chambre sociale a globalement respecté la volonté des partenaires sociaux. Les décisions rendues sur certaines questions ont cependant suscité une certaine incompréhension, telles celles relatives au périmètre de désignation des délégués syndicaux, née sans doute de ce que certaines dispositions avaient été élaborées « à jurisprudence constante », tandis que, le dispositif légal lui-même ayant changé, la jurisprudence ne pouvait elle-même qu'évoluer. C'est peut-être ce qui a fait naître l'idée du thème de ces Rencontres, et en particulier celui relatif au « *fonctionnement des institutions représentatives du personnel et la loi de sécurisation de l'emploi : jurisprudence du passé, jurisprudence de l'avenir* ».

Je m'attacherai donc à décrire sommairement les changements opérés par la loi du 14 juin 2013 s'agissant du fonctionnement des institutions représentatives du personnel en recherchant dans la jurisprudence passée, entendue ici au sens large comme comprenant à la fois les décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation évidemment, mais aussi plus globalement ce qui a trait à l'expérience du juge, et ainsi donner quelques pistes sur ce que pourrait être la jurisprudence dans l'avenir.

J'ai choisi de traiter en premier lieu du fonctionnement nouveau du comité d'entreprise, qui s'entend ici d'une partie des moyens d'action de cette instance, désormais fortement encadrés. Je dirai ensuite quelques mots de cette nouvelle institution qu'est l'instance de coordination des CHSCT.

Le professeur Georges Borenfreund analysera quant à lui les fonctions du comité d'entreprise à l'aune des innovations issues de la loi nouvelle (la consultation sur les orientations stratégiques, la base de données économiques et sociales...), puis, dans une perspective plus large, examinera la place du comité dans les relations sociales d'entreprise, en particulier dans la négociation collective d'entreprise.

A. - Le fonctionnement nouveau du comité d'entreprise

1. - Un bouleversement sur la forme. Les articles L. 2323-3 et L. 2323-4 nouveaux du code du travail prévoient que l'exercice de ses attributions consultatives par le comité d'entreprise est désormais enfermé dans **des délais**, qui, auparavant, devaient être « *suffisants* ». Ces délais de consultation sont aujourd'hui, sauf meilleur accord des partenaires sociaux, strictement encadrés¹.

Les articles R. 2323-1 et R. 2323-1-1, issus du décret du 27 décembre 2013, prévoient ainsi que le comité d'entreprise est réputé avoir été consulté et avoir émis un avis négatif à l'expiration d'un délai d'**un mois**, qui court à compter de la communication par l'employeur des informations prévues par le code du travail ou de l'information de leur mise à disposition dans la base de données. En cas d'intervention d'un expert, le délai est porté à **deux mois**, et à **trois mois** en cas de saisine d'un ou plusieurs comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Le délai est enfin porté à **quatre mois** en cas de saisine de l'instance de coordination des CHSCT, que le comité d'entreprise soit ou non assisté d'un expert. La précision est d'importance : *a priori*, les délais ne se cumulent pas.

Les décisions rendues sous l'empire des anciens textes n'étaient pas très éloignées de cette conception des délais suffisants. Ainsi, la chambre sociale, si elle a condamné les hypothèses où il avait été laissé aux représentants du personnel une journée², ou encore une semaine, après la transmission des informations écrites et précises³, a considéré comme suffisant un délai de deux mois et demi laissé à un comité d'entreprise pour recourir à une expertise et formuler son avis⁴.

Ce qu'on peut dire également de ce nouveau dispositif, c'est que si les délais suffisants laissés au comité d'entreprise pour rendre son avis sont clairement déterminés, leur point de départ, qui va pourtant devenir fondamental, n'est pas entouré d'un grand formalisme par les textes.

Il reviendra donc à la jurisprudence de préciser selon quelles formes la remise de l'information doit intervenir afin de faire courir le délai de consultation. À l'évidence, c'est l'employeur qui aura intérêt, en l'occurrence, à se

¹ Voir sur ce point notamment « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtir une culture de la confiance ? », *Droit social* 2013, p. 717, par Frédéric Géa ; « Vers un nouveau droit du travail ? À propos de la loi du 14 juin 2013 », *La Semaine juridique, édition générale*, n° 29, 15 juillet 2013, étude par Bernard Teyssie.

² Soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.291, *Bull.* 2008, V, n° 253 ; Soc., 12 septembre 2007, pourvoi n° 06-13.667, *Bull.* 2007, V, n° 125.

³ Soc., 16 avril 1996, pourvoi n° 93-15.417, *Bull.* 1996, V, n° 163.

⁴ Soc., 30 septembre 2009, pourvoi n° 07-20.525, *Bull.* 2009, V, n° 217 ; Soc., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-17.484, dans une affaire où un accord d'entreprise réglementait les délais de consultations du comité d'entreprise.

ménager la preuve de la remise des informations qui leur seront nécessaires aux membres du comité d'entreprise. Cette remise pourra intervenir avec l'envoi (individuel) de la convocation et/ou de l'ordre du jour (au moins trois jours avant la réunion), par remise en main propre contre récépissé. Cette formalité semble constituer une preuve suffisante et certaine de la date de la remise. Il semble que la remise pourra encore intervenir par lettre recommandée avec accusé de réception, auquel cas il apparaît que c'est la réception qui fera courir le délai, ou au cours d'une réunion « préparatoire » du comité, la remise étant alors mentionnée au procès-verbal.

Quoi qu'il en soit, le réel bouleversement vient de ce que ces délais sont des délais préfix, ainsi que l'ont entendu les partenaires sociaux. L'article 12, paragraphes 4 et 5, de l'accord du 11 janvier 2013 qualifie en effet de préfix le délai laissé au comité d'entreprise pour émettre son avis : « Les demandes d'information ou d'éclaircissement ne doivent en aucun cas conduire à empêcher la bonne marche de l'entreprise, y compris le fonctionnement des organes de gouvernance [...]. À cet effet, compte tenu de l'exhaustivité des informations à disposition des IRP figurant obligatoirement dans le document unique prévu ci-dessus, un délai préfix est laissé aux IRP par le code du travail - sauf accord entre l'employeur et l'IRP concernée - pour faire connaître leur avis. Ce délai préfix doit être suffisant pour permettre aux IRP d'obtenir les réponses de l'employeur à leurs questions et au besoin d'obtenir du juge des référés qu'il statue sur la remise par l'employeur des éléments d'information que les IRP estimeraient manquants. L'absence d'avis des IRP vaut avis négatif.

5/ Outre les cas de recours à l'expertise prévus par le code du travail à la date d'entrée en vigueur du présent accord, dans lesquels celle-ci est organisée, en l'absence d'accord entre l'IRP concernée et l'employeur, dans des délais préfix, débutant à la date de désignation de l'expert et auxquels il ne peut être dérogé sous aucune condition [...]. Ces délais préfix doivent être d'une durée suffisante pour permettre la prise en compte des informations nécessaires à l'expertise fournis par l'employeur et au besoin d'obtenir du juge des référés qu'il statue sur la remise par l'employeur des éléments d'information que les IRP estimeraient manquants ».

Le délai préfix se définissant comme un bref délai n'étant susceptible ni de suspension ni d'interruption, le législateur a ainsi retranscrit cette exigence dans la loi du 14 juin 2013 : « *Les membres élus du comité peuvent, s'ils estiment ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Le juge statue dans un délai de huit jours.*

Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis. Toutefois, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité d'entreprise, le juge peut décider la prolongation du délai prévu à l'article L. 2323-3 ».

Même s'il est bien difficile de déterminer les caractéristiques communes des délais préfix, « *l'un des grands mystères du droit français* »⁵, la particularité du présent délai, qui n'est pas susceptible d'interruption ou de suspension, fût-ce par la saisine de la juridiction, a tout de même de quoi surprendre.

Une telle procédure est en effet à notre connaissance totalement inédite en droit civil. Les seuls autres délais pour lesquels la saisine du juge n'entraîne pas la suspension du délai sont le plus souvent relatifs aux hypothèses de privation ou restriction de liberté. Ainsi par exemple de l'article L. 552-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile⁶.

Un parallèle peut en outre être fait entre cette procédure et un précédent malheureux... La loi de 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire comportait en effet une disposition aux termes de laquelle, si la cour d'appel ne s'était pas prononcée dans un certain délai, le jugement acquerrait automatiquement autorité de chose jugée et ne devenait plus susceptible de pourvoi en cassation. Cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle comme méconnaissant le principe d'égal accès des citoyens à la justice⁷...

Un dispositif inédit qui, au surplus, laisse particulièrement perplexe s'agissant du délai donné au juge pour statuer... Indépendamment même des difficultés matérielles auxquelles sont confrontées les juridictions, et qui sont bien réelles, on sait en effet qu'en huit jours il est difficile d'organiser un débat contradictoire et d'obtenir une décision sur des questions aussi complexes, même en référé.

Au cours des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 14 juin⁸, un député avait d'ailleurs proposé de supprimer la disposition selon laquelle la saisine du juge n'interrompt pas le délai. Cet amendement a été rejeté, le rapporteur faisant la réponse suivante : « *Vous suggérez que le délai de huit jours était insuffisant pour les juges. Il est vrai que la justice judiciaire est un peu "embolisée", mais elle est capable de traiter des contentieux rapidement : récemment, lors d'un contentieux relatif à une crémation, en quinze jours ont été rendus un jugement en première instance, un jugement en appel, un jugement en cassation et un second jugement en appel* ».

J'ouvre une parenthèse à propos de l'exemple qui est donné, pour préciser que, selon l'article 1061-1 du code de procédure civile, « *En matière de contestation sur les conditions des funérailles, le tribunal d'instance est saisi à la requête de la partie la plus diligente selon un des modes prévus à l'article 829. Il statue dans les vingt-quatre heures. Appel peut être interjeté dans les vingt-quatre heures de la décision devant le premier président de la cour d'appel. Celui-ci ou son délégué est saisi sans forme et doit statuer immédiatement. [...]* ».

Le député insiste : « *Comment, monsieur le rapporteur, prolonger un délai déjà expiré ?* » Réponse : « *Le juge peut, dès sa saisine, prolonger le délai [...]* ».

⁵ « L'énigme des délais préfix » : rapport d'information n° 338, « Pour un droit de la prescription moderne et cohérent », par MM. Hyest, Portelli et Yung, au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois, déposé le 20 juin 2007.

⁶ Pour une hypothèse d'application, voir par exemple 1^{re} Civ., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-65.219.

⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises.

⁸ Voir le rapport n° 847 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi par Jean-Marc Germain, p. 153.

Reprenons : le texte prévoit d'abord une saisine « *en la forme des référés* ». La décision sera donc une décision au fond, bénéficiant de l'autorité de la chose jugée. La procédure est donc en principe orale et la représentation par avocat, non obligatoire⁹.

On peut toutefois se demander si la forme ordinaire de référé sera, dans certaines hypothèses, satisfaisante, c'est-à-dire suffisamment rapide, notamment afin d'obtenir une audience avant l'expiration du délai dans lequel le comité est supposé rendre son avis, puisque, nous l'avons vu, l'assignation n'interrompt pas le délai et qu'a priori, si la jurisprudence confirme cette analyse, le juge ne peut prolonger un délai expiré.

En effet, selon l'article 485 du code de procédure civile, « *La demande [en référé] est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet aux jour et heures habituels des référés* ». Il peut donc s'écouler un délai de huit à quinze jours, et même parfois davantage, entre l'assignation et l'audience, sans compter le délai du délibéré et celui des éventuelles voies de recours.

Aussi, il pourra être nécessaire pour le comité d'entreprise d'avoir recours aux dispositions de l'article 485, alinéa 2, du code de procédure civile : « *Si, néanmoins, le cas requiert célérité, le juge des référés peut permettre d'assigner, à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés* ». Le but étant d'obtenir au moins une première audience avant l'expiration du délai. Selon les travaux parlementaires, il serait à ce stade loisible au juge saisi d'ordonner, à titre de mesure provisoire et avant dire droit, afin de préserver les droits du comité d'entreprise, une prolongation du délai jusqu'à la décision : cette possibilité semble permise par l'article 482 du code de procédure civile.

Le décret du 27 décembre 2013 a, de la même manière que les délais du comité d'entreprise pour rendre son avis, réglementé ceux de l'expertise. Ainsi, selon l'article R. 2325-6-1, « *à défaut d'accord, si les membres élus demandent à l'expert-comptable la production d'un rapport, ce rapport est remis au plus tard quinze jours avant l'expiration du délai qu'a le comité d'entreprise pour rendre son avis. L'expert-comptable demande à l'employeur, au plus tard dans les trois jours de sa désignation, toutes les informations complémentaires qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission. L'employeur répond à cette demande dans les cinq jours* ».

Un certain nombre de questions ne sont cependant pas tranchées par les textes à ce stade : nous savons ainsi que la jurisprudence autorise, à ce jour implicitement, l'expert-comptable à saisir seul le président du tribunal de grande instance en référé afin d'obtenir la remise par l'employeur des documents nécessaires à l'exercice de sa mission¹⁰. Celui-ci est-il soumis à ces nouvelles dispositions, et en particulier celles relatives à la forclusion, si sa demande intervient après l'expiration du délai de deux mois donné au comité d'entreprise pour exprimer son avis ? L'expert sera-t-il qualifié comme ayant intérêt à solliciter seul une prolongation du délai pour le compte du comité d'entreprise ?

Il appartiendra en outre à la jurisprudence de déterminer le régime juridique de ce délai préfix, s'agissant notamment de la possibilité ou non pour le juge de soulever d'office l'expiration du délai, de la possibilité pour les parties de renoncer à la forclusion encourue, etc.

Enfin, la loi impartit un délai de huit jours au président du tribunal de grande instance pour statuer. Ce délai n'est assorti d'aucune sanction dès lors que le juge s'est assuré de prolonger le délai avant son expiration... Il est donc possible que la chambre sociale confirme sa jurisprudence classique en matière de contentieux des élections professionnelles, selon laquelle « *l'obligation faite au juge de statuer en la matière dans le délai de dix jours n'est pas prescrite à peine de nullité du jugement* »¹¹.

2. - Sur le fond, c'est-à-dire **le contenu de l'information transmise et ses conséquences**, la chambre devra dire si l'essentiel de la jurisprudence demeure transposable.

Selon les paragraphes 3 et 4 de l'article 4 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la communauté européenne, « *L'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, susceptibles notamment de permettre aux représentants des travailleurs de procéder à un examen adéquat et de préparer, le cas échéant, la consultation.*

4. *La consultation s'effectue :*

a) *à un moment, par des moyens et avec un contenu appropriés ; [...]*

c) *sur la base des informations fournies par l'employeur [aux représentants des travailleurs afin de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner] et de l'avis que les représentants des travailleurs ont le droit de formuler ; [...]* ».

Selon l'article L. 2323-2 du code du travail, « *Les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité d'entreprise, sauf, en application de l'article L. 2323-25, avant le lancement d'une offre publique d'acquisition* ».

Le comité d'entreprise doit donc être consulté sur un projet, et non sur une décision déjà prise¹². Il s'agit du principe d'antériorité de la consultation du comité d'entreprise, régulièrement appliqué par la Cour de cassation.

La sanction est évidemment pénale¹³. Mais la chambre sociale admet traditionnellement dans ce cas la suspension judiciaire de la mise en œuvre de la décision dans l'attente d'une consultation régulière du comité

⁹ Voir sur ce point *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action 2012-2013, 323, Référé, p.736 et s., par Alain Lacabarats ; *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 472 : référés - instance - procédure, par Xavier Vuitton.

¹⁰ Soc., 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-15.601, *Bull.* 2010, V n° 246.

¹¹ Soc., 6 juillet 1981, pourvoi n° 81-60.632, *Bull.* 1981, V, n° 656 ; Soc., 7 mai 1991, pourvoi n° 90-60.513.

¹² Soc., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-17.642 ; Soc., 12 novembre 1997, pourvoi n° 96-12.314, *Bull.* 1997, V, n° 375.

¹³ Par exemple : Crim., 6 mai 2008, pourvoi n° 07-84.416.

d'entreprise¹⁴. Ainsi, en 2008¹⁵, dans une décision à laquelle elle a donné une large publicité, la chambre sociale a jugé que le défaut de consultation, s'il ne pouvait entraîner la nullité de la dénonciation dès lors qu'elle n'est prévue par aucun texte, la privait néanmoins d'effet tant que la formalité omise n'aurait pas été accomplie, et ce, afin d'assurer l'effectivité des prérogatives du comité d'entreprise, objectif, ainsi que le rappelle le commentaire de cette décision au *Rapport annuel*, que ne peuvent assurer ni une sanction pénale prononcée pour délit d'entrave, ni des dommages-intérêts.

Il ne nous semble pas que les motifs d'instauration d'un délai préfix soient susceptibles de remettre en cause l'effectivité des prérogatives du comité d'entreprise ainsi conçue par la jurisprudence.

L'article L. 2323-4 prévoit en outre que l'information délivrée au comité d'entreprise doit être écrite et précise. La chambre sociale ajoute que l'information doit être complète et loyale (c'est-à-dire délivrée en temps utile)¹⁶. En principe, la chambre sociale n'exerce pas de contrôle sur le caractère complet et loyal de l'information transmise, sauf en matière de référé¹⁷. De la même manière, la chambre criminelle considère que le délit d'entrave est caractérisé lorsque l'information fournie est incomplète et tardive¹⁸.

En ce qu'il donne des précisions concrètes sur le caractère suffisant des informations données, un arrêt récent mérite à cet égard d'être signalé¹⁹. Certes, il ne concernait pas le comité d'entreprise, mais le CHSCT, pour lequel la circulaire ministérielle CHSCT n° 93-15 du 25 mars 1993 prévoit toutefois que « *des informations écrites et précises relatives aux points sur lesquels le CHSCT sera consulté doivent être envoyées quinze jours au moins avant la réunion avec l'ordre du jour* ». Le contexte normatif est donc très proche.

L'affaire était la suivante : les informations communiquées par l'employeur l'avaient été sous la forme d'un document « power-point » de huit pages contenant, selon la cour d'appel, des indications sommaires et dans ses grandes lignes sur la réorganisation du service envisagée. L'arrêt, qui conclut que l'employeur n'avait pas méconnu son obligation de consultation, est censuré, la cour d'appel n'ayant pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations sur le caractère suffisant des informations données.

Il est délicat de tirer de cette décision des conséquences sur un élargissement du contrôle de la chambre sociale sur le contenu des informations transmises au comité d'entreprise, puisque la décision attaquée avait été rendue en référé. La chambre s'y montre toutefois vigilante sur le sérieux des informations fournies, comme semble peut-être l'y inviter la création de ce nouvel outil qu'est la base de données économiques et sociales et qui nous semble « tirer vers le haut » les exigences en la matière.

L'accord national interprofessionnel comporte en effet un article 12, aux termes duquel « *les parties signataires conviennent qu'une base de données unique sera mise en place dans l'entreprise et mise à jour régulièrement, regroupant et rationalisant exhaustivement les données existantes et sans remettre en cause les attributions des représentants du personnel. [...] cette information, économique et sociale, remplace l'ensemble des informations données de façon récurrente aux IRP sous forme de rapports ou autres. Elle revêt un caractère prospectif en portant sur les trois années suivant celle au cours de laquelle elle est établie. Elle est mobilisable à tout moment aussi bien par les IRP et les délégués syndicaux, dans le cadre de leurs attributions, que par l'employeur. Elle est le support de la préparation par l'employeur de la consultation des IRP sur les options stratégiques de l'entreprise et sur leurs conséquences. Elle ne se substitue pas aux informations données aux élus et aux représentants syndicaux en vue de leur consultation sur des événements ponctuels [...]* ».

Selon l'article L. 2323-7-2, la base de données est « *accessible en permanence aux membres du comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, ainsi qu'aux membres du comité central d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et aux délégués syndicaux. [...] Les membres du comité d'entreprise, du comité central d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, les délégués syndicaux et, le cas échéant, les délégués du personnel sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations contenues dans la base de données revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur* ».

Alors que l'accord du 11 janvier 2013 (article 12, § 3) prévoyait de soumettre les représentants du personnel ayant accès à la base de données économiques et sociales à une obligation de confidentialité, le législateur a fait le choix de conserver la notion de discrétion prévue par le code du travail et qui semble moins contraignante.

Les dispositions relatives à la base de données reprennent ainsi celles de l'article L. 2325-5, alinéa 2 : « *Les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur* ».

L'article 6 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 prévoit ainsi que « *Les États membres prévoient que, dans les conditions et limites fixées par les législations nationales, les représentants des travailleurs, ainsi que les experts qui les assistent éventuellement, ne sont pas autorisés à révéler aux travailleurs ou à des tiers des informations qui, dans l'intérêt légitime de l'entreprise ou de l'établissement, leur ont été expressément communiquées à titre confidentiel [...]* ».

Pour la directive, on le voit, la diffusion des informations confidentielles à des salariés de l'entreprise constitue une violation de son obligation de confidentialité par un représentant des travailleurs.

¹⁴ Soc., 28 novembre 2000, pourvoi n° 98-19.594, *Bull.* 2000, V, n° 398 ; Soc., 25 juin 2002, pourvoi n° 00-20.939, *Bull.* 2002, V, n° 217.

¹⁵ Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-40.273, *Bull.* 2008, V, n° 49, décision commentée au *Rapport annuel de la Cour de cassation*.

¹⁶ Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-10.597, *Bull.* 2008, V, n° 6 ; Soc., 30 septembre 2009, pourvoi n° 07-20.525, *Bull.* 2009, n° 217 ; Soc., 27 mai 2009, pourvoi n° 08-40.036.

¹⁷ La chambre sociale, comme toutes les autres chambres civiles de la Cour de cassation, exerçant un contrôle de la caractérisation du trouble manifestement illicite.

¹⁸ Crim., 13 janvier 1998, pourvoi n° 96-81.477, *Bull. crim.* 1998, n° 16.

¹⁹ Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-21.747, *Bull.* 2013, V, n° 211.

Quant à la jurisprudence, elle n'est pas abondante sur cette question. Force est toutefois de constater que la chambre sociale admet l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire en cas de violation par un représentant du personnel de son obligation de discrétion (alors même que cette violation est, par hypothèse, en lien avec le mandat, mais aucune des affaires citées ci-dessous n'est relative à un licenciement). Elle s'attache, dans le cadre du débat sur le bien-fondé de la sanction disciplinaire, à retrouver, dans la motivation des juges du fond, que sont remplies les deux conditions prévues par ce texte, à savoir le caractère objectivement confidentiel des informations divulguées et le fait qu'elles aient été présentées comme telles par l'employeur²⁰.

Le législateur ayant fait le choix du maintien de la terminologie du code du travail, la jurisprudence de la chambre sociale apparaît donc entièrement transposable. Les employeurs devront donc être particulièrement vigilants à identifier les documents dont ils estiment qu'ils devront demeurer confidentiels s'ils entendent les faire bénéficier de la protection à ce titre.

B. - La création d'une instance de coordination des CHSCT

Selon l'article 12, § 7, de l'accord du 11 janvier 2013, « Pour toute décision de l'entreprise conduisant à saisir le CHSCT, il est mis en place, si plusieurs établissements sont concernés par le même projet, une instance de coordination ad hoc issue des comités locaux qui, dans les cas prévus par la loi de recours à l'expertise par les CHSCT, fait appel à une expertise unique. Celle-ci est réalisée dans le délai préfix d'intervention de l'expert-comptable. [...] »²¹

1. - Composition

Ces nouvelles dispositions figurent à l'article L. 4616-1. L'instance de coordination des CHSCT est composée de l'employeur, d'un nombre dégressif de représentants du personnel en fonction du nombre de CHSCT locaux (afin que l'instance ne devienne pas « pléthorique », selon les travaux parlementaires), ainsi que du médecin du travail, de l'inspecteur du travail et d'un agent des services de prévention de l'organisme de sécurité sociale, territorialement compétents pour l'établissement concerné le plus proche du lieu de réunion.

Les représentants sont désignés par « la délégation du personnel de chaque CHSCT en son sein », pour la durée du mandat de ses membres et lors de la première réunion suivant leur propre désignation (article R. 4616-1, issu du décret n° 2013-552 du 26 juin 2013). Cette désignation prend la forme d'une délibération des membres du CHSCT à la majorité des membres présents, et « Le président ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus du comité en tant que délégation du personnel » (article L. 2325-18, par renvoi de l'article L. 4614-2, auquel renvoie l'article R. 4616-1).

À propos de cette dernière disposition, la chambre a jugé que l'employeur ne prend pas part au vote pour la désignation des délégués au comité central²², ni d'ailleurs pour la désignation des représentants au conseil d'administration²³. Ces décisions et la combinaison des textes semblent exclure la participation de l'employeur à ce vote, ce qu'il appartiendra le cas échéant à la chambre sociale de confirmer.

L'article R. 4616-2 prévoit que le membre du CHSCT qui cesse son mandat perd celui qu'il détient à l'instance de coordination, où il est remplacé au cours de la réunion suivante du CHSCT si la durée du mandat restant à courir est supérieure à trois mois.

À noter qu'il n'est pas prévu de représentation spécifique des cadres au sein de l'instance de coordination et que, sauf meilleur accord, la représentation dans l'instance dépend seulement du nombre de CHSCT, et non de la taille de l'établissement dans lequel ils sont implantés²⁴.

Il semble que l'élection doive avoir lieu selon un collège unique²⁵, au scrutin uninominal majoritaire à un tour.

En l'absence de dispositions spécifiques, il semble enfin que les contestations des désignations des membres de l'instance de coordination relèvent du tribunal de grande instance, à l'instar des délibérations du comité d'entreprise ou du CHSCT. La chambre a notamment déjà jugé que la contestation de la désignation du représentant syndical conventionnel au CHSCT relevait de la compétence du tribunal de grande instance, conformément à l'article R. 311-1 du code de l'organisation judiciaire²⁶. À moins que la chambre ne décide, comme pour l'unité économique et sociale, de dire le tribunal d'instance compétent pour connaître d'une telle demande²⁷.

²⁰ Soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-47.558, *Bull.* 2006, V, n° 256 ; Soc., 6 février 2008, pourvoi n° 06-45.532 ; Soc., 6 mars 2012, pourvoi n° 10-24.367, commenté dans la revue *Droit social* 2012, p. 469, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel », par Laurence Pécaut-Rivolier.

²¹ Voir sur ce point « Quand les conditions de travail s'invitent dans la sécurisation de l'emploi, Le CHSCT et l'instance de coordination », revue *Droit social*, n° 9, septembre 2013, p. 726, par Pierre-Yves Verkindt ; « Les honoraires des experts du comité d'entreprise et du CHSCT », *La semaine juridique, édition sociale*, n° 42, du 15 octobre 2013, par Philippe Thomas et Victoria Hamel.

²² Soc., 21 juillet 1976, pourvoi n° 70-60.072, *Bull.* 1976, V, n° 460.

²³ Soc., 5 mai 1983, pourvoi n° 81-16.787, *Bull.* 1983, V, n° 235.

²⁴ Voir sur ce point « L'expertise du CHSCT au lendemain de la loi du 14 juin 2013 » par François Cochet, *Droit social*, n° 9, septembre 2013, p. 733.

²⁵ Cf. Soc., 21 juillet 1976, pourvoi n° 76-60.030, *Bull.* 1976, V, n° 461 ; Soc., 7 juillet 1983, pourvoi n° 83-60.063, *Bull.* 1983, V, n° 428, solutions retenues à propos des élections au comité central d'entreprise dont est inspirée l'élection des membres de l'instance de coordination.

²⁶ Soc., 18 juin 1986, pourvoi n° 85-60.647, *Bull.* 1986, V, n° 318 ; « Aux termes de l'article 605 du nouveau code de procédure civile, le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements en dernier ressort. Selon l'article R. 311-1 du code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance connaît, à charge d'appel, de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction, en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande. En conséquence, doit être déclaré irrecevable le pourvoi formé contre le chef du jugement ayant déclaré régulière la désignation de représentants syndicaux conventionnels aux comités d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail, dès lors que l'alinéa 3 de l'article L. 236-5 du code du travail, résultant de l'article 20 de la loi n° 85-10 du 3 janvier 1985, ne prévoit la compétence du tribunal d'instance, qui statue en dernier ressort, qu'en ce qui concerne des contestations relatives à la délégation des représentants du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ».

²⁷ Cour de cassation saisie pour avis, 19 mars 2007, n° 06-00.020, *Bull.* 2007, Avis, n° 3.

2. - Le fonctionnement de l'instance de coordination

Transposant l'accord national interprofessionnel, l'article L. 4616-1 prévoit la mise en place d'une instance de coordination des CHSCT, dont la seule justification est de piloter une expertise unique et de rendre un avis (cf. article R. 4616-8, selon ce qui aura été décidé lors de la première réunion et dans les quinze jours de la remise du rapport d'expertise), avant que les CHSCT concernés ne rendent leur propre avis.

L'article L. 4616-1 prévoit ainsi que « *Lorsque les consultations prévues aux articles L. 4612-8, L. 4612-9, L. 4612-10 et L. 4612-13 portent sur un projet commun à plusieurs établissements, l'employeur peut [c'est donc à l'employeur qu'il revient de décider de la mise en œuvre de l'instance] mettre en place une instance temporaire de coordination de leurs comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, qui a pour mission d'organiser le recours à une expertise unique par un expert agréé dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 4614-12 et à l'article L. 4614-13, et qui peut rendre un avis au titre des articles L. 4612-8, L. 4612-9, L. 4612-10 et L. 4612-13* ».

La loi nouvelle a donc pour objectif, en les coordonnant, de mutualiser les coûts des expertises qui, auparavant, pouvaient être confiées à des experts différents, mais avec des missions au moins en partie communes. Comme pour le comité d'entreprise, la loi encadre là encore cette expertise dans des délais contraints, en particulier l'expertise diligentée à la suite d'un projet de restructuration et de compression des effectifs de l'article L. 4614-12-1, pour laquelle les délais sont encore plus réduits.

Ainsi, l'ordre du jour des réunions de l'instance et, le cas échéant, les documents s'y rapportant sont transmis par le président aux membres de l'instance quinze jours au moins avant la date fixée pour la réunion, sauf cas exceptionnel justifié par l'urgence (article R. 4616-5, alinéa premier).

Selon l'article L. 4616-3, « *L'expert mentionné à l'article L. 4616-1 est désigné lors de la première réunion de l'instance de coordination. Il remet son rapport et l'instance de coordination se prononce, le cas échéant, dans les délais prévus par un décret en Conseil d'État. À l'expiration de ces délais, l'instance de coordination est réputée avoir été consultée. Le rapport de l'expert et, le cas échéant, l'avis de l'instance de coordination sont transmis par l'employeur aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail concernés par le projet ayant justifié la mise en place de l'instance de coordination, qui rendent leurs avis* ».

L'expertise unique organisée par l'instance en application de l'article L. 4616-3 est réalisée dans le délai d'un mois à compter de la désignation de l'expert. Ce délai peut être prolongé pour tenir compte des nécessités de l'expertise, sans excéder soixante jours (article R. 4616-9, alinéa premier).

Les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur, et l'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise, saisit le juge judiciaire (article L. 4614-13). Selon l'article R. 4614-19, le président du tribunal de grande instance statue en urgence sur les contestations de l'employeur relatives à la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue ou le délai de l'expertise.

La chambre sociale a, au cours de l'année 2001, fixé les grandes lignes de l'intervention du président du tribunal de grande instance. Elle a ainsi circonscrit le débat sur la nécessité de l'expertise décidée par le CHSCT au point de savoir si le projet litigieux est un projet important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail, ou si un risque grave est constaté dans un établissement²⁸.

En outre, sauf abus manifeste, le juge n'a pas à contrôler le choix de l'expert²⁹, les textes prévoyant qu'il s'agit d'un expert agréé. Le coût de l'expertise, manifestement surévalué, peut constituer un abus dans la désignation justifiant son annulation³⁰.

Enfin, dès lors qu'aucun abus n'est constaté, le coût de l'expertise ainsi que les frais d'expertise, y compris les honoraires de la défense devant la Cour de cassation, sont à la charge de l'employeur³¹.

En l'état de la réforme, qui n'a notamment pas créé de budget propre des CHSCT³², la jurisprudence de la chambre semble conserver son actualité.

²⁸ Soc., 14 février 2001, pourvoi n° 98-21.438, *Bull.* 2001, V, n° 54 ; Soc., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-11.563, *Bull.* 2001, V, n° 231 ; Soc., 29 septembre 2009, pourvoi n° 08-17.023, *Bull.* 2009, V, n° 211 ; Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 11-10.382, *Bull.* 2012, V, n° 70.

²⁹ Soc., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-11.563, *Bull.* 2001, V, n° 231.

³⁰ Soc., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-16.096, *Bull.* 2001, V, n° 231.

³¹ Soc., 12 janvier 1999, pourvoi n° 97-12.794, *Bull.* 1999, V, n° 19 ; Soc., 26 juin 2001, pourvoi n° 99-11.563, *Bull.* 2001, V, n° 231.

³² Cf. nos débats l'an passé ici même.

Intervention de Georges Borenfreund

Le rôle du comité d'entreprise à la lumière de la loi sur la sécurisation de l'emploi

La valorisation continue du rôle du comité d'entreprise¹, qui s'est manifestée notamment par la multiplication quasi infinie des objets d'information et de consultation², a-t-elle franchi une nouvelle étape avec la loi du 14 juin 2013 ? Connaît-elle au contraire un frein, voire est-elle en recul ? Les innovations issues de ce texte sont marquées, en vérité, d'une réelle ambiguïté. Aussi, plutôt que d'y voir une source de consolidation ou, à l'inverse, d'affaiblissement du rôle du comité, c'est à une autre terminologie, à la fois plus neutre et plus équivoque, que nous aurons recours. On assiste aujourd'hui à une « activation » des fonctions du comité d'entreprise, dont l'impact sur la capacité d'influence de cette institution apparaît bien incertain (I).

Mais, afin d'évaluer au mieux le poids du comité dans les relations sociales au sein de l'entreprise, on ne saurait se limiter à envisager cette institution en soi. Il conviendra également de la resituer dans l'environnement qui est le sien ou, si l'on préfère, dans « *le fonctionnement* » d'ensemble du système, en rapportant tout particulièrement son intervention au déploiement, depuis ces trente dernières années, de la négociation collective d'entreprise. Au fil du temps, alors même que le comité d'entreprise ne cessait de s'affirmer comme une institution clé de notre système de représentation du personnel, la consultation a été mise à l'épreuve de cette montée en force irrésistible de la négociation décentralisée (II).

I. - L'activation des fonctions du comité d'entreprise et la limite de sa capacité d'influence

À travers la loi du 14 juin 2013, cette activation, dont le sens est parfois obscurci par la technicité des dispositifs, connaît deux grandes traductions : d'une part, l'extension du champ de la consultation et le renouveau des moyens de l'information (A) ; d'autre part, les changements liés à la procédure elle-même de consultation, plus précisément l'encadrement du temps de la consultation (B). Par-delà ces évolutions, la capacité d'influence du comité se heurte, aujourd'hui comme hier, à une limite majeure, qui tient à la prégnance du pouvoir de direction de l'employeur (C).

A. - L'extension du champ de la consultation et le renouveau des moyens de l'information

1) La consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise

Chaque année, l'employeur se voit désormais contraint de consulter le comité sur les orientations stratégiques de l'entreprise³, définies par le conseil d'administration ou de surveillance, et sur leurs conséquences. Ce nouveau cas de consultation constitue-t-il vraiment une avancée ?

Le dessein poursuivi ne manque certes pas d'ambition si l'on en croit l'ANI du 11 janvier 2013, encore qu'on y retrouve une langue familière au MEDEF : associer les salariés au processus présidant aux décisions stratégiques de l'entreprise serait de nature à favoriser leur adhésion et donc à accroître leur performance. D'où l'application avec laquelle la loi mentionne, non seulement que le comité émet un avis et peut proposer des orientations alternatives, mais encore qu'un tel avis doit être transmis au conseil d'administration ou de surveillance, celui-ci formulant une réponse argumentée dont le comité reçoit communication, et à laquelle il peut répondre à son tour. En somme, la loi s'attache à favoriser un dialogue fécond, au point d'impliquer explicitement les organes de la société⁴ et de laisser pour une fois au comité, non à l'employeur, le soin de prononcer les dernières paroles.

Il est difficile, malgré tout, de ne pas éprouver un sentiment de perplexité devant ce dispositif. Sans même s'arrêter ici sur le silence qui entoure les orientations stratégiques des groupes de sociétés⁵, dont dépendent le plus souvent celles des entités qui y appartiennent⁶, la loi du 14 juin 2013 paraît bien se focaliser sur ce que certains appellent « *les contraintes discursives* ». Pour autant, il ne serait pas surprenant que l'information pertinente⁷ sur la teneur des orientations⁸ comme sur leur impact soit objet à contestations. On ne peut manquer de relever, à cet égard, le flou qui entoure le terme « *orientations* ». L'incertitude n'aurait-elle pas été moins marquée si la loi avait

¹ V. F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, LGDJ, 4^e édition, p. 287.

² Il a été relevé que « *le champ de l'information et de la consultation est plus vaste que ne l'est le champ des compétences des conseils d'entreprise allemands* » (F. Gaudu, mis à jour par R. Vatinet, *Droit du travail*, Dalloz 2013, p. 360).

³ Orientations qui serviront de support à la négociation triennale sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) (article L. 2242-15), et sur lesquelles seront informées les entreprises de sous-traitance, dont on sait la dépendance à l'égard de leurs entreprises clientes (article L. 2242-15, 5^e).

⁴ Sans exclure pour autant les entreprises qui n'en sont pas dotées. Ainsi qu'il a été relevé, « *l'organe chargé de l'administration est de nature à englober tout type d'employeurs, quelle que soit la structure de l'entreprise* » (A. Martinon, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », *La Semaine juridique, édition sociale* 2013, n° 25, p. 46).

⁵ V. H.-J. Legrand et L. Beziz, « La consultation annuelle sur les orientations stratégiques et leurs conséquences », *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1592, p. 28.

⁶ Sans toutefois que les dirigeants de ces entités aient toujours à en connaître. V. S. Niel, « La consultation du CE sur la stratégie est-elle risquée ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1578, p. 9 et 10.

⁷ V. S. Niel, art. préc., p. 11.

⁸ Il n'est pas indifférent de rappeler que celles-ci sont élaborées, par hypothèse, en amont d'une décision à venir et même en amont d'un projet de décision : v. A. Martinon, art. préc., p. 46.

exigé de l'employeur qu'il consulte le comité sur « la stratégie » de l'entreprise⁹, le contraignant davantage de la sorte à justifier et ordonner les choix présidant à son avenir¹⁰ ? Au fond, est ici en jeu la difficulté des représentants des salariés à décrypter puis déconstruire l'information qu'on leur livrera. D'où l'utilité de faire appel à un expert-comptable. Reste que ce nouveau cas de recours est exceptionnellement assorti d'une réserve, susceptible d'avoir un effet dissuasif : la contribution du comité au financement de l'expert¹¹.

Si l'appel à ce dernier peut naturellement être éclairant, c'est d'abord la base de données, dont la loi nouvelle impose la création, qui fait figure de « support de préparation » de la consultation du comité sur les orientations stratégiques du comité, comme en d'autres domaines.

2) La base de données

On le sait, en application des textes antérieurs à la loi du 14 juin 2013, l'employeur était tenu de transmettre au comité des informations et rapports, selon une périodicité prédéterminée. Cette périodicité n'est plus vraiment de mise depuis qu'il incombe à l'employeur de construire une base de données dans l'entreprise¹², après concertation, semble-t-il, avec les institutions représentatives du personnel¹³. Régulièrement mise à jour¹⁴, celle-ci regroupe un ensemble d'informations économiques et sociales concernant l'entreprise¹⁵, qui portent rétrospectivement¹⁶ sur l'année en cours et les deux années précédentes, mais intègrent également les perspectives sur les trois années à venir. Alors que les textes restent muets sur la manière d'élaborer l'information, enjeu pourtant essentiel¹⁷, les thèmes que cette dernière recouvre sont déclinés, au contraire, avec soin. Quant à son contenu à proprement parler, il a été déterminé par un décret du 27 décembre 2013¹⁸. La base de données doit être accessible en permanence non seulement aux membres du comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, mais encore aux membres du CCE, du CHSCT et aux délégués syndicaux¹⁹. Se voit ainsi reconnu le droit d'autres institutions que le comité d'entreprise à une information économique et sociale²⁰ « mobilisable à tout moment »²¹, et à laquelle les syndicats représentatifs n'avaient pas vraiment accès à travers le dispositif légal propre à la négociation collective. Le droit qui voit le jour n'est assorti d'aucune exigence de concordance stricte entre les informations accessibles et les prérogatives de telle ou telle institution, sans qu'on puisse néanmoins exclure, si l'on en croit l'administration du travail²², une forme de compartimentation-désinformation en fonction des destinataires²³. Toujours est-il qu'à l'occasion de la « dissociation »²⁴ qui s'opère entre la consultation du comité d'entreprise et les bénéficiaires du droit d'accéder à la base de données, tous les représentants visés sont tenus à une même obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur²⁵. À l'évidence, pareille obligation ne saurait concerner l'ensemble des informations de la base de données²⁶.

Les incidences d'un tel dispositif appellent plusieurs observations.

Dans la droite ligne de l'ANI du 11 janvier 2013, la loi indique que les éléments d'information, transmis de manière récurrente au comité²⁷, sont mis à disposition de ses membres dans la base de données, ajoutant que cette

⁹ V. en ce sens Q. Urban, « L'information-consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, un progrès en trompe-l'œil », *Droit ouvrier* 2013, p. 384.

¹⁰ V. en ce sens, F. Géa, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise, Bâtir une culture de la confiance ? », *Droit social* 2013, p. 718.

¹¹ Ce, à hauteur de 20 % de son coût, dans la limite du tiers de son budget annuel, sauf accord avec l'employeur pour une répartition différente. Il en résulte un risque d'inégalité entre les comités selon le budget dont ils disposent. De plus, une incertitude se fait jour : l'expertise, désormais encadrée dans des délais précis (v. *infra*), sera-t-elle conduite au niveau central ou à celui de chaque établissement ? (V. F. Favennec-Héry, « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », *Droit social* 2013, p. 252).

¹² La nécessité s'impose de mettre en place une telle base de données au niveau d'une unité économique et sociale (UES), lorsque celle-ci est reconnue. En revanche, cette mise en place n'est pas obligatoire dans les différents établissements d'une même entreprise, la base installée au niveau de l'entreprise devant toutefois comporter l'ensemble des informations mises à disposition du comité central d'entreprise (CCE) et des comités d'établissement. Les élus du CCE et des comités d'établissement auront accès à la base de données. Pour autant, convient-il d'interpréter le fait que la base de données soit unique comme permettant aux élus d'accéder à toutes les données qui y figurent, quel que soit leur établissement d'appartenance ? (V. S. Guedes Da Costa et Ch. Michaud, « La base de données économiques et sociales : des objectifs à la pratique », *La Semaine juridique, édition sociale* 2014, n° 14 p. 10). Enfin, une base de données pourra être mise en place au niveau du groupe par convention ou accord de groupe (article R. 2323-1-10), mais sans se substituer à celle de l'entreprise. Sur ces divers points, v. la circulaire DGT n° 2014/1 du 18 mars 2014 (*Liaisons sociales*, n° 16558, du 26 mars 2014, p. 1).

¹³ V. en ce sens A. Coury (DGT), *Semaine sociale Lamy*, n° 1613, p. 3. À propos de l'ouverture d'un nouvel espace de négociation sur la conception de la base de données, cf. Ph. Vivien et A.-L. Francis, « La base de données économiques et sociales : quel choix pour l'entreprise ? », *La Semaine juridique, édition sociale* 2014, n° 14, p. 19.

¹⁴ V. A. Stocki, « Vers une extension des prérogatives des représentants du personnel sur les choix stratégiques de l'entreprise », *La Semaine juridique, édition sociale* 2013, n° 6, p. 16.

¹⁵ Voir le groupe, si un accord collectif le prévoit (décret du 27 décembre 2013, article R. 2323-1-10).

¹⁶ V. F. Géa, art. préc., p. 721.

¹⁷ Spécialement en ce qui concerne les orientations stratégiques de l'entreprise. V. S. Niël, art. préc., p. 8.

¹⁸ Ce contenu est susceptible d'être « enrichi » par un accord de branche ou d'entreprise voire un accord de groupe. N'y a-t-il pas là un risque de glissement vers de simples adaptations par rapport à ce que prévoient les textes, tant la juridicité du terme « enrichi » paraît faible ? V. en ce sens I. Odoul, « De "l'information consultation" anticipée des IRP... à la refondation du droit commun de l'information consultation », *Revue de droit du travail* 2013, p. 193.

¹⁹ Il revient également à l'employeur de fixer les modalités d'accès à la base de données comme de son utilisation : v. la circulaire DGT n° 2014/1 du 18 mars 2014 (*Liaisons sociales*, n° 16558, du 26 mars 2014 p. 2), A. Coury, préc.

²⁰ V. H.-J. Legrand et L. Beziz, art. préc., p. 30.

²¹ Selon les termes de l'ANI du 11 janvier 2013. V. aussi la circulaire DGT n° 2014/1 du 18 mars 2014 préc.

²² V. A. Coury, *Semaine sociale Lamy*, n° 1613, p. 3.

²³ Sur la possibilité ou non de compartimenter v. S. Guedes Da Costa et Ch. Michaud, art. préc., p. 13.

²⁴ V. F. Favennec-Héry, art. préc., p. 256.

²⁵ À propos de cette obligation, v. la circulaire DGT n° 2014/1 du 18 mars 2014 (*Liaisons sociales* n° 16558, du 26 mars 2014 p. 2). Plus généralement, cf. L. Pécaut-Rivolier, « La confidentialité, droit ou obligation du représentant du personnel », *Droit social* 2012, p. 469 et s., spéc. p. 471 ; F. Géa, art. préc., p. 722.

²⁶ Cf. J.-E. Ray, « Protéger l'information aujourd'hui et demain », *Droit social* 2013, p. 115. Il a été relevé que « la désignation comme confidentielle de l'intégralité des données de la BDU caractériserait un abus de droit voire une fraude en ce qu'elle constituerait une atteinte illicite au mandat dont les élus sont porteurs [...] » (H.-J. Legrand et L. Beziz, art. préc., p. 30).

²⁷ Qu'il s'agisse d'informations récurrentes non liées à une consultation ou données à l'occasion d'une consultation récurrente ou bien d'informations transmises au CHSCT, également transmises au comité, ou encore issues d'autres codes : v. la circulaire DGT n° 2014/1 du 18 mars 2014 (*Liaisons sociales* n° 16558, du 26 mars 2014, p. 1).

mise à disposition « *vaut communication* » des rapports et informations au comité, selon des conditions fixées par décret. Ainsi a-t-il été précisé dans le décret du 27 décembre 2013 que l'employeur est tenu d'actualiser régulièrement les informations de la base de données, au moins dans le respect des périodicités prévues par le code du travail²⁸. Volonté de simplification oblige²⁹, les membres du comité ne devraient donc plus recevoir directement les informations et rapports que l'employeur leur communiquait auparavant³⁰ : effet de substitution³¹.

Résultera-t-il de la mise en place de cette base de données une plus grande transparence et rationalisation de l'information³², et, au-delà, une évolution des relations entre l'employeur et les institutions représentatives du personnel, dans un esprit de dialogue renforcé³³ ? Rien n'est moins sûr, même si, à l'évidence, les informations seront moins dispersées. D'une part, en effet, la comparaison entre les éléments d'information livrés sur tel ou tel thème, selon les périodes, pourrait s'avérer plus délicate³⁴. D'autre part, l'intégration automatique des informations dans la base de données n'est-elle pas de nature à affaiblir la vigilance des membres du comité sur leur clarté et leur précision et à rendre plus aléatoire encore la saisine du juge des référés, afin que celui-ci ordonne à l'employeur d'améliorer la teneur de l'information fournie³⁵ ? Plane enfin une interrogation sur la compatibilité réelle de ce dispositif avec la philosophie qui inspire les textes européens³⁶.

Il ressort néanmoins du texte de loi, précaution importante, que la base de données ne se substitue pas aux rapports et informations transmis au comité, dans le cadre de consultations « *pour des événements ponctuels* »³⁷. En conséquence, l'employeur devra continuer à les adresser au comité, y compris s'ils ont été intégrés dans la base de données, la crédibilité même de la consultation étant à ce prix³⁸. Le caractère « ponctuel » des événements justifiant la consultation visée peut être compris comme s'opposant à la récurrence de certaines consultations, qui reviennent à intervalles réguliers. Toutefois, le choix de l'adjectif « *ponctuel* » n'est pas des plus heureux. Conformément, en effet, à une jurisprudence déjà ancienne, l'intervention du comité connaît une limite générale : l'information et la consultation du comité ne sont obligatoires que si la décision patronale se traduit par des mesures importantes. Aussi, des mesures ayant « *un caractère ponctuel* » n'obligent pas l'employeur à informer et consulter le comité³⁹. En accolant l'adjectif « *ponctuel* » au terme « *événement* », le texte de loi l'utilise, quant à lui, dans un sens très différent : il s'agit alors de maintenir l'obligation pour l'employeur de transmettre directement au comité les informations liées à un événement précis, dont la survenance n'est pas prédéterminée⁴⁰.

Des interrogations plus lourdes se font jour lorsque l'on porte l'attention sur les évolutions liées à la procédure elle-même de consultation.

B. - L'encadrement du temps de la consultation

Alors que, jusqu'à l'adoption de la loi du 14 juin 2013, le comité devait disposer, pour émettre un avis, d'« *un délai d'examen suffisant* », sans autre précision⁴¹, c'est un véritable tournant qui s'opère aujourd'hui, tant en matière de licenciements pour motif économique qu'au regard de la compétence générale du comité.

1) La procédure propre aux grands licenciements collectifs pour motif économique

Pour ne pas empiéter sur le dernier thème de la journée, on se limitera ici à quelques brèves observations sur le temps de la consultation.

Il est vrai que, dès avant la loi du 14 juin 2013, ce temps aurait déjà pu être compté⁴² si la chambre sociale n'avait pas affirmé avec force que la procédure spécifique aux grands licenciements collectifs, non dénuée de « *raideur* »,

²⁸ Et non, semble-t-il, à chaque événement lié à l'un des thèmes de la BDU. L'employeur doit également fournir au comité les éléments d'analyse ou d'explication prévus par le présent code.

²⁹ V. G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, éd. 2014, p. 1280.

³⁰ Sauf naturellement si celui-ci en décide autrement.

³¹ V. la circulaire DGT n° 2014/1 du 18 mars 2014 (*Liaisons sociales*, n° 16558, du 26 mars 2014, p. 1).

³² Il est précisé dans la circulaire du 18 mars 2014 que les informations devront être présentées dans la base de données de la manière « *la plus intelligible, simple et dynamique* » pour que les élus les exploitent facilement.

³³ V. en ce sens A. Coury (DGT), *Semaine sociale Lamy*, n° 1613, p. 3.

³⁴ Est-on sûr, en outre, que l'organigramme sur lequel prend appui le nouveau support ne soit pas susceptible d'avoir imperceptiblement des incidences sur la présentation voire la teneur des informations utiles ? (V. I. Odoul, art. préc., p. 193). Par ailleurs, le décret ne se prononce pas sur l'existence d'un délai maximal entre « *la date à laquelle une donnée correspond et celle de son enregistrement* » dans la base de données (cf. H.-J. Legrand et L. Bezis, art. préc., p. 29), d'où une incertitude sur le moment à partir duquel le comité pourrait faire valoir une rétention ou dissimulation de l'information (cf. F. Géa, art. préc., *Droit social* 2013, p. 721).

³⁵ En d'autres termes, « *en faisant de la base de données une source d'information exclusive* », il est à craindre qu'on « *prive* [...] » le comité « *de la possibilité de pouvoir apprécier concrètement de quel type d'information il a besoin pour se prononcer, en fonction du sujet abordé, en toute connaissance de cause* » (E. Richard, « La loi "Sécurisation de l'emploi" instaure-t-elle de nouveaux droits collectifs ? », *Droit ouvrier* 2013, p. 537). Les consultations dites périodiques en sortiraient par là-même fragilisées (v. I. Odoul, art. préc., p. 193).

³⁶ Il a été ainsi observé que « *l'exigence d'effectivité [...] n'est appréciable qu'en fonction d'une situation et d'un niveau d'information et de consultation identifiés* ». Et d'évoquer, à propos de la base de données unique, « *un préformatage verrouillé de l'information des IRP* » : N. Moizard, *Semaine sociale Lamy*, n° 1569, p. 12.

³⁷ Aucune substitution n'est davantage possible pour les informations données aux autres IRP, par exemple au seul CHSCT (v. la circulaire DGT n° 2014/1 du 18 mars 2014 préc.).

³⁸ V. P.-H. Antonmattéi, « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *Droit social* 2013, p. 101.

³⁹ V. par exemple Crim., 14 février 1989, *Revue de jurisprudence sociale*, 05/89, p. 242 ; Soc., 12 juillet 2010, *Droit social* 2010, p. 1008, obs. L. Pécaut-Rivolier.

⁴⁰ Informations auxquelles la base de données unique ne saurait se substituer. Afin de lever tout risque de confusion, il aurait été sans doute préférable que le législateur fasse référence aux informations « occasionnelles » qui doivent être transmises au comité (chaque fois que l'employeur envisage de prendre une mesure importante sur laquelle le comité doit être consulté), en les distinguant des éléments d'information contenus dans les rapports et informations transmis de manière récurrente, dorénavant mis à disposition du comité dans la base de données.

⁴¹ Est-il besoin de rappeler que la procédure de consultation, à l'issue de laquelle le comité « *émet des avis et vœux* », obéit depuis longtemps à un certain nombre d'autres règles ? Non seulement les textes ont mis en exergue le caractère préalable de la consultation par rapport à la décision de l'employeur, mais encore ils n'ont pas manqué d'indiquer que le comité, pour lui permettre de formuler un avis motivé, doit disposer d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, tout comme ce dernier doit rendre compte, en la motivant, de la suite donnée aux avis et vœux émis par le comité.

⁴² Les dispositions légales antérieures avaient prévu que des délais précis séparent les deux ou trois réunions successives du comité.

n'était pas exclusive de celle, plus « flexible »⁴³, prévue au titre de la compétence générale du comité⁴⁴. Tout en pouvant se développer de manière concomitante, les deux procédures devaient donc être considérées comme distinctes. D'où il découlait que les délais précis, fixés dans la première procédure, n'étaient pas opposables au comité s'ils n'apparaissaient pas « suffisants », au regard de la seconde, pour permettre à celui-ci d'exprimer un avis motivé.

La situation a changé désormais. Certes, l'employeur est toujours dans l'obligation d'informer et de consulter le comité, tant sur le projet de restructuration de l'entreprise, au titre de sa compétence générale⁴⁵, que sur le projet de licenciements⁴⁶, sauf si les éléments ayant trait à ces licenciements « font l'objet » d'un accord collectif, dans le cadre de la négociation du plan de sauvegarde de l'emploi. En dehors de cette éventualité, les deux procédures de consultation du comité continuent donc de devoir être distinguées⁴⁷ et de pouvoir être menées de façon concomitante⁴⁸. Mais la loi du 14 juin 2013 n'en est pas moins à l'origine d'une évolution notable : le comité doit rendre ses deux avis dans un délai préfix et unique pour les deux consultations⁴⁹, même en cas de recours à un expert-comptable⁵⁰. Au point qu'en l'absence d'avis dans ce délai, il est réputé avoir été consulté. Aussi a-t-on pu écrire que les deux consultations se voient « réunies [...] dans un même calendrier »⁵¹, ce qui renforce l'idée de concomitance des procédures⁵². Si l'objectif est de « parvenir à une meilleure lisibilité du temps requis pour mener à son terme un projet de licenciement »⁵³, la voie choisie pourrait bien entraîner néanmoins une dégradation de la qualité de l'expertise, lorsque le comité y a recours, et rendre plus délicate la compréhension et l'utilisation de l'information⁵⁴. Le législateur ne s'est pas arrêté à ces objections, tant paraît pressante sa préoccupation de couper court à ce que certains avaient pu dénoncer comme de véritables stratégies de guérilla procédurière.

Toujours si on envisage la consultation du comité d'entreprise à travers un prisme temporel, la loi du 14 juin 2013 invite encore à revenir sur les incidences de la concomitance possible des deux procédures de consultation. Comment prétendre sérieusement qu'un dialogue authentique pourra s'engager sur le projet de restructuration, si la consultation du comité en cette matière ne se déroule pas avant que ne soit arrêté le projet à proprement parler de licenciement, avec toutes les précisions qui l'accompagnent ? Sans le respect d'une telle chronologie, n'en vient-on pas imperceptiblement à faire peser sur l'employeur une simple obligation d'informer rétrospectivement le comité sur le projet de restructuration davantage qu'une véritable consultation ? Ainsi que certains auteurs l'ont observé, « l'opération économique sera », selon toute vraisemblance, « d'ores et déjà devenue irrévocable »⁵⁵. La simultanéité des consultations entend sans doute souligner le lien étroit qui unit projet de restructuration et licenciements, dans une même temporalité générale⁵⁶. Toutefois, elle conduit quasi inéluctablement à provoquer l'absorption d'une consultation par une autre. À l'évidence, la loi du 14 juin 2013, loin de remédier à ce glissement, en accentue les risques, de par le délai précis et unique dans lequel elle enferme le temps des deux consultations.

2) La procédure liée à la compétence générale du comité

La loi nouvelle entend, ici encore, encadrer strictement le temps dans lequel le comité doit rendre ses avis, afin de sécuriser la procédure. Des délais préfix sont ainsi impartis au comité, qui concerne un champ

⁴³ A. Lyon-Caen, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Droit social* 2004, p. 288.

⁴⁴ Position consacrée par le législateur. Tout en pouvant se développer de manière concomitante, les deux procédures devaient donc être considérées comme distinctes.

⁴⁵ Article L. 2323-15, inséré désormais dans la partie II du code du travail.

⁴⁶ Article L. 1233-30, inséré désormais dans la partie I du code du travail.

⁴⁷ Il est à noter que deux réunions seulement du comité sont dorénavant obligatoires, espacées d'au moins quinze jours (article L. 1233-30. Sur le nombre et l'organisation des réunions, cf. J.-F. Césaro, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », p. 30 ; v. aussi P. Morvan, note sous tribunal de grande instance de Créteil, 21 novembre 2013, *La Semaine juridique, édition sociale* 2013, n° 50, p. 25). Une troisième réunion n'est plus impérative, même si le comité fait appel à un expert-comptable (article L. 1233-35).

⁴⁸ Encore qu'il a été observé que « la formulation de l'article [L. 1233-30, alinéa 2] rend moins évidente l'exigence que les deux consultations soient distinctes » : v. E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail* 2013, Hypercoours Dalloz, p. 423.

⁴⁹ Il a été précisé par l'administration que le délai commence à courir dès lors que l'information du comité d'entreprise a été faite à ces deux titres (à l'occasion, semble-t-il, de la première réunion du comité). Ainsi, lorsque la réunion d'information ne porte que sur le projet de restructuration, le délai ne démarre pas tant que le comité n'a pas été convoqué au sujet du projet de licenciement économique collectif : v. la documentation technique adressée aux DIRECCTE par la DGEFP et la DGT (*Liaisons sociales*, n° 16396, p. 1). En outre, il a été précisé qu'une réunion préliminaire « informelle du comité d'entreprise qui n'est pas prévue par l'article L. 1233-30 ne peut caractériser le commencement de la procédure de licenciement collectif » (TGI Créteil, 21 novembre 2013, *La Semaine juridique, édition sociale* 2013, n° 50, p. 23).

⁵⁰ Lorsque les élus n'ont pu recourir à l'assistance d'un expert-comptable aux frais de l'entreprise, le défaut d'assistance d'un tel expert dans des conditions régulières et de remise d'un rapport ne peut avoir eu pour effet que d'empêcher les élus d'émettre un avis éclairé sur le PSE qui leur était soumis. En conséquence, doit être annulée la décision par laquelle la DIRRECTE avait homologué ce PSE (TA Montreuil, 20 décembre 2013, *Liaisons sociales*, n° 16507, p. 2, *Semaine sociale Lamy*, n° 1613, p. 8, conclusions du rapporteur public J.-P. Mazaud). Il ressort de l'article L. 1233-35 que « L'expert désigné par le comité d'entreprise demande à l'employeur, au plus tard dans les dix jours à compter de sa désignation, toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission. L'employeur répond à cette demande dans les huit jours. Le cas échéant, l'expert demande, dans les dix jours, des informations complémentaires à l'employeur, qui répond à cette demande dans les huit jours à compter de la date à laquelle la demande de l'expert est formulée ». Le texte ajoute que « L'expert présente son rapport au plus tard quinze jours avant l'expiration du délai mentionné à l'article L. 1233-30 », imparti au comité pour rendre son avis. Comme il a été relevé, « il appartiendra au comité d'entreprise de définir - en lien avec l'expert-comptable auquel il aura recours - à quel moment de la procédure d'information-consultation sera présenté le rapport de l'expert-comptable, sans que cela ait d'impact sur le temps global de la procédure de consultation » (A. Teissier, *La Semaine juridique, édition sociale*, 18 juin 2013, p. 28). Enfin, il est précisé à l'article R. 1233-3-1 que l'absence de remise du rapport ne peut avoir pour effet de reporter le délai prévu à l'article L. 1233-30.

⁵¹ G. Couturier, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Droit social* 2013, p. 820. Les délais arrêtés dans la loi varient entre deux mois et quatre mois, selon le nombre de licenciements envisagés (article L. 1233-30), sachant qu'un accord collectif peut en prévoir de différents : v. *infra*, II, C, 1).

⁵² V. F. Géa, note sous Soc., 25 septembre 2013, *Revue de droit du travail* 2013, p. 705.

⁵³ G. Couturier, art. préc., p. 815.

⁵⁴ À moins de décaler le démarrage de la procédure, grâce à des réunions zéro, qui sont le signe même, lorsque l'employeur les accepte, des difficultés suscitées précisément par la prédétermination du temps de la consultation.

⁵⁵ G. Auzero et E. Dockès, *Précis Dalloz* 2014, p. 539.

⁵⁶ V. F. Géa, note sous Soc., 25 septembre 2013, *Revue de droit du travail* 2013, p. 705.

de consultations extrêmement vaste⁵⁷. Excluant toute interruption ou suspension et normalement toute prolongation, ces délais peuvent être arrêtés par un accord entre l'employeur et les membres du comité, sans que la durée de consultation puisse être ramenée au-dessous de quinze jours, accord à défaut duquel s'appliquera le décret du 27 décembre 2013⁵⁸. Si les membres élus du comité « *estiment ne pas disposer d'éléments suffisants* », ils « *peuvent [...] saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés [...]* ». Le juge devra alors statuer dans un délai de huit jours, le texte précisant que « *cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité [...] pour rendre son avis* ». Seul petit inflexionnement à la règle des délais préfix, il est simplement ajouté qu'« *en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité [...], le juge peut décider la prolongation du délai* ».

La mise en œuvre de cette succession d'exigences étroites nécessite de lever une incertitude de taille : à partir de quelle date le délai imparti au comité pour rendre son avis doit-il courir ? La question se pose, d'une part, dans l'hypothèse de consultations récurrentes. Les concernant, la base de données devrait se substituer, on l'a dit, à la remise par l'employeur de documents. Or, cette remise constituait généralement le point de départ du délai de consultation, ce qui ne vaut plus aujourd'hui, semble-t-il, qu'en cas de consultation sur des événements ponctuels. De manière assez elliptique, le décret énonce que le délai « *court* » désormais « *à compter de l'information par l'employeur de la mise à disposition* » des éléments d'information « *dans la base de données* ». Mais quelle est la date précise qui marquera le déclenchement du « *compte à rebours* » : celle à laquelle l'employeur informe d'une telle mise à disposition, ou bien la date de réception de cette information, voire la première réunion du comité ? Concernant, d'autre part, les consultations sur des événements ponctuels, le décret se contente d'indiquer que le délai « *court à compter de la communication par l'employeur des informations prévues pour la consultation* ». Nul doute qu'il y ait là matière à contentieux, surtout si l'on garde présent à l'esprit que cette communication, qui devra dorénavant être datée avec précision⁵⁹, s'effectuait souvent jusqu'alors en plusieurs fois⁶⁰.

Mais la loi du 14 juin 2013 ne s'en tient pas là en matière de délais. Comme animée par la volonté que l'exigence d'un délai préfix de consultation ne puisse pas céder, elle va jusqu'à encadrer également le temps de l'expertise⁶¹. Ainsi est-il prévu qu'un accord entre l'employeur et le comité ou, à défaut, un décret (paru le 27 décembre 2013) détermine le délai dans lequel l'expert remet son rapport ; délai qui doit être « *raisonnable* » et « *ne peut être prolongé que d'un commun accord* »⁶². Doit être également arrêté, « *au sein du délai précité, le délai dans lequel l'expert [...] peut demander à l'employeur toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission et le délai de réponse de l'employeur à cette demande* »⁶³.

Prolongeant cette insistance à enfermer l'intervention du comité dans un espace temporel prédéterminé, le texte apporte une ultime précision : à l'expiration des délais, le comité est « *réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif* »⁶⁴. Les membres élus se voient ainsi privés implicitement du droit qui leur était ouvert jusqu'alors de refuser de rendre un avis⁶⁵, sans que cette abstention entache d'irrégularité la procédure de consultation⁶⁶. C'est donc désormais sur la base d'un avis imaginaire que l'employeur sera en mesure

⁵⁷ Il est précisé dans la circulaire DGT n° 2014/1 du 18 mars 2014 (*Liaisons sociales*, n° 16558, du 26 mars 2014, p. 2) que ne sont pas visées d'une part les consultations non listées par l'article L. 2323-3 et qui peuvent par ailleurs faire l'objet d'un encadrement, d'autre part les consultations listées par l'article L. 2323-3 mais qui sont d'ores et déjà encadrées par une disposition législative (introduction de nouvelles technologies ou bilan social), enfin les réunions du comité qui ne constituent pas des consultations en tant que telles.

⁵⁸ Ce texte (article R. 2323-1-1) retient un délai d'un mois pour que le comité rende son avis. Le délai est porté à deux mois en cas d'intervention d'un expert, trois mois en cas de saisine d'un ou plusieurs CHSCT, quatre mois si une instance de coordination des CHSCT a été mise en place. L'avis du ou des CHSCT est transmis au comité d'entreprise au plus tard sept jours avant l'expiration du délai accordé au comité d'entreprise pour rendre son avis.

⁵⁹ On songe en particulier à la date de communication de l'ordre du jour, si les informations sont jointes à ce dernier, ou bien à la date de la première réunion (v. D. Jourdan, « Accords relatifs aux délais de consultations régulières du comité d'entreprise », *La Semaine juridique, édition sociale* 2014, n° 12, p. 24).

⁶⁰ V. F. Signoretto, « La suspension d'un projet de réorganisation en l'absence de l'avis éclairé du comité d'entreprise : avant et après la loi de sécurisation de l'emploi », *Revue de droit du travail* 2013, p. 775.

⁶¹ Ce faisant, le texte nouveau répond au risque, pointé depuis longtemps par le patronat, de voir l'expertise « *utilisée comme une technique dilatoire pour retarder la tenue de réunions ou la remise de l'avis* » : P. Logesse et N. Bouffier, *Droit social* 2013, p. 134 ; v. aussi I. Taraut, *Droit social* 2013, p. 127.

⁶² Cette restriction apparaît peu compatible avec l'hypothèse d'une mise à jour des données en cours d'expertise : v. A. Stocki, « Vers une extension des prérogatives des représentants du personnel sur les choix stratégiques de l'entreprise », *La Semaine juridique, édition sociale* 2013, n° 6, p. 17.

⁶³ Selon le décret du 27 décembre 2013 (article R. 2325-6-1), l'expert-comptable, auquel le comité peut faire appel pour examiner les orientations stratégiques de l'entreprise ou en cas d'opération de concentration, dispose de trois jours maximum à compter de sa désignation pour demander à l'employeur toute information qu'il juge utile, ce dernier ayant cinq jours pour lui répondre. Il en résulte, semble-t-il, qu'une demande de document formulée après l'expiration du délai visé fera l'objet d'une fin de non-recevoir (sur cette question, v. E. Richard, art. préc., *Droit ouvrier* 2013, p. 532). L'expert doit remettre son rapport sur les orientations stratégiques au plus tard quinze jours avant l'expiration du délai dont dispose le comité d'entreprise pour rendre son avis, délai ramené à huit jours en cas d'opération de concentration, à compter de la décision de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne, saisie du dossier (article R. 2325-6-2). Toujours selon le décret du 27 décembre 2013, l'expert en nouvelles technologies dispose de vingt et un jours à compter de sa désignation pour remettre son rapport. S'il souhaite demander, dans le cadre de sa mission, des informations à l'employeur, il doit le faire dans les trois jours de sa désignation. L'employeur répond à cette demande dans les cinq jours (article R. 2325-6-3). Consécutivement à la possibilité ouverte à l'expert de demander à l'employeur les informations nécessaires, les membres élus du comité d'entreprise devraient être en mesure de saisir le juge des référés, sur le fondement de l'article L. 2323-4, alinéa 2, afin qu'il ordonne à l'employeur de communiquer à l'expert les éléments manquants et, éventuellement, que soit reportée la date de remise de son rapport en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité : v. en ce sens F. Géa, art. préc., p. 725.

⁶⁴ Il est précisé dans la circulaire DGT n° 2014/1 du 18 mars 2014 (*Liaisons sociales*, n° 16558, p. 1, du 26 mars 2014, p. 3) que les délais réglementaires ne visent qu'à définir, en l'absence d'accord, dans quels délais le comité est réputé avoir rendu un avis négatif. En conséquence, le comité pourra donner un avis, y compris dans un délai inférieur à quinze jours, s'il considère qu'il a disposé d'un délai et d'éléments suffisants pour se prononcer utilement.

⁶⁵ En ce sens v. I. Odoul, art. préc., p. 193.

⁶⁶ Le ressort toutefois d'un arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2009 (*Droit ouvrier* 2010, p. 147, note P. Tillie) « *qu'aucun quorum n'étant fixé pour l'adoption d'une résolution, d'une décision ou d'un avis du comité d'entreprise, la délibération prise par un seul des membres du comité à la suite du départ des autres membres est régulière* ».

de recouvrer son pouvoir de décision unilatérale⁶⁷. Évolution fort peu respectueuse de l'objet du comité⁶⁸ comme de la raison d'être même de la consultation⁶⁹, et dont la conformité aux normes européennes paraît douteuse⁷⁰.

On le voit, au regard du temps de la consultation, la loi du 14 juin 2013 est bien porteuse d'une évolution majeure. Certes, la référence à « *un délai d'examen suffisant* » n'a pas disparu du texte de loi. Il est même indiqué que les délais visés doivent « *permettre au comité d'exercer utilement sa compétence en fonction de la nature et de l'importance des questions soumises et le cas échéant de l'information et de la consultation du ou des CHSCT* »⁷¹. Mais comment prétendre concilier de tels rappels avec l'existence de délais préfix, objet désormais de toutes les attentions⁷² ? En vérité, l'exigence d'un « *délai d'examen suffisant* », qui devrait requérir de décliner différemment le temps de la consultation selon chaque situation et circonstance particulières⁷³, se voit comme absorbée par l'existence de délais préfix⁷⁴. Cette manière d'envisager la procédure de consultation, dans ce qu'un auteur a appelé « *un autre rapport au temps* »⁷⁵, comporte le risque que la nature spécifique de la décision patronale envisagée, comme ses implications, ne puisse être pleinement prise en compte. D'où le lien qui se fait jour, comme en contrepoint de la loi du 14 juin 2013, entre le temps dont ont besoin les membres du comité et la possibilité, si limitée soit-elle, de faire évoluer le projet de l'employeur. Est-on certain alors que la philosophie de la loi nouvelle ménage les finalités mêmes vers lesquelles l'institution d'une procédure de consultation semble orientée : renforcer la qualité de la décision patronale, voire sa légitimité ? Une procéduralisation digne de ce nom est-elle compatible avec une telle prédétermination du temps de la consultation⁷⁶ ?

Le scepticisme domine d'autant plus que la loi du 14 juin 2013 ne touche pas à ce qui fait figure d'impératif catégorique, depuis l'ordonnance de 1945.

C. - Le maintien du pouvoir de direction de l'employeur

Pour reprendre une terminologie tirée du droit communautaire, l'implication du comité dans le processus décisionnel au niveau de l'entreprise se heurte, aujourd'hui comme hier, à cette limite majeure⁷⁷. Une telle continuité éclaire la logique de fond qui supporte le comité d'entreprise et rend intelligible la relation du présent à l'histoire de cette institution.

D'association des salariés au processus décisionnel, via leurs représentants, il est assurément question. Et l'on ne peut nier que la loi du 28 octobre 1982 se soit attachée, à l'image de la nouvelle définition qu'elle livre du comité⁷⁸, à favoriser une meilleure « *prise en compte* » des « *intérêts* » des salariés « *dans les décisions* » de l'employeur⁷⁹.

⁶⁷ En outre, s'instille l'idée que le vote n'a pas nécessairement vocation à constituer le mode ordinaire d'expression de l'avis. En effet, si le recours à pareil procédé, qui suppose une délibération collective (v., à propos de l'avis des membres du CHSCT, Soc., 10 janvier 2012, *Droit ouvrier* 2012, p. 716, note TH. Durand et A. Mazières), était clairement présenté comme la voie la plus sûre pour identifier la volonté des membres élus du comité, il deviendrait plus malaisé encore d'assimiler à un avis, même défavorable, l'absence d'émission d'un avis. Une chose est sûre, en tout cas : pour que joue une telle fiction, encore faut-il que les membres du comité aient été « *mis en mesure de formuler un avis authentique* » (A. Martinon, art. préc., p. 48), ce qui suppose que la procédure d'information-consultation ait été régulièrement menée. A été soulevée, à cet égard, la question de savoir si le défaut d'exhaustivité ou d'actualisation de la base de données ne devrait pas faire tomber la règle de l'avis réputé négatif à l'expiration des délais préfix de consultation (H.-J. Legrand et L. Beziz, art. préc., *Semaine sociale Lamy*, p. 29). Etant entendu qu'il appartiendrait au comité de rapporter la preuve qu'il n'a pas été suffisamment informé (v. E. Richard, *Droit Ouvrier* 2013, p. 532). Mais cette possibilité est-elle envisageable en dehors de l'hypothèse où, conformément à la loi (article L. 2323-4), le président du tribunal de grande instance a été saisi et a décidé, en raison de « *difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis [...], la prolongation du délai* » ?

⁶⁸ V. l'article L. 2323-1 : « *Le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts [...]* ».

⁶⁹ En ce sens P. Lokiec, *Semaine sociale Lamy*, n° 1616, p. 3.

⁷⁰ V. l'exigence d'une information et consultation « *en temps utile* », telle qu'elle ressort du droit fondamental à l'information-consultation reconnu à l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que de la directive établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation. V. aussi la directive sur le comité d'entreprise européen (CEE), qui énonce que le dialogue et l'échange de vue entre représentants des travailleurs et direction centrale doit avoir lieu « *à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs d'exprimer, sur la base des informations fournies et dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures proposées [...]* ». V. encore, concernant la possibilité d'exprimer un avis, la directive sur l'implication des salariés dans la société européenne.

⁷¹ D'où la tentation de voir en ces énoncés « *des directives qui permettront, par le contrôle du juge, d'apprécier et de garantir les conditions d'une consultation utile du comité* » (F. Géa, art. préc., *Droit social* 2013, p. 723). Cette allusion à l'effet utile ouvre la voie, en tous les cas, à la conclusion de différents accords circonstanciés, conclus entre l'employeur et les membres du comité, à travers lesquels le temps pourra être envisagé différemment selon l'objet de la consultation (sur les différentes configurations possibles, v. F. Géa, art. préc., p. 722 et s. ; v. aussi F. Signoretto, art. préc., p. 775). On assisterait ainsi à une variabilité des délais en fonction de l'objet particulier de la consultation concernée (v. F. Gaudu, mis à jour par R. Vatinet, *Droit du travail* préc., p. 357). Mais rien n'interdit de conclure un accord unique prévoyant un seul et même délai pour tous les types de consultations, à tout le moins pour les consultations récurrentes (v. la circulaire du 18 mars 2014 préc.). Par ailleurs, l'employeur et les membres du comité peuvent convenir de délais plus longs ou plus courts que ceux prévus dans le décret, sous réserve de respecter le minimum de quinze jours (cf. en ce sens la circulaire préc.). Ils sont également en mesure de fixer un point de départ du délai de consultation différent de celui retenu par le décret. Enfin, doivent être indiqués dans l'accord la date de son entrée en vigueur et le régime applicable aux consultations ou aux expertises en cours (v. la circulaire préc.).

⁷² Il a été observé qu'en droit allemand, un tel enfermement dans des délais préfix n'est envisagé que « *dans les cas où les droits du conseil d'établissement excèdent la simple information-consultation* » (P. Rémy, *Revue de droit du travail* 2013, p. 215). Dès lors que ce dépassement n'est pas de mise en droit français, à de très rares exceptions près, l'existence d'un délai préfix peut surprendre, du simple point de vue de la cohérence du dispositif.

⁷³ Et non pas seulement selon l'objet particulier de telle consultation.

⁷⁴ Au fond, ces délais sont réputés ménager au comité, quelle que soit semble-t-il leur source (décret ou accord), un temps suffisant pour être informé et consulté, dans le but de ne pas retarder inutilement la décision de l'employeur.

⁷⁵ F. Géa, art. préc., p. 722.

⁷⁶ En tous les cas, la loi du 14 juin 2013 a au moins une incidence : celle de tempérer l'importance prêtée jusqu'alors au processus à travers lequel se dessine la justification de la décision patronale.

⁷⁷ Même s'il est acquis depuis fort longtemps que l'obligation de consultation du comité, issue d'une loi du 16 mai 1946 et considérée par le CNPF de l'époque comme ayant « *renversé l'esprit de l'ordonnance de 1945* », doit précéder en principe la décision, ce qui n'est pas toujours le cas de l'information.

⁷⁸ Article L. 2323-1.

⁷⁹ Toutefois, il a été justement relevé que la notion de contrôle, qui dominerait l'intervention du comité depuis 1982, « *marque plus un abandon, celui de la coopération, qu'un projet intangible : le cadre est là que l'action remplira* » (A. Lyon-Caen, « *Le comité d'entreprise à l'heure du changement* », *Droit social* 1982, p. 300). En témoignent les termes selon lesquels « *l'expression des salariés* » que le comité « *a pour objet d'assurer* », permet uniquement « *la prise en compte de leurs intérêts* ». Ainsi qu'il a été observé, la formule « *est modeste* », elle « *condamne l'ignorance mais écarte la soumission patronale aux intérêts exprimés par les représentants des salariés* » (A. Lyon-Caen, « *Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel* », *Droit ouvrier* 1986, p. 356).

Mais, quelle que soit l'importance des contre-propositions avancées⁸⁰ et l'intensité du débat contradictoire⁸¹, l'influence de la consultation⁸² et de l'avis émis par le comité sur les décisions de l'employeur apparaît très difficile à mesurer. Bien que l'employeur soit tenu d'expliquer sa décision avant qu'elle ne devienne définitive, et même en admettant que la procédure fasse naître à sa charge une exigence de démonstration⁸³, il ne lui appartient pas de convaincre des raisons de la décision projetée ni de son opportunité⁸⁴. Dès lors, l'identification de ce qui distingue la notion juridique de décision, selon qu'elle est purement unilatérale ou prise après consultation, semble bien délicate⁸⁵.

Nul doute, en tout cas, que l'intervention des membres du comité ne s'inscrit pas dans une perspective de cogestion et qu'ils ne disposent pas plus d'un pouvoir de codécision⁸⁶ ou d'un droit de veto⁸⁷. En vérité, depuis sa création, la place du comité, si on la rapporte au pouvoir de l'employeur, n'a fait l'objet d'aucun changement en profondeur. La loi du 14 juin 2013 ne faillit pas à pareille règle d'or.

Poussant plus loin la réflexion, il est permis de douter que la conception qui anime le comité d'entreprise relève véritablement d'une culture d'opposition. Naturellement, les pratiques sociales sont très diverses et peuvent révéler que « *le conflit pénètre au sein du comité [...]* », que ce dernier « *est aussi le lieu d'une confrontation* »⁸⁸. De manière plus générale, il serait simplificateur de considérer qu'une incompatibilité existe entre la participation des représentants des salariés à la décision et l'affirmation d'une force de contestation. La négociation collective ne relève-t-elle pas historiquement de cette forme de participation conflictuelle ? Toutefois, une telle logique paraît aujourd'hui vacillante⁸⁹, sans pour autant que la participation conflictuelle ait trouvé une nouvelle expression forte dans l'intervention du comité d'entreprise. Tout se passe plutôt comme si la norme juridique avait fini par être porteuse d'une seule et même philosophie, qui prend clairement ses distances avec la dimension conflictuelle des relations professionnelles. Qu'il s'agisse d'activer la fonction de consultation du comité d'entreprise ou bien d'accroître le rôle de la négociation dans les processus de restructuration, le sentiment se fait jour qu'est en train de s'affirmer une conception unique de l'association des représentants des salariés au processus décisionnel, orientée vers une certaine neutralisation des antagonismes⁹⁰.

Cette accointance avec l'idée selon laquelle l'entreprise doit être posée comme « *supérieure aux hommes et aux intérêts qui la composent* »⁹¹ se reflète singulièrement dans la stabilité, ou presque, qui caractérise la structure même du comité d'entreprise. Doté de la personnalité juridique, celui-ci demeure un organe mixte, contrairement par exemple au caractère homogène des conseils d'établissement en Allemagne⁹². Cette structure hybride ou, si l'on préfère, cette ambiguïté structurelle du comité ne participe-t-elle pas à sa manière d'une logique de préservation du pouvoir patronal ? L'heure n'est toujours pas venue, semble-t-il, de « *sortir l'employeur du comité* »⁹³.

Mettre en perspective la place du comité dans les relations sociales au sein de l'entreprise exige de ne pas se limiter à envisager cette institution en soi. Hormis les relations étroites qui se nouent aujourd'hui avec le CHSCT, la réflexion se concentre alors, plus fondamentalement, sur un mouvement qui n'a cessé de s'amplifier au fil des années : la consultation du comité a été confrontée au déploiement sans précédent de la négociation collective d'entreprise⁹⁴.

II. - La consultation à l'épreuve de la négociation

La coexistence, toujours plus poussée au fil du temps, des deux modes de participation a conduit le juge à penser la consultation et la négociation en termes d'articulation (A), avant que la loi du 14 juin 2013 ne cède à la tentation de favoriser un certain empiètement de la seconde sur le domaine traditionnellement dévolu à la première (B). Enfin, si mise à l'épreuve il y a, c'est en raison d'une tendance, accentuée par ce texte, à ériger la procédure même de consultation en objet de négociation (C).

⁸⁰ En d'autres termes, quelles que soient les « *alternatives* » susceptibles d'être « *intégrées* », pour reprendre la formulation utilisée par la cour d'appel de Versailles dans le contentieux Renault Vilvorde à propos de la consultation du CEE (CA Versailles, 7 avril 1997).

⁸¹ Selon certains, c'est à travers ce débat contradictoire que pourrait être tracée la voie d'une action « *juste* ». Sur cette question, v. P. Lokiec, *Droit du travail, Les relations collectives*, PUF, tome 1, 2013, p. 351.

⁸² Il n'est pas indifférent de souligner l'effort accompli par le droit communautaire pour définir le contenu d'une procédure de consultation. On se reportera ici aux observations d'une grande clarté de Sylvaine Lolom (*Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publications de l'université de Saint-Etienne, 2005, introduction et chapitre 1).

⁸³ V. E. Lafuma, *Des procédures internes, Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ 2008.

⁸⁴ Comp. E. Lafuma, ouvrage préc.

⁸⁵ Hormis le fait de saisir ou non la décision à travers un processus.

⁸⁶ Aussi a-t-il été souligné qu'il convient de comprendre par « *participation* », si l'on se réfère au rôle du comité d'entreprise, « *un droit de concertation dans le cadre du processus de décision [...]* » (P. Lokiec, ouvrage préc. p. 9).

⁸⁷ On peut regretter, en particulier, l'absence de droit de veto du comité d'entreprise lorsque des suppressions d'emploi sont envisagées en dehors de toute cause économique légitime (v., en ce sens, P. Lokiec, « *Le licenciement économique toujours en débat* », *Semaine sociale Lamy* 2012, n° 1557, p. 10).

⁸⁸ Y. Delamotte, « *Conflit industriel et participation ouvrière* », *Sociologie du travail*, 1959, p. 12.

⁸⁹ En témoigne l'implication croissante des syndicats dans les restructurations. Là se situe sans doute l'expression la plus perceptible d'une évolution à venir vers un système de codécision, à laquelle invite sans le dire l'économie générale de la loi du 14 juin 2013. Dès lors, on conçoit aisément qu'un auteur ait pu se demander si « *les délégations syndicales pourraient suspendre le calendrier des négociations et saisir le juge des référés pour demander la production d'informations complémentaires, comme le comité d'entreprise en a lui-même le droit* ». Et de soulever la question suivante : « *Des délégations syndicales permanentes ne vont-elles pas constituer de nouvelles formes d'institutions représentatives du personnel s'ajoutant aux autres ?* » (R. Vatinet, *La Semaine juridique, édition sociale*, 29 mai 2012).

⁹⁰ Y. Delamotte, préc.

⁹¹ O. Kahn-Freund, Rapport général du colloque tenu à la Sorbonne les 4 et 5 juin 1976, « *La participation, quelques expériences étrangères* », Librairies techniques, p. 27.

⁹² Même si l'employeur ne peut pas prendre part au vote lorsque les membres élus du comité sont consultés en tant que délégation du personnel, la loi ne lui « *laisse* » pas moins « *un certain contrôle des actes* » de l'institution : A. Lyon-Caen, « *Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel* », *Droit ouvrier* 1986, p. 355. V. aussi en ce sens R. Soubie, « *Observations sur l'évolution du comité d'entreprise* », *Droit social* 1983, p. 358.

⁹³ J. Barthélémy et G. Cette, « *Droit social, pourquoi et comment le refonder* », *Droit social* 2012, p. 768.

⁹⁴ Il y a là comme une « *nouvelle donne* » de la consultation : M.-A. Souriac, « *Négociation collective et consultation du comité d'entreprise* » *Action juridique CFDT*, juillet 1996, p. 10.

A. - L'articulation de la consultation et de la négociation

Cette orientation a trouvé une traduction remarquable dans le célèbre arrêt EDF⁹⁵, d'où il ressort que lorsque la décision de l'employeur porte sur l'une des questions entrant dans la compétence du comité, elle doit être précédée de la consultation de ce dernier, sans distinguer selon que la décision est unilatérale ou bien prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise. Si marquante ait été cette solution, sa portée ne saurait être surestimée : en l'absence de consultation du comité, l'accord collectif n'est ni entaché de nullité, ni inopposable aux salariés. Aurait-on pu au moins considérer que sa mise à exécution devait être suspendue ? La Cour de cassation s'y est refusée⁹⁶, de sorte que la distinction décision unilatérale-négociation collective, écartée lorsqu'est en cause l'obligation de consulter le comité, ressurgit au stade de la sanction du défaut de consultation. Les règles propres aux conventions et accords collectifs suffisaient-elles vraiment à interdire que soit simplement différée la mise à exécution de l'accord collectif ? Le doute est permis.

Plus au fond, l'influence du principe de participation sur la solution retenue dans l'arrêt EDF ne souffre guère de discussion⁹⁷, encore que cette influence mérite d'être précisée. Le juge a été d'abord guidé par la nécessité, dans le droit fil du préambule de la Constitution de 1946, qu'aucune des deux formes possibles de la participation ne s'efface au bénéfice de l'autre. Le comité d'entreprise fait figure alors de « *contradicteur* » éventuel des choix syndicaux⁹⁸, en même temps que la solution préserve les exigences attachées à la procédure de consultation ainsi que la qualité de l'information transmise au comité. Mais, si le principe de participation a pesé de tout son poids, c'est aussi en ce qu'il n'établit aucune hiérarchie entre les modes d'investiture distincts des représentants du personnel au comité et des délégués syndicaux. L'arrêt EDF, rendu à une période où la présomption régnait sur la représentativité syndicale et où était de rigueur la règle de l'unicité de signature en matière d'accords collectifs, ne pouvait pas ne pas attirer l'attention sur la légitimité que fonde l'élection. L'existence de cette autre légitimité, complémentaire de celle qui sous-tend la représentation syndicale, apporte assurément une justification forte à l'obligation d'articuler négociation et consultation. À telle enseigne qu'on en vient à se demander si pareille justification ne mériterait pas d'être revisitée, eu égard aux transformations résultant de la loi du 20 août 2008, qu'il s'agisse de l'accession à la représentativité, des conditions de validité des accords collectifs ou encore de la porosité entre représentation élue et représentation syndicale dans l'entreprise. Comme l'a exprimé un auteur, « *il n'y a de complémentarité et d'association que là où peut s'exprimer une différence* »⁹⁹. En bref, la solution retenue en 1998 garde-t-elle vraiment aujourd'hui toute sa raison d'être ?

La question se pose d'autant plus qu'au cours de ces dernières années, la chambre sociale a rendu certaines décisions souvent perçues comme s'inscrivant dans le prolongement de l'arrêt EDF, alors qu'elles procèdent, nous semble-t-il, d'une logique différente et parfaitement recevable en elle-même. On songe à l'obligation de consulter le comité préalablement à la dénonciation patronale d'un accord d'entreprise¹⁰⁰, ou à la mise en œuvre d'une mesure imposée à l'employeur par une convention collective de branche étendue¹⁰¹.

La coexistence de la consultation et de la négociation, avec l'exigence d'articulation qui en est résulté, n'a pas empêché qu'en certains domaines, la compétence du comité ait été posée pendant longtemps comme première. Or, on assiste, avec la loi du 14 juin 2013, à un début de retournement.

B. - L'empiètement de la négociation sur le champ de la consultation

Cet empiètement de la négociation sur le champ traditionnel de la consultation trouve une illustration dans la procédure applicable en matière de grands licenciements collectifs, au sein des entreprises d'au moins cinquante salariés¹⁰². On se contentera de relever que, dans l'hypothèse où la voie choisie pour élaborer le plan de sauvegarde de l'emploi serait celle d'un accord collectif majoritaire¹⁰³, le comité verra retiré du champ

⁹⁵ Soc., 5 mai 1998, *Droit social* 1998, p. 585, avec le rapport du conseiller référendaire J.-Y. Frouin. V. P.H. Antonmattei, « Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe », *Revue de jurisprudence sociale*, n° 8-9/98, p. 611 ; M. Cohen, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », *Revue de jurisprudence sociale*, n° 6/98, p. 435 ; M.-A. Souriac, « Négociation collective d'entreprise et consultation du comité d'entreprise », *Action juridique CFDT*, n° 118 et 119 ; P.-Y. Verkindt, « De la consultation à la négociation : questions de procédure », *Droit social* 1998, p. 321.

⁹⁶ Soc., 19 mars 2003, *Droit social* 2003, p. 552, obs. G. Couturier.

⁹⁷ V. P. Lyon-Caen, Point de vue, *Droit social* 1998, p. 777.

⁹⁸ Cf. M.-A. Souriac, art. préc., mai 1996, p. 11.

⁹⁹ P.-Y. Verkindt, « De la consultation à la négociation : questions de procédure », *Droit social* 1998, p. 323.

¹⁰⁰ Soc., 5 mars 2008, *La Semaine juridique, édition sociale* 2008, p. 1310, obs. D. Corrigan-Carsin, *Revue de droit du travail* 2008, p. 540, avec nos observations. À défaut de consultation, la dénonciation, estime la Cour, demeure sans effet. Le lien de parenté réel qui unit cette décision à l'arrêt EDF ne va pas de soi. En effet, on peine à y percevoir l'ombre portée des deux formes possibles de la participation comme des différents modes d'investiture des représentants. Au fond, si particulière soit la situation où l'employeur dénonce un accord collectif d'entreprise, l'arrêt obéit plutôt à une logique où l'on retrouve le comité dans son rôle classique d'encadrement du pouvoir patronal. Sur les incertitudes ayant trait aux conséquences d'une dénonciation irrégulière, en raison du défaut de consultation du comité d'entreprise, v. M. Morand, *La Semaine juridique, édition sociale*, 5 mars 2013, p. 17.

¹⁰¹ Soc., 21 novembre 2012, *Revue de jurisprudence sociale*, n° 2/13, n° 137, *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1579, p. 8, note A. Stocki. L'employeur faisait valoir que l'obligation de consulter le comité concerne uniquement les situations où une manifestation de volonté existe de sa part, même si celle-ci peut prendre la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise (jurisprudence EDF oblige). La Cour se refuse à accueillir ce raisonnement, quand bien même la décision de l'employeur est ici « *totale et absente* » (M. Morand, art. préc., p. 15). Fixant exclusivement son attention sur le contenu de l'acte et non plus sur son origine, elle ménage ainsi la possibilité pour le comité de se prononcer sur les conséquences susceptibles d'être tirées de l'application de normes conventionnelles nouvelles (v. C. Ménard, *Droit ouvrier* 2013, p. 120 ; v. aussi la note à la *Revue de jurisprudence sociale*, n° 2/13, n° 137). Mais, si justifiée soit cette convocation du comité, les ressorts de la solution retenue dans l'arrêt EDF paraissent bien loin. Où l'on revient à notre interrogation sur l'actualité de cette jurisprudence...

¹⁰² Sans s'arrêter ici sur les accords de maintien de l'emploi, tels qu'ils dispensent, en cas de refus des salariés, d'établir un PSE donnant lieu à consultation du comité d'entreprise.

¹⁰³ Le texte de loi prévoit que c'est au plus tard au lendemain de la date prévue pour la première réunion du comité d'entreprise, lors de la notification du projet de licenciement à l'autorité administrative, que l'employeur doit faire connaître son intention d'engager la négociation (article L. 1233-46). Toutefois, à cette règle s'en adjoint une autre, plus générale, selon laquelle « *l'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité* » (article L. 1233-24-1). De plus, il est indiqué à l'article L. 1233-46 que « *le seul fait d'ouvrir cette négociation avant cette date* » (à savoir le lendemain de la date prévue pour la première réunion du comité) « *ne peut constituer une entrave au fonctionnement du comité d'entreprise* ». Mais la nécessité qu'une première réunion du comité se tienne avant l'ouverture de la négociation ne découle-t-elle pas implicitement de la disposition (article L. 2325-35) qui permet aux négociateurs d'être assistés par un expert-comptable mandaté par le comité en dehors, une fois n'est pas coutume, de l'exercice de ses propres attributions ? Quant à la question du moment à partir duquel la procédure d'information-consultation du comité doit être enclenchée, elle apparaît d'autant plus délicate que la négociation sur le PSE peut évoluer. V. TGI Nanterre, 15 octobre 2013, cité par F. Champeaux, *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1607, p. 4.

de sa compétence, sous réserve peut-être de la jurisprudence EDF¹⁰⁴, ce qui relève du projet de licenciement économique¹⁰⁵ et dont traite l'accord collectif¹⁰⁶. Certes, l'employeur sera toujours tenu d'informer et de consulter le comité sur le projet de restructuration de l'entreprise¹⁰⁷, au titre de sa compétence générale, comme il lui appartiendra de consulter le comité sur les éléments du projet de licenciement qui ne font pas l'objet de l'accord collectif majoritaire¹⁰⁸. Aussi, la négociation d'un tel accord ne peut-elle être véritablement considérée comme une « *alternative à la procédure d'information-consultation* »¹⁰⁹. Celle-ci n'est pas purement et simplement évincée¹¹⁰, ce qui tempère pour le moins l'objectif de simplification poursuivi à travers le texte de loi. Mais, dès l'instant où les questions relatives au projet de licenciement, abordées dans la négociation, ne relèvent plus normalement que de cette dernière¹¹¹, n'assiste-t-on pas à un effacement significatif du comité¹¹² ? Ainsi qu'il a été souligné, le législateur entend ici « *faire crédit* » à la négociation collective¹¹³ ; au point d'en venir à manifester à demi-mot une préférence pour ce mode de participation.

Dernière illustration de la manière dont la consultation est mise à l'épreuve de la négociation, la loi du 14 juin 2013 a fortement accentué une tendance à voir dans la procédure elle-même de consultation un objet de négociation.

C. - La procédure de consultation du comité d'entreprise érigée en objet de négociation

En premier lieu, la procédure de consultation peut être modelée sous l'impact d'un accord collectif de travail. Mais elle est susceptible également de donner jour à un accord de type nouveau, conclu entre les membres du comité et le chef d'entreprise.

1) L'impact de l'accord collectif sur la procédure de consultation

Cette influence s'observe, ici encore, en matière de grands licenciements pour motif économique et peut emprunter deux voies distinctes. On sait que, conformément à la loi du 18 janvier 2005, des accords dits de méthode sont susceptibles d'être conclus au niveau de l'entreprise, de la branche ou du groupe, afin de fixer des modalités d'information et de consultation du comité dérogeant à la loi. Mais la procédure de consultation n'est pas non plus étrangère à la négociation que la loi du 14 juin 2013 s'efforce de promouvoir dans le droit des grands licenciements pour motif économique. Cette promotion retient surtout l'attention s'agissant du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Néanmoins, il est aussi indiqué que l'accord collectif d'entreprise « *peut* [...] *porter sur les modalités d'information et de consultation du comité* »¹¹⁴.

Le dispositif issu de la loi de 2013 n'est-il pas appelé alors à se substituer aux accords de méthode nés de la loi de 2005 ? Si, depuis la loi de 2013, de tels accords portent uniquement sur les modalités d'information et de consultation du comité¹¹⁵, il semble bien, ne serait-ce que parce que ce texte s'est limité à réduire l'objet des accords de méthode loi 2005, que le nouveau dispositif vient simplement se superposer à ce qu'il reste de l'ancien.

Trois différences non négligeables sont perceptibles entre les deux types d'accords visés. D'une part, les niveaux où peut s'engager la négociation ne se confondent pas¹¹⁶. D'autre part, alors que l'accord de méthode loi 2005 relève du droit commun des accords collectifs de travail, l'accord loi 2013 doit être conclu par des syndicats représentatifs majoritaires. Enfin, il requiert la validation de l'administration. Du type d'accord dépend ainsi en particulier la majorité requise¹¹⁷. Dès lors, à supposer que l'acte conclu aujourd'hui ait trait exclusivement aux modalités d'information et de consultation du comité, un contentieux pourrait-il être soulevé, en l'absence de volonté expresse des parties, sur le régime qui lui est applicable ? Convierait-il alors de s'en remettre à l'intention des parties ? Le juge ne sera-t-il pas tenté d'opérer à tout prix un sauvetage de l'accord ? On ne saurait enfin exclure les situations de concours entre les deux types d'accord (loi 2005 et loi 2013), sans que la règle du plus favorable soit ici d'un quelconque secours. Ce trop-plein de négociation contraste, en tous les cas, avec le peu d'intérêt porté par le législateur aux accords de méthode visant à fixer les règles de conduite de la négociation au niveau de l'entreprise¹¹⁸.

Lourdeur, complexité, ces caractéristiques tant décriées des procédures relatives aux grands licenciements pour motif économique, antérieurement à la loi de 2013, ont assurément la vie dure. Au fond, à travers la faveur dont bénéficie l'accord collectif de travail pour déterminer la procédure de consultation, n'assiste-t-on pas à une invasion, sinon à un encerclement, du comité d'entreprise par différentes couches de négociation ? Ni la

¹⁰⁴ En faveur de l'application de cette jurisprudence, v. la documentation technique adressée aux DIRECCTE par la DGEFP et la DGT (*Liaisons sociales* n° 16396, p. 1).

¹⁰⁵ Article L. 1233-30, I.

¹⁰⁶ Volet obligatoire.

¹⁰⁷ Article L. 2323-15.

¹⁰⁸ V. en ce sens P. Morvan, « Restructurations en droit social », *Lexis-Nexis* 2013, p. 603 et 604.

¹⁰⁹ G. Couturier, art. préc., *Droit social* 2013, p. 816.

¹¹⁰ V. B. Teyssié, « L'accord, la loi et le juge : un nouveau droit des PSE », *La Semaine juridique, édition sociale* 2013, n° 19-20, p. 11.

¹¹¹ Ce qui implique, semble-t-il, que le comité n'a pas à être consulté avant même que l'accord ne soit conclu, v. G. Couturier, art. préc., p. 821.

¹¹² On peine à y voir, en tout cas, le signe d'un renforcement du lien entre le comité et les délégués syndicaux, que certains appellent de leurs vœux.

¹¹³ G. Couturier, art. préc., p. 815.

¹¹⁴ Article L. 1233-24-2.

¹¹⁵ On peut s'interroger, à cet égard, sur le devenir des accords de méthode antérieurs, lorsqu'ils traitent des autres points visés dans la loi de 2005. Convierait-il de les renégocier ? (v. F. Favennec-Héry, « Licenciement économique, un changement d'acteurs », *La Semaine juridique, édition sociale* 2013, n° 25, p. 17).

¹¹⁶ À s'en tenir au texte de la loi de 2013, les accords de méthode au sens de cette loi ne peuvent être conclus qu'au niveau de l'entreprise. On peut toutefois se demander s'il pourrait s'agir également d'accords d'établissement (v. F. Favennec-Héry, « Les périmètres du PSE », *La Semaine juridique, édition sociale* 2013, n° 19-20, p. 17).

¹¹⁷ En même temps que le juge compétent en cas de contestation (juge judiciaire ou administratif).

¹¹⁸ V. J. Barthélémy et G. Cette, art. préc., *Droit social* 2012, p. 768.

loi de 2005 ni celle de 2013 n'ouvre certes la faculté à l'accord collectif de remettre en cause le principe de l'obligation d'informer et de consulter le comité¹¹⁹. Mais il n'est pas dénué d'artifice de dissocier les modalités de la consultation et son principe même, tant il est vrai que ces modalités conditionnent l'effectivité du principe.

Un autre type d'interrogations se fait jour lorsque, comme pour redonner tout leur poids aux membres du comité, la négociation relative à la procédure de consultation se déroule en son sein, ainsi qu'y invite la loi de sécurisation de l'emploi.

2) L'accord entre l'employeur et les membres élus du comité d'entreprise

Avec ce texte et à l'instigation de l'ANI du 11 janvier 2013, un accord de méthode du troisième type est donc né¹²⁰. Celui-ci, qui se rapporte exclusivement au temps de la procédure dans le cadre de la mission générale du comité d'entreprise¹²¹, requiert le consentement de la majorité de ses membres titulaires élus¹²². La négociation que le comité ou, le cas échéant, le comité central d'entreprise¹²³ peut ainsi abriter inspire de délicates questions.

Concernant la mise en œuvre du dispositif, l'employeur est-il dans l'obligation de convier les élus à une négociation sur les délais de consultation ? Si l'hésitation est ici permise, il ne fait guère de doute, en revanche, que l'employeur ne saurait refuser la demande qui lui serait faite par la majorité des membres du comité d'engager une négociation. L'échange devrait alors avoir lieu avant que ne court le délai minimum de quinze jours dont doit disposer le comité pour rendre son avis, dans le cadre d'une réunion distincte de celle où le comité sera consulté sur la mesure que l'employeur envisage de prendre¹²⁴. Certains relèvent également, à juste titre, « l'inadaptation » de l'accord collectif conclu entre l'employeur et les membres du comité aux entreprises et groupes à structure complexe¹²⁵.

La négociation au sein du comité d'entreprise soulève une difficulté plus épineuse s'agissant des effets dans le temps des accords conclus entre l'employeur et les élus du personnel. S'inspirant des indications légales relatives aux accords conclus avec des élus ou des salariés mandatés dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, on peut être tenté de considérer que les accords visés par la loi du 14 juin 2013 doivent être renouvelés, révisés ou dénoncés, selon les mêmes modalités que celles ayant présidé à leur conclusion¹²⁶. Mais un tel parallélisme des formes touche davantage à la qualité proprement dite des agents de négociation qu'à leur personne ou leur appartenance, et fait fi des évolutions qu'on pourrait observer dans la composition de l'institution, d'une élection à une autre. Aussi l'accord sera-t-il susceptible d'être renouvelé ou révisé voire dénoncé¹²⁷ par des élus relevant d'une tendance syndicale différente de celle des représentants qui l'avaient conclu, sans exclure le risque d'une alternance entre syndiqués et non-syndiqués.

Au plan plus théorique, quelques flottements sont également perceptibles.

Il ne va pas de soi que puisse être attribuée à l'acte conclu entre l'employeur et les membres élus du comité la nature juridique d'un accord collectif de travail, contrairement à la situation où le comité est élevé au rang d'agent de négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. En application de la loi de 2013, le comité n'entre pas en scène pour pallier l'absence de l'acteur traditionnel de la négociation ; il est le siège d'une négociation spécifique. Et, à supposer même qu'on considère que la condition des salariés est indirectement affectée par l'accord, il paraît difficilement concevable de conférer à ce dernier une force juridique en intensité sur les contrats de travail.

Si le scepticisme est de mise s'agissant de la qualification d'accord collectif de travail, est-on sûr à tout le moins de devoir envisager l'acte considéré comme un accord ? Quelle que soit la dissociation qui s'opère entre les deux parties, la négociation qui se noue au sein du comité vise à déterminer la procédure présidant au fonctionnement interne d'un groupement doté de la personnalité juridique, où se côtoient de manière permanente représentants des salariés et employeur¹²⁸. Dès lors, ne se trouve-t-on pas autant sur le terrain institutionnel que sur le terrain contractuel¹²⁹ ?

À l'issue de ces observations, reviennent en mémoire les prédictions d'Otto Kahn-Freund, au cours d'un colloque sur la participation, organisé en 1976 à la Sorbonne : « *Le combat entre le principe de la représentation du personnel et celui de la représentation du syndicat va continuer pour un long temps [...] l'idée quelque peu*

¹¹⁹ Comme de l'obligation d'informer ou de consulter le comité central d'entreprise ainsi que les comités d'établissement, lorsque ces derniers ont été mis en place. Sur l'existence d'un socle de dispositions légales échappant à l'autonomie collective, en dehors desquelles une dérogation est implicitement autorisée, v. E. Peskine et C. Wolmark, ouvrage préc., p. 422.

¹²⁰ V. F. Signoretto, art. préc.

¹²¹ L'accord a un triple objet : « Fixer les délais dans lesquels les avis du comité sont rendus » ; arrêter le délai « raisonnable » qui préside à la remise des rapports d'expertise ; déterminer le délai dans lequel l'expert peut demander à l'employeur les informations nécessaires à la réalisation de sa mission et le délai de réponse de l'employeur à cette demande.

¹²² Conformément aux règles applicables aux résolutions du comité d'entreprise, l'accord n'est valablement conclu que si la majorité des membres titulaires élus présents vote expressément en faveur de son adoption.

¹²³ L'accord aura-t-il alors vocation à s'appliquer à la consultation des comités d'établissement ? V. G. Auzero et E. Dockès, Précis Dalloz 2014, p. 1265.

¹²⁴ Sur ce point, cf. A. Le Mire et L. Millet, *RPDS* 2013, n° 818, p. 190.

¹²⁵ Cf. B. Krief, « Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel », *La Semaine juridique, édition sociale* 2014, n° 10, p. 76. L'auteur de mettre l'accent sur l'« opportunité de prévoir une négociation globale avec l'ensemble des instances de représentation du personnel compétentes en vue de fixer un calendrier cohérent ».

¹²⁶ Article L. 2232-29.

¹²⁷ Dans un délai qui devra être suffisant.

¹²⁸ « L'acte collectif » a pu être défini comme un acte de volonté « tendant à une fin commune et qui, sous la condition d'être l'œuvre de plus grand nombre dans un groupement déterminé, aboutit à une décision qui s'impose à tous les membres de ce groupement » (J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., 2002, p. 388).

¹²⁹ On songe aux réflexions déjà anciennes de Jean Savatier : « Quand la représentation des employeurs et des salariés est organisée au sein d'une assemblée délibérante de caractère durable ayant une compétence déterminée, on sort du domaine contractuel pour rentrer dans le domaine institutionnel ». Et lorsqu'on est sur le terrain institutionnel, la dénonciation de l'acte par l'employeur ne devrait-elle pas être assortie de conditions plus strictes ?

dépassée de consultation présentant moins d'intérêt »¹³⁰. La situation actuelle n'est-elle pas la résultante d'une évolution à rebours de telles prédictions ? En effet, depuis la loi du 20 août 2008, la distinction représentation élue-représentation syndicale apparaît moins marquée au regard des sources de la représentation, alors que, sur le terrain fonctionnel, le déploiement de la négociation d'entreprise n'a pas empêché l'essor de la consultation, sans que s'affirme vraiment la prévalence de la première sur la seconde¹³¹. Il n'est pas sûr que ces deux chemins, tels qu'ils semblent désormais orientés, l'un et l'autre, vers une certaine réhabilitation de la théorie institutionnelle de l'entreprise¹³², ouvrent au droit du travail un bel avenir.

¹³⁰ Rapport préc., p. 25. Il est vrai que la notion de consultation, au sens où l'utilisait Otto Kahn-Freund, était orientée modestement vers la « protection et la promotion individuelles du travailleur », pour protéger ce dernier contre « l'exercice arbitraire du pouvoir par l'employeur et lui permettre de faire entendre sa voix quand la stabilité de son emploi est en cause ».

¹³¹ Même si quelques signes avant-coureurs d'une préférence envers la négociation sont perceptibles à travers la loi du 14 juin 2013, ce texte n'a pas vraiment amorcé une refonte organique ou même fonctionnelle de notre système de représentation du personnel. V. F. Favennec-Héry, « Une question qui fâche : Le millefeuille des IRP », *Droit social* 2013, p. 250 et s.

¹³² Certes, l'existence d'intérêts divergents est admise. Toutefois, la norme juridique semble postuler la nécessité que les intérêts contraires s'accordent pour le bien de tous. Elle donne ainsi à voir une perception de l'entreprise comme un groupement organisé dont le personnel est une des composantes et assume un rôle complémentaire à celui de l'employeur.

Re transcription des débats de la troisième table ronde

Participants à la discussion :

Paul-Henri Antonmattéi

Georges Borenfreund

Pascal Lokiec

Antoine Lyon-Caen

Nathalie Sabotier

M. Lokiec, professeur :

J'aurais une remarque et une question.

La remarque : je me demande si l'adoption de délais préfix ne va pas conduire les salariés et leurs défenseurs à changer de terrain, c'est-à-dire à ne plus se focaliser sur l'expiration des délais de prescription, mais sur le commencement de ces délais. Lorsqu'on lit notamment le décret sur la base de données unique, on voit que le décret établit un lien entre le commencement du délai et l'information qui doit être donnée. Le commencement court en effet à compter de la communication des informations, ou de l'information par l'employeur de leur mise à disposition dans la base de données. Le débat pourrait donc se déplacer sur la question de savoir si, du fait de l'insuffisance des informations fournies au départ par l'employeur, le délai préfix a pu ou non commencer à courir. Cette stratégie présente l'intérêt, pour les salariés, de mettre totalement hors le jeu le délai préfix.

La question : pensez-vous que lorsqu'on est, non pas sur l'information-consultation générale, mais dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique, la loi laisse encore une possibilité de proroger le délai ? Tout ce que vous avez dit, madame, sur la possibilité de saisir, à titre exceptionnel, le juge des référés n'est en effet formellement prévu qu'au titre du livre 2. Un détour semble, *a priori*, envisageable : la loi imposant comme par le passé une consultation à la fois « livre 1 » (projet de licenciement) et « livre 2 » (projet de restructuration) en cas de licenciement pour motif économique, la saisine du juge des référés pourrait être réintroduite par ce biais. Le législateur a cependant bien verrouillé en disposant expressément que la consultation du livre 2 sur le projet de restructuration est enfermée dans le délai préfix du livre 1 lorsque l'opération projetée est soumise à l'obligation d'établir un PSE. Y a-t-il donc, selon vous, des possibilités de prolongation du délai préfix en cas d'insuffisance caractérisée d'informations lorsqu'on est dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique ?

Mme Sabotier, conseillère référendaire :

Sur le point de départ, effectivement, le débat va se nouer là : à partir de quel moment le délai préfix a pu commencer à courir.

Sur la procédure de consultation en matière de licenciement économique, vous posez là une vraie question. La prorogation des délais n'est prévue que sur la consultation de droit commun.

M. Borenfreund, professeur :

À travers l'impossibilité de prorogation que vous pointez fort justement, il y a la principale incitation, peut-être, à l'adresse des syndicats représentatifs, à faire que le PSE soit la résultante d'une négociation collective.

S'agissant de la consultation de droit commun, une des difficultés va effectivement se concentrer sur le point de départ du délai imparti au comité pour qu'il émette son avis. Mais, à mon sens, cela ne change rien à la réflexion qu'il nous faut mener sur la philosophie de cette loi et à la question qu'il nous faut poser : ne sommes-nous pas en face d'une sorte de supercherie qui ferait croire qu'on peut concilier le rappel d'un délai suffisant et l'affirmation incessante, à chaque alinéa, de l'existence de délais préfix ? Si je prolonge un peu cette réflexion, je me demande comment on peut sérieusement prétendre élaborer, construire une théorie générale de la consultation en usant et abusant d'une telle confusion. Ce n'est d'ailleurs pas contradictoire avec ce que vous dites.

M. Antonmattéi, professeur :

En définitive, on peut avoir un certain nombre d'interrogations, à la fois théoriques et pratiques. J'en relèverai tout à l'heure quelques-unes qui risquent de poser d'importantes difficultés aux magistrats dans les mois qui viennent.

Mais il y a un point, d'abord, sur lequel je veux insister : on oublie en effet une chose, que Jean-Denis Combrexelle a écrite, et qui figure dans le projet de circulaire : tout est fondé sur le dialogue, la règle, c'est le dialogue. Le délai réglementaire ne doit être que l'exception. On mise sur la confiance donnée aux partenaires dans le cadre du processus de négociation pour, d'abord, déterminer le délai utile à la négociation. Raison pour laquelle, et cela peut paraître paradoxal effectivement dans la construction du texte, on a laissé « *délais suffisants* », et on a mis dans l'alinéa en dessous « *délais conventionnels* » et « *délais réglementaires* », et vous avez bien fait de rappeler qu'on précise aussi à quoi doivent servir ces délais. Si bien que le juge a toujours la possibilité de dire que le délai conventionnel n'est pas suffisant par rapport à l'objet de la négociation. Mais ce qui a été fait là, c'est justement pour permettre aux acteurs de négocier le délai utile. Il est vrai que le choix des délais réglementaires subsidiaires - un mois, deux mois, trois mois -, nous a surpris, car on s'attendait à ce que le délai dépende de l'objet de la

consultation, et que le choix qui a été fait est celui d'un délai commun d'un mois, qui peut être allongé dans certaines conditions, notamment en raison d'une expertise, mais sans que cela ne soit en lien avec la complexité de l'objet de la consultation. Si bien que lorsqu'on interroge les acteurs de l'entreprise, tant du côté DRH que du côté comité d'entreprise, ils ont le sentiment que ces délais sont inadéquats et que le gouvernement est passé à côté de la réalité du terrain. Alors que tout cela résulte d'un choix délibéré : les délais sont si inadaptés que c'est une incitation encore plus forte d'aller négocier des délais adaptés aux objets de négociation. Et la manière dont la circulaire est négociée amplifie encore la confiance dans la négociation. C'est en tout cas comme cela que je comprends les choses et que l'ont expliqué les auteurs de la Position commune.

Il y aurait par ailleurs beaucoup de choses à dire sur la BDES. Heureusement qu'il y aura des éditeurs de logiciels pour aider à la mise en place, puisqu'il est prévu de prendre le rapport et de le ventiler par thèmes. Si bien que si l'on n'a pas un logiciel qui restitue le document unique, on ne sait pas ce qu'on envoie à l'inspecteur du travail. Mais il existe une difficulté encore plus grande : le point de départ du délai de la consultation annuelle sur les consultations stratégiques. La loi dit que la BDES est le support de cette consultation. Le décret précise que la BDES est nécessaire à la consultation. Mais on sait que, pour établir la BDES, les entreprises d'au moins trois cents salariés ont jusqu'au 16 juin 2014, et les entreprises de moins de trois cents salariés, jusqu'au 16 juin 2015. Question : l'obligation de consultation court-elle depuis le 16 juin 2013, auquel cas elle devrait s'effectuer au plus tard le 15 juin 2014, ou ne commence-t-elle à s'imposer qu'après l'entrée en vigueur de l'obligation de constituer la BDES ? Bien que la question ait été posée à la direction générale du travail, il semble que le projet de circulaire n'y réponde pas. Les quelques sondages que j'ai pu faire au cours des formations auxquelles j'ai participé montrent qu'aucune entreprise n'envisage de consulter sur les orientations stratégiques avant juin 2014. Ce qui, du coup, présente un vrai risque contentieux, dont on peut se contenter d'espérer qu'il ne se produira pas. Mais si la question est posée, il faudra que les juges judiciaires sachent qu'il leur appartiendra bien d'y répondre.

M. Borenfreund, professeur :

Qu'à travers la loi du 14 juin 2013 on perçoive un hymne à la négociation, ici appliquée aux délais, je n'en disconviens pas. Mais deux remarques tout de même :

- s'en remettre à l'accord collectif pour fixer des délais différents de ceux prévus par les textes réglementaires, cela peut conduire, au mieux, à ce que l'on soit en présence de plusieurs accords collectifs, au sein de la même entreprise, qui détermineront des délais différents, pour chaque objet de consultation, mais en aucun cas cela ne peut répondre à ce à quoi doit normalement correspondre l'exigence d'un délai suffisant. Car en aucun cas l'accord collectif ne pourra asseoir un délai qui corresponde à la situation réelle telle que posée par telle ou telle consultation. Et c'est là que la référence à un délai suffisant est une référence totalement factice, qui ne peut même pas s'articuler avec l'appel à un accord collectif. Car l'accord collectif ne sera jamais en mesure de prédéterminer, face à des situations ou des circonstances qu'il ne peut pas totalement prévoir, quel est le délai qui sera le plus adapté.

En revanche, là où je te suis complètement, c'est que la négociation collective va pouvoir se développer en fonction de chaque objet de consultation, et, en l'occurrence, chaque objet de consultation périodique ;

- seconde remarque, il y a une très grande ambiguïté dans la loi quant à la portée exacte de ce recours à l'accord collectif. Ce qui est certain, c'est que l'accord collectif peut prévoir un délai différent de celui prévu par voie réglementaire, y compris en le raccourcissant. Mais, quand on lit le texte et qu'on s'en tient à son interprétation littérale, à aucun moment on ne peut penser que ces délais conventionnels pourraient ne pas être des délais préfix. En effet, la loi ne dit pas que le délai issu de l'accord collectif, parce qu'il est issu d'un tel accord, ne serait plus de ce fait un délai préfix. Il y a là encore une difficulté à laquelle les magistrats seront sans doute confrontés, car il y a matière à interrogation : on pourrait considérer que dès lors que le délai prévu par l'accord se substitue au délai prévu par le décret, cela lui supprime mécaniquement son caractère de délai préfix.

M. Lyon-Caen, professeur :

Je ne veux pas prolonger la discussion sur la question des délais, mais évoquer la base de données, en revenant sur un sujet déjà abordé ce matin.

Ce à quoi on assiste, au fond, c'est à une « *normalisation* » de l'information. On pourrait, par la base de données, construire un modèle qui vaudrait pour toutes les entreprises. C'est cette communication en continu dans des cadres normalisés qui est supposée assurer l'information du comité d'entreprise. Je laisse de côté la question de savoir quand commence et quand s'arrête l'information en continu, qui par définition n'a pas de début et pas de fin. Il est pourtant très compliqué d'imaginer que, à l'occasion d'événements comme ceux tenant à une restructuration, l'employeur puisse considérer que l'information résulte des informations données en continu et qu'il puisse rappeler que, depuis plusieurs mois, il indique que le mouton néo-zélandais est en train de manger le marché français ou autre, qu'il l'a expliqué depuis deux ans déjà, et qu'il n'y a donc pas besoin d'explications complémentaires - étant entendu que la normalisation de la base de données fera qu'on ne parlera même pas de moutons, qui n'est pas une donnée normalisable.

Ce sur quoi je veux insister, c'est que le cadre d'appréciation posé dans le cadre de cette normalisation, c'est une nouvelle fois la société commerciale, la société par actions. Ce qui veut dire que l'expert-comptable du comité d'entreprise, qui jusqu'alors pouvait élargir son champ de vérification en consultant les comptes des filiales ou des sociétés mères, ne le pourra plus avec la base de données. Il n'y aura plus accès.

Cette normalisation est donc inscrite dans un cadre étroit, au point même que je pense qu'il y a une incompatibilité grammaticale entre l'idée de stratégie et l'idée de société commerciale. Car aujourd'hui, ce n'est pas une société commerciale qui a une stratégie. C'est un ensemble, une unité active sur les marchés. C'est ce à quoi la cour de cassation avait d'ailleurs répondu en inventant la notion de « *secteur d'activité* ». Le secteur correspond au découpage stratégique dans les entreprises. Si ce terme a été inventé en 1995 dans les décisions sur

les licenciements économiques, c'est justement pour intégrer le fait que, pour comprendre la stratégie d'une société commerciale, il faut sortir du cadre de cette seule société et regarder quel est l'ensemble des unités de production, de commercialisation, liées à un certain marché. Je me demande donc comment on peut conjuguer stratégie et personnalité juridique de l'employeur. Les orientations stratégiques, ce n'est pas la société qui les décide.

M. Borenfreund, professeur :

Je pense que le juge va avoir un travail considérable, vraiment considérable... Si le juge entend par orientations stratégiques, lorsque l'entreprise est intégrée dans un groupe, uniquement les orientations stratégiques de la structure de l'entreprise considérée, il va de soi que le texte n'a absolument aucune portée.

Table ronde n° 4

Les plans de sauvegarde de l'emploi

Intervenants :

Pierre Bailly, conseiller doyen

Patrick Morvan, professeur des universités

Contribution commune

Laurent Villboeuf, DIRECCTE Ile-de-France

Les plans de sauvegarde de l'emploi

Il existe un lien naturel et évident entre les institutions représentatives du personnel, objet de la précédente intervention, et les plans sociaux, devenus les plans de sauvegarde de l'emploi en 2002, dont il est maintenant question. Ce lien se manifeste d'abord par l'obligation à laquelle est tenu l'employeur, lorsque les conditions légales sont remplies, de soumettre son plan à la consultation des représentants du personnel. L'ancienne rédaction de l'article L. 1235-10 du code du travail, édictant la sanction de la nullité, le montrait bien, puisqu'il renvoyait à la présentation du plan aux représentants du personnel. Et on sait que tout un débat, aujourd'hui dépassé, s'était instauré pour savoir dans quel ordre devaient se situer les consultations sur le plan, d'une part, et sur le projet économique de l'employeur, d'autre part (livre III/livre IV). Ensuite, du côté européen, la directive n° 98/59 du 20 juillet 1998 sur les licenciements collectifs abordait essentiellement le sujet à travers l'information, la consultation et la participation des travailleurs, notamment sur les mesures destinées à éviter ou réduire les licenciements ou à atténuer leurs conséquences, dans la perspective d'aboutir à un accord avec leurs représentants, objectif que rejoint l'ouverture vers un plan conventionnel prévue par la loi de 2013. Mais ce n'est pas cet aspect institutionnel que nous allons aborder. Il nous a paru plus intéressant de voir ce que la loi de juin 2013 apporte de neuf par rapport à ce qui constituait l'état du droit antérieur, tel qu'il était compris et appliqué par la jurisprudence, dans quatre domaines intéressant les plans de sauvegarde de l'emploi :

- celui du périmètre du plan, c'est-à-dire du champ d'application de l'obligation d'établir un PSE, ce qui a posé et posera encore la question du nombre des ruptures conditionnant cette obligation et celle de l'incidence d'une situation de coemploi ;
- celui du contenu du plan, sous l'angle des plans de départs volontaires et de la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement ;
- celui du contrôle du plan : procédure de suspension et régularisation ; objet et étendue même de ce contrôle (*quid* de la vérification de la cause économique ?) ;
- celui, enfin, des sanctions : nullité et réintégration.

Sur chacun de ces sept sujets, il convient de rappeler l'état de la jurisprudence de la chambre sociale puis d'évoquer les questions nouvelles qu'inspirent les modifications résultant de la loi du 14 juin 2013. Pour évoquer la jurisprudence, nous serons conduits à employer le plus souvent l'imparfait, même si le contentieux des PSE en cours devant les juridictions du travail n'a pas cessé avec l'entrée en vigueur de la loi et s'il existera donc pendant quelques années des litiges parallèles dans les deux ordres de juridictions.

Première question, relative au périmètre du plan : comment s'apprécient les seuils qui déterminent l'obligation d'établir un plan ?

Pour les juridictions du travail, la question s'est posée principalement à propos des ruptures amiables et des ruptures conventionnelles du contrat de travail s'inscrivant dans un contexte de difficultés économiques, au sens large. Depuis longtemps, la chambre sociale admet la validité des accords de rupture amiable conclus dans le cadre d'une procédure de licenciement collectif ayant donné lieu à l'établissement d'un plan, sauf fraude ou vice du consentement (Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-27.176, *Bull.* 2012, V, n° 64), sous réserve que le plan en cause réponde aux exigences légales (Soc., 15 mai 2013, pourvoi n° 11-26.845, *Bull.* 2013, V, n° 122). Alors que les précédentes décisions se situaient dans le cadre de plans contenus dans un accord collectif, un arrêt du 12 février dernier (pourvoi n° 12-24.845) a admis que ce mode de rupture consensuel pouvait être valablement négocié suivant les prévisions d'un plan établi unilatéralement par l'employeur. Il n'est pas douteux que ces conventions de rupture, prévues le plus souvent dans des plans de départs volontaires sur lesquels on reviendra, doivent être prises en compte pour déterminer si l'employeur était tenu, en raison de leur nombre, de mettre en place un PSE. Ce n'est qu'une application de l'article L. 1233-3 du code du travail, dont le second alinéa, oublié un temps lors de la recodification, étend les dispositions du chapitre sur les licenciements économiques à toutes les ruptures résultant d'une cause économique, lequel doit être lu à la lumière de la directive de 1998 sur les licenciements collectifs.

Mais, on le sait, la question s'est aussi posée pour les ruptures conventionnelles, nouvelle manière, issues de la loi du 25 juin 2008. Alors que l'accord national interprofessionnel dont est issue cette loi était beaucoup

moins clair sur ce point, l'article L. 1233-3 a exclu ces conventions du champ d'application du chapitre sur le licenciement pour motif économique. Dès lors, la question s'est rapidement posée de savoir s'il devait en être tenu compte pour vérifier le nombre des ruptures imposant d'établir un PSE. On sait que la chambre sociale a répondu, le 9 mars 2011 (pourvoi n° 10-11.581, *Bull.* 2001, V, n° 70), par l'affirmative, en faisant référence notamment à l'article 12 de l'accord national interprofessionnel de janvier 2008 et à la directive de 1998, qui assimile aux licenciements économiques toutes les cessations du contrat de travail à l'initiative de l'employeur pour un motif non inhérent à la personne du salarié. Ainsi, dans cette affaire, les ruptures conventionnelles ayant précédé des licenciements collectifs et s'inscrivant dans le même cadre de réduction des effectifs pour motif économique devaient donner lieu à un PSE. Plus récemment, la chambre a dû préciser que seuls devaient être prises en compte les conventions de rupture effectivement homologuées par l'administration du travail, parce qu'elles seules entraînent la rupture du contrat (Soc., 29 octobre 2013, pourvoi n° 12-15.382, *Bull.* 2013, V, n° 253). Cette décision est intervenue dans le cadre de licenciements successifs que l'article L. 1233-26 soumet sous certaines conditions au régime des licenciements collectifs. Elle portait sur la première condition prévue par ce texte (nombre de ruptures auxquelles il est « procédé » sur une même période de trois mois), la seconde condition, relative aux licenciements ultérieurs, renvoyant non pas aux licenciements prononcés, mais aux ruptures envisagées. Ce texte, comme l'article suivant, n'a pas été modifié et demeure donc applicable dans le nouveau régime des licenciements économiques. Pourra alors se poser la question de l'incidence des ruptures amiables ou conventionnelles lorsqu'aucun plan n'est soumis à l'administration.

Par ailleurs, la loi du 14 juin 2013 a institué de nouveaux accords collectifs dont les salariés ne peuvent refuser l'application sans s'exposer à la rupture de leur contrat de travail. Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'« application » à leur contrat de travail d'un accord de maintien de l'emploi, « leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord » (article L. 5125-2 du code du travail). De même, lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations d'un accord de mobilité interne, « leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1 » (article L. 2242-23, alinéa 4, du code du travail). Selon toute vraisemblance, le juge judiciaire reconduira ici le raisonnement suivi sur le fondement de la directive du 20 juillet 1998, à propos des ruptures conventionnelles. Sera ainsi rétablie l'application du droit des licenciements collectifs en ce qu'il impose une procédure d'information-consultation du comité d'entreprise et l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix sur une même période de trente jours. Ce résultat, sans doute inattendu, aurait pu être évité en édictant un motif *sui generis* de licenciement, sur le modèle de celui existant en matière d'accords sur le temps de travail (article L. 1222-8 du code du travail. *Adde*, pour les accords de modulation, article L. 3122-6, rééd. L. n° 2012-387, 22 mars 2012).

Deuxième question, liée à la précédente : quelle peut être l'incidence d'une situation de coemploi ?

Il ne s'agit pas ici de développer le sujet du coemploi, qui est riche en controverses, mais de rappeler que cette situation est caractérisée lorsqu'il existe un état de confusion d'intérêts, d'activité et de direction entre des entités distinctes, se traduisant par l'immixtion d'un tiers dans la gestion économique et sociale de l'employeur. Et que lorsqu'un tel état, qui ne résulte évidemment pas de la seule appartenance à un même groupe, est établi, l'appréciation de l'ensemble des éléments constitutifs du licenciement collectif, au sens large, doit être faite au niveau de l'ensemble des coemployeurs confondus, et il n'est alors pas exclu, même si les affaires soumises à la chambre sociale ne portaient pas sur cet aspect de la question, qu'il soit nécessaire de tenir compte du nombre des ruptures pour motif économique dont a pris l'initiative chaque coemployeur à la même époque, de sorte que, bien que le projet de l'employeur d'origine n'atteigne pas le seuil légal imposant d'établir un plan, l'addition des projets du coemployeur pourra engendrer cette obligation. Par ailleurs, il est évident qu'une situation de coemploi impose d'établir un PSE en rapport avec les moyens de chacun des coemployeurs. Dès lors, on peut se demander comment seront appréhendées les situations de coemploi dans un dispositif légal qui repose sur une déclaration de l'employeur.

Plus radicalement, se pose la question de savoir si l'action en reconnaissance de la qualité de coemployeur (action Aspocomp) a survécu à la loi du 14 juin 2013. Celle-ci a introduit la possibilité de négocier « le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi [...] ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements » au travers d'un accord collectif majoritaire (article L. 1233-24-1 du code du travail). À défaut d'un tel accord, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) est fixé par un « document élaboré par l'employeur » (article L. 1233-24-4 du code du travail). Parallèlement, les juridictions administratives ont reçu compétence exclusive pour connaître du contentieux relatif aux décisions administratives (prises par la DIRECCTE) de validation de l'accord collectif majoritaire ou d'homologation du document unilatéral. Dans la mesure où l'article L. 1235-7-1 du code du travail affirme que le « contenu du plan de sauvegarde de l'emploi » déterminé par l'accord majoritaire ou le document unilatéral ainsi que « la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation » administrative, une action en reconnaissance de la qualité de coemployeur introduite devant une juridiction judiciaire (le conseil de prud'hommes) paraît irrecevable. La loi du 14 juin 2013 aurait ainsi tué l'action Aspocomp, du moins dans les entreprises tenues d'élaborer un PSE. Il est douteux, en effet, qu'une telle action puisse être portée devant le tribunal administratif, d'autant que sa saisine est enfermée dans un délai de deux mois (article L. 1235-7-1 du code du travail).

Mais, d'un autre côté, ni l'ANI du 11 janvier 2013 ni la loi du 14 juin 2013 qui en reproduit la substance n'ont envisagé l'hypothèse d'une action en contestation des licenciements dirigée contre un tiers. Le contrôle effectué par la DIRECCTE sur le projet de licenciement, dont la loi énumère de façon limitative les différentes rubriques (articles L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3 du code du travail), est cantonné au *primo*-employeur : il porte sur la

régularité des procédures d'information et consultation du comité d'entreprise et du CHSCT, sur la qualité du PSE, etc. Ce contrôle - ainsi que la compétence corrélative des juridictions administratives - ne s'étend pas à un éventuel coemployeur. Dans les groupes de sociétés, en particulier, l'autorité administrative n'étudiera presque jamais la possibilité que la société mère ou une autre filiale se soit immiscée dans la gestion de l'entreprise. D'abord, le délai d'instruction imparti à la DIRECCTE par la loi (quinze ou vingt et un jours dans l'entreprise *in bonis* ; huit ou quatre jours dans l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire) ne lui laisse guère le loisir d'effectuer des vérifications approfondies : la majorité des décisions de validation ou d'homologation seront tacites ou notifiées au terme d'un examen superficiel de la situation économique et sociale de l'entreprise. Ensuite, en cas de signature d'un accord collectif majoritaire, l'autorité administrative n'effectue qu'un contrôle restreint, donc sommaire (*v. infra*, sixième question). Certes, l'homologation d'un document unilatéral de l'employeur est précédée d'un contrôle plus minutieux, mais qui ne se tourne vers le « groupe » dont fait partie l'entreprise que pour prendre en compte les « moyens » financiers dont celui-ci dispose (article L. 1233-57-3, 1°, du code du travail). À moins que les représentants du personnel ou syndicaux aient très tôt alerté la DIRECCTE - preuves à l'appui - sur une immixtion abusive de la société mère ou d'une autre filiale, la problématique du coemploi sera complètement occultée avant la validation ou l'homologation. Or, le principe de la séparation des pouvoirs autorise les juridictions judiciaires à statuer sur les questions qui échappent au contrôle de l'autorité administrative et à la compétence des juridictions administratives. En conséquence, la recevabilité d'une action Aspocomp devant les juridictions judiciaires reste entière.

Troisième question : quel sera désormais le statut des plans de départs volontaires, au sein d'un PSE ?

Les plans de départs volontaires ont connu un développement qui peut s'expliquer par leur caractère non conflictuel et par les effets qui s'attachent à un tel mode de rupture, puisqu'il faut rappeler que leur conclusion régulière ne permet plus au salarié de contester l'existence d'une cause économique, sauf fraude ou vice du consentement (Soc., 8 février 2012, pourvoi n° 10-27.176, *Bull.* 2012, V, n° 64) ou sauf dans le cas où le PSE serait insuffisant (Soc., 15 mai 2013, pourvoi n° 11-26.414, *Bull.* 2013, V, n° 122), sachant qu'en ce cas, une annulation de la procédure expose le salarié à devoir restituer ce qu'il a reçu en exécution du plan (Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.227). On l'a dit, le recours aux départs volontaires ne dispense pas l'employeur de l'obligation d'établir un PSE, mais la chambre sociale a jugé, le 26 octobre 2010 (arrêt *Renault*, pourvoi n° 09-15.187, *Bull.* 2010, V, n° 245), que le recours exclusif à ce mode de rupture dispensait l'employeur de l'obligation d'inclure dans le PSE un plan de reclassement, lorsqu'il s'engageait à ne pas licencier si son objectif n'était pas atteint. Cette position, controversée, repose sur la prise en considération de l'objet du plan de reclassement, qui est d'éviter des licenciements ou d'en réduire le nombre, alors que la rupture amiable n'entraîne la perte de l'emploi que si le salarié y consent. Elle s'explique aussi par la difficulté d'établir un plan de reclassement lorsque le nombre des volontaires au départ est inconnu. Mais, rapidement, une limite a été posée à cette dispense. Elle ne s'applique pas à partir du moment où le projet de l'employeur implique un licenciement pour motif économique lorsque le salarié refuse de quitter volontairement son emploi ou l'entreprise. Ce qui est le cas lorsque son emploi disparaît (suppression des fonctions de mécanicien de bord : Soc., 9 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.142, *Bull.* 2012, V, n° 254 ; externalisation d'un service : Soc., 25 janvier 2012, *Compléxel*, pourvoi n° 10-23.324). Ni les partenaires sociaux ni le législateur, malgré certaines invites, n'ont envisagé de dispositions particulières en la matière.

Il faut alors se demander quelle pourra être l'approche de l'administration du travail lorsqu'elle devra se prononcer sur des plans de départs volontaires exclusifs, sachant que, dans le même temps, le contentieux des plans antérieurs restera soumis au juge du travail.

En outre, les plans de départs volontaires sont une source importante de contentieux que le juge judiciaire pourrait conserver dans le giron de sa compétence. Le doute est cependant permis. L'article L. 1235-7-1 du code du travail inclut, dans le bloc de compétences des juridictions administratives, le « contenu du plan de sauvegarde de l'emploi » découlant de l'accord collectif majoritaire ou du document unilatéral. La formule est fort compréhensive.

Quatrième question : contrôle de la nécessité, du contenu (notamment de l'égalité de traitement) et de l'exécution du PSE

Sous l'empire de la loi du 14 juin 2013, le juge judiciaire reste le premier recours lorsque des salariés ou des représentants du personnel prétendent qu'une réorganisation aboutit, en réalité, à rompre au moins dix contrats de travail sur une même période de trente jours pour un motif économique. Par définition, l'employeur qui nie être tenu d'élaborer un PSE et d'engager une procédure d'information-consultation sur son projet de licenciement économique n'a notifié aucun projet de cette nature à l'administration ; celle-ci n'instruit donc aucune demande de validation ou d'homologation susceptible de déclencher la compétence des juridictions administratives. Un tel employeur ne peut être assigné que devant le conseil de prud'hommes ou devant le tribunal de grande instance, qui décidera s'il doit ou non se soumettre aux règles applicables aux grands licenciements économiques.

Ensuite, de façon plus particulière, la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux plans de sauvegarde de l'emploi, rendue sous l'empire du droit antérieur à la loi du 14 juin 2013, révèle un certain nombre de griefs qui paraissent échapper au périmètre d'appréciation de l'autorité administrative. Il en est ainsi des clauses discriminatoires ou portant atteinte à l'égalité de traitement figurant dans un PSE.

Le principe d'égalité de traitement s'applique aux plans de sauvegarde de l'emploi. Le premier arrêt de la chambre qui l'ait dit remonte au 10 juillet 2001 (pourvoi n° 99-40.987, *Bull.* 2001, V, n° 255) : tous les salariés qui se trouvent dans la même situation doivent bénéficier du même avantage et (mais l'exigence ne se retrouve pas dans tous les arrêts ultérieurs) les règles d'attribution doivent être préalablement définies et contrôlables. Cet impératif égalitaire a été rappelé depuis dans de nombreux arrêts, soit pour considérer qu'il avait été méconnu (Soc., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-23.457, *Bull.* 2013, V, 243 : indemnités allouées aux seuls salariés affectés sur un site fermé, sans justification ; Soc., 12 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.182, *Bull.* 2010, V, n° 166 : aide au départ volontaire réservée aux seuls salariés travaillant dans un établissement fermé, alors que tous les

salariés de l'entreprise pouvaient être affectés, par application de l'ordre des licenciements), soit pour prendre en considération des justifications objectives et pertinentes légitimant une différence de traitement : indemnités majorées pour les salariés concernés par une seconde série de licenciements, en raison de l'évolution du marché de l'emploi depuis le précédent (10 décembre 2003, pourvoi n° 01-47.147) ; indemnité additionnelle pour les salariés licenciés qui ne bénéficient pas d'une préretraite ou d'une pension d'invalidité (5 décembre 2012, pourvois n° 10-24.219 et 12-24.204, *Bull.* 2012, V, n° 321). Tout est affaire de justification. Mais tous ces précédents portent sur les demandes de salariés revendiquant un avantage que le plan réservait à d'autres. La chambre sociale n'a pas été conduite à se prononcer sur une éventuelle demande en annulation d'un PSE qui serait fondée sur son insuffisance, déduite de la limitation injustifiée du nombre des salariés pouvant prétendre à un même avantage. On peut donc se demander si la nouvelle procédure de contrôle administratif créée en 2013 entraînera ou non une évolution, autrement dit, si le contrôle de l'administration portera sur cet aspect du plan.

Enfin, la formule légale de l'article L. 1235-7-1 du code du travail (attribuant aux juridictions administratives le contentieux relatif au « contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ») laisse échapper vers les juridictions judiciaires le contentieux relatif à l'exécution ou au suivi du PSE, auquel la loi du 14 juin 2013 attache d'ailleurs une importance particulière (article L. 1233-63 du code du travail). Ainsi, par exemple, le juge prud'homal demeure compétent pour sanctionner le non-respect par l'employeur d'un engagement de garantie d'emploi, un manquement au devoir de loyauté ou pour indemniser le préjudice d'un salarié résultant de la perte d'une chance de bénéficier d'un PSE...

Plus largement, il n'appartient qu'à la juridiction prud'homale d'accorder des dommages-intérêts aux salariés dont le licenciement est nul (sur les nouvelles causes de nullité du licenciement, v. *infra*, septième question).

En somme, les PSE sont une source de litiges intarissable que les juridictions administratives ne pourront tous capter.

Cinquième question : l'élaboration du PSE et le traitement des irrégularités au cours de la procédure d'information-consultation

Le contentieux « préventif » des PSE, avant la loi de 2013, s'exprimait par des **demandes de suspension** des procédures consultatives en cours sur le plan, motivées par des irrégularités de forme (ordre du jour de la consultation, par exemple) ou par l'insuffisance des mesures prévues par l'employeur pour éviter des licenciements ou atténuer leurs effets. Soumises au juge civil, en référé ou au fond à date fixe, elles pouvaient le conduire à ordonner la suspension de la procédure, en vue de sa régularisation, soit pour corriger un vice de procédure, soit pour améliorer le contenu du plan. S'était ainsi élaborée au fil du temps une jurisprudence qui permettait de demander l'interruption provisoire de la procédure de licenciement collectif, jusqu'au jour de son achèvement par la notification des licenciements (Soc., 11 janvier 2007, pourvoi n° 05-10.350, *Bull.* 2007, V, n° 5, *Microelectronics*). L'arrêt *Euridep*, rendu le 14 janvier 2003 (pourvoi n° 01-10.239, *Bull.* 2003, V, n° 5), avait reconnu à ces mesures de suspension un effet radical, dans la mesure où une irrégularité de la procédure consultative sur le plan pouvait avoir pour conséquence la nullité de la procédure de licenciement, si l'employeur la poursuivait sans régularisation, alors même que cette nullité n'était prévue qu'en cas d'absence de plan social, ceci, on le sait, en raison de l'importance que le législateur accordait à la présentation du plan social. Cette conséquence n'était en revanche pas encourue lorsque l'employeur n'était pas tenu légalement d'établir un plan (Soc., 26 juin 2008, pourvoi n° 07-41.786). Il y avait ainsi plusieurs moyens de faire annuler ensuite un plan en raison d'une irrégularité affectant la procédure consultative : poursuite de la procédure malgré une mesure de suspension judiciaire ; poursuite de la procédure de licenciement en l'état malgré l'annulation d'un plan, sans reprise de la procédure consultative (Soc., 10 février 2004, pourvoi n° 02-40.182, *Bull.* 2004, V, n° 45, rendu dans le long contentieux *Sietam*) ; présentation au cours de la procédure consultative, sous couvert d'amélioration, d'un plan entièrement nouveau, sans que cette procédure soit reprise à ses débuts (Soc., 17 décembre 2004, pourvoi n° 03-17.031, *Bull.* 2004, V, n° 344). C'est pour cette raison que le législateur était intervenu en 2005 afin d'enfermer dans un délai très bref la contestation de la régularité de la procédure consultative sur le plan (article L. 321-16, devenu L. 1235-7).

Cette procédure judiciaire préventive n'a plus lieu d'être, au regard de la compétence exclusive du juge administratif édictée par le nouvel article L. 1235-7-1 du code du travail. On lui a d'ailleurs reproché de favoriser, par un certain formalisme, une « culture du conflit », à laquelle la loi nouvelle entend substituer une incitation au dialogue et à la négociation. Il sera donc intéressant de voir comment les imperfections de la procédure consultative seront traitées dans le cadre du contrôle administratif, sachant qu'en tout état de cause, une annulation de la procédure pour une raison autre que l'absence de plan ou l'insuffisance du plan ou la poursuite de la procédure de licenciement malgré un refus d'homologation ou de validation n'entraîne pas les mêmes conséquences (article L. 1235-16, v. *infra*, septième question).

Le contentieux devrait se cristalliser, à l'avenir, autour de deux séries de règles inédites.

1) En transférant aux juridictions administratives le contentieux de la légalité des décisions de « validation » ou d'« homologation » des PSE, la loi du 14 juin 2013 a mis hors-jeu le juge des référés, que les représentants du personnel avaient coutume de saisir auparavant afin d'obtenir des informations supplémentaires au cours de la procédure consultative. En lieu et place de la saisine du juge judiciaire statuant en référé a été instituée une procédure d'urgence de nature administrative et non juridictionnelle. Avant qu'elle ne prenne et ne transmette sa décision de « validation » ou d'« homologation », la DIRECCTE peut être saisie d'une demande tendant « à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information relatifs à la procédure en cours ou de se conformer à une règle de procédure prévue par les textes législatifs, les conventions collectives ou un accord collectif » (article L. 1233-57-5 du code du travail). La demande émane du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, ou, en cas de négociation d'un accord collectif majoritaire, des délégués syndicaux. Elle est adressée à la DIRECCTE compétente par tout moyen permettant de conférer une date certaine. « La demande est motivée. Elle précise les éléments demandés et leur pertinence » (article D. 1233-12, alinéa 2, du

code du travail). La DIRECCTE y répond, par tout moyen permettant de conférer une date certaine, dans un délai de cinq jours à compter de la date de la réception de la demande. Copie de cette réponse est adressée à l'employeur, au comité d'entreprise et aux syndicats représentatifs (en cas de négociation d'un accord majoritaire) (articles L. 1233-57-5 et D. 1233-12 du code du travail).

Que faire lorsque la DIRECCTE ne répond pas, en tout ou partie, à une telle demande d'injonction ? La décision prise par l'administration à ce stade ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision finale de validation ou d'homologation du projet de licenciement (article L. 1235-7-1 du code du travail). Autrement dit, la décision d'injonction ou de refus d'injonction est une mesure préparatoire, insusceptible de recours pour excès de pouvoir. Mais, si l'urgence le justifie, les parties intéressées peuvent toujours saisir le président du tribunal administratif statuant en référé, afin qu'il ordonne la suspension des effets de cette décision négative implicite ou ordonne « toutes mesures utiles » (article L. 1235-7-1, dernier alinéa, du code du travail, qui renvoie au livre V du code de justice administrative, notamment les articles L. 521-1 et L. 521-3, relatifs au référé-suspension et au référé mesures utiles). L'employeur dispose des mêmes recours contre une décision (positive) d'injonction.

Quel risque prend l'employeur qui n'obtempère pas à une injonction administrative de communiquer les documents réclamés ? Si la DIRECCTE vient à estimer que ce manquement est suffisamment grave pour entacher la qualité du dialogue social, il lui est loisible de refuser par la suite la validation ou l'homologation du projet de licenciement. C'est donc un pari périlleux que prend l'employeur récalcitrant.

2) En cas de décision de refus de validation ou d'homologation, l'employeur, s'il souhaite reprendre son projet, présente une nouvelle demande après y avoir apporté les **modifications** nécessaires et consulté le comité d'entreprise (articles L. 1233-57-7 et D. 1233-14-3 du code du travail). Une difficulté apparaît si les délais couperets (de deux, trois ou quatre mois) qui enferment la double consultation du comité d'entreprise sont expirés, puisque l'instance représentative est réputée avoir été consultée (article L. 1233-30 du code du travail). La procédure est donc close. Exiger de l'employeur qu'il reprenne la procédure consultative dans sa totalité, depuis le début, et rouvrir un délai de deux, trois ou quatre mois paraît excessif (d'autant plus que l'irrégularité ayant motivé le refus de la DIRECCTE peut n'avoir été commise qu'à la toute fin de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise et être régularisable à bref délai). Il semble raisonnable de considérer que la décision administrative de refus de validation ou homologation implique de procéder à une nouvelle consultation, spécifique et échappant au délai couperet (de deux, trois ou quatre mois). La loi ne fixant pas le délai maximum de cette consultation spécifique complémentaire, elle doit être réalisée dans un délai raisonnable laissé à l'appréciation de l'employeur, des représentants du personnel et de l'administration, en fonction des circonstances et de l'urgence économique. Au terme de ce délai, si le comité persiste à ne pas vouloir émettre d'avis sur le projet amendé, l'employeur peut saisir d'une nouvelle demande la DIRECCTE, qui décide si elle le valide ou l'homologue, ou non. Un nouveau refus contraindrait l'employeur à convoquer encore le comité d'entreprise...

Au demeurant, lorsque l'entreprise est en sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaire, la loi ouvre expressément de nouveaux délais afin que le représentant de l'employeur puisse régulariser la procédure : « en cas de décision défavorable de validation ou d'homologation, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur consulte le comité d'entreprise dans un délai de trois jours. Selon le cas, le document modifié et l'avis du comité d'entreprise ou un avenant à l'accord collectif sont transmis à l'autorité administrative, qui se prononce dans un délai de trois jours » (articles L. 1233-58, II, alinéa 4, et L. 1233-58, III, alinéa 2, du code du travail). Dans l'entreprise *in bonis*, en revanche, le législateur a omis de préciser le mode opératoire.

Sixième question : l'objet et l'étendue du contrôle administratif du plan

La question peut se subdiviser :

- le contrôle a-t-il la même étendue suivant que le plan est le produit d'un accord collectif ou qu'il procède d'un acte unilatéral de l'employeur ?
- jusqu'où va le contrôle de la valeur du plan ?

1) Sur le premier point, la chambre sociale ne faisait aucune différence : un plan social prenant la forme d'un accord collectif était soumis aux mêmes exigences et, donc, au même contrôle juridictionnel qu'un plan établi unilatéralement par l'employeur (Soc., 28 novembre 2006, pourvois n° 05-40.651 et n° 04-48.798, *Bull.* 2006, V, n° 355). Il y avait à cela deux raisons : d'une part, les partenaires sociaux ne pouvaient s'affranchir des exigences légales, au détriment de salariés ; d'autre part, le droit propre reconnu à ce salarié lui permettait de contester la valeur du plan, alors même qu'il avait été approuvé par les syndicats ou par les représentants du personnel, sachant au surplus qu'une décision admettant la validité du plan dans un litige collectif ne serait pas revêtue de l'autorité de chose jugée dans un litige ultérieur opposant un salarié à son employeur, faute d'identité de parties et d'objet. La loi nouvelle met en place deux modes de contrôle du plan, selon qu'il procède d'un accord collectif majoritaire (validation) ou d'un acte unilatéral (homologation).

L'étendue de ce contrôle est définie de manière différente par les articles L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3 du code du travail.

En premier lieu, un accord majoritaire fait l'objet d'un *contrôle restreint*. L'autorité administrative valide l'accord collectif majoritaire dès lors qu'elle s'est assurée de :

- 1° sa conformité aux textes qui définissent ses conditions de conclusion et son contenu ;
- 2° la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise, et, le cas échéant, du CHSCT et de l'instance de coordination des CHSCT ;
- 3° la présence dans le plan de sauvegarde de l'emploi des « mesures prévues aux articles L. 1233-61 et L. 1233-63 » (article L. 1233-57-2 du code du travail). Cette dernière formule (où l'article L. 1233-57-2 s'abstient délibérément de renvoyer à l'article L. 1233-62 du code du travail, qui donne une liste non limitative des mesures

à inclure dans un PSE, telles que « *des actions en vue du reclassement interne des salariés* ») est révélatrice de l'étendue du contrôle administratif : il s'agit d'un contrôle restreint, minimum ou contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. La DIRECCTE doit ainsi seulement « *s'assurer* » que le PSE contient des mesures de reclassement interne et externe, sans approfondir l'examen de leur contenu ni évaluer leur pertinence. En particulier, il n'y a pas lieu pour l'administration de vérifier le caractère suffisant des mesures prévues au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou au regard de l'importance du projet de licenciement (à la différence du contrôle de proportionnalité opéré avant homologation d'un document unilatéral de l'employeur - v. ci-après). À l'époque de l'autorisation administrative de licenciement économique (abrogée à compter du 1^{er} janvier 1987), le Conseil d'État exerçait d'ailleurs un tel contrôle, se bornant à vérifier que le directeur départemental du travail n'avait commis « *ni erreur de droit, ni erreur manifeste d'appréciation et ne [s'était] pas fondé sur des faits matériellement inexacts en accordant l'autorisation sollicitée* » (Conseil d'État, 21 décembre 1990, n° 96807, SA Setralp).

En deuxième lieu, un document unilatéral fait l'objet d'un *contrôle normal*. En l'absence d'accord collectif majoritaire ou si l'accord conclu ne porte pas « *sur l'ensemble des points mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2* » du code du travail, la DIRECCTE homologue le document unilatéral élaboré par l'employeur (article L. 1233-57-3 du code du travail) après avoir procédé à un contrôle normal, c'est-à-dire plus approfondi que dans le cas précédent. Il vérifie, d'une manière globale :

- la conformité du document « *aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles relatives aux éléments mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2* » ;

- la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise et, le cas échéant, du CHSCT et de l'instance de coordination des CHSCT ;

- « *le respect par le PSE des articles L. 1233-61 à L. 1233-63* » (alors qu'un accord collectif majoritaire ne doit contenir que les mesures citées aux articles L. 1233-61 et L. 1233-63). Sur ce dernier point, concernant la teneur même du PSE, l'autorité administrative procède à un examen de la proportionnalité ou du caractère suffisant des mesures de reclassement qu'a prévues l'employeur. La loi lui recommande alors de s'appuyer sur les critères suivants :

« *1° Les moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe ;*

2° Les mesures d'accompagnement prévues au regard de l'importance du projet de licenciement ;

3° Les efforts de formation et d'adaptation [...] » (article L. 1233-57-3 du code du travail. Pour un exemple, TA Nîmes, 6 décembre 2013, n° 1302452, JCP 2014, éd, G, 70, note D. Jacotot, première espèce, notant que la société mère du groupe était dans l'incapacité financière d'abonder le PSE de l'entreprise en liquidation judiciaire).

En troisième lieu, tout *contrôle d'opportunité* est exclu. Ni la DIRECCTE ni le juge administratif ne sauraient exercer un contrôle d'opportunité, sous la forme d'un « *bilan coûts-avantages* », sur le contenu d'un document unilatéral ou d'un accord collectif majoritaire. Celui-ci caractériserait, d'abord, une immixtion dans les choix de gestion de l'employeur, réprochée par la jurisprudence judiciaire (assemblée plénière, 8 décembre 2000, pourvoi n° 97-44.219, Bull. 2000, Ass. plén., n° 11 : il n'appartient pas au juge de « *contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles* »). Bien plus, à l'époque de l'autorisation administrative de licenciement économique, le Conseil d'État affirmait déjà que « *l'autorité administrative n'a pas à vérifier les options de gestion décidées par l'entreprise* » (Conseil d'État, 27 février 1981, n° 15624, D. 1981, somm. p. 432, obs. Ph. Langlois). Les jurisprudences judiciaire et administrative convergent pour sauvegarder la liberté d'entreprendre de l'employeur. Ensuite, un contrôle d'opportunité sur le contenu d'un accord collectif majoritaire reviendrait à nier l'autonomie des partenaires sociaux. Comme l'a relevé fort justement le tribunal administratif de Montreuil, il n'appartient pas à la DIRECCTE « *de s'immiscer dans les choix faits par les signataires de l'accord* » (TA Montreuil, 7 février 2014, Syndicat Darty CGT IDF : JCP 2014, éd, S, à paraître, note P. Morvan).

2) Le second point, relatif au contenu du contrôle, pose la question de la place de la **cause économique** dans le cadre de l'appréciation de la valeur du plan. Sans innover, la chambre sociale a rappelé le 3 mai 2012, dans l'arrêt *Viveo* (pourvoi n° 11-20.741, Bull. 2012, V, n° 129), abondamment commenté, que la vérification de la valeur du plan ne s'étend pas au contrôle de la cause des licenciements et que seule une insuffisance des mesures prévues dans le plan peut justifier son annulation et celle de la procédure de licenciement, licenciements compris. Il n'y a là rien de nouveau, le législateur ayant fait le choix, en 1993, de ne sanctionner par la nullité que l'absence de plan (à laquelle est assimilée son insuffisance), en raison de l'importance qu'il accordait à cet acte, comme moyen d'empêcher des licenciements. Sauf exception, l'absence de cause économique n'ouvre droit qu'à une créance indemnitaires. On peut comprendre la tentation qui pèse sur le juge de porter son regard sur le motif de la procédure de licenciement collectif donnant lieu à l'établissement d'un PSE, car il peut paraître paradoxal de se prononcer sur le contenu d'un plan s'il est manifeste qu'aucune raison économique ne peut justifier les réductions d'effectifs qui imposent sa mise en place et dont il aménage les effets. Mais on ne peut présumer que le législateur ait entendu implicitement étendre la nullité au cas où le projet de l'employeur n'obéit pas à une raison économique avérée, alors que tel n'est pas le sens de la loi.

La loi nouvelle n'est pas revenue sur le choix fait en 1993, et le contrôle administratif qu'elle prescrit porte sur la régularité de la procédure consultative et sur le contenu du plan. La seule question qui peut se poser et qui s'est déjà posée est celle de savoir si, dans le cadre du contrôle de la validité de la consultation des représentants du personnel, qui oblige l'employeur à communiquer des renseignements sur les raisons économiques de son projet de licenciement (article L. 1233-31, non modifié), l'administration du travail peut lui enjoindre de fournir au comité d'entreprise d'autres informations et justifications sur la cause du projet mis en place et, par là, sur la cause des licenciements, et quelles conséquences elle pourrait alors tirer d'une carence de l'employeur en la matière. La voie est étroite et le risque est grand d'aborder ainsi une vérification de la cause des licenciements qui pourrait ensuite s'imposer au juge prud'homal saisi d'une contestation du motif du licenciement. Car, à la différence du droit antérieur, dans lequel l'appréciation portée par le juge à l'occasion d'un litige collectif ne s'imposait pas

ensuite, avec l'autorité de la chose jugée, dans un litige individuel ultérieur, on peut ici se demander si ce qu'aura éventuellement dit l'administration sur la cause du licenciement ne bénéficiera pas de l'autorité de la chose décidée, à l'égard de tous.

Septième question : les sanctions (nullités et réintégrations)

Deux aspects des sanctions prévues en matière de PSE peuvent être évoqués, parce que la loi nouvelle s'y intéresse : les différentes sanctions applicables en fonction des causes de nullité, d'une part, et le régime propre aux licenciements intervenant dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, d'autre part.

1) Le code du travail envisage désormais trois **causes de nullité** : si la rupture des contrats de travail intervient « avant la notification » de la décision de la DIRECCTE (article L. 1233-39, dernier alinéa, du code du travail), si le licenciement intervient « en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue » (article L. 1235-10, alinéa premier, du code du travail) et « en cas d'annulation d'une décision de validation [...] ou d'homologation [...] en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi » (article L. 1235-10, alinéa 2, du code du travail).

La loi du 14 juin 2013 maintient la conséquence première de la nullité d'un licenciement économique : le droit à **réintégration** du salarié qui le demande. Cette réintégration reste *obligatoire* dans les deux hypothèses de nullité visées à l'article L. 1235-10 du code du travail (licenciement intervenu en l'absence de toute décision de validation ou d'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue / annulation ultérieure d'une telle décision en raison d'une absence ou insuffisance de PSE). Lorsque le salarié ne demande pas sa réintégration ou que celle-ci est impossible, il a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à ses salaires des douze derniers mois (article L. 1235-11 du code du travail).

Mais la loi ajoute que la réintégration est *facultative* dans l'hypothèse où l'annulation par le juge administratif de la décision de validation de l'accord collectif majoritaire ou de la décision d'homologation du document unilatéral de l'employeur (qui définit, notamment, le contenu du PSE) résulte d'un « motif autre » que l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi. Il peut s'agir d'un motif tiré de la légalité externe de l'acte (ex. : incompétence de l'auteur de l'acte administratif) ou de sa légalité interne (ex. : absence de motivation, illégalité d'une clause de l'accord collectif majoritaire ou du document unilatéral étrangère au PSE, irrégularité de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise ou du CHSCT, violation d'une convention collective, etc.). En ce cas, « l'annulation [...] donne lieu, sous réserve de l'accord des parties, à la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. À défaut, le salarié a droit à une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 » (article L. 1235-16 du code du travail).

La loi de 2013 fait ainsi une différence en fonction de l'origine de la nullité, pour tenir compte de l'intervention d'une décision administrative et du contentieux auquel elle peut donner lieu. Les licenciements prononcés sans homologation ou validation administrative alors que celle-ci est nécessaire, autrement dit, lorsqu'un PSE doit être établi, et ceux qui sont prononcés après une décision de validation ou d'homologation annulée par la suite en raison de l'absence ou de l'insuffisance du plan sont atteints de nullité et ouvrent droit à réintégration ou, à défaut, à une indemnisation majorée. Mais lorsque l'annulation de la décision administrative repose sur un autre motif, tel un vice de procédure, c'est le droit commun des licenciements sans cause qui s'applique (article L. 1235-16 du code du travail). Il n'est pas douteux que ces sanctions relèvent de la compétence du juge du contrat de travail, auquel il revient de tirer les conséquences de la nullité de la procédure de licenciement, en fonction des distinctions que fait la loi de 2013, selon les causes de nullité.

2) La sanction des licenciements irréguliers prononcés au cours d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire reste marquée par un particularisme.

Depuis le début de l'année 2000 et sauf pendant la brève période qui a séparé la loi du 17 janvier 2002 de la loi du 3 janvier 2003 ayant suspendu sur ce point ses effets, la nullité des licenciements, en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan, n'est pas encourue lorsque les licenciements ont été prononcés au cours de la procédure collective. On sait qu'au départ, cette dérogation résulte des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité qui a frappé un alinéa de l'article L. 321-4-1, cette invalidation modifiant de ce fait l'ordre des alinéas auquel renvoyait, pour les procédures collectives, l'ancien article L. 321-9 du code du travail. Mais, sauf la correction très temporaire de cette anomalie par la loi du 17 janvier 2002, l'exception a ensuite été consacrée par la loi de ratification du nouveau code du travail du 21 janvier 2008, à l'article L. 1235-10, qui écarte la sanction de la nullité. Le 28 mars 2013, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a retenu que cette exclusion n'était pas contraire à la Constitution et elle se trouve toujours aujourd'hui dans l'article L. 1235-10, tel qu'il a été modifié par la loi du 14 juin 2013. Ne s'appliquent donc pas, en ce cas, les dispositions qui permettent la réintégration des salariés licenciés et qui portent l'indemnisation à douze mois de salaires.

La loi du 14 juin 2013 perpétue, pour ainsi dire, la tradition en écartant, dans l'entreprise en faillite, les sanctions habituelles des licenciements économiques irréguliers.

D'une part, toute réintégration, qu'elle soit obligatoire ou facultative, est exclue si l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire. En ce cas, si des licenciements ont été prononcés en l'absence de toute décision de validation ou d'homologation de la DIRECCTE ou si une telle décision a été annulée (pour quelque raison que ce soit), le salarié a droit d'emblée à une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois (article L. 1233-58, II, alinéa 5, du code du travail).

D'autre part, pour une raison obscure, la loi ne qualifie pas d'irrégulière (ni *a fortiori* de nulle) la rupture des contrats de travail intervenue avant que le tribunal de la procédure ait arrêté le plan de redressement ou de cession et avant la notification de la décision de validation ou d'homologation prise par la DIRECCTE (l'article L. 631-19, II, alinéa premier, comme l'article L. 642-5, alinéa 5, du code de commerce écartent l'application de l'article L. 1233-58, II, alinéas 1 à 3, donc de l'alinéa 3, qui interdit, « sous peine d'irrégularité », une telle rupture anticipée).

Contribution de M. Villbœuf

I. - État des lieux du traitement des PSE par le DIRECCTE Île-de-France en mars 2014

Dans le cadre juridique qui a été précisément décrit par MM. Bailly et Morvan, comment intervient l'administration du travail, acteur désormais incontournable des procédures de licenciement économique donnant lieu à un PSE ?

La loi relative à la sécurisation de l'emploi traduit l'équilibre global de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, dans lequel les partenaires sociaux ont souhaité améliorer le dialogue social en matière de restructurations d'entreprises, dans des conditions radicalement différentes de celles qui prévalaient jusqu'alors. Le constat partagé par les signataires de l'accord interprofessionnel était celui d'une approche trop formaliste et contentieuse de notre droit, confortant des postures de conflit plus qu'il n'encourageait à un dialogue social constructif.

Les nouvelles dispositions de la loi s'inscrivent donc en totale rupture avec ce constat. Leur objectif est de conforter le dialogue social sur les restructurations pour faire en sorte, quand elles sont inéluctables, qu'elles soient mises en œuvre dans les meilleures conditions en termes de retour à l'emploi des salariés concernés. Ainsi, la loi a créé des leviers pour un dialogue effectif : possibilité de négocier un accord majoritaire sur les mesures d'accompagnement et rôle renforcé de l'administration en tant que garante du respect du dialogue avec les représentants du personnel.

Par ailleurs, la loi a fixé des règles du jeu claires dans des délais fixés par avance en vue d'une meilleure prévisibilité et d'une plus grande sécurité juridique : durée de la procédure d'information-consultation de 2, 3 ou 4 mois et délai de 15 ou 21 jours imparti à l'administration pour homologuer ou valider le projet (pour les entreprises *in bonis*).

Cela a été dit, il existe deux voies pour mettre en œuvre un PSE désormais :

- l'accord collectif majoritaire validé par le DIRECCTE ;
- la voie unilatérale après homologation par le DIRECCTE.

Juridiquement, aucune voie n'est imposée. Cependant, la voie négociée a été, dès l'origine, fortement souhaitée.

La voie unilatérale et la voie négociée ne sont toutefois pas exclusives l'une de l'autre : on peut même être confrontés à des cas « mixtes » : accord collectif partiel ne portant que sur le contenu du PSE, les autres éléments étant déterminés unilatéralement par l'employeur après information-consultation du comité d'entreprise. C'est d'ailleurs en pratique une situation qui n'est pas rare, dans la mesure où elle permet de concilier les stratégies des acteurs sociaux dans l'entreprise.

Enfin, il faut rappeler que la loi n'a pas remis en cause la possibilité de conclure des accords de méthode.

Comment la DIRECCTE Île-de-France a-t-elle appliqué les nouvelles dispositions législatives depuis le 1^{er} juillet 2013 ?

La région Île-de-France concentre environ 38 % des procédures nationales, ce qui s'explique par sa taille et la concentration des sièges sociaux. Au niveau national comme au niveau régional, nous n'avons pas assisté à une augmentation du rythme des PSE : on observe même une légère baisse au niveau national (416 au second semestre 2013 contre 553 au premier semestre et 466 au second semestre 2012).

225 procédures de licenciement collectif pour un motif économique avec PSE ont été notifiées à la DIRECCTE Île-de-France depuis le 1^{er} juillet dernier, dont 183 concernaient des entreprises *in bonis*, 10 en liquidation judiciaire, 25 en redressement judiciaire, 5 en période d'observation dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et 2 en plan de sauvegarde.

153 PSE sont en cours de traitement.

À ce jour, 85 décisions ont été rendues, ce qui rend l'échantillon assez significatif. Sur ces 85 décisions, on décompte 29 validations d'accords collectifs, 43 décisions d'homologation de document unilatéral et 13 refus. Lorsque l'on observe uniquement les entreprises *in bonis*, cette proposition passe à 24 validations et 20 décisions d'homologation (au niveau national, plus de 75 % des entreprises ont engagé une négociation sur le PSE... et au-delà de 100 salariés, la proposition monte à 80 %).

Au-delà de l'énumération fastidieuse de données chiffrées, cela permet déjà d'observer très factuellement que l'un des enjeux majeurs de la loi du 14 juin 2013 et de l'accord national interprofessionnel est bien atteint : la voie négociée est privilégiée par les entreprises et leurs organisations syndicales.

Sur ces 85 décisions, 1 combine l'homologation et la validation (dossiers « mixtes ») et 13 refus ont été notifiés (304 décisions au niveau national, dont 30 refus).

Ces refus sont en règle générale fondés sur une pluralité de motifs et s'appuient généralement, mais nous y reviendrons, sur des observations formulées au cours de la procédure par la DIRECCTE.

Les motifs invoqués lors des refus témoignent de la nature du contrôle opéré :

- sur un PSE portant sur un PDV visant le départ exclusif des salariés cumulant plus de 30 ans d'ancienneté dans l'entreprise et une présence de plus de 10 ans sur un emploi considéré comme pénible : discrimination indirecte (âge) et inconsistance des mesures de reclassement assimilable à une absence de mesures d'accompagnement visant le reclassement externe ;

- sur un PSE concernant plusieurs entités d'une UES : homologation refusée au motif que le PSE n'avait pas été conduit à l'échelle de l'UES, comme il se devait, en outre, constat de l'insuffisance des moyens alloués à certaines mesures du PSE ;

- dans un autre cas : incohérence du nombre de licenciements envisagés avec le contenu de la décision du tribunal de commerce validant un projet de reprise / insuffisance de l'information permettant d'apprécier les moyens de l'entreprise et du groupe pour abonder le PSE / absence de prise en compte des caractéristiques des publics fragiles dans l'élaboration des mesures : indifférenciation des mesures d'accompagnement / insuffisance des mesures, qui se limitaient au contrat de sécurisation professionnelle et à l'allocation temporaire dégressive du Fonds national de l'emploi ;

- invocation de l'inégalité de traitement (*impossibilité non objectivée pour certains salariés de proposer leur candidature au plan de départ volontaire*) ;

- absence totale d'information apportée sur le groupe (*insuffisance de l'information du comité d'entreprise sur le livre 2 et impossibilité pour l'administration de réaliser le contrôle de proportionnalité entre moyens du groupe et moyens alloués au PSE*) et absence de calendrier prévisionnel des licenciements (*simple mention dans le PSE d'une date ultime maximum de réalisation du projet de réorganisation alors que celui-ci visait la fermeture de plusieurs dizaines de magasins*).

D'autre part, il faut signaler que 8 décisions implicites seulement ont été rendues, dont 7 dans le cadre de procédure RJ-LJ et, sur ces 8, 2 homologations suite à un premier refus.

L'administration a donc su faire face aux demandes en évitant le risque de décisions implicites, ce qui constituait pourtant un motif d'inquiétude pour certains à l'orée de la réforme.

Où en est-on des contentieux en Île-de-France ?

À ce jour, 11 décisions ont été contestées, dont 4 référés-suspension et 1 référé-liberté, rejeté d'office par le tribunal administratif.

Deux décisions ont été annulées, l'une faisant l'objet d'un appel, et l'autre étant fondée sur l'inapplicabilité de la loi, compte tenu de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle procédure. À ce stade, une décision de suspension a été retenue par un tribunal administratif en référé, et le reste s'est soldé par des rejets (3) et des non-lieux (3). À noter que les tribunaux de grande instance saisis ont fait une application à la lettre de la loi en se déclarant incompétents.

Quels sont les différents moyens soulevés ?

- recours à l'expertise dans le cadre des procédures d'information/consultation du CE en RJ/LJ ;
- insuffisance du PSE (*absence d'abondement du groupe dans le cadre d'une procédure LJ*) ;
- irrégularité de la procédure (*concomitance procédure de négociation et d'information consultation*) / information insuffisance des organisations syndicales / insuffisance du reclassement interne ;
- inapplicabilité de la nouvelle loi ;
- insuffisance de l'information concernant la liste des postes disponibles, procédure de choix de la cellule de reclassement, irrégularité de la consultation du CHSCT, insuffisance du congé de reclassement ;
- insuffisance de l'information du comité d'entreprise sur le livre 2 ;
- contestation du caractère loyal de la procédure de négociation, doute sur la réalité du mandat de certains délégués syndicaux signataires.

À noter aussi que le Conseil d'État a déjà apporté une contribution importante en tranchant la question du tribunal administratif compétent, mais aussi en précisant les conditions nécessaires à la suspension d'une décision d'homologation en référé-suspension ; il est ainsi nécessaire :

- qu'une condition d'urgence soit réunie : le seul fait que le licenciement puisse être prononcé n'est pas suffisant pour qualifier l'urgence ;
- qu'il y ait un doute sérieux sur la légalité de la décision.

Les injonctions

Enfin, s'agissant des demandes d'injonction formulées en application de l'article L. 1233-57.5 du code du travail par le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, ou les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise, la DIRECCTE Île-de-France n'en a reçu à ce jour qu'une douzaine depuis le 1^{er} juillet 2013. Sur les 12 demandes à la DIRECCTE, un tiers a donné lieu à injonction, mais sur une partie des demandes seulement (celles-ci portant parfois sur le contenu du PSE). Mais il faut surtout noter, à ce stade, que les représentants du personnel ou les organisations syndicales ne formalisent pas leurs demandes sous la forme d'une injonction, mais continuent à nous saisir de manière informelle, en amont ou tout au long de la procédure. Ces saisies portent indifféremment sur le respect de la procédure, l'articulation négociation/consultation, le recours à l'expertise, le contenu des mesures d'accompagnement, etc. De nombreuses questions se règlent par la voie des observations ou d'avis sur la procédure.

Très majoritairement, les demandes d'injonctions portent sur la transmission d'informations complémentaires sur le projet de réorganisation, les catégories professionnelles concernées, l'absence de transmission de la liste des postes transmis au titre du reclassement interne.

En tout état de cause, il n'y a pas d'injonction sans que les parties n'aient été entendues.

II. - La pratique de l'administration doit conjuguer réactivité forte et expertise

Comme vous le savez, en matière **d'homologation**, le contrôle de l'administration est entier. Il porte sur le caractère complet de la régularité de la procédure d'information-consultation et sur la proportionnalité du plan de sauvegarde de l'emploi au regard des moyens de l'entreprise ou du groupe auquel elle appartient, au regard de l'importance du projet de licenciement (nombre et situation des salariés, bassin d'emploi concerné...) et au regard des mesures de formation-adaptation préalablement mises en œuvre au profit des salariés concernés (article L. 1233-61 à 63 du code du travail).

La DIRECCTE dispose d'un délai de 21 jours pour rendre sa décision à compter de la date de réception du dossier complet.

La **validation** d'un accord collectif PSE a une portée plus limitée. Il s'agit pour l'administration d'examiner la validité de l'accord (caractère majoritaire de l'accord par exemple) et de s'assurer de l'existence d'un PSE. En matière d'accord, le contrôle du PSE ne porte pas sur sa proportionnalité mais sur sa légalité (*le contenu obligatoire, le respect des principes d'ordre public*). Cela n'empêchera pas que, dans certains cas, l'administration soit contrainte de refuser de valider un accord collectif PSE. Il en sera ainsi par exemple si un plan ne prévoit que le versement d'indemnités de départ volontaire, sans aucune mesure active d'accompagnement des salariés volontaires ou lorsque l'on constate une irrégularité évidente.

Le dossier de demande de validation est adressé par l'employeur à la DIRECCTE par tout moyen permettant de lui donner une date certaine et, dès lors que le dossier est complet (article D. 1233-14-1 du code du travail), la DIRECCTE, qui dispose alors d'un délai de 15 jours, en informe, par tout moyen permettant de donner une date certaine, l'employeur, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel et les organisations syndicales représentatives en cas d'accord majoritaire.

Mais, dans notre pratique, il serait dangereux mais en plus totalement contraire à la lettre et à l'esprit de la loi d'attendre cette notification pour réagir. En effet, si le point de départ de la computation du délai de procédure a été modifié (*première réunion d'information-consultation du comité d'entreprise sur le livre 2 et le livre 1, et non plus la notification*), les entreprises doivent transmettre le projet en tout début de procédure. En outre, l'employeur doit informer la DIRECCTE de son intention d'ouvrir des négociations, en vue de conclure un accord collectif majoritaire.

Ainsi, en pratique, la DIRECCTE va accompagner l'entreprise et ses représentants tout au long de la procédure d'information-consultation et de la négociation, le cas échéant. Lorsque des observations sont formulées (*le plus tôt possible et, en tout état de cause, avant la dernière réunion du comité d'entreprise*), l'employeur doit y répondre avec copie aux représentants du personnel. Ces observations et, *a fortiori*, les éventuelles injonctions doivent constituer des balises importantes pour l'entreprise : en effet, le non-respect de ces observations a fréquemment servi de motif aux décisions de refus.

En Île-de-France, la DIRECCTE a délégué sa signature aux 8 responsables d'unités territoriales, dans un souci de réactivité et de proximité. Pour autant, une coordination forte est assurée pour permettre une homogénéité de traitement, également avec l'administration centrale, compte tenu du caractère national de certains dossiers.

En fait, je serais tenté de dire que tout doit être réglé avant le début du délai de 15 ou 21 jours. En arriver à un refus traduit l'absence de prise en compte par l'entreprise des observations de la DIRECCTE : aussi, par exemple, l'un des refus de validation d'un accord majoritaire concernant un PSE portait sur un PDV visant le départ exclusif de salariés cumulant plus de 30 ans d'ancienneté dans l'entreprise et une présence de plus de 10 ans sur un emploi considéré comme pénible (*discrimination indirecte - âge - et insuffisance des moyens alloués aux mesures visant à faciliter le reclassement externe, alors même que les observations avaient été formulées en amont de manière très claires...*).

1. Quelques observations sur les questions traitées précédemment. S'agissant de l'incidence d'une situation dite de « *co-emploi* » : c'est un sujet sur lequel les services de la DIRECCTE n'ont pas encore eu à se prononcer dans le cadre de la procédure d'homologation et de validation, dans la mesure où il renvoie surtout au contrôle du motif économique, qui n'est pas dans le périmètre du contrôle.

2. Sur la capacité à suspendre la procédure, il faut rappeler que la DIRECCTE ne dispose pas du pouvoir de suspendre la procédure, puisque l'injonction n'est pas une décision susceptible de recours gracieux ou homologation. En fait, ce n'est qu'à l'occasion du recours éventuel contre la décision de validation ou d'homologation que sera contestée cette décision... on voit que l'entreprise a tout intérêt à suivre l'injonction qui lui sera adressée !

3. Sur le contrôle du PSE : il demeure dans le cœur de métier de l'administration, même si l'intensité de l'intervention a été clairement déclinée : l'administration intervient désormais tout au long de la procédure.

4. Sur l'objet du contrôle. Il est clair que le contrôle de la DIRECCTE ne porte en aucun cas sur le motif économique, la motivation du projet de licenciement, lequel demeure soumis, *a posteriori*, au juge judiciaire. Il convient pour l'administration de rester très vigilante sur ce point, afin d'éviter la dualité des contentieux.

En conclusion, le rôle de la DIRECCTE consiste à accompagner les parties le plus en amont possible et à recadrer rapidement les éventuelles dérives. En principe, l'insuffisance du plan de sauvegarde, l'irrégularité de la procédure sont corrigées, dans la majeure partie des cas, avant la notification et le démarrage du délai de 15 ou 21 jours. À défaut, le juge administratif sera amené à se prononcer en cas de recours.

La qualité de la relation qui doit se nouer entre les partenaires sociaux est donc déterminante pour mener le projet à son terme.

Retranscription des débats de la 4^e table ronde

L'achèvement du temps de la journée n'a pas permis de débats sur cette dernière table ronde.

Synthèse : du courant et des vagues

Jean-Marc Béraud

Conseiller à la Cour de cassation

Ces rencontres consacrées à la loi du 20 août 2008 sur la sécurisation de l'emploi avaient pour sous-titre « *entre passé et avenir* ». Situées à cette charnière de l'aujourd'hui où s'articulent l'hier et le demain, elles avaient donc pour thème le changement, le passage d'un état à un autre. Évolution, révolution, transformation, mutation, inflexion, il n'est pas aisé, en cette fin de journée, de choisir le terme propre à rendre compte du résultat des échanges.

Peut-être un seul qualificatif ne suffit-il pas. On peut en effet se demander si deux types de changements n'ont pas été mis à jour. D'un côté, des changements profonds : ceux des courants de fond, lents et puissants, que l'on ne voit pas au premier regard mais qui, dans l'océan, apportent des eaux nouvelles. De l'autre, des changements de surface : l'agitation fragile des vagues qui vont et viennent avec leurs creux et leurs crêtes mais brassent toujours la même eau.

Au crépuscule de ces rencontres, à la question « *qu'y a-t-il entre passé et avenir ?* », la réponse est peut-être « *du courant et des vagues* ».

Le courant

Deux phénomènes profonds peuvent être identifiés : l'accélération du temps, d'une part, la montée en puissance de l'accord collectif, d'autre part.

L'accélération du temps

L'accélération du temps se vérifie dans tous les domaines. La rapidité des transports et de l'information compresse l'espace. « *L'Écume des jours* » s'émancipe de la littérature et investit le réel, même les départements et les régions apparaissent aujourd'hui trop étroits. Le renouvellement et le progrès sans cesse accrus des techniques ramènent l'obsolescence en deçà de la ligne d'horizon. À peine apparue, la modernité n'est déjà plus ce qu'elle était. Le droit lui-même est inclus dans le mouvement. Ether de l'immédiat, les lois nouvelles sont volatiles. Le temps juridique se rétrécit.

Le temps juridique est aussi rétréci par le contenu de la norme : il faut permettre aux acteurs économiques d'aller vite. MM. Contamine et Boulmier en ont montré nombre de facettes : réduction des délais, absence de recours, raccourcissement de la prescription, avec les résistances tendant au report du point de départ du droit à l'oubli, qui a fait l'objet de débats nourris. Même la faveur manifestée à l'endroit des modes négociés de résolution des conflits, quoique s'inscrivant dans une perspective de désencombrement des tribunaux, participe de l'accélération. Le temps de la négociation n'est pas en effet le temps long du procès. L'instauration d'un barème d'indemnisation n'a-t-il pas pour but d'inciter le salarié à préférer la certitude d'aujourd'hui au pari incertain sur demain ? Le proverbe est connu qui, chez nos voisins italiens, s'exprime par « *mieux vaut un œuf aujourd'hui qu'une poule demain* ». Paradoxe d'une vieille sagesse populaire pétrie de prudence mobilisée au service de l'urgence...

Mme Sabotier et le professeur Borenfreund ont aussi témoigné de l'accélération du processus de consultation du comité d'entreprise, le législateur allant jusqu'à la création de l'avis imaginaire du comité. En matière d'information aussi, ce dernier, qui naguère était à l'écoute de France Culture, devient, avec la base de données permanente, branché sur France Info.

La montée en puissance de l'accord collectif

Souligner, en soi, la montée en puissance de la norme collective relève du banal. Aussi c'est à une autre interrogation que le professeur Borenfreund nous a invités : celle des rapports nouveaux entre le comité d'entreprise et les syndicats. Mme Wurtz et le professeur Auzero ont aussi soulevé d'autres questions posées par l'essor de cette négociation.

1. Les comités d'entreprise et les syndicats dans l'entreprise ont connu une évolution inverse.

- L'ordonnance de 1945 portant création des comités d'entreprise est au croisement de deux des fantasmes dominants d'après-guerre : celui de l'enthousiasme de la reconstruction économique dans une société de progrès et de paix sociale ; celui de la menace communiste dans un monde coupé en deux et marqué par la guerre froide. Les syndicats, et particulièrement la CGT, largement majoritaire à l'époque, ont été placés malgré eux au cœur de cette contradiction. Dans les années cinquante, la préoccupation n'était pas tant d'assurer la confrontation et la régulation des intérêts divergents que de dépasser leur opposition.

On se souvient de la formule qui sera celle du code du travail jusqu'en 1982 : « *le comité d'entreprise coopère avec la direction* ». Pour les rédacteurs du texte, « *des contacts fréquents entre le chef d'entreprise et les représentants des travailleurs [devaient être] dominés par le souci de l'œuvre commune, à laquelle la direction et le personnel sont attachés* » ; il devait en résulter « *des méthodes et des pratiques nouvelles de coopération entre le chef d'entreprise et les salariés de l'entreprise. En effet, le comité ne saurait avoir un caractère revendicatif* ». La volonté du législateur était claire : les rapports entre le comité et la direction devaient s'inscrire dans un ordonnancement relevant d'une sorte d'*affectio societatis*, et Paul Durand n'hésitait d'ailleurs pas à écrire qu'ils appartenaient à l'ordre des discussions entre associés.

Cette mission de coopération, située dans l'ordre d'un bien commun dont l'employeur restait le seul juge, ne s'est pas vérifiée dans les faits. Dans les entreprises où les syndicats étaient mal implantés, beaucoup de comités n'ont pas été mis en place ou n'ont pas été renouvelés. Dans les entreprises où les syndicats étaient plus forts, ils ont investi les comités. En pratique, les comités d'entreprise ont donc toujours été un lieu et un moyen d'expression des salariés, et non pas un espace de recherche d'une convergence sur la base d'un intérêt commun. Ils ont très vite pris une sorte de caractère représentatif unilatéral et, de ce point de vue, ont fonctionné en marge des textes qui les régissaient jusqu'en 1982, où le code du travail a été aligné sur la réalité.

- Les syndicats, quant à eux, ont longtemps été les acteurs d'une négociation collective dont l'objet ne présentait pas de différence avec celui de la négociation individuelle. Les parties négociaient au plan collectif des avantages qui pouvaient tout aussi bien avoir leur source dans le contrat individuel de travail. L'élévation de la négociation au plan collectif avait alors essentiellement pour fonction de rétablir un équilibre des forces qui n'existe généralement pas au plan individuel. C'est pourquoi l'articulation entre le contrat et l'accord est déterminée par le caractère plus favorable des clauses dans l'un et dans l'autre de ces instruments négociés. Dans cette négociation traditionnelle, les syndicats ne pouvaient guère se trouver confrontés au comité d'entreprise.

Il n'en est pas de même de la nouvelle négociation collective, généralement qualifiée de dérogoire. Ce terme, qui évoque un renversement de la hiérarchie des normes, n'est pas inexact, mais il est réducteur. La nouvelle négociation ne procède plus en effet d'une élévation du contrat, mais d'une montée des négociateurs vers le pouvoir. Elle prospère dès lors dans un univers autre que celui qui est accessible au contrat individuel. Les syndicats y deviennent coproducteurs de normes de gestion pour l'entreprise. C'est en cela que leurs compétences peuvent les mettre en concurrence avec le comité d'entreprise.

La loi de 2008 a renforcé ce mouvement en alignant non seulement les légitimités démocratiques des deux institutions, mais encore leur périmètre d'implantation. Les deux institutions sont aujourd'hui face à face.

2. En prenant pour objet le pouvoir patronal, la nouvelle négociation est essentiellement une négociation d'entreprise. Son articulation avec l'environnement conventionnel de celle-ci, notamment avec la convention de branche, qui relève essentiellement de la négociation acquisitive traditionnelle, se pose en termes nouveaux. Peut-on procéder à la comparaison de dispositifs dont les logiques diffèrent ? Quels champs cette négociation nouvelle peut-elle investir ?

Même si, par respect pour l'institution organisatrice de ces rencontres, la question n'a pas été formulée ainsi, c'est aussi la légitimité du juge à connaître du droit négocié en général et du pouvoir négocié en particulier qui a constitué la toile de fond de bien des discussions. La question n'est pas sans intérêt. Rien ne dit que le juge lui-même - dont il doit être observé qu'il ne s'autosaisit pas - ne soit jamais pris de doutes, mais, en l'état, la sanction du déni de justice rend l'interrogation sans objet. Ce barrage arrête pour l'instant le courant.

Les vagues

Les vagues ne seraient-elles pas constituées par les changements qui affectent le contrôle des licenciements économiques, qui a suscité les interrogations du doyen Bailly et du professeur Morvan, et dont M. Villbœuf nous a livré les premiers résultats issus de la pratique administrative ?

1. Il faut en effet se souvenir qu'à partir de 1975, les licenciements économiques ont été soumis à l'autorisation de l'administration et que c'est la dénonciation de ce système par le patronat quelques dix années après qui a conduit à sa suppression. Mais, entre symbole et réalité des contraintes, les raisons de cette dénonciation sont bien ambiguës. Les employeurs trouvaient en effet nombre d'avantages dans l'autorisation administrative de licenciement, à commencer par celui de ne pas voir les salariés mécontents défilier bruyamment sous leurs fenêtres, mais sous celles de la direction départementale du travail. Et puis, il était tout de même plus facile de discuter avec une administration sensible à la balance des intérêts en présence qu'avec des syndicalistes, réputés aveugles aux réalités économiques de l'entreprise et dont la seule préoccupation était d'obtenir des droits déraisonnables au profit des salariés évincés. Enfin, une fois l'autorisation acquise, les salariés voulant contester leur licenciement devaient saisir le juge administratif d'un contentieux dans lequel l'employeur n'était même pas présent. Tout ceci conduisit à se demander si ce n'est pas le poids de l'autorisation administrative de licenciement en tant que symbole d'une économie dirigée qui a été déterminant de sa suppression. À l'étranger en tout cas, ou dans les institutions de *Bretton Woods*, le système français avait une image déplorable.

Aussi la loi nouvelle qui restaure en partie un contrôle administratif n'est pas exempte d'un certain retour du passé. C'est pour partie la même eau qui revient. Certes, il n'était pas envisageable, dans une économie libérale et ouverte, de restaurer, même indirectement, l'autorisation administrative, d'où la césure entre le contrôle du plan de sauvegarde de l'emploi et celui du motif économique. Il a été montré combien cette ligne de partage est source d'incertitudes tant elle est artificielle, à l'image de ces frontières géographiques tracées à la règle sur une carte au mépris des réalités dont elles sont censées rendre compte.

2. Mais on peut se demander si cette séparation n'est pas également paradoxale. De quoi s'agit-il en effet ? De contrôler l'exercice du pouvoir de direction économique du chef d'entreprise. Or, il y a deux manières d'entrer dans le pouvoir : par le haut, c'est-à-dire par la domination, ou par le bas, c'est-à-dire par la soumission, et, entre les deux, il faut choisir. On est peintre des rois ou peintre de la plèbe, pas les deux. Or, le droit du travail, la doctrine travailliste, essentiellement privatiste, et donc le juge judiciaire, appréhendent le pouvoir à travers ses effets sur ceux qui le subissent. En témoigne la définition unanimement donnée du contrat de travail, du type : contrat par lequel une personne dénommée salariée s'engage, moyennant un salaire, à travailler dans un lien de subordination juridique au profit d'une autre, dénommée employeur. On ne trouve pas : contrat par lequel un entrepreneur s'engage à exercer un pouvoir de sujétion juridique sur une personne dénommée salariée afin d'utiliser, moyennant salaire, sa force de travail au service de son entreprise. Pourtant, n'est-ce pas la définition à laquelle on aboutirait si, au lieu d'entrer dans le pouvoir à travers ceux qui le subissent, on y entrait à travers ceux qui l'exercent ?

Le juge administratif, en revanche, juge du prince, est appelé à entrer dans le pouvoir par le haut. Plus que le juge judiciaire, cantonné dans un contrôle de légalité, il peut s'avancer sur le terrain de l'opportunité. Le professeur Morvan a rappelé que le juge administratif ne contrôlait pas les options de gestion décidées par l'employeur. Certes, mais on est là en présence d'un standard malléable en fonction de la culture juridique dont le juge est porteur. Ainsi, on imaginerait difficilement que le juge judiciaire admette qu'un comité d'entreprise se substitue à l'employeur pour contester le rejet d'une offre faite par ce dernier dans le cadre d'un appel en vue de l'exécution d'un marché. Le juge administratif, lui, a reçu une telle action (Conseil d'État, 3 mars 2006, n° 287960, *tables*). N'est-ce pas d'ailleurs lui qui, déjà, connaît du pouvoir réglementaire dans son expression la plus épurée : l'édiction de la norme ? N'est-ce pas sa jurisprudence, notamment son arrêt Corona du 1^{er} février 1980, qui a été consacrée presque mot pour mot par le législateur en 1982 en matière de règlement intérieur ? La distance n'est-elle pas flagrante avec le juge judiciaire, qui ne connaît du pouvoir réglementaire qu'à travers la sanction infligée à un salarié et qui ne peut procéder qu'à l'annulation de cette sanction ?

Dès lors, s'il fallait vraiment dissocier le contrôle de la cause économique et celui des mesures d'accompagnement, fallait-il confier le premier au juge judiciaire et le second au juge administratif ? Au-delà des difficultés liées à l'interpénétration des rôles, ne s'y ajoute-t-il pas celles susceptibles de résulter d'une distribution de ces rôles à contre-emploi ?

Il n'est dès lors pas étonnant que des incertitudes de taille, notamment en matière de contrôle des plans de départs volontaires, du co-emploi ou du contenu de l'information en fonction de la cause économique, aient été relevées par les intervenants. La vague du retour au contrôle administratif s'est brisée en deux sur la loi de sécurisation de l'emploi.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **151,60 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2014, frais de port inclus.



191148070-000914

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Jean-Paul Jean

Reproduction sans autorisation interdite
-Copyright Service de documentation et d'études

Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 9,10 €
ISSN 0750-3865



Diffusion
Direction de l'information
légale et administrative
Les éditions des *Journaux officiels*
tél. : 01 40 15 70 10
www.ladocumentationfrancaise.fr