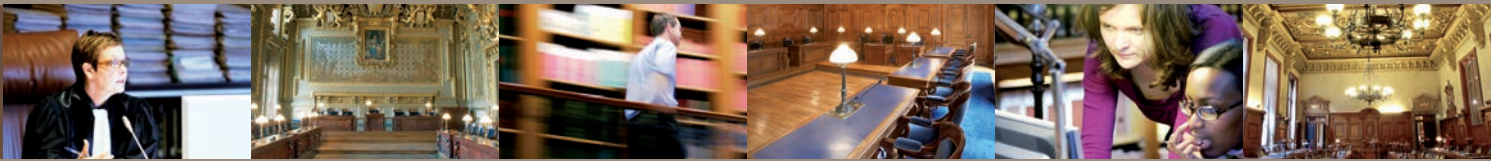


Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 847



*Publication
bimensuelle*

*15 septembre
2016*

Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation

The screenshot shows the homepage of the Cour de Cassation website. At the top, there is a navigation bar with the Cour de Cassation logo and menu items: COUR DE CASSATION, JURISPRUDENCE, PUBLICATIONS, ÉVÉNEMENTS, HAUTES JURIDICTIONS, and INFORMATIONS & SERVICES. Below the navigation bar, the main content area is divided into several sections:

- La Cour de cassation est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français**: A section with a decorative image of the Cour de Cassation and a text block explaining its mission and the motto "Il y a pour toute la République une Cour de cassation".
- Derniers arrêts mis en ligne**: A list of recent judgments, including a communiqué on AZF and several arrêtés on criminal and labor law.
- Actualités**: A section with news items such as "Affaire AZF", "Activité 2014 de la Cour", and "Rentrée solennelle".
- Questions prioritaires de constitutionnalité**: A section listing constitutional questions submitted to the Court.
- Informations et suivi d'un pourvoi**: A section providing contact information and a "SUIVRE VOTRE AFFAIRE" button.
- Colloques à venir**: A section announcing upcoming colloquia on January 26 and February 5, 2015.
- Liens professionnels**: A section with links to professional resources like "Experts judiciaires" and "Fonds ancien de la bibliothèque".

At the bottom of the page, there is a footer with contact information, a search bar, and a copyright notice for the Cour de Cassation.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

Remerciements

Les Rencontres de la chambre sociale ont pour ambition de permettre aux magistrats, qui forgent la jurisprudence, et aux universitaires, qui la commentent et la critiquent, ainsi qu'à certains praticiens d'échanger sur quelques thèmes d'actualité. La réussite de ces Rencontres dépend directement de l'implication et de l'esprit d'ouverture manifestés à chaque édition par l'ensemble des participants. Qu'ils soient tous remerciés pour leur investissement et leur fidélité.

Un remerciement doit plus particulièrement être adressé aux magistrats qui, une fois de plus, ont permis, par leur contribution, l'organisation matérielle de la journée et la retranscription des débats : Mmes et MM. Stéphanie Ala, Vivien David, Fanélie Ducloz, Sophie Depelley, Laurence Duvallet, Didier le Corre, Aurélie Prache, Nathalie Sabotier, Thierry Silhol.

Philippe Flores, conseiller référendaire.

Table des matières

RENCONTRES DE LA CHAMBRE SOCIALE, 18 MARS 2016	Pages
Remerciements.....	3
Propos introductifs par M. Jean-Yves Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation .	5
Thème n° 1 : « Santé et sécurité au travail », sous la présidence de M. Frouin.....	7
<i>Une mise en œuvre individuelle : l'obligation de sécurité de résultat</i>	
- contribution de M. Pascal Lokiec, professeur à l'université de Paris-Ouest Nanterre-La Défense, et de M. Alexandre David, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation.....	7
- débats avec la salle.....	12
<i>Une prise en compte collective : le CHSCT</i>	
- contribution de M. Hubert Liffra, avocat général à la Cour de cassation	17
- contribution de Mme Florence Canut, professeur à l'université Louis-Lumière Lyon II.....	24
- débats avec la salle.....	32
Thème n° 2 : « La négociation collective : acteurs et objet », sous la présidence de M. Antoine Lyon-Caen, professeur émérite à l'université de Paris-Ouest Nanterre-La Défense	36
<i>Les acteurs : la représentativité des partenaires sociaux</i>	
- contribution de Mme Françoise Salomon, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation	36
- contribution de Mme Raymonde Vatinet, professeur à l'université de Panthéon-Assas Paris II.....	42
- contribution de M. Patrick Quinqueton, conseiller d'État	46
- débats avec la salle.....	49
<i>L'objet : l'égalité de traitement :</i>	
- contribution de M. Jean-Guy Huglo, doyen de section de la chambre sociale de la Cour de cassation	52
- contribution de M. Paul-Henri Antonmattei, professeur à l'université de Montpellier	57
- débats avec la salle.....	59
Propos conclusifs de M. Antoine Lyon-Caen, professeur émérite à l'université de Paris-Ouest Nanterre-La Défense	62

Rencontres de la chambre sociale du 18 mars 2016

Propos introductifs de M. Frouin, président de la chambre sociale

Bonjour à tous, bienvenue à ces sixièmes Rencontres de la chambre sociale, rencontres avec l'Université, la doctrine, pour ouvrir avec elle des espaces d'échange et de dialogue sur la jurisprudence sociale récente, mais aussi rencontres avec ceux qui nous ont rejoints, car le cercle s'est progressivement élargi à tous ceux qui souhaitent partager ce moment d'échanges et de réflexions : nos partenaires immédiats que sont les membres du parquet général et ceux de la cellule sociale du service de documentation, d'études et du rapport (SDER) ; les membres de l'ordre des avocats aux Conseils, nos collègues et amis du Conseil d'État, la direction générale du travail, le ministère de la justice... et, bien entendu, les anciens président et doyens de la chambre, qui manifestent par leur présence leur attachement à la chambre sociale et l'unité de celle-ci.

On sait que ces rencontres ne sont pas centrées sur un thème général décliné tout au long de la journée mais sur des problématiques d'actualité, étant ici observé que, pour nous, l'actualité, selon une représentation que je reconnais un peu ethno-centriste, c'est l'actualité jurisprudentielle et non l'actualité législative. On ne traitera donc pas de la réforme du droit du travail, même si elle sera sans doute inévitablement en filigrane ou à l'arrière-plan de nos réflexions.

Alors, de quoi traitera-t-on ? Poser la question, c'est se demander ce qui, dans la période relativement récente, a donné lieu à des évolutions jurisprudentielles.

Une réponse évidente vient immédiatement à l'esprit, et c'est du reste par là que nous commencerons ce matin : l'obligation de sécurité de résultat. Cette obligation a près de quinze ans en droit social, un peu moins en droit du travail *stricto sensu*, puisque l'on sait que l'obligation de sécurité de résultat est née à la chambre sociale, en 2002¹, mais dans un premier temps spécifiquement en droit de la sécurité sociale, quand ce droit relevait encore de la chambre sociale avant d'être transféré à la deuxième chambre civile. Il s'agissait alors de rendre plus aisée la preuve de la faute inexcusable de l'employeur ouvrant droit à une rente forfaitaire majorée après un accident du travail ou une maladie professionnelle.

Cette obligation de sécurité de résultat, créée donc en droit de la sécurité sociale, a été étendue par la jurisprudence, à partir de 2005, au droit du travail². Elle n'est pas, elle n'était pas forcément contestée dans le principe puisque tout le monde s'accorde à considérer qu'elle participe de l'objectif légal, et par ailleurs légitime, de protection de la santé et de la sécurité au travail du salarié, mais elle pouvait être discutée dans sa nature d'obligation de résultat et peut-être dans l'application stricte, rigoureuse, qui pouvait en être faite par la jurisprudence.

Une évolution jurisprudentielle est intervenue le 25 novembre 2015 avec l'arrêt Air France, dont on peut considérer qu'elle avait été préparée par plusieurs arrêts antérieurs. Il faudra nous demander ce qu'il faut penser de cette évolution, et ce sera le premier thème de la journée.

Ouvrant ces rencontres sur la problématique de la santé au travail, il nous a semblé qu'il pouvait être intéressant de poursuivre la réflexion sur le même sujet en nous arrêtant sur cette institution de représentation du personnel, essentielle par son rôle et ses attributions en même temps que chahutée, si l'on peut dire, à la suite de la loi dite Rebsamen, qu'est le comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail.

Voilà une institution qui a pris son envol au cours de la dernière décennie dans le sillage des objectifs de protection de la santé au travail, qui est dotée de pouvoirs importants de consultation, de recours à l'expertise, mais qui est dépourvue de budget propre, avec les conséquences récemment soulignées que l'on connaît, et qui pourrait d'ailleurs perdre une partie de sa spécificité en étant fondue au sein d'un ensemble plus vaste de représentation du personnel. Bref, c'est une institution qui est au cœur d'un certain nombre d'interrogations. Alors, le CHSCT, au regard de l'objectif de santé et sécurité au travail, ce sera l'objet de la réflexion de la deuxième partie de la matinée.

Pour l'après-midi, il nous est apparu que la part nouvelle qui pourrait être prise, à la suite de différents rapports, notamment le rapport Combrexelle, par la négociation collective comme source de droit du travail ne pouvait être complètement ignorée et en particulier que ce pouvait être l'occasion, après la loi de 2008, qui a déjà huit ans et a suscité au sein de cette chambre la création d'une section spéciale et une abondante et nécessaire jurisprudence, de faire le point sur cette jurisprudence en nous arrêtant sur la représentativité des partenaires sociaux.

Il va de soi qu'on ne peut promouvoir efficacement la négociation collective comme source de droit du travail que pour autant que la représentativité de ses acteurs n'est pas, n'est plus, discutée, qu'il s'agisse des acteurs salariés bien entendu, mais également des acteurs patronaux. Ce sera donc l'objet du premier des deux thèmes de l'après-midi qui sera développé à trois voix, deux portant sur la représentativité des organisations de salariés, la troisième étant plus spécialement consacrée à la représentativité des organisations patronales.

Et puis nous terminerons par ce qui avait constitué au début de l'année 2015 une évolution importante et même, disons-le, un revirement de jurisprudence sur l'application du principe d'égalité de traitement quand il se rapporte à des différences de traitement catégorielles ayant pour source un accord collectif de travail, dont il avait été

¹ Soc., 28 février 2002, pourvois n° 00-10.051, n° 99-18.390, n° 00-11.793, n° 99-17.221, n° 99-21.255, n° 99-17.201, n° 00-10.051, *Bull.* 2002, V, n° 81.

² Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44.412, *Bull.* 2005, V, n° 219.

jugé que « *les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.*³ »

Ce revirement, on le voit, prenait appui sur la constatation que ces différences de traitement opérées par voie de conventions ou accords collectifs trouvent leur source dans la volonté d'organisations désormais représentatives, ce qui leur confère une légitimité particulière ou une particulière légitimité. Cela suffit-il pour justifier l'évolution intervenue ? L'évolution intervenue se renferme-t-elle dans son objet ou peut-elle connaître une extension à la faveur de la promotion de la négociation collective ? Autant d'interrogations qui seront l'objet du thème développé dans la seconde moitié de l'après-midi.

Voilà, tel que brièvement résumé, le programme de ces rencontres, étant bien sûr qu'une large place sera ouverte à la discussion sur chacun des thèmes.

³ Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, *Bull.* 2015, V, n° 9.

L'obligation de sécurité de résultat, une norme visant à rendre effectif le droit à la santé et à la sécurité dans le travail

*Pascal Lokiec, professeur à l'université de Paris-Ouest Nanterre-La Défense,
et Alexandre David, conseiller référendaire à la chambre sociale
de la Cour de cassation*

Lorsque, au début des années soixante, Jürgen Habermas affirme que « le monde du travail s'est rendu autonome pour devenir une sphère sui generis qui prend place entre les domaines public ou privé », il ne se contente pas d'annoncer les mutations d'une société¹. Il suggère aussi l'idée d'une évolution du droit du travail en Europe consistant à s'affranchir du droit civil.

S'il constitue à bien des égards un droit autonome, tout au moins un droit constitué de forts particularismes, le droit du travail nourrit d'étroits rapports avec les autres branches du droit, et bien évidemment avec le droit commun des contrats.

L'obligation de sécurité de résultat, initialement consacrée en tant qu'obligation contractuelle implicite avant de s'émanciper du contrat pour être fondée sur un texte spécifique du code du travail, illustre parfaitement ces interactions. Elle suit aujourd'hui son chemin, aux côtés de la réglementation sur la santé et la sécurité au travail, dont elle renforce, avec l'appui de la jurisprudence, l'effectivité. Un chemin dont il convient d'analyser le tracé, après un certain nombre d'évolutions récentes.

1. L'obligation de sécurité de résultat : la construction d'une norme régissant la relation individuelle de travail et l'organisation collective du travail

1.1. La « découverte » de l'obligation de sécurité de résultat : la construction d'une norme prétorienne assise sur un fondement légal

a) D'une obligation mise à la charge de l'employeur en vertu du contrat de travail...

Il est nécessaire de procéder à un bref rappel historique. En 2002, il existe un corpus de textes cohérents régissant ce segment du droit du travail constituant un titre du code du travail intitulé « *hygiène, sécurité et conditions de travail* ».

L'importance de ces textes était consacrée par la doctrine. Ainsi, selon les auteurs du *Précis Dalloz de droit du travail* publié en 2000, la protection de la sécurité physique du travailleur est « *la pierre angulaire du droit du travail* » et elle « *intéresse nécessairement l'ordre public*² ».

Pour autant, le constat a été dressé de l'insuffisance de ces textes, d'une part, parce que le mécanisme de réparation en faveur des victimes d'accidents était limité, d'autre part, et surtout, parce que le dispositif était davantage centré sur l'indemnisation des accidents survenus que sur leur prévention³.

Toutefois, le droit interne a été modifié par la transposition par la loi n° 91-1414 du 31 décembre 1991 de la directive n° 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. Cette directive fait peser sur l'employeur une obligation de mise en œuvre de la sécurité au travail et, sur le salarié, une obligation d'apporter son concours à la sécurité.

C'est dans ce contexte que, par cinq arrêts « Amiante » du 28 février 2002, la Cour de cassation a affirmé que l'employeur était tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de résultat⁴. Les arrêts ajoutent que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait, ou aurait dû avoir, conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. La méconnaissance de l'obligation de sécurité de résultat est ainsi un élément de caractérisation de la faute inexcusable⁵.

Les arrêts du 28 février 2002 précisent qu'en vertu du contrat de travail, l'employeur est tenu à une obligation de sécurité. Ce fondement contractuel s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence de la chambre sociale selon laquelle le salarié qui réclame la réparation du préjudice afférent à son état de santé qu'il impute à ses conditions de travail ne peut agir que sur le terrain de la responsabilité contractuelle⁶.

¹ J. Habermas, *L'Espace public*, Payot 1962, p. 160.

² Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, *Précis Dalloz de droit du travail*, 20^e édition, 2000, n° 968.

³ Cf. A. Lyon-Caen, « Révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. soc.* 2002, n° 4 : « *L'interposition de la caisse de sécurité sociale entre le responsable et la victime [...] ne favorise pas la prévention des accidents [du travail] et des maladies [professionnelles]* ».

⁴ Soc., 28 février 2002, pourvois n° 00-10.051, n° 99-18.390, n° 99-17.221, n° 99-21.255, n° 99-17.201, *Bull.* 2002, V, n° 81, cinq arrêts.

⁵ Pierre Sargos, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *La Semaine juridique, édition générale*, n° 4, 22 janvier 2003, doct. 104.

⁶ Soc., 11 octobre 1994, pourvoi n° 91-40.025, *Bull.* 1994, V, n° 269.

Les arrêts « Amiante » appliquent au contrat de travail l'obligation de sécurité de résultat « découverte » pour le contrat de transport de personnes par l'arrêt Compagnie générale transatlantique du 21 novembre 1911. Le contrat de travail devient ainsi un instrument de protection de l'intégrité du salarié. Le fondement contractuel de la responsabilité permet d'assurer une unité d'approche de la responsabilité de l'employeur vis-à-vis de son salarié et offre à ce dernier des garanties de fond importantes (éviction de la nécessité de prouver une faute et conditions d'exonération très rigoureuses par la seule cause étrangère irrésistible). Et les tiers victimes d'un dommage par ricochet peuvent se prévaloir du régime de l'obligation de sécurité de résultat⁷.

Le contrat de travail, à travers cette obligation de sécurité de résultat, s'est vu assigner un rôle dans l'approche de la protection de la santé physique et mentale des salariés. En effet, tout mécanisme de responsabilité repose sur des normes de comportement du débiteur dont le bénéfice peut être invoqué par le salarié. De ce point de vue, les arrêts du 28 février 2002 s'inscrivent dans la tendance du renouveau du contrat de travail⁸.

Par un arrêt du 24 juin 2005, rendu au visa de l'article 1147 du code civil, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a consacré l'obligation de sécurité de résultat à laquelle est tenu l'employeur⁹.

b) ...à une norme autonome du droit du travail

Cependant, l'arrêt du 11 avril 2002, étendant l'obligation de sécurité de résultat à la matière des accidents du travail, a été prononcé aux visas de l'article 1147 du code civil mais aussi à celui de l'actuel article L. 4121-1 du code du travail, issu de la transposition de la directive du 12 juin 1989¹⁰. Un arrêt du 28 février 2006 affirme, par un moyen relevé d'office, que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité¹¹. Cette décision, qui n'est pas prononcée au visa de l'article 1147 du code civil, a consacré l'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat du contrat de travail en la détachant de son support contractuel et en l'érigeant en norme autonome de comportement de l'employeur s'appliquant à l'ensemble de la relation de travail, et non aux seules atteintes causées à l'intégrité physique du salarié du fait d'un accident ou d'une maladie professionnels¹². Cette évolution avait été amorcée par des précédents, notamment l'arrêt du 29 juin 2005 approuvant une cour d'appel d'avoir déclaré fondée la prise d'acte de la rupture du contrat de travail à raison des manquements de l'employeur aux dispositions législatives relatives à la protection contre le tabagisme dans l'entreprise.

1.2. L'obligation de sécurité de résultat : une obligation de prévention s'appliquant tant à la relation individuelle de travail qu'à l'organisation du travail au sein de l'entreprise

a) L'obligation de sécurité de résultat : une notion dynamique d'une grande plasticité

Ainsi qu'il a été rappelé, l'obligation de sécurité de résultat a été « découverte » par la Cour de cassation afin d'assouplir la définition de la faute inexcusable. La Haute juridiction a ensuite décorrélé cette obligation du contrat de travail. Les arrêts du 29 juin 2005 et du 28 février 2006 ont pu être considérés comme consacrant un « *droit à la sécurité dans le travail*¹³ ». Un tel droit est reconnu aux travailleurs par la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe.

Le texte légal sur lequel la chambre sociale fait reposer l'obligation de sécurité de résultat, l'article L. 4121-1 du code du travail, transposant la directive précitée du 12 juin 1989, impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs et de mettre en œuvre ces mesures pour éviter les risques, évaluer les risques qui ne peuvent être évités, combattre les risques à la source, adapter le travail à l'homme...

Le champ de l'obligation de sécurité de résultat est ainsi très vaste puisque son domaine s'étend au harcèlement moral et au harcèlement sexuel, et donc à la santé mentale et à la dignité du salarié¹⁴.

De même, se plaçant sur le terrain de l'effectivité nécessaire à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, la Cour de cassation affirme que l'employeur manque à son obligation de sécurité de résultat en ne prenant pas en considération les mesures individuelles de reclassement préconisées par le médecin du travail¹⁵.

Enfin, c'est sur le fondement de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur que la Cour de cassation affirme qu'est nul le licenciement prononcé pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger¹⁶. Cette jurisprudence, constamment réaffirmée¹⁷, repose sur le principe selon lequel le droit à la sécurité dans le travail est un droit fondamental.

L'objet de l'obligation de sécurité de résultat a été modifié par l'arrêt Air France du 25 novembre 2015, par lequel la Cour de cassation a affirmé que ne méconnaissait pas son obligation de sécurité de résultat l'employeur qui justifiait avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail¹⁸.

⁷ 1^{re} Civ., 13 février 2001, pourvoi n° 99-13.589, *Bull.* 2001, I, n° 35.

⁸ Pour reprendre le titre d'un article remarqué du doyen Philippe Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *Revue de jurisprudence sociale*, mai 1999, p. 383.

⁹ Assemblée plénière, 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 7.

¹⁰ Soc., 11 avril 2002, pourvoi n° 00-16.535, *Bull.* 2002, V, n° 127.

¹¹ Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, *Bull.* 2006, V, n° 87.

¹² Pierre Sargos, « L'émancipation de l'obligation de sécurité de résultat et l'exigence d'effectivité du droit », *La Semaine juridique, édition sociale*, n° 14, 4 avril 2006, 1278.

¹³ Cf. le chapeau de l'arrêt du 28 février 2006 : « *qu'à défaut* [de l'organisation d'une visite de reprise], *l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée du salarié, dont le droit à la sécurité dans le travail a ainsi été méconnu, que s'il justifie soit d'une faute grave de ce dernier, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir ledit contrat* ».

¹⁴ Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.019, *Bull.* 2010, V, n° 30.

¹⁵ Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-42.925.

¹⁶ Soc., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-44.556, *Bull.* 2009, V, n° 24.

¹⁷ Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-21.272, en cours de publication.

¹⁸ Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.444, en cours de publication.

Cet arrêt ne modifie pas le régime juridique de l'obligation de sécurité, en réaffirmant qu'il s'agit d'une obligation de résultat. Mais il déplace l'objet de cette obligation et modifie le résultat attendu de l'employeur. Ce résultat attendu n'est plus l'absence d'atteinte à la santé ou à la sécurité, mais la mise en œuvre de tous les moyens de prévention des risques professionnels, tant sur le plan collectif qu'individuel. Ainsi que l'avait écrit dès 2008 le professeur Verkindt, « il s'agit pour l'employeur de prévenir, de former, d'informer et de mettre en place une organisation et des moyens adaptés. Le résultat dont il est question dans la notion d'obligation de résultat n'est pas l'absence d'atteinte à la santé physique et mentale, mais l'ensemble des mesures prises (effectivement !) par l'employeur dont la rationalité, la pertinence et l'adéquation pourront être analysées et appréciées par le juge¹⁹ ». Ainsi que le formule un commentateur de l'arrêt du 25 novembre 2015, « l'employeur doit se fixer comme "résultat" à atteindre de prévenir les risques tels qu'ils existent, au besoin en mettant en œuvre des actions qui ne sont ni imposées ni même prévues par un règlement²⁰ ».

En déplaçant l'objet de l'obligation de sécurité vers la prévention, l'arrêt Air France renforce le principe selon lequel cette obligation est de résultat. En effet, selon la doctrine classique, les critères de distinction entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat reposent sur l'existence d'un aléa et sur le pouvoir d'initiative du créancier et du débiteur dans l'exécution de l'obligation²¹. Or, l'employeur dispose du pouvoir de direction afin de prendre les mesures de prévention appropriées et peut, au besoin, faire usage de son pouvoir disciplinaire à l'égard de son subordonné. Ainsi a été reconnu comme reposant sur une cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié d'une société de pompes funèbres ayant refusé une vaccination prescrite par le médecin du travail contre l'hépatite B, maladie à laquelle ses fonctions l'exposaient²².

L'approche du concept de l'obligation de sécurité de résultat qui se dégage de l'arrêt Air France est centrée sur le comportement de l'employeur, et donc sur la consistance des mesures de prévention qu'il a prises. Une telle approche n'est pas sans incidence sur le rôle des juges du fond qui, pour statuer sur une prétention fondée sur un manquement à l'obligation de sécurité, devront apprécier la consistance des mesures prises par l'employeur pour évaluer les risques et les prévenir. À cet égard, il convient de souligner que le respect de la réglementation applicable, qui est d'ailleurs de plus en plus élaborée selon une approche d'objectifs à respecter, n'est pas suffisant.

L'arrêt Air France a posé un attendu de principe très général : « Mais attendu que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail ». Quelle en est la portée ? Lorsqu'un salarié a subi des violences ou une situation de harcèlement sur son lieu de travail, l'employeur sera-t-il admis à démontrer qu'il a satisfait à son obligation de sécurité en mettant en œuvre toutes les mesures de prévention appropriées ? Les juges du fond pourront-ils considérer la survenance du dommage comme le révélateur de l'insuffisance des mesures prises par l'employeur pour prévenir le risque ? Dans les hypothèses où les mesures de prévention effectivement mises en œuvre n'ont pas permis d'empêcher la réalisation du risque (par exemple parce que les situations de harcèlement n'ont été dénoncées à l'employeur ni par la victime ni par ses collègues), les juges du fond seront-ils conduits à retenir que l'employeur n'a pas manqué à son obligation de sécurité de résultat ?

b) Les implications de l'obligation de sécurité de résultat sur l'organisation du travail et le pouvoir de direction de l'employeur

Les obligations, tant positives que négatives, imparties par l'article L. 4121-1 du code du travail limitent le pouvoir de direction dont dispose l'employeur dans l'organisation de l'entreprise et du travail, même si ce pouvoir est considéré comme un des attributs de la liberté d'entreprendre.

Par l'arrêt SNECMA du 5 mars 2008²³, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir suspendu la mise en place d'une nouvelle organisation au sein de l'entreprise qui était de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs concernés.

Les arrêts FNAC²⁴ et Areva²⁵ rendus en 2015 s'inscrivent dans la continuité de cette jurisprudence. Ils réaffirment le principe selon lequel l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur dans l'organisation du travail trouve sa limite nécessaire dans la méconnaissance des obligations qui lui incombent légalement, notamment lorsque les mesures qu'il envisage de prendre sont de nature à compromettre la sécurité et la santé des salariés. En cas de litige, il appartient aux juges du fond de vérifier si le projet en cause génère des risques et, dans l'affirmative, si l'employeur a pris les mesures utiles et efficaces pour la prévention et la prise en charge de ces risques. À défaut, le projet peut être suspendu ou annulé.

L'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction peut s'avérer complexe lorsqu'un élément de la vie privée du salarié interfère sur sa santé ou sa sécurité au travail. Dans un tel contexte, l'exécution de l'obligation de sécurité de résultat est rendue délicate compte tenu de l'interdiction faite à l'employeur d'intervenir au-delà de la sphère professionnelle. Il n'en reste pas moins que le pouvoir de direction qu'il lui incombe d'exercer fixe la mesure de son obligation de prévention. Il apparaît alors que la seule limite actuellement considérée comme pertinente et acceptable de son obligation de résultat, s'agissant de la prévention des atteintes à l'intégrité physique ou

¹⁹ Pierre-Yves Verkindt, « La santé au travail, l'ère de la maturité », *Jurisprudence sociale Lamy*, n° 239, 1^{er} septembre 2008.
²⁰ Matthieu Babin, « L'obligation de sécurité de résultat, nouvelle approche », *La Semaine juridique, édition social*, n° 2, 19 janvier 2016, 1011.
²¹ J. Frossard, *La Distinction des obligations de moyens et de résultat*, th. Lyon, LGDJ, 1965, n° 232.
²² Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-27.888, *Bull.* 2012, V, n° 221.
²³ Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46.
²⁴ Soc., 5 mars 2015, pourvoi n° 13-26.321.
²⁵ Soc., 22 octobre 2015, pourvoi n° 14-20.173, en cours de publication.

mentale du travailleur, se situe dans les choix opérés par ce dernier dans sa vie strictement personnelle. Ainsi, dès que l'exécution du travail intervient, fût-ce de façon indirecte ou partielle, dans le processus de détérioration de la santé, s'affirme la primauté de la protection de l'intégrité physique et mentale de la personne²⁶.

2. L'obligation de sécurité de résultat, instrument de l'effectivité du droit à la sécurité au travail

La mise en œuvre de l'obligation de sécurité constitue un mode privé de mise en œuvre d'une politique publique de la santé et de la sécurité au travail, une sorte de « *private enforcement* » régi par des mécanismes très différents de l'action exercée en ce domaine par l'administration du travail, les services de santé au travail ou le CHSCT, pour ne citer que ces instances.

2.1. Les incidences de l'obligation de sécurité de résultat sur le régime de la responsabilité de l'employeur

a) Un régime probatoire allégé

Le régime de l'obligation de sécurité de résultat diffère profondément de celui de la faute inexcusable en droit de la sécurité sociale.

En effet, l'exposition du salarié à un risque suffit à caractériser le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, même si ce risque ne s'est pas réalisé. Surtout, il appartient à l'employeur de démontrer que la survenance du fait dommageable est étrangère à tout manquement à son obligation de sécurité de résultat²⁷.

La Cour de cassation affirme que le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat cause nécessairement un préjudice au salarié²⁸. En l'état de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, les juges du fond ne peuvent donc que sanctionner, par l'allocation de dommages-intérêts, la violation par un employeur de son obligation de sécurité de résultat, même si l'évaluation du préjudice subi par le salarié est abandonnée à leur appréciation souveraine. Le préjudice résultant de l'absence de prévention par l'employeur des faits de harcèlement et celui résultant des conséquences du harcèlement effectivement subi sont distincts, de sorte que la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel ayant réparé de façon spécifique chacun de ces chefs de préjudice²⁹. Ces deux chefs de préjudice ne reposent pas sur le même fondement, les obligations résultant des articles L. 1152-4 et L. 1152-1 du code du travail étant distinctes³⁰.

La question s'est posée de la juridiction compétente pour connaître du contentieux de l'indemnisation sur le fondement du manquement à l'obligation de sécurité de résultat. Un arrêt du 29 mai 2013, rendu par la chambre sociale après avis de la deuxième chambre civile, a fermé la voie prud'homale en affirmant la compétence exclusive du tribunal des affaires de sécurité sociale pour connaître de l'indemnisation des dommages résultant d'un accident du travail, qu'il soit ou non la conséquence d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité³¹.

b) L'exonération par l'employeur de son obligation de sécurité de résultat : une preuve impossible ?

Il convient de rappeler que la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que la directive du 12 juin 1989 n'imposait pas aux États membres de mettre en place un régime de responsabilité sans faute et que ceux-ci disposaient d'une « marge de manœuvre » dans la transposition du texte européen, y compris en ce qu'il les autorise à limiter la responsabilité de l'employeur « *pour des faits dus à des circonstances qui sont étrangères à ces derniers, anormales et imprévisibles ou à des événements exceptionnels dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées* »³².

En droit interne, l'employeur étant tenu à une obligation de résultat, le régime de la responsabilité prévoit peu de causes d'exonération.

L'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité. Il doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés³³.

Ainsi, même si l'article L. 4122-1 du code du travail, issu de la transposition de la directive du 12 juin 1989 précitée, met à la charge du salarié une obligation de sécurité, la faute du salarié n'est pas une cause d'exonération de la responsabilité de l'employeur³⁴.

Dans un récent arrêt publié, la chambre sociale a rappelé que les obligations des travailleurs dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail n'affectaient pas le principe de responsabilité de l'employeur³⁵. Il est tentant de dresser un parallèle entre la solution réaffirmée par cet arrêt et la jurisprudence de la première chambre civile en matière d'obligation de sécurité de résultat du transporteur ferroviaire, la faute de la victime n'étant exonératoire que si elle présente le caractère de la force majeure³⁶.

La force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de son obligation de sécurité de résultat s'entend de la survenance d'un événement extérieur présentant un caractère imprévisible et irrésistible³⁷.

²⁶ Sophie Fantoni-Quiton et Pierre-Yves Verkindt, « Obligation de résultat en matière de santé au travail : à l'impossible, l'employeur est tenu ? », *Droit social* 2013, p. 229.

²⁷ Soc., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-70.838, *Bull.* 2011, V, n° 14.

²⁸ Soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 08-70.390, *Bull.* 2010, V, n° 270.

²⁹ Soc., 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-17.729, *Bull.* 2014, V, n° 267.

³⁰ Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.694, *Bull.* 2012, V, n° 169.

³¹ Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 11-20.074, *Bull.* 2013, V, n° 139.

³² CJCE, 14 juin 2007, aff. n° C-127/05, Commission c/Royaume-Uni.

³³ Soc., 19 octobre 2011, pourvoi n° 09-68.272, *Bull.* 2011, V, n° 235.

³⁴ Assemblée plénière, 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 7.

³⁵ Soc., 10 février 2016, pourvoi n° 14-24.350, en cours de publication.

³⁶ 1^{re} Civ., 13 mars 2008, pourvoi n° 05-12.551, *Bull.* 2008, I, n° 76.

³⁷ Soc., 4 avril 2012, pourvoi n° 11-10.570, *Bull.* 2012, V, n° 116.

Selon l'arrêt Air France du 25 novembre 2015, l'employeur peut démontrer qu'il a pris les mesures de prévention qui s'imposaient. Cette décision n'est-elle pas le prélude à une jurisprudence qui affirmerait la possibilité pour l'employeur d'écarter la présomption de responsabilité qui pèse sur lui en cas d'absence de faute de sa part ? Une réponse négative est probable, l'attendu de principe de l'arrêt affirmant que, pour satisfaire à son obligation de sécurité de résultat, l'employeur doit avoir pris les mesures pour prémunir le salarié du risque encouru.

Ainsi, cette décision ne semble pas remettre en cause la jurisprudence selon laquelle l'employeur ne peut se borner à démontrer qu'il a pris les mesures nécessaires pour mettre un terme, dès qu'il en a eu connaissance, à l'atteinte à la santé physique ou mentale subie par le salarié, notamment dans les situations de harcèlement³⁸. L'objet de l'obligation de sécurité est en effet la prévention.

2.2. Sanction de la méconnaissance de l'obligation de sécurité de résultat

Le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat l'expose à un double risque contentieux. En premier lieu, le bien-fondé des mesures prises en vertu de son pouvoir de direction peut être remis en cause.

Ainsi, la Cour de cassation a approuvé la décision d'annulation d'un avertissement donné à un salarié pour faible productivité, les juges du fond ayant constaté que les réserves du médecin du travail étaient de nature à expliquer l'insuffisance de résultats et que l'employeur n'avait pas cherché à fournir au salarié un poste compatible avec les recommandations du médecin du travail³⁹.

De même, le licenciement d'un salarié pour abandon de poste n'est pas fondé lorsque l'employeur n'a pas pris l'initiative d'organiser une visite de reprise alors qu'il y était tenu⁴⁰.

Enfin, les juges du fond ne peuvent déclarer fondé un licenciement pour inaptitude sans avoir vérifié, comme l'invoquait le salarié, que l'employeur ne s'était pas abstenu de prendre des mesures qui auraient évité une dégradation de son état de santé antérieurement à la reconnaissance de la maladie professionnelle⁴¹.

En second lieu, le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat peut justifier la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail. Par des arrêts du 26 mars 2014, délibérés en formation plénière, la chambre sociale a modifié son contrôle en matière de prise d'acte et de résiliation judiciaire du contrat de travail. Désormais, la prise d'acte ou la résiliation est justifiée en cas de manquement de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail, la chambre exerçant sur cette qualification juridique un « contrôle léger », qui se limite aux erreurs les plus manifestes⁴².

Cette modification du contrôle n'est pas sans incidence puisqu'avant ces arrêts, le manquement de l'employeur à ses obligations en matière de sécurité et de résultat était une cause qui justifiait la rupture du contrat de travail. Les arrêts du 26 mars 2014 ont expressément abandonné cette solution s'agissant de l'obligation pour l'employeur de procéder à la visite de reprise. Il appartient désormais au salarié de démontrer que ce manquement est d'une gravité suffisante pour empêcher la poursuite des relations contractuelles.

La question se pose de savoir si la prise d'acte ou la résiliation judiciaire du contrat de travail est justifiée lorsque les juges du fond auront retenu que le salarié a été victime de harcèlement moral ou sexuel.

La Cour de cassation ne s'est pas explicitement prononcée sur ce point, que l'arrêt précité du 11 mars 2015 n'a pas tranché⁴³. Cependant, la jurisprudence initiée par les arrêts du 26 mars 2014 opère une distinction entre le manquement de l'employeur et ses conséquences sur la poursuite du contrat de travail. Le fait qu'un comportement fautif perdure n'en atténue sans doute pas la gravité. En revanche, un salarié qui a laissé se poursuivre le contrat de travail plusieurs années après que la situation de harcèlement a cessé est-il fondé à invoquer l'impossibilité du maintien du contrat de travail à l'appui de sa demande de prise d'acte ou de résiliation judiciaire ? La question mérite d'être posée.

³⁸ Soc., 23 janvier 2013, pourvoi n° 11-18.855, *Bull.* 2013, V, n° 15, et Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-18.603, *Bull.* 2015, V, n° 43.

³⁹ Soc., 19 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.918, *Bull.* 2007, V, n° 216.

⁴⁰ Soc., 28 avril 2011, pourvoi n° 09-40.487, *Bull.* 2011, V, n° 99.

⁴¹ Soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.969.

⁴² Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-23.634, *Bull.* 2014, V, n° 85.

⁴³ Soc., 11 mars 2015, pourvoi n° 13-18.603, *Bull.* 2015, V, n° 43.

Obligation de sécurité de résultat

Intervenants :

Jean-Yves Frouin
Grégoire Loiseau
Pascal Lokiec
Pierre Sargos
Paul-Henri Antonmattei
Marie-Ange Moreau
Marc Véricel
Alexandre David
Cédric Uzan-Sarano
Michel Miné

M. Frouin, président de la chambre sociale de la Cour de cassation :

Merci M. David et M. Lokiec d'avoir balayé de la manière la plus claire et la plus complète qui soit, sans toutefois les épuiser, les interrogations que l'on peut nourrir sur l'obligation de sécurité de résultat, sa notion, son régime.

La parole est maintenant ouverte à la discussion, sachant que toute une série d'interrogations a été soulevée à laquelle des réponses n'ont pas, par hypothèse, été données.

Ainsi, des questions restent en suspens : faut-il distinguer projet de PSE/projet de réorganisation ? Y aurait-il un espace de compétence possible pour le juge judiciaire à la suite d'une réorganisation nonobstant la loi relative à la sécurisation de l'emploi¹, qui donne compétence à la juridiction administrative ? L'arrêt Air France² ouvre-t-il la voie à une remise en cause de l'obligation de sécurité de résultat en tant qu'elle est une obligation de sécurité de résultat qui devrait obéir à un régime particulier, par exemple lorsque le résultat craint se produit, comme un harcèlement, est-il désormais possible de considérer que l'employeur pourrait s'exonérer en prouvant qu'il a mis tout en œuvre pour y mettre fin ? L'arrêt Air France, dont le professeur Loiseau déduisait dans son commentaire que, lorsqu'un dommage se produit, l'employeur a la possibilité de s'exonérer en établissant qu'il a pris l'ensemble des mesures de prévention, peut-il avoir nécessairement les mêmes conséquences quand il s'agit non pas de la survenance d'un dommage, mais d'une exposition au risque³ ?

M. Loiseau, professeur :

Je voudrais juste faire une observation sur un paradoxe auquel nous sommes actuellement confrontés et qui ressort des interventions croisées des orateurs. Pascal Lokiec a dit que nous assistions à un phénomène de décontractualisation de l'obligation de sécurité, je partage son avis et crois à titre personnel qu'elle est effectivement sortie du contrat, même si la deuxième chambre civile a quelque nostalgie sur la nature contractuelle de l'obligation de sécurité, je crois qu'aujourd'hui nous sommes parvenus à un devoir de sécurité.

Le paradoxe, c'est que nous continuons à raisonner en termes d'obligation contractuelle. Nous continuons à utiliser l'outillage de Demogue en parlant d'obligation de résultat, de moyens, de moyens renforcée. Ainsi, après l'arrêt du 25 novembre 2015, j'ai entendu dire que nous étions passés à une obligation de moyens, en d'autres termes, que la charge de la preuve pèserait sur le salarié. Il est évident que non, il convient de rester sérieux.

Ce que je souhaite faire observer, c'est que l'analyse du régime de l'obligation de sécurité n'a pas forcément été adaptée à sa décontractualisation et on continue à faire état d'exonération, de faute de la victime, comme dans l'arrêt du 10 février 2016⁴ cité par M. David concernant la faute d'un salarié qui n'aurait pas respecté ses propres obligations en matière de sécurité et qui n'est pas, contrairement avec ce qu'avait jugé la cour d'appel, une justification d'une exonération partielle de la responsabilité de l'employeur. Si l'on se dit que l'obligation de sécurité est un devoir de prévention en matière de risques professionnels, on n'a plus à se poser cette question : l'employeur n'a pas pris les mesures de prévention, peu importe l'attitude du salarié.

Le paradoxe que je souhaitais relever est de continuer à raisonner en fonction d'une obligation contractuelle tout en constatant la décontractualisation de l'obligation de sécurité.

M. Lokiec, professeur :

Je partage totalement le point de vue de Grégoire Loiseau. Lorsque, en 2006⁵, la Cour de cassation a décontractualisé l'obligation de sécurité, elle a fait état du droit à la santé et à la sécurité. On aurait alors pu s'attendre à un changement du raisonnement, comme cela a été le cas en matière de droit à la santé après la

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

² Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.444, en cours de publication.

³ G. Loiseau, « L'obligation de sécurité : de la vertu à la raison », *Cahiers sociaux*, n° 280, 2015, p. 619.

⁴ Soc., 10 février 2016, pourvoi n° 14-24.350, en cours de publication.

⁵ Soc., 28 février 2006, pourvoi n° 05-41.555, *Bull.* 2006, V, n° 87.

loi de 2002⁶ puisque, dans ce domaine, nous sommes passés d'une obligation de sécurité du médecin à une logique de droit des patients. En la matière, on aurait alors pu s'attendre à ce que l'on sorte d'une terminologie en termes d'obligation, de responsabilité, pour aller, comme le dit M. Loiseau, jusqu'à un devoir de sécurité, mais il aurait aussi été possible d'aller jusqu'au droit à la santé, qui est le degré supérieur. En effet, trois degrés sont concevables : d'abord l'obligation de l'employeur, ensuite, à un degré supplémentaire, le devoir de sécurité et, enfin, le degré ultime, le droit de la personne, du salarié. Il me semble que même dans la jurisprudence de la Cour de cassation, le pas n'est pas franchi, mais il y a une sorte de glissement... Sur ces points, je partage les mêmes interrogations que M. Loiseau sur cette absence de glissement qu'il est cependant possible de constater dans certains domaines comme celui du forfait-jour, dans lequel il n'est pas raisonné en termes d'obligation de sécurité.

M. Sargos, président de chambre honoraire à la Cour de cassation :

Je trouve pertinent le rapprochement fait avec la loi du 4 mars 2002. En effet, nous avons assisté, en droit de la responsabilité médicale, à un extraordinaire mouvement qui est parti d'une analyse délictuelle de la responsabilité avec le grand arrêt Thouret-Noroy du 18 juin 1835⁷, pour passer à la responsabilité contractuelle le 20 mai 1936 avec l'arrêt Mercier⁸, lequel a permis de bâtir le régime des devoirs du médecin dans cette obligation contractuelle avec les obligations de conscience et les obligations de science. Cette construction des devoirs inhérents au contrat médical n'était pas possible dans l'analyse délictuelle, ainsi que cela ressort tant du rapport de Josserand que des conclusions du procureur général Matter sous l'arrêt Mercier, qui démontraient qu'en rester à l'analyse délictuelle ne permettait pas de bâtir ce corps des obligations pesant sur le médecin. Avec la loi du 4 mars 2002, je pense que nous sommes repassés à une responsabilité de nature délictuelle avec, comme cela ressort des arrêts de la première chambre civile et des commentaires au rapport annuel, un transfert enrichi de l'apport contractuel et de ses analyses, ce phénomène étant par ailleurs simplifié par le fait que les codes de déontologie qui se sont succédé ont intégré pratiquement tous les apports de la jurisprudence.

Il me semble qu'en matière de droit du travail, il s'agit exactement de la même chose, le vecteur contractuel remonte finalement à la fin du XIX^e siècle. Il apparaît que, juste avant la Première Guerre mondiale, avaient été mises en exergue de nombreuses insuffisances en matière de protection de droit des personnes et des salariés, la chambre des requêtes avait déjà, en 1878, énoncé un devoir de sécurité de l'employeur qui a été redécouvert en 2002.

En 2002⁹, les arrêts « amiante » ont redécouvert l'obligation de sécurité de résultat posée il y a un siècle. Il aurait été possible de s'en tenir à cela, mais il était nécessaire de concilier cette obligation avec les règles de la sécurité sociale sur la faute inexcusable. Il s'agissait d'un exercice d'équilibre et, pour ma part, j'ai regretté à ce moment-là l'absence d'intervention du législateur. Nous en sommes donc restés à ce stade et je ne vois pas dans l'arrêt Air France un changement extraordinaire. Les arrêts de 2002, qui s'inscrivaient dans le cadre du droit de la sécurité sociale, ont dit que le manquement à l'obligation de sécurité de résultat revêtait le caractère d'une faute inexcusable dès lors que l'employeur ne démontrait pas qu'il a pris les mesures nécessaires pour préserver son salarié, c'est donc la prévention qui est au cœur de tout. Sur ce point j'adhère à l'arrêt Air France en ce que c'est la prise des mesures nécessaires pour préserver le salarié du danger auquel il est exposé qui exonère de la faute inexcusable. La construction est peut être un peu artificielle, il faut le reconnaître, mais elle existe et est entérinée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation sans que le législateur ne souhaite modifier le système.

Sur le dépassement du cadre contractuel avec notamment l'arrêt du 28 février 2006, le commentaire au rapport annuel énonce clairement que l'on sort du régime contractuel pour passer à un régime d'obligation de sécurité qui a une assise légale. C'est en cela qu'il y a un parallèle très fort avec le passage d'une responsabilité médicale contractuelle à une responsabilité médicale délictuelle, mais en conservant tous les acquis de la construction qu'a permis le vecteur contractuel.

M. Antonmattei, professeur :

Maintenant, il faut assumer la jurisprudence Air France et, comme le soulignait Grégoire Loiseau, l'autonomie de la qualification de l'obligation de sécurité de résultat et assumer jusqu'au bout le changement sur l'appréciation judiciaire, et je ne vois pas comment dire, sur le harcèlement moral, qu'on ne fait pas valoir la même jurisprudence, sauf à faire jouer à titre exceptionnel la responsabilité du fait d'autrui. Cela, c'est à la chambre sociale de le dire en des termes très juridiques.

Ensuite, il faut assumer l'appréciation du juge du fond. Quelles directives la chambre sociale va-t-elle donner sur l'appréciation des mesures nécessaires ? Est-ce que ce sont des mesures raisonnablement nécessaires ou pas ? La chambre va-t-elle abandonner cette question au pouvoir souverain des juges du fond, avec des risques de variation, ou va-t-elle rappeler le standard du raisonnable ? Ces questions se posent. Ensuite, il va falloir l'expliquer pour donner de l'effectivité, l'expliquer aux utilisateurs, à commencer par les entreprises. Le mauvais message serait de laisser croire que l'arrêt Air France abaisse le standard d'exigence de l'obligation de sécurité.

En effet, la lecture des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail suffit à montrer que le juge peut même hausser les standards à l'égard des entreprises. Concernant le premier article qui se rapporte aux obligations de formation et d'information, une rapide enquête de terrain m'a permis de constater que les risques sont importants, car, dans de nombreuses entreprises, il n'existe pas de démarche visant à former et informer sur les mesures visées par l'article. Ensuite, il faudra bien dire ce qu'a déjà dit Hervé Lanouzière, directeur général l'Agence nationale pour l'amélioration des conditions de travail (ANACT), faisant écho aux propos de Pascal Lokiec, sur

⁶ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁷ Chambre des requêtes de la Cour de cassation (DP 1835.1.300, concl. Dupin ; S. 1835.1.401).

⁸ Chambre civile de la Cour de cassation (DP 1936.1.88, rapp. Josserand, concl. Matter ; S. 1937.1.321, RTD civ. 1936.691).

⁹ Soc., 28 février 2002, pourvois n° 99-18.389, n° 99-18.390, n° 00-11.793, n° 99-17.221, n° 99-21.255, n° 99-17.201, n° 00-13.172, Bull. 2002, V, n° 81.

l'architecture de la construction en matière de santé et de risque. Hervé Lanouzière dit avec constance que l'article L. 4121-1 est le fer de lance, que ce ne sont plus les dispositions particulières sur chacun des risques qui importent car les risques se multiplient et que le pouvoir législatif ou le pouvoir réglementaire ne peut pas répondre à temps. En outre, il est impossible d'additionner de multiples textes dans la partie réglementaire du code du travail sur la sécurité car il est trop tard et le résultat est peu lisible. Cette situation a conduit à une démarche très pratique de l'ANACT et des ARACT au niveau régional afin de faire comprendre aux chefs d'entreprise que ce sont les mesures nécessaires des deux articles précités qui sont essentielles et qui constituent en définitive un mode d'emploi très pratique. Par conséquent, tout cela est cohérent et la jurisprudence Air France, en mettant en avant ces deux textes, répond à la pratique de l'ANACT. Cependant, il nous revient d'expliquer, sur le terrain, aux acteurs, qu'il s'agit désormais du référentiel.

Mme Moreau, professeur :

Je suis surprise que, lorsque l'on présente l'évolution de la jurisprudence de 2002, on n'en revienne pas systématiquement à la logique qui s'est imposée en France avec la directive de 1989¹⁰. Il existe bien évidemment une obligation insérée dans le code du travail, les affaires amiante¹¹ ont marqué une étape importante en venant enfin donner une sanction avec cette disposition qui vient du droit communautaire. Cette obligation va faire partie de l'ordre public et il est évident qu'elle en fait partie puisqu'il s'agit d'une obligation générale de préserver la santé et la sécurité. Le problème est que l'on a calqué la construction extraordinaire que nous avons en France en matière de responsabilité sur ce mouvement qui reste atypique. On en voit les résultats dans cette jurisprudence de la Cour de cassation qui a fait une construction exemplaire par rapport à la mise en œuvre du droit communautaire. Il y a eu un mouvement de décontractualisation car il existait une obligation dans le code du travail depuis 1991. Sur les aspects pratiques de ces dispositions venant du droit communautaire, il existe un guide pour construire l'obligation de prévention. La position de la Cour de cassation qui consiste à dire qu'il est insuffisant de mettre un terme à des actes de harcèlement moral ou sexuel avérés est justifiée. En effet, cette seule action ne constitue pas un plan de prévention. Il s'agit d'un minimum avant la réparation et de quelque chose de totalement distinct de la prévention. Ce qui change actuellement et avec l'arrêt Air France est que les entreprises et beaucoup d'acteurs depuis une vingtaine d'années, et surtout depuis les arrêts de 2002, ont mis en œuvre des plans de prévention qui apparaissent et se développent. A la suite de la directive communautaire et de l'article L. 4121-1 du code du travail, s'est développé un mouvement très large de prévention aboutissant, plus rarement, à une mise en œuvre effective de politiques de prévention. Ainsi, lorsqu'il y a eu une véritable politique de prévention, suffisante, comme dans l'arrêt Air France, on reconnaît que les obligations ont été remplies. Ainsi, je trouve qu'il n'existe pas de paradoxe à l'heure actuelle. On a enfin une application avec peut-être une réflexion à mener sur ce que le droit communautaire oblige à modifier dans l'approche. Une chose est certaine, pour éviter les difficultés, il est nécessaire d'opérer une distinction claire entre ce qui relève de la sécurité et ce qui relève de l'obligation générale de préserver la santé, car les obligations de prévention sont différentes dans chacun de ces domaines. Il convient, je le pense, d'approfondir ces deux domaines.

Intervention de M. Vericel, professeur :

Par rapport aux interrogations que suscite l'arrêt Air France¹², la réflexion que je me fais est la suivante : je pense qu'il faut souligner le caractère très vaste du champ d'application de cette obligation de sécurité de résultat telle qu'elle a été forgée au fil du temps par la jurisprudence de la Cour de cassation, et pour moi c'est une très bonne chose et je me garderais de la remettre en cause.

Mais, de ce fait, cette obligation est utilisée et couvre de nombreuses situations qui sont diverses et très différentes, notamment les hypothèses de réorganisation, de non-respect de visite médicale ou bien encore de harcèlement. Je pense que c'est cette diversité de situations couvertes par cette obligation qui fait qu'il est très difficile de mettre en place un régime probatoire extrêmement précis.

De ce fait, je ne sais pas dans quelle mesure la solution qui a été donnée par l'arrêt Air France est tout à fait transposable à d'autres situations, je pense notamment au non-respect des visites médicales obligatoires. Je voulais demander à M. David et M. Lokiec s'ils étaient d'accord avec mon analyse.

M. David, conseiller référendaire :

Effectivement, le champ de l'obligation de sécurité est très vaste parce que cela résulte des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, qui posent une liste de mesures que doit prendre l'employeur qui sont à la fois précises mais également générales.

Mais, comme cela a été bien décrit par le professeur Antonmattei et le professeur Moreau, il y a eu une interaction entre ce principe général posé par la Cour de cassation d'obligation de sécurité et le législateur, qui, à partir du moment où une obligation de sécurité a été posée, a raisonné de manière très différente. Il a construit une réglementation qui était davantage une réglementation par objectifs à se fixer, des objectifs donnés aux entreprises pour respecter les règles de sécurité. Il y a une interaction entre la législation et le comportement des entreprises puisque les entreprises se sont mises à élaborer des plans d'évaluation des risques et ensuite des plans de prévention.

¹⁰ Directive n° 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

¹¹ *Op. cit.*, n° 9.

¹² *Op. cit.*

Pour répondre à la question de savoir si l'on peut concevoir différents modes probatoires, je ne le crois pas dès lors qu'on a quand même une jurisprudence qui pose une obligation de sécurité de résultat : j'imagine difficilement des modes de preuve qui peuvent varier selon l'obligation mise à la charge de l'employeur ou selon l'objet de cette obligation. On reste quand même sur un objet d'une obligation de sécurité.

La question qui peut se poser, et qui est d'ailleurs posée par Mme Gardin dans son commentaire¹³ de l'arrêt Air France, est celle de savoir si la solution de l'arrêt Air France est transposable au harcèlement commis par un salarié. Dans cette hypothèse, même s'il a pris des mesures de prévention, l'employeur ne sera-t-il pas néanmoins tenu, en tant que commettant, de répondre des agissements de son préposé ? Mais ce raisonnement conduit à sortir du champ de l'obligation de sécurité pour se placer sur le terrain de la responsabilité du fait d'autrui.

M. Frouin :

Ce qui m'apparaît sûr, mais je réfléchis à voix haute, je n'engage pas la chambre pour l'avenir, relativement au harcèlement moral, vous disiez, Monsieur le Professeur Antonmattei, « il faut assumer », on va essayer d'assumer.

Mais par rapport à cette question-là, il n'y a pas de raison de mettre à part le harcèlement moral relativement à ce qui est posé dans l'arrêt Air France ; en revanche, il faut avoir clairement à l'esprit que le fait qu'un harcèlement moral se soit produit et que l'employeur (on part de l'idée que ce n'est pas lui l'auteur du harcèlement moral mais l'un de ses préposés), à la suite de la survenance du harcèlement moral, ait pris derrière, en aval, toutes les mesures pour y mettre fin, et qu'il y ait mis fin, ne suffira pas à l'exonérer, puisqu'il faudra de toute manière qu'il établisse qu'en amont il avait pris toutes les mesures de prévention, c'est prévu expressément par l'article L. 4121-2 du code du travail, pour prévenir le harcèlement moral. Et donc, dans la logique directe de l'arrêt Air France, il faudra devant le juge du fond qu'il justifie de ce qu'il avait pris telle ou telle mesure propre à éviter la survenance d'un harcèlement moral dans son entreprise.

M^e Cédric Uzan-Sarano, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation :

Je représentais la société Air France dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 25 novembre 2015¹⁴. Pour réagir directement à ce que vous venez de dire sur la définition de la portée de cette jurisprudence et son éventuelle transposition à la question du harcèlement, tout à l'heure M. David disait que, sans doute, les juges du fond en matière de harcèlement auraient tendance à considérer que la survenance du dommage révélerait en soi l'insuffisance des mesures de prévention. Mais, me semble-t-il, si l'on raisonne de la sorte, on n'a pas déplacé l'objet de l'obligation de sécurité, comme on nous a expliqué que telle était la portée de l'arrêt Air France, parce que s'il suffit que le résultat-dommage soit constaté pour que cela implique mécaniquement une méconnaissance de l'obligation de prévention de l'employeur, en réalité on joue sur les mots, mais on n'a pas véritablement déplacé l'objet de l'obligation de sécurité.

Donc cette question va être assez cruciale et je rejoins la remarque et l'interrogation du professeur Antonmattei sur le contrôle que vous allez exercer sur les décisions des juges du fond qui vont apprécier si oui ou non l'employeur a rempli son obligation de prévention. Cela peut être un contrôle au niveau de l'erreur de droit, de la violation de la loi : est-ce qu'une cour d'appel qui dira « je constate qu'il y a eu harcèlement donc il y a eu un manquement à l'obligation de prévention », est-ce que vous direz que c'est une erreur de raisonnement et de violation de la loi, est-ce que vous allez au moins dans un premier temps exercer un contrôle de qualification juridique sur la manière dont les juges du fond apprécient la preuve que doit faire l'employeur de la satisfaction à son obligation de prévention ?

Et, dernière question, on parle beaucoup donc de la transposition au harcèlement et de l'obligation de prévention très forte qui pèse sur l'employeur mais, me semble-t-il, vous avez aussi une jurisprudence en matière de harcèlement causé par un préposé de l'entreprise qui dit qu'un comportement susceptible de caractériser un harcèlement ou de dégénérer en harcèlement ne constitue pas en soi une faute grave qui justifie un licenciement immédiat. Très concrètement, l'employeur qui est confronté à un harcèlement ou à un risque de harcèlement horizontal ne peut pas prendre comme mesure le licenciement immédiat du harceleur. Là aussi, cela me semble poser une question de cohérence sur ce que l'on attend des employeurs dans cette obligation très forte de prévention. Donc, effectivement, on attend avec impatience les prochaines décisions de la chambre, notamment sur la nature et l'intensité du contrôle qu'elle va exercer sur ces questions.

M. Sargos :

Sur le terrain contractuel et délictuel, je crois qu'il faut faire aussi un rapprochement avec l'approche du juge administratif, je pense notamment à l'un des plus grands arrêts rendus par le Conseil d'État : l'arrêt Cames¹⁵, avec les conclusions magnifiques de Romieu, responsabilité sans faute du fait de dommages causés à un ouvrier qui avait le statut d'agent public, dans un arsenal. Romieu disait que l'employeur est garant de la sécurité de l'ouvrier, point final. C'est l'arrêt Cames, 1895, sur un fondement propre au droit public puisqu'on n'a pas l'approche contractuelle. Mais je crois que l'approche des deux juges est intéressante à étudier.

M. Miné, professeur associé, Conservatoire des arts et métiers :

Dans le prolongement de ce que nous a dit Marie-Ange Moreau, l'arrêt Air France va faire redécouvrir à un certain nombre d'acteurs les principes généraux de prévention ; on les cite mais en fait souvent on les connaît assez peu, notamment du côté d'un certain nombre d'acteurs. On y retrouve des formules extrêmement fortes.

¹³ Alexia Gardin, professeure à l'université de Lorraine : « La redéfinition de l'obligation de sécurité de l'employeur. Brèves réflexions autour d'un changement de logique », *Revue de jurisprudence sociale*, février 2016, p. 99.

¹⁴ *Op. cit.*

¹⁵ Conseil d'État, Cames, *Rec. Lebon*, p. 509.

Premier principe : « éviter les risques ». Donc l'entreprise doit prendre des mesures pour éviter les risques. Tous les risques ne peuvent pas être évités mais un certain nombre de risques peuvent être évités. Ce qui veut donc dire qu'il faut déjà se poser cette question et, comme cela a été souligné, les risques que l'on ne peut pas éviter, on va les évaluer.

Et dans cette seconde branche des principes généraux de prévention, dans le prolongement de l'évaluation des risques, on voit des principes qui sont extrêmement puissants. Je pense à ce que nous disait Pascal Lokiec tout à l'heure au regard d'un certain nombre de nouvelles méthodes de management : dans ces principes généraux de prévention issus de la directive européenne¹⁶, nous avons : « adapter le travail à l'homme », notamment en ce qui concerne les méthodes de travail et les méthodes de production.

La version anglaise nous disait : « adapter le travail à l'individu ». Dans la transposition française, on a préféré « adapter le travail à l'homme », à la personne humaine.

La question se pose, je suis tout à fait d'accord, des indications que la chambre sociale va donner aux juges du fond sur l'interprétation de cette formule extrêmement forte, « adapter le travail à l'homme », adapter les méthodes de management à la personne humaine. On peut aller évidemment extrêmement loin.

Et ensuite un mot par rapport à cette directive : il y a une disposition de cette directive qui n'a pas été transposée en tant que telle dans le code du travail, c'est l'article 5, § 1, qui nous dit : « l'employeur est obligé d'assurer la santé et la sécurité des travailleurs dans tous les aspects liés au travail ». « L'employeur est obligé » : la formule est évidemment particulièrement intense.

Un dernier mot sur le harcèlement moral, je ne développe pas parce que nous avons peu de temps, mais sur la question du harcèlement moral se posera la question, me semble-t-il néanmoins en amont, d'organisations du travail qui peuvent favoriser le harcèlement moral ou d'organisations du travail qui, au contraire, peuvent être vertueuses et favoriser l'absence de harcèlement moral.

Donc il me semble que la question peut également être posée au regard de la question de l'organisation du travail. Et quand on examine les principes généraux de prévention, quand on examine la politique de prévention que l'entreprise doit mettre en œuvre, figure de manière explicite la question de l'organisation du travail, qui n'est pas, comme on l'entend souvent, l'organisation du temps de travail, mais le contenu du travail et la manière dont ce travail est organisé. Il y a des organisations du travail qui sont pathogènes et des organisations du travail, j'en reste sur ce mot, qui sont plus vertueuses.

M. Frouin :

Merci Monsieur Miné. Je vous propose de faire une pause à présent. Nous reprendrons sur le CHSCT. Merci encore à nos premiers intervenants sur le thème de l'obligation de sécurité de résultat.

(...)

¹⁶ *Op. cit.*

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)

Hubert Liffra, avocat général à la Cour de cassation

INTRODUCTION

Le CHSCT, tel que nous le connaissons aujourd'hui, est le fruit d'une longue évolution qui tire son origine des délégués mineurs institués par la loi du 8 juillet 1890. C'est avec le régime de Vichy que naît véritablement l'institution, faisant écho à une recommandation de l'OIT en 1928 qui avait préconisé l'institution de comités paritaires de sécurité dans les entreprises.

Le décret du 4 août 1941 avait institué des comités de sécurité dans les établissements industriels et commerciaux, qui avaient pour mission, notamment, de procéder ou faire procéder à une enquête à l'occasion de chaque accident du travail ou de chaque cas de maladie professionnelle, de procéder à une inspection de l'établissement et de donner leur avis sur les règlements et consignes de sécurité de l'établissement. Qu'il s'agisse de la notion de seuil d'effectif (alors fixé à 500 salariés), de leur pouvoir d'enquête, de la possibilité de faire appel à toute personne qualifiée ou de sa composition comprenant des représentants du personnel, ils présentaient alors la plupart des caractéristiques du CHSCT. Seul manquait le principe de l'élection des représentants du personnel.

Le décret n° 47-1430 du 1^{er} août 1947, qui a changé la dénomination de ces comités en comités d'hygiène et de sécurité, n'a apporté que peu de changements, hormis le seuil d'effectif, ramené à 50 salariés, et le principe de la désignation des représentants du personnel par les membres du comité d'entreprise et les délégués du personnel. Il précisait que ces comités « fonctionnaient comme commission spéciale du comité d'entreprise », posant ainsi en germe la problématique actuelle, que nous aborderons dans la suite de cet exposé, du lien entre le CHSCT et le comité d'entreprise.

La loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a constitué une étape majeure dans cette évolution. D'une part, elle a opéré la fusion du comité d'hygiène et de sécurité et de la commission d'amélioration des conditions de travail, consacrant ainsi un lien institutionnel entre l'hygiène et la sécurité et les conditions de travail, d'autre part, elle a autonomisé le CHSCT en abrogeant les dispositions du décret de 1947 assimilant le comité d'hygiène et de sécurité, du point de vue de son fonctionnement, à la commission spéciale du comité d'entreprise. Elle en a fait ainsi une institution représentative du personnel à part entière composée de l'employeur, qui le préside, et d'une délégation du personnel ayant voix délibérative, ainsi que de personnes qualifiées, dont le médecin du travail, et de représentants syndicaux avec voix consultative dans les établissements d'au moins 300 salariés. Elle n'est toutefois pas allée jusqu'à lui attribuer des ressources propres.

De son côté, la chambre sociale, dans un arrêt de principe du 17 avril 1991 (pourvoi n° 89-17.993, *Bull.* 1991, V, n° 206), a reconnu au CHSCT la personnalité morale, au même titre que tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés.

Plus récemment, en faisant peser sur l'employeur, à partir des arrêts dits « amiante » du 28 février 2002, une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, dont il doit en assurer l'effectivité, la chambre sociale a par là-même contribué au renforcement du rôle du CHSCT, dans la mesure où celui-ci a pour mission, aux termes de l'article L. 4612-1 du code du travail, de contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des salariés.

Aujourd'hui, si le CHSCT est un acteur majeur dans l'entreprise en matière de prévention des risques professionnels et s'il est, à ce titre, un partenaire incontournable pour l'employeur (I), il n'en demeure pas moins une institution ambiguë, qui n'est pas à même, de ce fait, d'accomplir pleinement toutes ses missions (II).

I. - Le CHSCT, acteur majeur en matière de protection de la santé et de la sécurité des salariés, est, à ce titre, un partenaire incontournable pour l'employeur

A. - Un acteur majeur en matière de protection de la santé et de la sécurité des salariés

Aux termes de l'article L. 4612-1 du code du travail, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a pour mission de :

- 1° contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des salariés ;
- 2° contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ;
- 3° veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières.

Le CHSCT intervient ainsi dans trois domaines : la santé, tant physique que mentale, la sécurité et les conditions de travail. Il a une compétence globale à cet égard, puisqu'il a pour mission tant d'assurer la défense de la santé et de la sécurité que de contribuer à l'amélioration des conditions de travail des salariés (article L. 4612-1, 2°).

Ces trois domaines sont interdépendants. Les conditions de travail, en effet, renvoient aux conditions matérielles d'exécution de la prestation de travail et sont donc étroitement liées à la santé et à la sécurité des salariés, comme le montre l'article L. 1152-1 du code du travail, relatif à la définition du harcèlement moral.

En cas d'atteinte effective à la santé ou à la sécurité, il peut procéder à des enquêtes en matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle (article L. 4612-5). Il est réuni à la suite de tout accident ayant entraîné ou pu entraîner des conséquences graves, à la suite de la demande de deux de ses membres (article L. 4612-10), et peut faire appel à un expert en cas de risque grave révélé par un accident du travail ou une maladie professionnelle (article L. 4614-12).

En matière de prévention, large est son domaine d'intervention. Il contribue, en effet, selon l'article L. 4612-3, à la promotion de la prévention des risques professionnels dans l'établissement et suscite toute initiative qu'il estime utile dans cette perspective, notamment en proposant des actions de prévention du harcèlement moral et du harcèlement sexuel. Ainsi, hors danger grave et imminent, il peut décider d'effectuer des enquêtes après des incidents répétés ayant révélé un risque grave (article L. 4614-6, 2°). De plus, le représentant du personnel au CHSCT qui constate l'existence d'un danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, alerte immédiatement l'employeur, qui consigne cet avis par écrit sur un registre spécial mis à la disposition des représentants du personnel au CHSCT (article L. 4131-2).

La loi du 16 avril 2013 a renforcé le rôle du CHSCT dans le domaine de la prévention en instituant un droit d'alerte sanitaire et environnemental. Ainsi, le représentant du personnel au CHSCT qui constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, l'existence d'un risque grave pour la santé ou l'environnement en alerte immédiatement l'employeur, qui doit l'informer de la suite qu'il entend donner (article L. 4133-2, alinéa 1). Celui-ci examine la situation conjointement avec ce représentant et l'informe de la suite qu'il réserve à celle-ci (article L. 4133-2, alinéa 2). En cas de divergence ou en l'absence de suite dans un délai d'un mois, le salarié ou le représentant du personnel peut saisir le représentant de l'État dans le département (article L. 4133-3).

B. - Un partenaire incontournable pour l'employeur

L'employeur ne peut prendre aucune initiative en matière de protection de la santé et de la sécurité des salariés sans en référer d'une manière ou d'une autre au CHSCT, sous peine de se rendre coupable du délit d'entrave (cf., par exemple, Crim., 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-85.766).

Ainsi, doivent être soumises au CHSCT les mesures que l'employeur envisage de prendre touchant aux conditions de travail, notamment les plans d'adaptation établis par l'employeur en cas de mutation technologique (article L. 4612-10), les dispositions relatives à l'entretien et au nettoyage régulier des locaux de travail et leurs annexes (article R. 4224-18) ou à la ventilation des locaux (article R. 4222-21).

Par ailleurs, le CHSCT est consulté dans toute une série de cas, par exemple en matière de prévention des risques liés à l'amiante, en ce qui concerne les conditions et les résultats des contrôles (article R. 4412-102) ainsi que les conditions dans lesquelles les équipements de protection individuelle sont mis à disposition des salariés et utilisés par ceux-ci (article R. 4323-97). Il doit en être de même, selon l'article L. 4612-8-1, avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail. La chambre sociale exerce son contrôle à cet égard. Ainsi, n'est pas important au sens de l'article L. 4612-8-1 un projet qui n'est susceptible d'avoir une influence sur les conditions de travail qu'en raison de l'apprentissage, d'une durée limitée, d'une nouvelle technique par les salariés concernés (Soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 09-67.476). À l'inverse, rentre dans le cadre des dispositions de l'article L. 4612-8-1 un projet modifiant de façon significative les tâches et l'organisation ainsi que les cadences de travail (Soc., 16 septembre 2008, pourvoi n° 07-18.754).

La consultation doit s'effectuer, conformément aux dispositions de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002, « de façon à permettre aux représentants des salariés de se réunir avec l'employeur et d'obtenir une réponse motivée à tout avis qu'ils pourraient émettre ». Elle doit intervenir en temps utile et être réelle, en donnant lieu à une discussion, et être suivie d'une réponse motivée de l'employeur, et le document d'information doit être suffisant (Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-21.747, *Bull.* 2013, V, n° 211), à défaut de quoi il peut y avoir entrave (Crim., 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-85.766).

L'employeur a par ailleurs un devoir d'information à l'égard du CHSCT. L'article L. 4614-9 indique à cet égard qu'il est tenu de lui fournir les informations qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions, notamment en lui présentant, au moins une fois l'an, un rapport annuel écrit faisant le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail dans son établissement et des actions menées au cours de l'année écoulée, ainsi qu'un programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail (article L. 4612-16). En cas de manquement à cette obligation, l'employeur se rend coupable du délit d'entrave (Crim., 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-85.766).

Le CHSCT n'a pas le pouvoir de s'autosaisir. Il se réunit à l'initiative de l'employeur au moins tous les trimestres, et plus fréquemment en cas de besoin (article L. 4614-7). Mais une éventuelle carence de l'employeur à cet égard, qui peut être constitutive du délit d'entrave, peut être surmontée. Ainsi, il se réunit soit à la suite d'un accident ayant entraîné ou ayant pu entraîner des conséquences graves, soit sur la demande motivée de deux des représentants du personnel (article L. 4614-10), sachant, dans ce dernier cas, que l'employeur n'est pas juge de l'opportunité de la requête (Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-13.599, *Bull.* 2013, V, n° 175).

Le CHSCT dispose de pouvoirs propres avec lesquels l'employeur doit compter.

Ainsi, hors les cas de danger grave et imminent, il procède, à intervalles réguliers, à des inspections dont la fréquence est au moins égale à celle de ses réunions ordinaires (article L. 4612-4). C'est un pouvoir qui lui est propre et qui ne saurait être exercé par un membre de la délégation du personnel (Soc., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-45.092).

Il réalise par ailleurs des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles (article L. 4612-5). L'article L. 4614-6, 2° indique à cet égard qu'il mène des enquêtes après un accident du travail grave ou des incidents répétés ayant révélé un risque grave ou une maladie professionnelle ou à caractère professionnel grave.

Si un représentant du personnel au CHSCT constate l'existence d'une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un salarié ayant fait usage de son droit de retrait, il en avise immédiatement l'employeur ou son représentant, lequel est alors tenu de procéder sur-le-champ à une enquête avec ce représentant du personnel et de prendre les dispositions pour y remédier (article L. 4131-2). En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le CHSCT est réuni d'urgence, dans un délai n'excédant pas 24 heures (article L. 4132-3, alinéa 1). À défaut d'accord entre l'employeur et le CHSCT, l'inspecteur du travail est saisi immédiatement par l'employeur.

Le lien entre l'employeur et le CHSCT en matière de prévention se trouve renforcé par l'arrêt P + B + R + I Air France du 25 novembre 2015 (pourvoi n° 14-24.444, en cours de publication), dans lequel la chambre sociale a dit que ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail. Elle a ainsi souligné l'interdépendance entre l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur et les actions de prévention des risques professionnels, dont la mise en œuvre par l'employeur ne peut se faire sans le concours du CHSCT.

Le CHSCT est ainsi un acteur incontournable dans le domaine de la protection de la santé et de la sécurité des salariés et de l'amélioration des conditions de travail. L'employeur a donc tout intérêt à entretenir les meilleures relations avec cette instance, sans laquelle il ne peut remplir efficacement son obligation de sécurité à l'égard des salariés.

Cependant, le CHSCT ne paraît pas suffisamment armé pour remplir ses missions. La loi maintient cette institution représentative dans une certaine ambiguïté.

II. - L'ambiguïté du CHSCT ne le met pas à même d'accomplir pleinement toutes ses missions

A. - Une institution ambiguë

1. Une personne morale sans budget propre

Trente-sept ans après le comité d'entreprise (Soc., 28 janvier 1954, *D.* 1954, p. 217), le CHSCT s'est vu reconnaître la personnalité morale par la chambre sociale (Soc., 17 avril 1991, précité).

De ce fait, le CHSCT, qui dispose comme toute personne juridique d'un patrimoine, a le droit d'ester en justice, dès lors qu'il a pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'entreprise ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail (Soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-18.409, *Bull.* 2009, V, n° 275). Il est à ce titre en droit de poursuivre contre l'employeur la réparation d'un dommage que lui cause l'atteinte portée par ce dernier à ses prérogatives (Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-26.258, *Bull.* 2015, V, n° 39).

Toutefois, contrairement au comité d'entreprise, la loi ne prévoit pas de budget propre pour le CHSCT. Tout au plus l'article L. 4614-9, alinéa 1, du code du travail dispose-t-il que l'employeur donne au CHSCT les moyens nécessaires à la préparation et à l'organisation de ses réunions et aux déplacements imposés par les enquêtes ou inspections. Mais rien n'oblige l'employeur à aller au-delà : il peut se contenter d'une aide matérielle en mettant à la disposition du CHSCT et de ses membres un local et un véhicule pour se rendre sur les lieux d'enquête ou d'inspection, sans être tenu de lui verser une subvention. Dans ces conditions, se pose la question de l'imputation des dommages-intérêts alloués au CHSCT en l'absence de budget propre. Par ailleurs, lorsqu'il succombe, le CHSCT peut-il être condamné aux dépens, voire à une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile alors qu'en l'absence de budget propre il est dépourvu de ressources ? La chambre sociale s'est efforcée de surmonter cette difficulté en énonçant qu'en l'absence d'abus, l'employeur doit en ce cas prendre en charge les frais de procédure du CHSCT, même lorsque celui-ci succombe à l'action (Soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-18.409, *Bull.* 2009, V, n° 275). Enfin, dans la mesure où le droit du CHSCT d'ester en justice a pour corollaire celui pour toute personne juridique de l'attirer en justice, se pose la question de l'efficacité d'une décision de justice qui condamnerait un CHSCT au paiement de dommages-intérêts.

2. L'ombre portée du comité d'entreprise

Bien que la loi du 23 décembre 1982 n'ait pas repris les dispositions du décret du 1^{er} août 1947 selon lesquelles « le comité d'hygiène et de sécurité fonctionnait comme commission spéciale du comité d'entreprise », le CHSCT reste dans l'ombre portée du comité d'entreprise, ce qui n'est pas sans conséquences sur l'exercice de ses missions.

Le CHSCT fonctionne en relation étroite avec le comité d'entreprise. Ainsi, l'article L. 2323-56 (anciennement article L. 2323-27) énonce que le comité d'entreprise est informé et consulté en cas de problème ponctuel intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération et qu'à cet effet, il étudie les incidences sur les conditions de travail des projets et décisions de l'employeur dans les domaines mentionnés au premier alinéa et formule des propositions. Il précise qu'il bénéficie du concours du CHSCT dans les matières relevant de sa compétence et que les avis de ce dernier lui sont transmis. Par ailleurs, le comité d'entreprise peut provoquer l'intervention du CHSCT. Ainsi ce dernier, qui, nous l'avons dit, n'a pas le pouvoir de s'auto-saisir, peut être saisi sur toute question de sa compétence par le comité d'entreprise et les délégués du personnel (article L. 4612-13). Il remplit alors un rôle de conseil pour éclairer l'institution généraliste qu'est le comité d'entreprise. Pour autant, l'avis du CHSCT ne saurait résulter d'un simple tour de

table de ses membres et non d'une décision prise à l'issue d'une délibération collective (Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.206, *Bull.* 2012, V, n° 7). Il doit être transmis au comité d'entreprise préalablement à sa propre consultation, à défaut de quoi la consultation du comité d'entreprise serait irrégulière (Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-17.196, *Bull.* 2013, V, n° 187). De la même manière, l'article L. 4614-2, dans sa nouvelle rédaction issue de la loi du 17 août 2015, dispose que le CHSCT détermine, dans un règlement intérieur, les modalités de son fonctionnement et l'organisation de ses travaux, alors qu'auparavant ce n'était qu'une faculté. Nous sommes donc loin du temps où le CHSCT fonctionnait comme une commission spéciale du comité d'entreprise.

Mais le CHSCT demeure lié au comité d'entreprise. Ainsi, les membres du comité d'entreprise constituent avec les délégués du personnel le collège désignatif des membres de la représentation du personnel au CHSCT. Alors que jusqu'alors la durée du mandat était fixée à deux ans renouvelables, la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, reprenant une proposition du rapport Vekindt, a modifié l'article L. 4613-1 du code du travail en alignant la durée du mandat des représentants du personnel au CHSCT, jusqu'alors de deux ans, sur celui des membres du comité d'entreprise, afin de leur permettre d'acquérir une compétence suffisante sur des matières très techniques. Se posent alors toute une série de questions qui viennent fragiliser la situation des membres de la représentation du personnel au CHSCT.

Dorénavant, les mandats respectifs des membres élus du comité d'entreprise et du CHSCT sont synchronisés, y compris lorsqu'en application de l'article L. 2324-5 du code du travail, un accord collectif fixe la durée du mandat des représentants du personnel au comité d'entreprise à une durée comprise entre deux et quatre ans. Mais alors, les pertes individuelles de mandat au comité d'entreprise (démission ou licenciement) sont-elles sans effet sur les mandats des membres des CHSCT ? La perte d'un ou de quelques mandats au comité d'entreprise doit-elle ou non entraîner de nouvelles désignations au CHSCT par le collège ? Et que se passe-t-il en cas de suppression du comité d'entreprise, laquelle, on le sait, est subordonnée à un accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives ou, à défaut, à l'autorisation de l'autorité administrative en cas de réduction durable et importante du personnel ramenant l'effectif à moins de 50 salariés ?

Quid en cas d'annulation des élections au comité d'entreprise ? Sous l'empire des anciens textes, la chambre sociale a jugé dans un arrêt du 15 avril 2015 (pourvoi n° 14-19.139, *Bull.* 2015, V, n° 80) que l'annulation des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise est sans incidence sur la régularité de l'élection des membres du CHSCT. Dès lors que le mandat des représentants du personnel au CHSCT est désormais aligné sur celui des membres du comité d'entreprise, la question mérite d'être posée.

Trois réponses sont envisageables :

1°) le mandat des représentants du personnel au CHSCT n'est pas remis en cause et expire à la date à laquelle expirera le mandat des membres nouvellement élus au comité d'entreprise à la suite de l'annulation des élections, ce qui est contraire aux dispositions de l'article L. 4613-1 du code du travail, qui prévoient que la durée du mandat des représentants du personnel au CHSCT prend fin avec celle du mandat des membres élus du comité d'entreprise les ayant désignés ;

2°) le mandat des représentants du personnel au CHSCT prend fin à la date à laquelle les élections au comité d'entreprise ont été annulées, ce qui rendrait caduque la solution retenue par la chambre sociale dans son arrêt du 15 avril 2015 ;

3°) le mandat des représentants du personnel au CHSCT prend fin à la date à laquelle aurait expiré le mandat des membres élus du comité d'entreprise si les élections au comité d'entreprise n'avaient pas été annulées. Mais ce serait beaucoup solliciter le texte, dans la mesure où l'annulation des élections au comité d'entreprise a pour effet la fin du mandat des membres élus de cette instance participative.

Il semble bien, réflexion faite, que la deuxième solution soit la plus conforme au texte de l'article L. 4613-1. Cela pose tout de même un sérieux problème compte tenu de la jurisprudence de la chambre sociale et du Conseil d'État selon laquelle l'annulation d'une élection ne faisant perdre aux salariés élus leur qualité de membres de l'institution représentative qu'à compter du jour de l'annulation, les actes qui ont pu être antérieurement effectués dans le cadre de cette institution demeurent valides (Soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-41.832, *Bull.* 2008, V, n° 238, et CE, 21 décembre 1994, n° 105.313, qui a jugé que l'annulation des élections du comité d'entreprise n'a pas pour effet de remettre en cause la régularité de l'avis émis par cette instance sur le licenciement d'un salarié protégé).

Enfin, le comité d'entreprise a un droit de regard sur la situation des membres de la délégation du personnel lorsqu'il donne son avis à l'employeur sur un projet de licenciement de l'un de ceux-ci, en application de l'article L. 2421-3. C'est toujours vrai aujourd'hui. Ainsi, aux termes de l'article L. 4611-1, en effet, « *un CHSCT est constitué dans tout établissement d'au moins 50 salariés* ». Il s'ensuit que sauf accord collectif, un même CHSCT ne peut regrouper des salariés dépendant de plusieurs établissements dotés chacun d'un comité d'établissement, en sorte que seuls les salariés de l'établissement concerné peuvent être désignés au sein du CHSCT de cet établissement (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-21.386).

3. Une incertitude sur le cadre de mise en place du CHSCT

L'établissement constitue traditionnellement le cadre de mise en place du CHSCT.

Le décret du 4 août 1941 avait retenu à cet égard l'établissement occupant de façon habituelle 500 salariés au moins. Bien que la loi n'ait jamais donné de définition de l'établissement, cela correspondait à la réalité d'une société industrielle caractérisée par des implantations locales d'unités de production rassemblant un ensemble de salariés autour d'infrastructures et d'outils de production sous la conduite d'un chef d'établissement. Le comité de sécurité était alors conçu comme une institution destinée à répondre à des situations de risques physiques particuliers, très présentes dans l'industrie.

Or, aujourd'hui, la situation a profondément évolué du fait de l'avènement d'une économie de services, qui entraîne bien souvent un morcellement des lieux de travail. L'établissement se trouve bien souvent réduit à une structure régionale à laquelle se trouvent rattachés des dizaines de salariés qui travaillent dans des petites unités, voire même chez eux, dans le cadre du télétravail. Comment alors maintenir au CHSCT son caractère d'institution représentative de proximité, située au plus près des salariés ? L'établissement est-il toujours un cadre pertinent pour l'implantation des CHSCT ?

Aux termes de l'article L. 4611-1, alinéa 1, « un CHSCT est constitué dans tout établissement d'au moins 50 salariés ». Il s'ensuit que sauf accord collectif, un même CHSCT ne peut regrouper des salariés dépendant de plusieurs établissements dotés chacun d'un comité d'établissement, en sorte que seuls les salariés de l'établissement concerné peuvent être désignés au sein du CHSCT de cet établissement (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-21.386). Il n'y a donc pas d'établissement sans au moins un CHSCT.

Un problème se pose cependant lorsque des salariés d'une entreprise ayant un effectif d'au moins 50 salariés ne relèvent pas d'un établissement ou relèvent d'un établissement ayant un effectif de moins de 50 salariés. C'est le cas notamment des salariés, souvent en petit nombre, affectés au siège social de l'entreprise. Doivent-ils rester hors protection d'un CHSCT ? Évidemment non. Aussi, dans un arrêt du 19 février 2014 (pourvoi n° 13-12.207, Bull. 2014, V, n° 63) publié au *Rapport annuel*, la chambre sociale a-t-elle énoncé le principe selon lequel tout salarié employé par une entreprise dont l'effectif est au moins égal à 50 salariés doit relever d'un CHSCT, quand bien même relèverait-il d'un établissement n'atteignant pas cet effectif. Mais alors, que reste-t-il du principe selon lequel l'établissement est le périmètre d'implantation du CHSCT ? *Quid* de la notion de « communauté des travailleurs » ?

Par ailleurs, on sait qu'en vertu de l'article L. 4613-4 du code du travail, un accord entre le comité d'entreprise et l'employeur peut prévoir, dans les établissements d'au moins 500 salariés, la mise en place de plusieurs CHSCT, sur la base de deux critères : la zone géographique et le secteur d'activité. Dans un arrêt de principe du 25 novembre 2015 (pourvoi n° 14-29.850, en cours de publication), la chambre sociale a décidé que tout salarié se trouvant dans la zone géographique couverte par l'établissement peut être désigné membre du CHSCT correspondant au sein de cet établissement à un secteur d'activité, peu important qu'il n'y travaille pas, dès lors qu'il relève du secteur géographique d'implantation de ce CHSCT. N'est-ce pas ainsi remettre en cause le principe selon lequel l'établissement constitue le cadre d'implantation de ce CHSCT ?

Se trouve ainsi posée la question de savoir si l'établissement doit toujours constituer le périmètre d'implantation du CHSCT. La loi Rebsamen du 17 août 2015 semble s'être engagée dans cette voie, avec la nouvelle rédaction de l'article L. 4611-1, alinéa 1, du code du travail, qui énonce que tous les salariés des entreprises d'au moins 50 salariés sont rattachés à un CHSCT, y compris, par conséquent, lorsque l'entreprise ne comporte aucun établissement. Reste à savoir l'application que fera la jurisprudence de ce texte lorsque, dans une entreprise ayant au moins 50 salariés, certains d'entre eux ne sont pas rattachés à un établissement. L'employeur devra-t-il constituer un établissement alors même que ne seraient pas réunis les critères relatifs à la mise en place d'un comité d'établissement (implantation géographique distincte, autonomie de gestion suffisante pour l'exécution du service et pour la gestion du personnel) ? Ou l'entreprise ne deviendra-t-elle pas alors le périmètre d'implantation naturel du CHSCT, comme lorsqu'elle ne comporte aucun établissement ?

B. - Du fait de ces ambiguïtés, le CHSCT n'est pas à même d'accomplir pleinement toutes ses missions

Certes, les membres de la représentation du personnel au CHSCT bénéficient d'heures de délégation pour remplir leurs fonctions. Les membres du CHSCT bénéficient à cet égard, selon l'article L. 4614-3, du temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions, lequel va de deux heures par mois dans les établissements employant jusqu'à 99 salariés à vingt heures par mois dans les établissements employant au moins 1 500 salariés. Et ce temps, qui peut être dépassé en cas de circonstances exceptionnelles, notamment en cas d'enquêtes menées après un accident du travail grave ou pour la recherche de mesures préventives dans toute situation d'urgence et de gravité, peut être augmenté par voie d'accords collectifs ou d'usage.

Par ailleurs, tout membre de la délégation du personnel bénéficie d'un droit à la formation dont la charge financière incombe, selon l'article L. 4614-16, à l'employeur, tant en ce qui concerne le temps consacré à la formation, pris sur le temps de travail et rémunéré comme tel (article R. 4614-35), que les frais de déplacement occasionnés par la formation (article R. 4614-33) et le coût de la formation, pour un montant qui ne peut dépasser par jour et par stagiaire trente-six fois le SMIC horaire (article L. 6331-1).

Pour autant, l'activité du CHSCT exige non seulement une participation active de ses membres, qui doivent disposer des informations nécessaires et bénéficier d'une formation suffisantes pour appréhender les problèmes liés à ses domaines d'attribution, mais encore une capacité de mener les investigations nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

Or, le CHSCT peut difficilement agir efficacement seul. Il n'a pas par lui-même les moyens lui permettant de procéder efficacement à des investigations (enquêtes, inspections, etc.) et de répondre ainsi aux demandes de consultation qui lui sont adressées.

Le CHSCT dépend à cet égard de l'employeur, qui peut lui fournir une expertise technique, sans y être contraint, nous l'avons dit, par l'article L. 4614-9, qui se borne à indiquer qu'il lui fournit les moyens nécessaires à la préparation et à l'organisation des réunions et aux déplacements imposés par les enquêtes ou inspections.

Sa situation est à cet égard très différente du comité d'entreprise et du comité d'établissement, qui bénéficient tous deux d'une subvention de fonctionnement versée par l'employeur, de 0,2 % de la masse salariale brute, qui leur permet de rémunérer les experts auxquels il fait appel pour la préparation de ses travaux. Pour autant, là où leurs attributions se recoupent avec celles du CHSCT en matière de conditions de travail, celui-ci peut bénéficier de l'avis des experts qu'ils ont désignés.

La faculté pour le CHSCT de recourir à l'expertise lui est reconnue par l'article L. 4614-12 lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle, est constaté dans l'établissement, ainsi qu'en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail. Mais elle est entravée par son absence de budget propre.

On sait à cet égard que l'employeur a la possibilité de contester la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût, l'étendue et le délai de l'expertise, en portant sa contestation devant le président du tribunal de grande instance, qui statue en urgence (articles L. 4614-12, alinéa 2, et R. 4614-19). Et comme son recours n'est pas suspensif, l'expertise est souvent réalisée avant que le juge judiciaire n'annule la décision du CHSCT et la question de la prise en charge des frais d'expertise se trouve posée. Normalement, ceux-ci devraient incomber au CHSCT, partie ayant succombé à l'instance. Mais ce serait aller à l'encontre de la lettre de l'article L. 4614-13, alinéa 1, qui indique que les frais d'expertise sont à la charge de l'employeur. De plus, comment l'expert pourrait-il être payé, dès lors que le CHSCT n'a pas de budget propre ? La condamnation risque d'être virtuelle et les experts d'être découragés d'apporter leur concours aux CHSCT.

La chambre sociale a jugé que ces frais sont à la charge de l'employeur, dès lors qu'aucun abus du CHSCT n'est établi (Soc., 12 janvier 1999, pourvoi n° 97-12.794, *Bull.* 1999, V, n° 19, et 6 avril 2005, pourvoi n° 02-19.414, *Bull.* 2005, V, n° 129).

Mais le contexte a récemment évolué.

Dans un arrêt du 15 mai 2013 (pourvoi n° 11-24.218, *Bull.* 2013, V, n° 125), la chambre sociale a censuré une cour d'appel qui avait débouté un expert de sa demande de paiement de ses frais d'expertise en énonçant que l'expert, tenu de respecter un délai, qui court de sa désignation, pour exécuter la mesure d'expertise, ne manque pas à ses obligations en accomplissant sa mission avant que la cour d'appel se soit prononcée sur le recours formé contre une décision rejetant une demande d'annulation du recours à un expert, et alors, d'autre part, que l'expert ne dispose d'aucune possibilité effective de recouvrement de ses honoraires contre le CHSCT, faute de budget pouvant permettre cette prise en charge.

La cour de renvoi ne s'étant pas inclinée, un nouveau pourvoi a été formé. Avant l'examen de ce pourvoi, la chambre sociale a été saisie par l'employeur d'une question prioritaire de constitutionnalité que, par décision du 16 septembre 2015 (QPC n° 15-40.027), elle a renvoyée au Conseil constitutionnel, au motif que l'absence de budget propre du CHSCT, qui a pour conséquence que les frais de l'expertise sont à la charge de l'employeur, y compris lorsque ce dernier obtient l'annulation de la délibération ayant décidé de recourir à l'expertise après accomplissement par l'expert désigné de sa mission, est susceptible de priver d'effet utile le recours de l'employeur. Le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 2015-500 du 27 novembre 2015, a déclaré contrairement à la Constitution l'article L. 4614-13, alinéa 1, précité, ainsi que la première phrase de l'alinéa 2 de ce même article au motif que la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours de l'employeur et de l'absence de délai d'examen de ce recours conduit à ce que l'employeur soit privé de toute protection de son droit de propriété en dépit de l'exercice d'une voie de recours. Et, afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité, il a décidé de reporter au 1^{er} janvier 2017 la date de cette abrogation, sans prévoir de disposition transitoire.

Il restait à la chambre sociale à tirer les conséquences de cette décision en statuant sur le pourvoi formé par l'expert à l'encontre de l'arrêt de la cour de renvoi. Devait-elle, compte tenu de cette décision, statuer sur le fondement de dispositions législatives contrairement à la Constitution mais dont l'abrogation ne prendra effet que le 1^{er} janvier 2017, ou devait-elle tirer dès maintenant les conséquences de l'inconstitutionnalité de l'article L. 4614-13, alinéa 1, précité, ainsi que de la première phrase de l'alinéa 2 de ce même article ? Dans un arrêt du 15 mars 2016 (pourvoi n° 14-16.242, en cours de publication), elle a tranché en faisant application, au visa de l'article 62 de la Constitution, selon lequel les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, de la décision du Conseil du 27 novembre 2015 reportant au 1^{er} janvier 2017 la déclaration d'inconstitutionnalité du premier alinéa et de la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 4614-13, ce qui a pour effet de valider jusqu'à cette date sa jurisprudence sur la prise en charge par l'employeur des frais d'expertise.

Conclusion

Pour reprendre l'expression du rapport du professeur Verkindt, le CHSCT est une institution qui est restée au milieu du gué.

Institution représentative du personnel à part entière, le CHSCT demeure cependant dans l'orbite du comité d'entreprise, dont elle ne peut se défaire complètement, tant en ce qui concerne les membres de sa délégation du personnel (élection, licenciement) que son fonctionnement (absence de budget propre). De plus, l'établissement n'est pas nécessairement le lieu d'implantation le plus adapté pour les CHSCT. Le recours massif à la sous-traitance avec l'externalisation dans des entreprises de petite taille dépourvues de CHSCT pose un réel problème à cet égard. Il en va de même pour les entreprises dont l'effectif est de moins de 50 salariés et qui, pour cette raison, sont dépourvues de CHSCT. S'il est vrai qu'aux termes de l'article L. 4611-2, les délégués du personnel ont en ce cas les mêmes missions et moyens que les membres du CHSCT, les entreprises de moins de 11 salariés ne font l'objet d'aucune couverture interne.

Or, le CHSCT répond à une attente du monde du travail, particulièrement sensibilisé aux risques psycho-sociaux en matière de harcèlement et, plus généralement, de souffrance au travail, ainsi qu'à des problématiques telles que la pénibilité et l'amiante. Il constitue pour les salariés une institution de proximité, plus abordable pour traiter ces questions que le comité d'entreprise ou même le comité d'établissement, trop absorbé par ses attributions en matière économique, alors que la santé, la sécurité et les conditions de travail requièrent une spécialisation des compétences.

Deux voies sont possibles pour permettre au CHSCT de remplir au mieux ses missions :

1°) donner au CHSCT un budget propre, avec, comme pour le comité d'entreprise, une contribution de l'employeur. Le CHSCT aurait ainsi les moyens d'acquérir une véritable compétence technique et d'être en mesure par lui-même d'appréhender toutes les questions liées à la santé et à la sécurité des salariés. Cela implique de délimiter avec précision les domaines de compétence respectifs du CHSCT et du comité d'entreprise, de façon à éviter les conflits de compétence. Il resterait cependant à résoudre la question du seuil d'effectif, qui pourrait être abaissé par voie d'accord collectif, comme pour le comité d'entreprise ;

2°) fusionner le CHSCT et le comité d'entreprise : une seule institution représentative du personnel, ce qui conduirait à une mutualisation des moyens ; mais on perdrait alors l'avantage d'une institution représentative de proximité avec des compétences spécialisées acquises par l'expérience, les membres du comité d'entreprise étant trop généralistes.

Cette seconde voie, préconisée par le MEDEF en janvier 2015 lors des négociations sur la réforme du dialogue social et des seuils sociaux dans les entreprises, qui proposait de fusionner toutes les instances de représentation du personnel en un seul « conseil d'entreprise », n'a pas prospéré. Il y a en effet un quasi-consensus dans le monde du travail, souligné par le professeur Verkindt dans son rapport (p. 30), sur l'importance d'une institution dédiée à la protection de la santé des travailleurs.

Le CHSCT demeure, en effet, une caisse de résonance utile pour les salariés très sensibilisés aux questions de santé au travail (souffrance au travail, harcèlement moral, pénibilité). Cette institution représentative du personnel demeure un gage de paix sociale dans l'entreprise. C'est pourquoi la loi Rebsamen d'août 2015 l'a maintenue.

Souhaitons que la première voie, qui seule permettrait au CHSCT de sortir de l'ambiguïté, puisse être mise en œuvre.

Le rôle du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans la prévention des problèmes de santé vu à travers le prisme de la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation

*Florence Canut, professeur à l'université Lyon II,
école de droit social de Montpellier*

Longtemps regardé comme une institution représentative secondaire, notamment par rapport au comité d'entreprise, le CHSCT occupe depuis quelques années une place centrale dans la protection de la santé et de la sécurité au travail. Cette montée en puissance prend appui sur une jurisprudence soucieuse de rendre effectives l'obligation de prévention et l'obligation de sécurité de résultat¹. Ce souci s'est notamment traduit par la volonté de faciliter la mise en place des CHSCT, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés. L'article L. 4611-1 du code du travail donnait l'établissement comme périmètre d'implantation du CHSCT et de calcul de l'effectif. La loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi² a modifié cette disposition de manière à ce que tous les salariés d'une entreprise d'au moins cinquante salariés soient désormais rattachés à un CHSCT. Ainsi, les entreprises comptant au moins cinquante salariés doivent-elles mettre en place un CHSCT dans chacun de leurs établissements atteignant cet effectif. Lorsqu'une entreprise d'au moins cinquante salariés est constituée uniquement d'établissements n'atteignant pas cet effectif, un CHSCT doit être mis en place dans au moins l'un d'entre eux et couvrir l'ensemble du personnel de l'entreprise. Le législateur a, de la sorte, consacré un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 19 février 2014³. Le troisième plan santé au travail (2016-2020) « marque un infléchissement majeur en faveur d'une politique de prévention qui anticipe les risques professionnels et garantit la bonne santé des salariés plutôt que de s'en tenir à une vision exclusivement réparatrice⁴ ». Le CHSCT, de par sa compétence générale en matière de santé au travail, a naturellement un rôle majeur à jouer. La loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé⁵ reconnaît d'ailleurs expressément que la prévention fait partie des missions du CHSCT. En vertu de la nouvelle rédaction de l'article L. 4612-1, 1°, le CHSCT a pour mission de « contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ». Le thème de cette matinée étant la santé et la sécurité des salariés, ne seront abordés, sans prétendre à l'exhaustivité, que les arrêts récents ayant traité de questions directement en rapport avec le rôle du CHSCT en la matière. Les autres contentieux, relatifs notamment à sa compétence spécifique en matière de conditions de travail, ne seront pas examinés. Pour la même raison, et malgré leur importance, ne seront pas davantage abordés les arrêts portant sur la désignation des membres du CHSCT, sur l'électorat ou l'éligibilité ou, encore, sur le déroulement des réunions. Signalons tout de même que, par un arrêt de revirement du 8 octobre 2014, la chambre sociale de la Cour de cassation a autorisé l'employeur à réunir le collège désignatif avant l'expiration des mandats en cours⁶. La haute Cour a ainsi pris ses distances avec une interprétation littérale de l'article R. 4613-6 du code du travail, d'après lequel « le collège chargé de désigner les membres de la représentation du personnel se réunit dans un délai de quinze jours à compter des dates d'expiration des mandats ». Cette solution est heureuse car elle évite une carence du CHSCT dans l'attente de la proclamation des résultats. Quel est l'apport de la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur le rôle du CHSCT en matière de prévention des problèmes de santé et de sécurité ? Pour tenter de répondre à cette question, la présentation de la jurisprudence de ces deux dernières années sera centrée, d'une part, sur le thème de la consultation du CHSCT sur une décision d'aménagement important (I) et, d'autre part, sur celui de l'expert du CHSCT (II).

I. - La consultation du CHSCT sur une décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité

Il ne s'agit pas, loin s'en faut, du seul cas de consultation obligatoire du CHSCT. Mais il s'agit de celui qui a sans doute cristallisé le plus l'attention du juge, tant le concept d'aménagement important est malléable. Il faut signaler, dans le domaine proche des réunions extraordinaires du comité, une jurisprudence soucieuse, à juste titre, de ne pas restreindre la faculté pour les membres du CHSCT de solliciter la tenue de telles réunions. La Cour de cassation refuse à l'employeur, comme aux juges du fond, la possibilité de vérifier le bien-fondé des demandes extraordinaires de réunion du comité. Dès lors que la demande est motivée et est présentée par deux de ses

¹ Voir le rapport de P.-Y. Verkindt, *Les CHSCT au milieu du gué*, rapport remis au ministre du travail le 28 février 2014, spé. p. 27.

² Loi n° 2015-994.

³ Soc., 19 février 2014, pourvoi n° 13-12.207, *Bull.* 2014, V, n° 63. Arrêt confirmé par Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 14-60.165, *Bull.* 2014, V, n° 309.

⁴ Communiqué de presse de Myriam El Khomri du 9 décembre 2015.

⁵ Loi n° 2016-41, article 37.

⁶ Soc., 8 octobre 2014, pourvoi n° 13-60.262, *Bull.* 2014, V, n° 235, arrêt estampillé PBR.

membres représentants du personnel⁷, l'employeur est tenu d'organiser la réunion, sans qu'il n'y ait besoin de rapporter la preuve que le projet en cause était un projet important modifiant les conditions de santé, de sécurité, ou les conditions de travail⁸. Un arrêt du 25 novembre 2015⁹ a également rappelé qu'en cas de défaillance de l'employeur dans la convocation des membres du CHSCT en vue de la réunion extraordinaire demandée dans les conditions de l'article L. 4614-10 du code du travail, l'auteur de cette demande est recevable à agir en justice pour que soit ordonnée une réunion¹⁰. Nul besoin pour cela d'un mandatement de la part du CHSCT¹¹.

La montée en puissance de l'obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur a entraîné, corrélativement, l'accroissement de la compétence consultative du CHSCT (A). Les sanctions du défaut de consultation doivent être à la hauteur des enjeux (B).

A. - Les cas de consultation

Ils reposent ici sur l'article L. 4612-8-1 du code du travail : le CHSCT « est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail¹² ». Dans le souci de centrer le propos autour de la jurisprudence récente, on ne fera pas un tour d'horizon complet des cas dans lesquels le CHSCT doit être consulté au titre de l'article L. 4612-8-1, même lorsque la mesure est susceptible d'avoir des répercussions sur la santé ou la sécurité. Par exemple, on ne reviendra pas sur la consultation du CHSCT avant la mise en place d'un projet d'évaluation des salariés, dans la mesure où il ne semble pas qu'il y ait des arrêts récents de la Cour de cassation sur cette question. Il suffit de souligner que la mise en place d'un procédé d'évaluation nécessitera souvent - même si ce n'est sans doute pas systématique - la consultation de l'instance, ces procédés pouvant exercer une pression psychologique pathogène sur les salariés¹³.

La difficulté, pour l'employeur, est d'apprécier si la mesure envisagée emporte obligation de consulter le CHSCT. L'article L. 4612-8-1 doit être combiné avec l'article L. 4614-12, qui autorise le comité à faire appel à un expert en cas, notamment, de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévu à l'article L. 4612-8-1. En pratique, c'est souvent l'expertise qui permettra de mesurer l'impact effectif de la mesure projetée et qui, donc, déterminera si la consultation du CHSCT était obligatoire. La chronologie est alors inversée : l'employeur, sans être certain que la consultation est obligatoire, sera prudent d'y procéder, tandis que l'expertise, qui sera quasi systématiquement sollicitée, dira *a posteriori* si le projet constituait bien un aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité¹⁴. La Cour de cassation a posé quelques règles unificatrices. Ses décisions portent davantage sur la notion de projet important, condition de recours à l'expertise, que sur celle d'aménagement important, qui impose la consultation. Cela s'explique parce que les litiges se cristallisent autour du recours à l'expertise. Mais les enseignements tirés sur ce point sont transposables à la détermination des cas de consultation obligatoire, les concepts de projet important et d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité étant largement interchangeable. Pour le dire autrement, si le recours à l'expertise est justifié, c'est que la consultation était obligatoire. De façon générale, on peut souligner que l'importance de l'aménagement ne s'apprécie pas dans son objet mais dans ses effets potentiels sur la santé et la sécurité des salariés.

Le rayonnement de l'obligation de sécurité de résultat a irradié l'hypothèse de la réorganisation ou de la restructuration de l'entreprise. C'est notamment à ces occasions que se retrouve la dimension collective de l'obligation de prévention, en particulier à propos des risques psychosociaux¹⁵. Sous l'influence de la jurisprudence sociale, est révolu le temps où l'employeur qui projetait une réorganisation de l'entreprise se contentait de consulter le comité d'entreprise et simplement d'informer le CHSCT, si le projet avait des répercussions en matière de santé au travail¹⁶. Certes, le CHSCT n'a pas à être consulté sur tout projet de réorganisation ou de restructuration. Toutefois, cette consultation sera nécessaire si le projet est susceptible de compromettre la santé et la sécurité des salariés, ce qui sera fréquemment le cas en pratique. Il résulte de l'arrêt SNECMA¹⁷, et autres arrêts FNAC¹⁸ ou Areva NC¹⁹, qu'en amont d'une réorganisation, l'employeur doit identifier les risques susceptibles d'en découler et définir les moyens de prévention suffisants auprès des salariés concernés. Le CHSCT, tout comme le comité d'entreprise, doit être associé étroitement à la démarche.

Le projet de réorganisation ou de restructuration peut conduire à des licenciements pour motif économique. L'intervention du CHSCT s'est peu à peu imposée en raison des répercussions qu'un projet de licenciement collectif pouvait avoir sur la santé psychique des salariés ainsi que sur leurs conditions de travail. La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi²⁰ officialise la participation de cette instance à la procédure²¹. Cette intervention s'inscrit-elle toujours dans le cadre de l'article L. 4612-8-1, relatif à la consultation sur une décision d'aménagement important, ou s'agit-il d'une nouvelle consultation obligatoire ? La question est

⁷ Article L. 4614-10 du code du travail.

⁸ Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-13.599, *Bull.* 2013, V, n° 175.

⁹ Soc., 25 nov. 2015, pourvoi n° 14-16.067, en cours de publication.

¹⁰ Ou, comme en l'espèce, une nouvelle réunion. En revanche, comme l'a précisé aussi cet arrêt, le manquement de l'employeur à l'obligation de convoquer individuellement les membres du CHSCT en vue de la réunion extraordinaire organisée à la demande motivée de deux de ses membres n'engendre pas, en soi, pour les auteurs de cette demande, un préjudice personnel et direct. Ils ne peuvent donc pas prétendre au versement de dommages-intérêts.

¹¹ Déjà en ce sens, Soc., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.651, *Bull.* 2013, V, n° 12.

¹² Il s'agissait de l'article L. 4612-8, avant la loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

¹³ Soc., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-21.964, *Bull.* 2007, V, n° 201.

¹⁴ Voir G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier, P.-Y. Verkindt, *Le guide du CHSCT*, Guides Dalloz, 2015, n° 232-11.

¹⁵ Cette prise en compte des risques psychosociaux est souvent discutée, elle aussi, dans le cadre du recours à l'expertise.

¹⁶ Ou, le plus souvent, sur les conditions de travail.

¹⁷ Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46.

¹⁸ Soc., 5 mars 2015, pourvoi n° 13-26.321.

¹⁹ Soc., 22 octobre 2015, pourvoi n° 14-20.173, en cours de publication.

²⁰ Loi n° 2013-504.

²¹ À l'article L. 4614-12-1 du code du travail.

discutée²². On peut admettre qu'il s'agit d'un nouveau cas de consultation, au moins parce que le nouveau cas d'expertise qui lui est associé n'aurait, dans l'hypothèse inverse, qu'un intérêt limité²³. Quoi qu'il en soit, et même si la Cour de cassation devait considérer le contraire, en pratique, on voit mal qu'une restructuration ou une compression d'effectifs puisse n'avoir aucun impact sur les conditions de travail de ceux qui restent. La santé psychique et la sécurité des salariés peuvent aussi être impactées, à la fois pour les salariés sous la menace d'un licenciement, menace génératrice d'une situation délétère, et pour ceux qui demeureront dans l'entreprise, du fait d'un accroissement de la charge de travail, par exemple. Bref, la consultation du CHSCT s'impose, un projet de restructuration et de compression des effectifs caractérisant une décision d'aménagement important. L'article L. 4614-12-1 prévoit que l'avis du CHSCT, et, le cas échéant, de l'instance de coordination, doit être rendu avant la fin du délai de consultation du comité d'entreprise. Dans l'hypothèse où l'entreprise doit élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), le Conseil d'État, dans un arrêt du 21 octobre 2015²⁴, a décidé que l'autorité administrative, saisie d'une demande de validation d'un accord collectif fixant le contenu d'un PSE pour une opération qui, parce qu'elle modifie de manière importante les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des salariés, requiert la consultation du ou des CHSCT concernés, ne peut légalement l'accorder que si cette consultation a été régulière. Pourtant, la haute juridiction administrative a estimé que le CHSCT n'était pas fondé à contester la décision d'homologation du PSE unilatéral ou de validation du PSE négocié. Cette solution est-elle logique alors que le CHSCT peut intervenir au cours de la phase d'élaboration du PSE ? On peut en douter²⁵. Lorsque l'entreprise n'a pas à élaborer un PSE, le CHSCT doit sans doute aussi être consulté en cas de projet de licenciement collectif pour motif économique ou, plus exactement, en cas de projet de restructuration et de compression des effectifs, au moins, là encore, si ce projet caractérise une décision d'aménagement important²⁶. Le juge judiciaire reste alors compétent pour veiller au respect de cette consultation.

Toujours pour s'en tenir aux questions d'actualité, législative cette fois, on peut s'interroger sur la question de savoir si le CHSCT doit être consulté préalablement à la dénonciation d'accords collectifs, d'usages ou engagements unilatéraux ayant trait aux conditions de santé et sécurité ou aux conditions de travail. Certaines juridictions du fond l'avaient admis²⁷, par une sorte de mimétisme avec la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation qui exige que le comité d'entreprise soit consulté sur la dénonciation par l'employeur d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise²⁸. Or, en vertu de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, depuis le 1^{er} janvier 2016, l'employeur n'a plus à recueillir l'avis du comité d'entreprise sur les projets d'accord collectif, leur révision ou leur dénonciation²⁹. Les juges considéreront-ils, alors que la loi est muette à ce propos, que le CHSCT n'aura pas à être consulté en pareille hypothèse, même si les conditions de travail, la santé ou la sécurité des salariés sont impactées ? Rien n'est moins sûr, tant le respect de l'obligation de sécurité de résultat pourrait justifier la solution inverse.

Si la Cour de cassation veille au respect de la compétence consultative du CHSCT fondée sur l'article L. 4612-8-1, les sanctions se doivent d'être à la hauteur des enjeux.

B. - Les sanctions du défaut de consultation

Elles peuvent prendre plusieurs formes. Nous laisserons de côté la sanction pénale liée au délit d'entrave pour nous concentrer sur les sanctions civiles. L'une des plus efficaces consiste en la suspension de la mesure envisagée. Le défaut de consultation constitue un trouble manifestement illicite autorisant le CHSCT à solliciter en référé la suspension de la mesure envisagée tant que l'employeur n'a pas procédé à la consultation. Et la Cour de cassation assimile au défaut de consultation l'insuffisance de l'information transmise au comité³⁰. Cette orientation mérite l'approbation puisque l'insuffisance d'information empêche le comité de rendre un avis utile ; il n'y a alors pas de différence pratique entre le défaut de consultation et une consultation purement formelle. Un arrêt du 25 septembre 2013³¹ illustre la vigilance dont fait preuve la Cour de cassation en la matière. Lors d'une réunion de son CHSCT, un CHU a présenté un projet de réorganisation d'un service de réanimation. Invoquant l'existence d'un trouble manifestement illicite, le CHSCT a assigné le CHU en référé, pour obtenir la suspension de la mise en œuvre du projet, dans l'attente des résultats de l'expertise. Pour le débouter de sa demande, la cour d'appel retient que l'absence de présentation des inconvénients prévisibles, comme la fatigue du personnel, ne permet pas de conclure que le CHU a méconnu l'obligation de consulter le CHSCT. L'arrêt est cassé : la cour d'appel qui reconnaît que les informations données au CHSCT sont sommaires et ne comportent pas d'indications relatives aux conséquences de la réorganisation du service sur les conditions de travail des salariés³² ne peut pas considérer que l'employeur a respecté son obligation de consultation. Par conséquent, le comité ne pouvait pas donner un avis utile, ce qui caractérise l'existence d'un trouble manifestement illicite.

²² En faveur de la première branche de l'alternative, G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier, P.-Y. Verkindt, *Le guide du CHSCT*, Guides Dalloz, 2015, n° 232-42. En faveur de la seconde, P.-Y. Verkindt, *Les CHSCT au milieu du gué*, rapport remis le 28 février 2014 au ministère du travail, p. 112.

²³ Spécificité qui ne s'exprimerait qu'en matière de contestation de l'expertise lorsque l'employeur doit élaborer un PSE : en cas de désaccord relatif à l'expertise, l'employeur ou les membres du CHSCT peuvent saisir, avant transmission de la demande d'homologation ou de validation, la DIRECCTE, qui se prononce dans un délai de cinq jours (article L. 4614-13 du code du travail).

²⁴ CE, 21 octobre 2015, n° 386123.

²⁵ Pour une analyse critique de cet arrêt, voir G. Loiseau, « Le CHSCT : honni soit qui bien y pense », *Semaine sociale Lamy*, n° 1698, p. 11.

²⁶ On ne voit pas pourquoi il en serait autrement au prétexte que l'entreprise n'atteint pas le seuil de cinquante salariés ou licencie moins de dix salariés.

²⁷ TGI Créteil, 30 août 2005, n° 05/1206, et TGI Nanterre, 12 novembre 2004, n° 04/03395.

²⁸ Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-40.273, *Bull.* 2008, V, n° 49.

²⁹ Article L. 2323-2 modifié du code du travail.

³⁰ Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-21.747, *Bull.* 2013, V, n° 211.

³¹ Soc., 25 septembre 2013, pourvoi n° 12-21.747, *Bull.* 2013, V, n° 211.

³² Mais aussi, sans doute, sur leur santé et leur sécurité, les risques d'accroissement de la fatigue du personnel étant clairement invoqués.

Seul le rapport d'expertise aurait permis de suppléer aux insuffisances des informations communiquées au CHSCT. En attendant, l'employeur ne pouvait pas poursuivre la réorganisation projetée. Sans développer ce point, qui concerne davantage l'obligation de sécurité de résultat, il faut souligner que le CHSCT peut, sans invoquer un quelconque manquement à ses prérogatives consultatives, invoquer directement un manquement de l'employeur à ses obligations de prévention des risques psychosociaux, en particulier lors d'un projet de réorganisation. L'action est une action pour la défense d'un intérêt collectif, fondée sur l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur. Le CHSCT peut, dans ce cadre, demander la suspension, voire l'annulation, de la mesure envisagée ou appliquée. Si, dans les arrêts SNECMA³³ et Areva NC³⁴, les demandeurs à l'action étaient des syndicats, dans l'arrêt FNAC³⁵, le CHSCT avait saisi le TGI au côté des organisations syndicales.

Le CHSCT peut-il obtenir des dommages-intérêt en réparation du préjudice que lui a causé l'employeur en portant atteinte à ses prérogatives ? La Cour de cassation l'a admis dans un arrêt du 3 mars 2015³⁶. En l'espèce, un CHSCT se plaignait de ce que l'employeur ne l'avait pas consulté sur un projet d'introduction d'une nouvelle technologie. L'employeur prétendait que la reconnaissance par le juge de la personnalité morale d'un groupement a pour seul effet de lui permettre d'agir en justice, mais non de lui conférer un patrimoine non prévu par la loi. C'était confondre patrimoine et budget de fonctionnement. Bien que non doté d'un budget propre, le CHSCT, en tant que personne morale³⁷, a un patrimoine. Erronée, cette argumentation a été à juste titre balayée par la Cour de cassation : le CHSCT, qui a pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'entreprise ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail, et qui est doté dans ce but de la personnalité morale, est en droit de poursuivre contre l'employeur la réparation d'un dommage que lui cause l'atteinte portée par ce dernier à ses prérogatives.

Les cas de consultation obligatoire du CHSCT en cas d'aménagement important et les cas dans lesquels il peut faire appel à un expert en cas de projet important sont largement fongibles. La jurisprudence de la Cour de cassation a été particulièrement riche ces deux dernières années, s'agissant de l'expert du CHSCT. Il est temps de s'y pencher.

II. - Le recours à l'expertise

Ce recours contribue sans conteste à rendre effectif le rôle du CHSCT dans la prévention des problèmes de santé et de sécurité des salariés. La jurisprudence récente relative aux cas de recours à l'expertise sera, d'abord, examinée (A). Il faudra, ensuite, se pencher sur l'un des épisodes jurisprudentiels les plus marquants de l'année 2015 en la matière, relatif à la prise en charge des frais d'expertise (B).

A. - Les cas de recours à l'expertise

Jusqu'à la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, le code du travail prévoyait, à l'article L. 4614-12, deux cas principaux dans lesquels le CHSCT peut faire appel à un expert agréé, rémunéré par l'employeur, d'une part, lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement³⁸ et, d'autre part, en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail prévu à l'article L. 4612-8-1³⁹. La loi de 2013 a ajouté un nouveau cas de recours à l'expertise, en cas de restructuration ou de compression d'effectif. À noter qu'un dispositif et un expert particuliers sont prévus en cas de risque industriel et technologique.

Une remarque s'impose, au préalable : la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé que l'employeur ne pouvait pas participer au vote décidant du recours à l'expertise. La haute juridiction estime que la consultation sur un projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité constitue une délibération sur laquelle les membres élus du CHSCT doivent seuls se prononcer en tant que délégation du personnel, à l'exclusion du chef d'entreprise, président du comité⁴⁰. Le refus de l'employeur de communiquer les documents sollicités par l'expert constitue donc un trouble manifestement illicite⁴¹. En transposant au CHSCT la règle relative au comité d'entreprise, la Cour de cassation adopte heureusement une interprétation large de la loi, qui permet au CHSCT de faire valoir ses prérogatives lorsque ses intérêts l'opposent à ceux de l'employeur, à la fois juge et partie. La position de l'administration était dans le même sens et a été consacrée par la loi du 17 août 2015 précitée⁴².

Lorsque le CHSCT doit être consulté sur une décision d'aménagement important, il peut faire appel à un expert sur le fondement du projet important⁴³. Nous ne reviendrons pas sur cette hypothèse, la consultation sur une décision d'aménagement important ayant été examinée ci-dessus. Le propos sera désormais centré sur les autres cas de recours à l'expertise, à commencer par l'expertise « risque grave ». La Cour de cassation veille à ce que le recours à l'expert soit justifié. À cet effet, elle a précisé que le risque grave s'entendait d'un risque identifié et actuel⁴⁴. Est-ce que le fait que les salariés ne soient plus exposés à un risque lui fait perdre le caractère actuel, indispensable pour que le CHSCT puisse recourir à une expertise ? Dans un arrêt du 7 mai 2014⁴⁵, la

³³ Soc., 5 mars 2008, pourvoi n° 06-45.888, *Bull.* 2008, V, n° 46.

³⁴ Soc. 22 octobre 2015, pourvoi n° 14-20.173, en cours de publication.

³⁵ Soc., 5 mars 2015, pourvoi n° 13-26.321.

³⁶ Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-26.258, *Bull.* 2015, V, n° 39.

³⁷ Confirmant son adhésion à la thèse de la réalité des personnes morales (consacrée par un arrêt du 28 janvier 1954 à propos des comités d'établissement, *Cass. civ.*, 28 janvier 1954), la Cour de cassation a reconnu la personnalité juridique du CHSCT dans un arrêt du 17 avril 1991 (Soc., 17 avril 1991, pourvoi n° 89-17.993, *Bull.* 1991, V, n° 206).

³⁸ Article L. 4614-12, 1°, du code du travail.

³⁹ Article L. 4614-12, 2°, du code du travail.

⁴⁰ La solution est transposable aux autres hypothèses de recours à l'expert.

⁴¹ Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 12-14.788, *Bull.* 2013, V, n° 171.

⁴² Article L. 4614-2, alinéa 3.

⁴³ Encore une fois, la décision d'aménagement important de l'article L. 4612-8-1 est le projet important de l'article L. 4614-12.

⁴⁴ Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-15.206.

⁴⁵ Soc., 7 mai 2014, pourvoi n° 13-13.561.

chambre sociale de la Cour de cassation a répondu par la négative. L'espèce concernait un site qui avait abrité un an et demi auparavant une société classée Seveso II. Pour la Cour de cassation, la cour d'appel a caractérisé l'existence d'un risque grave et actuel justifiant une mission d'expertise en vue de rechercher si les salariés avaient pu être exposés à un danger et, dans l'affirmative, quelles mesures ils devaient prendre pour l'avenir. Le simple fait que les salariés ne soient plus exposés à un risque n'empêche donc pas de considérer que ce risque présente un caractère actuel : rien ne garantit que les salariés ne développeront pas une maladie... Il suffit que le risque, et non l'exposition au danger, soit actuel.

Quelle est la nature du contrôle que la Cour de cassation exerce sur la qualification de risque grave justifiant le recours à l'expertise ? Elle a longtemps laissé aux seuls juges du fond cette qualification⁴⁶. Dans un arrêt de référence du 10 février 2010⁴⁷, en énonçant que « *le nombre de salariés concernés ne détermine pas, à lui seul, l'importance* » du projet, la Cour de cassation a entrepris de contrôler la qualification juridique des faits justifiant le recours à l'expertise. L'utilisation, très fréquente dans ses arrêts en la matière, de la formule selon laquelle les juges du fond « *ont pu en déduire* » fait songer à un contrôle léger, qui se justifie dans la mesure où la détermination du risque grave est une question de fait. Cela n'empêche pas la haute Cour de casser des décisions de juges du fond pour défaut de base légale, lorsque la vérification nécessaire n'a pas été effectuée. Le contrôle ne porte pas sur les éléments de fait relevés souverainement par les juges du fond, mais seulement sur leur qualification juridique. Toutefois, certains arrêts ont pu laisser planer le doute quant à l'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation. Deux arrêts du 25 novembre 2015⁴⁸ peuvent être cités pour illustrer le propos. Dans ces deux affaires, qui concernaient la SNCF, les cours d'appel avaient relevé que, même dans des conditions de conduite extrême, les expertises effectuées depuis de nombreuses années sur des locomotives révélaient toutes soit l'absence de fibres d'amiante dans la cabine du conducteur, soit un volume très inférieur aux normes autorisées. Pour conclure à l'absence de risque grave, elles avaient aussi retenu que le risque d'amiante ne pouvait se révéler que dans deux situations accidentelles. Leurs décisions sont cassées, pour violation de la loi, le risque grave étant, d'après la haute Cour, caractérisé. Comme l'a relevé un commentateur autorisé, il est assez difficile de concilier ces décisions avec un contrôle en principe léger exercé par la Cour de cassation sur la notion de risque grave⁴⁹. Sans compter que l'on peut se demander à quoi aurait servi en l'espèce une expertise « *destinée à évaluer un risque dont les juges du fond ont constaté qu'il avait fait l'objet d'études antérieures, était connu, limité dans sa probabilité, délimité dans ses causes toutes deux de nature accidentelles et dont une pouvait faire et avait fait l'objet d'une procédure protectrice du conducteur*⁵⁰ ». Mais le problème était peut-être ailleurs. L'avis de l'avocat général dans cette affaire insistait sur le fait que les expertises avaient été diligentées par l'employeur, « *en ignorant le CHSCT*⁵¹ ». La cassation pourrait dès lors s'expliquer par une contestation sur les conditions de l'expertise⁵². Cependant, force est de constater que les moyens annexés à l'arrêt n'en disent mot, pas plus que la Cour de cassation, qui n'a pas jugé utile de relever d'office ce moyen...

Un autre arrêt du même jour⁵³ illustre le fait que le risque grave peut être d'ordre psychosocial. En l'espèce, la politique de réduction des effectifs avait entraîné un alourdissement de la charge de travail ainsi qu'une importante pression sur les salariés, à l'origine de cas sérieux de souffrance au travail ; la cour d'appel a pu en déduire l'existence d'un risque grave. Un arrêt du 17 février 2016⁵⁴ confirme l'attention que porte la Cour de cassation à ce type de risque : le CHSCT est fondé à recourir à une expertise dès lors qu'il a été alerté par le médecin du travail sur le risque grave encouru par les salariés en situation de grande souffrance au travail, corroboré par une forte augmentation des arrêts de travail pour maladie dans l'entreprise. En revanche, lorsque l'employeur a eu les réactions appropriées face à des risques psychosociaux qui ont été identifiés, les risques ne sont pas actuels et l'expertise n'est pas justifiée⁵⁵.

Depuis la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites⁵⁶, le CHSCT procède, en plus de l'analyse des risques professionnels et des conditions de travail, à l'analyse de l'exposition des salariés à des facteurs de pénibilité⁵⁷. Par un arrêt du 25 novembre 2015⁵⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé à quelles conditions cette nouvelle mission permettait le recours à l'expertise. Elle considère que la loi du 9 novembre 2010 n'a pas pour objet de conférer au CHSCT un droit général à l'expertise, laquelle ne peut être décidée que lorsque les conditions visées à l'article L. 4614-12 du code du travail sont réunies. Elle rappelle qu'un risque grave s'entend d'un risque identifié et actuel et qu'il doit être préalable à l'expertise, c'est-à-dire objectivement constaté. La pénibilité au travail ne peut à elle seule le caractériser.

La loi du 14 juin 2013 a prévu une nouvelle possibilité d'expertise en présence d'un projet de restructuration et de compression des effectifs au sens de l'article L. 2323-31 du code du travail. La question se pose de savoir si ce nouveau cas d'expertise, envisagé à l'article L. 4614-12-1 du code du travail, est ou non soumis à la condition de l'expertise de « projet important ». Autrement dit, le recours à l'expertise est-il subordonné à la démonstration de l'ampleur du projet ? Certains auteurs répondent par la négative, estimant que l'expertise prévue par la

⁴⁶ Voir J.-B. Cottin, obs. sous Soc., 19 mai 2015, n° 13-24.887, en cours de publication, *JCP* 2015, éd. S, n° 37, 1315.

⁴⁷ Soc., 10 février 2010, pourvoi n° 08-15.086, *Bull.* 2010, V, n° 40.

⁴⁸ Soc., 25 novembre 2015, pourvois n° 14-16.033 et n° 14-17.468.

⁴⁹ Obs. sous Soc., 25 novembre 2015, *RJS*, février 2016, n° 135. On sait que les notes sous arrêts publiées à la *RJS* sont fréquemment le fait de conseillers à la Cour de cassation, même si elles ne sont pas signées.

⁵⁰ Obs. précitées.

⁵¹ Je remercie vivement monsieur M. Jean-Marie Boyer d'avoir eu l'extrême amabilité de me transmettre son avis.

⁵² L'avis de l'avocat général Boyer mentionnait un risque de manque d'« *impartialité objective* ».

⁵³ Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-15.815.

⁵⁴ Soc., 17 février 2016, pourvoi n° 14-22.097, en cours de publication.

⁵⁵ Soc., 19 mai 2015, pourvoi n° 13-24.887.

⁵⁶ Loi n° 2010-1330.

⁵⁷ Article L. 4612-2 du code du travail.

⁵⁸ Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-11.865, en cours de publication.

loi de juin 2013 obéit à des règles qui lui sont propres, distinctes de celles de l'article L. 4612-8-1⁵⁹. À notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas encore eu à connaître de la question. Si elle considérait que ce nouveau cas d'expertise obéit à un régime propre, ce qui paraît logique, le recours à l'expertise sur le fondement de l'article 4614-12-1 (projet de restructuration) pourrait être admis, alors qu'il ne l'aurait pas été sur celui de l'article L. 4612-8-1 (projet important). Par exemple, dans un arrêt du 14 octobre 2015⁶⁰, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir considéré que l'existence d'un projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des salariés n'était pas avérée et d'avoir annulé la délibération du CHSCT désignant un expert. L'affaire concernait la société Peugeot Citroën, qui, faisant état de pertes importantes, a engagé un projet de réorganisation de ses activités et de réduction des effectifs consistant notamment en la fermeture d'un site. La solution aurait-elle été la même sur le fondement de l'article L. 4614-12-1, non applicable aux faits de l'espèce ?

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation paraît équilibrée en ce qui concerne le recours à l'expertise. Elle veille au respect des prérogatives du CHSCT, tout en exigeant que le recours à l'expertise soit justifié. Mais l'épisode jurisprudentiel le plus marquant de ces derniers mois concerne la prise en charge des frais d'expertise en cas de contestation par l'employeur de la légitimité du recours à l'expertise.

B. - Les frais d'expertise

Les frais d'expertise sont, en vertu de l'article L. 4614-13 du code du travail, à la charge de l'employeur. L'expertise « projet important » fait l'objet d'un contentieux abondant. L'employeur qui entend contester la nécessité de l'expertise sollicitée par le CHSCT doit saisir le juge judiciaire. Les modalités de ce recours sont envisagées très sommairement dans la partie réglementaire du code du travail⁶¹. En particulier, n'est à ce jour mentionné aucun délai de saisine du juge au-delà duquel la demande ne serait plus recevable. Plusieurs cours d'appel ont exigé que l'action soit engagée « à bref délai » ou dans un « délai raisonnable » après la délibération du CHSCT. La solution pouvait paraître logique au regard des articles R. 4614-19 et R. 4614-20 du code du travail, en vertu desquels « le président du tribunal de grande instance statue en urgence sur les contestations de l'employeur relatives à la nécessité de l'expertise [...] » et « en la forme des référés ». Il pouvait sembler judicieux de soumettre l'action de l'employeur à la même exigence de célérité. Mais, par une série de cinq arrêts du 17 février 2016⁶², la Cour de cassation a adopté une autre position : aucun délai spécifique n'étant prévu par les textes, l'action de l'employeur n'est soumise qu'au délai de prescription de droit commun de cinq ans, et ceci qu'il s'agisse d'une action en contestation d'une expertise « risque grave »⁶³ ou « projet important »⁶⁴. La solution est regrettable en pratique, dans la mesure où elle contribue à accentuer les risques que soit annulée une délibération du CHSCT ayant décidé du recours à l'expertise plusieurs années après que l'expert a réalisé sa mission. Certes, la Cour de cassation n'aurait pas pu fixer elle-même un délai d'action en justice sans rendre un arrêt de règlement. Mais n'aurait-elle pas pu, au regard des textes réglementaires précités, soumettre l'exercice de cette action au respect d'un délai raisonnable ? Cette solution aurait été fragile sur le plan du droit européen : « le juge de Strasbourg exige que les délais de recours soient connus de façon suffisamment précise pour que le justiciable puisse savoir à l'avance à quelles conditions son recours sera déclaré recevable⁶⁵ ». C'est au législateur de remédier à cette situation en enfermant l'action de l'employeur dans un bref délai. C'est en ce sens que s'oriente, à l'heure où sont écrites ces lignes, le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, dit projet de loi Travail. Alors que la première mouture du texte ne prévoyait aucun délai de prescription particulier pour l'introduction de l'action de l'employeur, le texte sur lequel le gouvernement a engagé sa responsabilité⁶⁶ enferme cette action dans un délai de quinze jours⁶⁷. Ce délai court à compter de la délibération du CHSCT ou de l'instance de coordination, lorsque la contestation porte sur la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût prévisionnel, l'étendue ou le délai de l'expertise⁶⁸.

Les autres modalités de l'action en contestation de la délibération du CHSCT nommant un expert sont également sur le point d'évoluer, suite à une saga jurisprudentielle ayant impliqué tant la Cour de cassation que le Conseil constitutionnel. Dans un arrêt Michelin du 15 mai 2013⁶⁹, la chambre sociale de la Cour de cassation décidait que l'employeur était tenu de supporter les frais de l'expertise diligentée par le CHSCT, alors même que la décision de recourir à une telle expertise avait été annulée par le juge après l'exécution de sa mission par l'expert. Pour motiver sa décision, la haute juridiction rappelait, d'abord, que l'expert est tenu de respecter un délai qui court de sa désignation pour exécuter la mesure d'expertise (quarante-cinq jours maximum⁷⁰). Elle considérait, ensuite, qu'il ne manque pas à ses obligations en accomplissant sa mission avant que la cour d'appel se soit prononcée sur le recours formé contre une décision rejetant une demande d'annulation du recours à l'expertise.

⁵⁹ En ce sens, G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier, P.-Y. Verkindt, *Le guide du CHSCT*, Guides Dalloz, 2015, n° 422-33. Les auteurs soutiennent cette solution alors même que, d'après eux, la loi du 14 juin 2013 n'a pas créé un nouveau cas de consultation obligatoire du CHSCT.

⁶⁰ Soc., 14 octobre 2015, pourvoi n° 14-17.224, en cours de publication.

⁶¹ Articles R. 4614-19 et R. 4614-20 du code du travail.

⁶² Soc., 17 février 2016, pourvois n° 14-15.178, n° 14-22.097, en cours de publication, et pourvois n° 14-13.858, n° 14-18.381 et n° 14-25.358.

⁶³ Pourvois n° 14-15.178, n° 14-22.097, en cours de publication, n° 14-18.381 et n° 14-25.358.

⁶⁴ Pourvoi n° 14-13.858.

⁶⁵ Éditions Francis Lefebvre, fil d'actualités du 21 mars 2016.

⁶⁶ En application de l'article 49, alinéa 3, de la Constitution.

⁶⁷ Projet de loi, article 17. En vertu du projet de loi, serait créé un article L. 4614-13-1 visant à définir une procédure spécifique à la contestation du coût de l'expertise, alors que celle-ci relevait jusqu'alors de la même procédure que celle applicable à la contestation de la nécessité de l'expertise. Le texte prévoit que le coût final de l'expertise peut être contesté tant *a posteriori*, après la remise du rapport de l'expert, qu'*a priori* (la contestation est alors fondée sur le coût prévisionnel de l'expertise).

⁶⁸ Il court à compter de la date à laquelle l'employeur a été informé du coût final, s'agissant de la contestation du coût de l'expertise (futur article L. 4614-13-1 du code du travail).

⁶⁹ Soc., 15 mai 2013, pourvoi n° 11-24.218, *Bull.* 2013, V, n° 125.

⁷⁰ Ce délai ne concerne que l'expertise « projet important » (article R. 4614-18 du code du travail). Aucun délai n'est prévu pour l'expertise « risque grave » (mais, en pratique, la notion de « risque grave » implique que cette expertise soit réalisée rapidement), tandis que l'expertise « restructuration et compression des effectifs » s'inscrit dans les délais de consultation du comité d'entreprise.

Elle soulignait, enfin, que l'expert ne dispose d'aucune possibilité effective de recouvrement de ses honoraires contre le comité qui l'a désigné, en l'absence de budget pouvant permettre cette prise en charge. Faute pour le législateur d'avoir prévu la suspension du délai dans lequel est enfermée l'expertise, l'expert est *de facto* contraint à accomplir sa mission sans attendre la fin de la procédure en cas de recours. On peut considérer qu'il serait pour le moins inconvenant que l'expert ne puisse pas percevoir les honoraires liés à l'accomplissement de sa mission, dès lors que ce paiement ne peut pas provenir du CHSCT. Pour autant, la solution paraît bien sévère pour l'employeur, tenu de payer les frais d'une expertise jugée non nécessaire et menée en vertu d'une délibération du CHSCT annulée. Seul l'abus du CHSCT, strictement entendu, constituait une exception à cette règle prétorienne. Consciente des limites de cette solution, la chambre sociale a transmis une QPC au Conseil constitutionnel, le 16 septembre 2015⁷¹. La QPC était ainsi formulée : « *Les dispositions de l'article L. 4614-13 du code du travail et l'interprétation jurisprudentielle constante y afférente sont-elles contraires aux principes constitutionnels de liberté d'entreprendre et/ou de droit à un procès équitable lorsqu'elles imposent à l'employeur de prendre en charge les honoraires d'expertise du CHSCT notamment au titre d'un risque grave, alors même que la décision de recours à l'expert a été judiciairement (et définitivement) annulée ?* » Dans une décision du 27 novembre 2015⁷², le Conseil constitutionnel déclare le premier alinéa et la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 4614-13 du code du travail contraires à la Constitution. La procédure applicable méconnaît le droit au recours de l'employeur, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, et prive de garanties légales la protection constitutionnelle du droit de propriété. Estimant que l'abrogation immédiate de ces dispositions aurait pour effet de faire disparaître toute voie de droit permettant de contester une décision de recours à un expert ainsi que toute règle relative à la prise en charge des frais d'expertise, le Conseil constitutionnel reporte au 1^{er} janvier 2017 la date de cette abrogation, afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée.

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation a été à nouveau saisie de la question, dans l'affaire Michelin ayant donné lieu à l'arrêt précité de la chambre sociale du 15 mai 2013⁷³. Suite à cet arrêt, la cour d'appel de renvoi est entrée en résistance, en estimant que l'employeur n'avait pas à assumer les frais d'une expertise effectuée en vertu d'une délibération du CHSCT annulée⁷⁴. La chambre sociale de la Cour de cassation a été saisie d'un second pourvoi par le cabinet d'expertise. Pour casser l'arrêt de la cour d'appel de renvoi, au visa l'article 62 de la Constitution et de l'article L. 4614-13 du code du travail, la Cour énonce qu'aux termes du premier de ces textes, les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Elle en déduit que les dispositions de l'article L. 4614-13 du code du travail telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation demeurent applicables jusqu'à la date d'abrogation des dispositions litigieuses⁷⁵. Le syllogisme est implacable, même si la pilule est amère pour l'employeur, qui, tout en ayant raison, doit payer les frais d'expertise. Le communiqué de la Cour joint à l'arrêt explique que la décision du Conseil constitutionnel du 27 novembre 2015 constitue un élément de droit nouveau dans l'appréhension de la question qui lui est soumise. C'est cet élément nouveau qui lui a permis de ne pas opérer de renvoi à l'assemblée plénière. Le communiqué précise également que le grief d'inconstitutionnalité réside non dans l'interprétation jurisprudentielle des dispositions législatives en cause, mais dans ces dispositions elles-mêmes. Autrement dit, la faute au législateur, pas au juge, ce qui n'est pas faux... La Cour de cassation n'aurait-elle pas pu faire bénéficier l'employeur de l'effet utile de la censure constitutionnelle, en sollicitant notamment l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit à un recours effectif ? Le conseiller doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation ne le pense pas, au motif que ce droit devait être mis en balance avec le droit à la santé et à la sécurité que les salariés tiennent des articles 2 et 8 de la Convention, conflit qu'il n'aurait pas été aisé de résoudre⁷⁶. Des auteurs aussi avertis que le professeur Jean Mouly contestent cette analyse⁷⁷. Même si la Cour de cassation était confrontée à un dilemme et qu'aucune solution n'était, en pratique, satisfaisante, qu'elle désavantage l'employeur ou l'expert, on est tenté de prendre position en faveur de la thèse soutenue par le professeur Mouly, dont l'un des arguments forts mérite d'être cité : « *La Cour de cassation s'est en l'occurrence surtout montrée "légitimiste" au regard de la décision du Conseil, alors que pourtant, dans ses arrêts du 15 avril 2011⁷⁸, l'assemblée plénière a exigé une application immédiate du droit de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) quand bien même une décision du Conseil constitutionnel aurait reporté dans le temps l'abrogation des dispositions inconstitutionnelles⁷⁹.* Mais, comme le souligne également l'auteur, c'était d'abord et avant tout au Conseil constitutionnel d'éviter ces conséquences fâcheuses, notamment en obligeant « *les juges [à] surseoir à statuer dans l'attente de l'intervention du législateur, fixée alors à bref délai⁸⁰* ». Et, justement, le projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs⁸¹ tire les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel. En cas de contestation portant sur la nécessité de l'expertise, la désignation de l'expert, le coût prévisionnel de

⁷¹ Soc., 16 septembre 2015, QPC n° 15-40.027, en cours de publication.

⁷² Conseil constitutionnel, 27 novembre 2015, décision n° 2015-500 QPC.

⁷³ Soc., 15 mai 2013, pourvoi n° 11-24.218, *Bull.* 2013, V, n° 125, précité.

⁷⁴ CA Bourges, 23 janvier 2014, RG n° 13/01009.

⁷⁵ C'est-à-dire jusqu'à ce que le législateur remédie à l'inconstitutionnalité constatée et au plus tard, donc, jusqu'au 1^{er} janvier 2017.

⁷⁶ « Un respect absolu de la décision du Conseil constitutionnel », entretien avec J.-G. Huglo, *Semaine sociale Lamy* 2016, n° 1715, p. 10, spé. p. 11.

⁷⁷ J. Mouly, obs. sous Soc., 15 mars 2016, *Dr. soc.*, mai 2016, p. 478.

⁷⁸ Assemblée plénière, 15 avril 2011, pourvois n° 10-17.049, n° 10-30.313 et n° 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 1, n° 3 et n° 4.

⁷⁹ J. Mouly, obs. précitées, p. 481.

⁸⁰ *Op. cit.* Et l'auteur de citer les décisions du Conseil constitutionnel du 27 septembre 2013 (n° 2013-343 QPC) et du 19 septembre 2014 (n° 2014-413 QPC). Voir aussi l'analyse du professeur Gahdoun, « Quand la QPC permet à la Cour de cassation de ressusciter les morts », *D.* 2016, p. 864. D'après l'auteur, « non seulement la solution "de la Cour de cassation" est parfaitement logique, mais le nœud du problème vient en réalité d'un défaut de rédaction du Conseil constitutionnel lui-même », *op. cit.*, p. 866. Et l'auteur de soutenir que la solution aurait été, pour le Conseil constitutionnel, de laisser « survivre » la loi jusqu'à l'intervention du Parlement et - surtout - [d']assortir ce report d'une double contrainte : obligation pour les juridictions et les autorités administratives de surseoir à statuer dans l'attente des nouvelles dispositions, et nécessité pour le législateur d'appliquer la future loi à toutes les instances en cours », *op. cit.*, p. 869.

⁸¹ Précité.

l'expertise, l'étendue ou le délai de l'expertise, le président du tribunal de grande instance statuerait en premier et dernier ressort dans les dix jours. En outre, sa saisine suspendrait l'exécution de la décision du CHSCT ainsi que les délais de consultation jusqu'à l'expiration du délai de pourvoi en cassation⁸². Conjuguées au fait que le recours de l'employeur serait enfermé dans un délai de quinze jours⁸³, ces dispositions devraient limiter les cas d'annulation de la décision du CHSCT de recourir à l'expertise alors que l'expert a déjà réalisé sa mission. Toutefois, si l'employeur forme un pourvoi en cassation, il n'y aurait plus suspension et l'expertise pourrait avoir lieu. Le projet de loi précise par ailleurs qu'en cas d'annulation définitive de la décision de recours à l'expertise, l'expert devra rembourser les sommes perçues. Cependant, le comité d'entreprise pourrait à tout moment, au titre de sa subvention de fonctionnement, décider de prendre en charge les frais de l'expertise⁸⁴. Certes, il ne serait pas fait interdiction à l'expert de travailler pour les élus au seul motif que l'employeur conteste l'expertise. On peut se demander si, en pratique, le résultat ne sera pas celui-là, car quel expert exercerait sa mission en courant le risque de ne pas être payé ? À moins que les cabinets d'expertise auprès des CHSCT ne s'engagent que si le comité d'entreprise accepte de régler les frais d'expertise en cas d'annulation de la délibération du CHSCT. Même si on ne peut pas exclure le fait que certaines décisions de recours à l'expert aient un objet dilatoire, une telle réforme pourrait réduire le rôle du CHSCT en matière de prévention des risques. N'aurait-il pas mieux valu, comme le préconisait le professeur Verkindt⁸⁵, revenir à la situation originelle, celle de 1982, où le juge décidait du principe de l'expertise⁸⁶ ? En cas de désaccord entre l'employeur et le CHSCT sur la nécessité de recourir à l'expertise, le juge aurait tranché, ce qui aurait résolu les difficultés en amont.

Au terme de ces développements, il apparaît que la jurisprudence de la chambre sociale relative au rôle que doit jouer le CHSCT en matière de santé et de sécurité est équilibrée. Elle vise à permettre au comité d'assurer son rôle, notamment en matière de prévention des problèmes de santé, tout en préservant les prérogatives patronales. L'une des questions qui se posent après la loi du 17 août 2015 est de savoir si le rôle du CHSCT sera préservé lorsque, dans une entreprise de moins de 300 salariés, l'employeur décidera de la mise en place de la nouvelle délégation unique du personnel élargie⁸⁷. La question se pose dans les mêmes termes lorsqu'une entreprise d'au moins 300 salariés disposera, après conclusion d'un accord collectif majoritaire, d'une instance conventionnelle regroupant plusieurs institutions représentatives du personnel, dont le CHSCT. Certes, lorsque l'instance inclut le CHSCT, l'accord collectif définit la composition et le fonctionnement en son sein d'une commission d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail à laquelle peuvent être confiées, par délégation, tout ou partie des attributions reconnues au CHSCT⁸⁸. La crainte demeure, toutefois, de voir les questions de santé et de sécurité diluées par l'intégration du CHSCT à ces instances regroupées. En outre, dans un but de simplification, les employeurs peuvent désormais organiser des réunions communes de plusieurs institutions représentatives du personnel, ainsi que de l'instance de coordination des CHSCT, lorsqu'un projet nécessite leur information ou leur consultation. Il faudra néanmoins organiser des votes séparés de chaque instance si l'avis de chacune d'elles est requis⁸⁹. Là encore, on peut se demander si ces réunions communes permettront de préserver les attributions spécifiques du CHSCT. Gageons que les juges y veilleront.

⁸² Futur article L. 4614-13 du code du travail modifié.

⁸³ Voir *supra*.

⁸⁴ Combinaison du troisième alinéa de l'article L. 4614-13 modifié et du futur article L. 2325-41-1 du code du travail.

⁸⁵ Voir *Semaine sociale Lamy* 2015, n° 1701, p. 3.

⁸⁶ C'est une loi du 31 décembre 1991 qui a substitué à la décision du juge une décision du CHSCT qui peut néanmoins être contestée devant le juge.

⁸⁷ Article L. 2326-1 du code du travail.

⁸⁸ Article L. 2393-1 du code du travail.

⁸⁹ Article L. 23-101-1 du code du travail.

La santé et la sécurité au travail : une prise en compte collective : le CHSCT

Intervenants :

J.-Y Frouin
Olivier Dutheillet de Lamothe
Jean-Guy Huglo
Paul-Henri Antonmattei
Antoine Lyon-Caen
Laurence Pécaut-Rivolier
Florence Canut

M. le président Frouin :

Merci à M. Liffra et à Mme Canut de nous avoir éclairés sur une institution un peu méconnue, même si elle est absolument essentielle dans le bon fonctionnement des entreprises en matière de protection de la santé et de la sécurité au travail. Je vais immédiatement donner la parole à la salle pour une discussion sur un certain nombre de points qui posent problème. Mme Canut a parlé de « *jurisprudence équilibrée* ». J'avoue que je suis très sensible à cette remarque, mais je ne suis pas sûr que le point de vue soit forcément partagé par tout le monde. Dans tous les cas, la parole est à la salle pour des observations, des interrogations, des questions, des critiques.

M. le président Dutheillet de Lamothe :

Monsieur le président, je voudrais apporter un complément sur la question de l'arrêt du 15 mars 2016, qui est très récent, rendu par la chambre sociale dans l'affaire Michelin. Je crois que cet arrêt est absolument incontestable au regard de la décision du Conseil constitutionnel, puisque ce dernier avait été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur les dispositions du code du travail telles qu'interprétées par la jurisprudence qui a été rappelée, celle qui met les frais d'expertise à la charge de l'employeur même en cas d'annulation passée en force de chose jugée de la délibération qui avait ordonné l'expertise. Le Conseil constitutionnel a répondu à cette question en disant que ce qui était en cause, c'étaient les dispositions du code du travail elles-mêmes, qu'elles opéraient une mauvaise conciliation entre la protection de la sécurité des salariés et le droit au recours et il a censuré avec effet différé ces dispositions. Simplement, dans le cadre d'une pratique assez courante en ce moment et qui, je crois, pose problème, il n'a pas distingué l'effet différé de la censure des dispositions législatives, qui était parfaitement justifiée et qui est normale pour permettre au législateur d'intervenir, des effets de sa décision sur l'instance qui avait donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité et les instances pendantes. En effet, le Conseil constitutionnel, qui a un pouvoir considérable et totalement discrétionnaire pour déterminer les effets dans le temps de ses décisions, peut parfaitement dissocier le caractère différé de l'abrogation et les effets immédiats de la décision sur le contentieux qui est à l'origine de la question prioritaire de constitutionnalité et les contentieux pendants. C'est ce qu'il a fait dans quelques affaires, assez rares mais qui existent, dans des affaires fiscales, notamment le contentieux d'Orange. Ainsi, la Cour de cassation en a tiré la conséquence logique en disant que puisque les dispositions telles qu'interprétées ne tomberont que le 1^{er} janvier 2017, pour l'instant, sa jurisprudence reste valable et que, malgré la rébellion de la cour d'appel, elle doit être confirmée.

Toutefois, la semaine dernière, la cour d'appel de Versailles, dans une affaire exactement identique, a fait application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui reconnaît elle aussi le droit au recours. Et cette juridiction a dit qu'en application du raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel, il y avait une atteinte excessive au droit au recours et que par conséquent l'employeur ne devait pas payer les frais d'expertise. Je rappelle que cela est conforme à une jurisprudence concordante du Conseil d'État et de la Cour de cassation - arrêt Redbull pour le Conseil d'État et, pour la Cour de cassation, il s'agit d'un arrêt, très remarqué à l'époque, de l'assemblée plénière sur la garde à vue - où les deux hautes juridictions ont jugé que, dans cette hypothèse d'une abrogation avec effet différé, sur le terrain du contrôle de conventionnalité, on pouvait appliquer le même raisonnement avec un effet immédiat. C'est ce qu'avait fait l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'affaire de la garde à vue.

Aussi, je tire deux conclusions de cette situation un peu paradoxale par rapport à une réforme dont l'objectif politique était de faire primer le contrôle de constitutionnalité sur le contrôle de conventionnalité puisque je rappelle, en effet, que la signification politique de la question prioritaire de constitutionnalité est son caractère prioritaire :

- la première conclusion, en tant qu'avocat, est que lorsque l'on présente une question prioritaire de constitutionnalité, il faut systématiquement invoquer, à titre subsidiaire, la violation des dispositions identiques de la Convention européenne des droits de l'homme pour se protéger, en cas de décision du Conseil constitutionnel à effet différé, de pouvoir invoquer le raisonnement et demander l'application immédiate de la censure ;
- la seconde conclusion est que le Conseil constitutionnel doit réfléchir à cette technique. Son considérant de principe sur les effets de ses décisions dans le temps commence tout de même par rappeler un principe de bon sens - en tout cas en droit français car, chez les Anglais, cela passe assez différemment dans l'« *Human Rights Act* » - selon lequel une requête bénéficie à son auteur quand il gagne. Cela paraît dans tout système judiciaire un principe de bon sens assez incontestable. Ainsi, il y a un considérant de principe qui énonce que si, en principe,

le requérant doit bénéficier des effets de l'annulation des dispositions par le Conseil constitutionnel, on peut, dans certains cas, aménager les choses. En réalité, priver le requérant et les affaires pendantes des effets de la décision devrait être l'exception. C'était par exemple, à mon avis, assez justifié, même tout à fait justifié, dans l'affaire de la garde à vue, parce que donner un effet immédiat à la décision aurait signifié que toutes les procédures pénales qui avaient été faites sur des gardes à vue où l'avocat n'avait pas les droits étaient annulées, qu'il fallait libérer les personnes, etc. D'ailleurs, à cet égard, la chambre criminelle, dans un premier temps, s'était ralliée à ce point de vue. Ainsi, selon moi, il existe des cas très particuliers où il peut y avoir des motifs d'intérêt général de différer les effets de la décision elle-même pour les requérants, mais la règle, me semble-t-il - et il s'agit là d'un sujet de réflexion pour le Conseil constitutionnel -, devrait être que le requérant doit bénéficier, s'il gagne, de la question prioritaire de constitutionnalité.

M. le doyen Huglo :

Je souhaite formuler trois observations.

La première : même si l'arrêt du 15 mars 2016 ne comporte aucune mention sur la Convention européenne des droits de l'homme, il se trouve que la chambre sociale a examiné la question car le mémoire en défense invoquait l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et disait qu'à partir du moment où le Conseil constitutionnel avait identifié une violation du droit d'agir en justice, *ipso facto*, il y avait la même violation sur le terrain de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais la technique de cassation fait que, lorsque ce n'est pas dans un moyen du mémoire ampliatif mais que c'est dans le mémoire en défense, soit la Cour de cassation rejette en reprenant l'argumentation du mémoire en défense, soit elle casse et dans ce cas elle ne répond pas, évidemment, à ce qui se trouve dans le mémoire en défense. Mais ce n'est pas pour cela que nous ne l'avons pas examinée. À nos yeux, il faut peut-être rappeler que la Convention européenne des droits de l'homme ne se limite pas à l'article 6, il y a aussi le droit à la santé et à la sécurité des salariés, qui relève au moins de l'article 2 sur le droit à la vie, puisqu'on parle de risques graves qui peuvent être un risque d'accidents de travail et potentiellement des accidents de travail mortels. Il y a également l'article 8 sur le droit à la vie privée et familiale, que la Cour de Strasbourg interprète comme comportant le droit à une activité professionnelle, et, bien évidemment, le droit à une activité professionnelle qui ne nuit pas gravement à la santé du salarié. Donc, il nous semblait que, sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme, on se trouve dans une situation qui devient de plus en plus fréquente de concurrence entre des droits fondamentaux également protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et, dans ces cas-là, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg consiste à dire que le juge national doit faire une conciliation, une balance des intérêts en présence, et il nous a semblé que dire que le système actuel tel qu'interprété de manière constante par la Cour de cassation perdure parce que c'est la volonté du Conseil constitutionnel, jusqu'au 1^{er} janvier 2017, était une conciliation suffisamment appropriée et proportionnée en ce qui concerne le litige et la confrontation de ces différents droits fondamentaux.

La deuxième observation est la suivante : il y a une décision du Conseil constitutionnel de 2014 qui concerne une question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par la chambre criminelle relative aux visites domiciliaires en matière de travail dissimulé. C'est là encore une disposition du code du travail qui était mise en œuvre. Le Conseil constitutionnel l'a déclarée contraire à la Constitution en ce qu'il n'était pas prévu de recours immédiat contre la décision du juge ordonnant la visite domiciliaire, et la jurisprudence, constante là aussi, de la chambre criminelle consistait à dire que le recours n'était possible que lorsqu'il y avait des poursuites pénales, or, il n'y a pas toujours des poursuites pénales après les visites domiciliaires. C'est ce point qui est stigmatisé par le Conseil constitutionnel, qui a reporté ici aussi dans cette décision les effets de l'abrogation de l'article. Mais cette fois, il avait pris soin de préciser que sa décision de report avait pour conséquence que les poursuites pénales ne pouvaient pas être mises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité. Nous sommes un peu dans la même situation : nous avons considéré que les recours judiciaires ne pouvaient pas aboutir à une solution contraire à celle du système tel qu'il est maintenu en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2017.

La troisième observation est qu'effectivement - et ici je rejoins M. le président Dutheillet de Lamothe sur cette question - les juristes de droit communautaire connaissent très bien la question et savent que la Cour de justice de l'Union européenne dit, depuis au moins le début des années 1990 et clairement dans un arrêt Roquette de 1994, que lorsqu'elle déclare invalide une norme de droit communautaire, un règlement par exemple, au regard d'une norme supérieure de droit communautaire et qu'elle décide que cette invalidité n'aura d'effet que pour l'avenir, qu'elle reporte ainsi elle aussi les effets de sa décision, elle prend soin de faire une exception pour le requérant au principal et pour tous les justiciables qui, à la date de son arrêt, ont saisi un juge. Et elle le fait en application du droit au juge, dans la mesure où, en 1989, la Cour constitutionnelle italienne avait menacé de déclarer contraire à la Constitution italienne et au principe du droit au juge l'article du Traité de Rome qui était à l'époque l'article 177, lequel permettait le renvoi préjudiciel. Cela aurait signifié que toutes les juridictions italiennes ne pouvaient plus saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. La Cour de justice a senti le « vent du boulet » et, par conséquent, dans sa pratique, à chaque fois qu'elle reporte les effets d'une déclaration d'invalidité, elle fait une exception pour le justiciable et pour les justiciables qui avaient saisi une juridiction ou formulé une question équivalente en droit interne. Sauf exception, cela n'est pas le cas du Conseil constitutionnel, et il est vrai qu'il existe des arguments forts qui militeraient pour que cela soit désormais le cas.

M. le professeur Antonmattei :

J'en tire comme conséquence qu'il est urgent de sortir par le haut de cet imbroglio parce que cette situation ne va pas aider le justiciable dans la visibilité, la clarté et l'intelligibilité de la règle de droit. Il est exact que l'article 18 du projet de loi El Khomri envisage la question, Mme Canut nous a expliqué la solution. Sincèrement, je ne pense pas qu'on va sortir de l'imbroglio avec cette solution.

En réalité, ce que je regrette depuis plusieurs années, ce sont les relations très conflictuelles entre l'entreprise et le CHSCT alors que celui-ci a des compétences qui sont importantes - la démonstration en a été faite -,

compétences que la chambre sociale a logiquement confortées. Les relations sont conflictuelles à cause de cette question de budget et de frais d'expertise. Les praticiens qui sont dans la salle témoigneraient mieux que moi. Il n'y a pas une semaine où nous n'entendons pas un responsable d'entreprise tirer à « boulet rouge » sur le CHSCT, pas tant sur l'opportunité de la compétence consultative que sur cette question de frais d'expertise et de budget. Sincèrement, si on n'arrive pas à sortir de cette affaire par « le haut », c'est que l'on peut désespérer du progrès de la science et du droit. Il n'y a pas trente-six solutions : soit nos partenaires sociaux, dans le cadre du dialogue social interprofessionnel, ont la maturité de se mettre autour de la table et de trouver une solution, soit cela continuera.

En ce qui me concerne, je pense que la solution est simple, même si ce n'est pas à moi de décider mais aux partenaires sociaux. Je ne vois pas comment on peut éviter un budget de fonctionnement et personnellement je m'attendais à ce que le Conseil constitutionnel nous dise qu'à partir du moment où le législateur met en place une institution représentative du personnel dotée de la personnalité morale - certes la loi de 1982 ne l'a pas fait, mais la chambre sociale l'a dit et cela était tout-à-fait logique -, il est normal de financer le fonctionnement de cette institution représentative du personnel. C'est pourquoi je propose un budget de 0,1 % de la masse salariale et en contrepartie - et je le proposerai également pour le comité d'entreprise - les frais d'expertise sont inclus. Le CHSCT gèrerait ses frais d'expertise parce que sur ce point, lorsqu'on explique à des collègues étrangers que le payeur n'est pas celui qui commande, on nous dit que cela est un peu curieux. On peut tenir compte des situations d'exception si, au cours d'une année, il y a des projets importants qui nécessitent des frais d'expertise importants. On a cela pour les heures de délégation, par analogie, avec les circonstances exceptionnelles. On pourrait prévoir ce système. Je crois qu'il y a là une piste de compromis pour assurer un financement au CHSCT et en même temps sortir de la problématique des frais d'expertise. Dans le projet de loi, il y a non seulement la disposition rappelée par Mme Canut pour répondre évidemment à la décision du Conseil constitutionnel, et on nous propose également un autre article, tout seul, le nouvel article L. 4614-13-1, dont le libellé est : « *l'employeur peut contester le coût de l'expertise devant le juge judiciaire* », mais cela ne va pas nous aider car si c'est pour ajouter une question supplémentaire... Lorsque l'on réfléchit bien à l'architecture de ces nouvelles dispositions, c'est de manière certaine une alimentation à la contestation et au contentieux. Et je pense au président de Secafi, présent à la commission Combrexelle, je doute qu'il engage des expertises si demain il y a un risque de rembourser les frais d'expertise, et on peut alimenter le système, l'employeur décidant de former systématiquement un pourvoi dans le cadre de la contestation et ainsi l'expertise ne se déclenche pas. Franchement, c'est un système ridicule. Je ne dis pas cela pour critiquer par principe le législateur mais il faut en sortir par le « haut » et je pense que l'on aura ensuite des relations apaisées, en tout cas plus apaisées, entre les entreprises et le CHSCT.

M. le professeur Lyon-Caen :

Alors je voudrais dire trois mots sur cet échange. D'abord, je pense qu'on n'est pas obligés de vivre encore sous le règne d'Aubry et Rau et de dire que toute personne morale a nécessairement un patrimoine parce que ça c'est vraiment une construction doctrinale très importante, ancienne. Mais je pense qu'il existe des personnes morales qui n'ont pas de patrimoine et le CHSCT, qui n'a pas de ressource, mériterait non pas d'être dégradé en groupement sans personnalité morale, mais en personne morale dépourvue de patrimoine. Mais j'en viens au sujet de polémique et je pense qu'on ne dit pas tout dans l'échange qui vient de se dérouler. Les employeurs, ce qu'ils craignent, ce n'est pas le CHSCT, ceux qu'ils n'aiment pas ce sont les experts. Franchement, c'est l'expert qu'ils ont en ligne de mire. Que le CHSCT développe ses arguments, soit consulté, je crois que ça n'a jamais rencontré d'hostilité quelconque. C'est l'expert parce que l'expert met en cause, au fond, le monopole de l'expertise légitime que l'employeur prétend avoir dans les sujets de santé, de sécurité et de conditions de travail. Donc, c'est ce sujet-là qui est très délicat. Et je pense que la réponse, n'en déplaise à Paul-Henri Antonmattei, n'est pas un budget propre parce que la santé et la sécurité des salariés ne se mesurent pas à un chiffre, à un pourcentage de la masse salariale. Et ça voudrait dire que là où l'entreprise a très peu de problèmes de santé et de sécurité, il y a un budget important mais inutilisé et là où il y a des problèmes importants de santé et de sécurité, le budget est largement insuffisant. Donc, l'idée même d'une quantification des ressources nécessaires pour que les expertises se déroulent bien, cette idée ne me paraît pas conforme à l'idée même de la mission que le CHSCT et ses experts doivent remplir. Donc, je crois que la formule qui consiste à soumettre à l'arbitrage judiciaire l'opportunité, le coût, les modalités de l'expertise, c'est une très bonne formule. Faut-il revenir à la solution de 1982, où il fallait en cas de désaccord une sorte, c'est ce que rappelait Florence Canut très bien, ça avait été très longuement pensé en 1982, c'était un chapitre du rapport Auroux d'ailleurs, le développement de l'expertise en matière de santé et de sécurité ? Faut-il revenir à cette sorte d'arbitrage préalable en cas de désaccord ? Ou faut-il laisser l'employeur saisir le juge ? En tout cas, si on le laisse saisir le juge, il faut qu'il soit saisi à courte échéance. L'employeur sait très bien, au vu du budget que lui présente le CHSCT avec son expert, s'il entend contester l'opportunité et le coût. Je pense que cette formule-là est la plus conforme à ce que doit faire le CHSCT et à ce que doivent faire les experts. N'oublions pas que c'est l'expert et le pouvoir corrosif de l'expertise qui sont en cause dans cette histoire-là.

Mme l'inspecteur général Pécaut-Rivolier :

Je voulais aborder un autre point parce que vos interventions étaient très riches sur ce sujet qui appelle à beaucoup de questionnements. Ce qui m'a intéressé aussi, c'est la question du périmètre, parce qu'elle n'est pas anodine ; parce qu'elle fait l'objet de constructions qui se sont parfois superposées et sur lesquelles parfois on a un peu de mal à avoir une vue d'ensemble et qu'elle est directement en prise avec le rôle que l'on donne au CHSCT. Ce que j'ai perçu de la jurisprudence de la chambre sociale, c'est qu'on restait sur l'idée que l'établissement était ce qu'il y avait de plus important même si au départ on avait cette idée du secteur d'activité. Alors, on avait l'établissement et à l'intérieur de l'établissement des sous-CHSCT en secteurs d'activité parce qu'on pensait que l'activité industrielle nécessitait ces secteurs d'activité. Et aujourd'hui, on est un peu revenu aux établissements en disant que ça ne pouvait pas être transversal, en donnant une compétence importante à

l'inspecteur du travail. Bref, ce qu'il me semble, c'est que vraiment l'idée est qu'il faut que le CHSCT soit proche du terrain parce que ses attributions nécessitent de pouvoir regarder ce qui se passe au plus près du terrain. Mais la difficulté c'est qu'à un moment donné dans ses attributions, être près du terrain peut lui nuire, car il peut y avoir des choses qui se passent à un niveau bien supérieur et qu'il n'aura pas de vision d'ensemble. Il peut y avoir de multiples interventions de CHSCT locaux et il va leur manquer cette vision d'ensemble quand le projet vise toute l'entreprise. Et c'est à partir de là que la chambre sociale avait commencé à réfléchir d'autant plus que les entreprises l'avaient fait avant elle et que, dans beaucoup de conventions collectives, il y a des comités centraux CHSCT et, en décembre 2013, la chambre sociale avait commencé à ouvrir une voie en disant : s'il y a un comité central CHSCT qui diligente une entreprise parce que ça concerne l'entreprise, et bien ça peut avoir une incidence plus grande que les expertises des CHSCT locaux. C'est à ce moment-là que le législateur est aussi intervenu, parce que le législateur avait, lui, une autre optique, signalée par Antoine Lyon-Caen, c'était celle des expertises. Quand il est intervenu en 2014, c'était pour dire « il y en a assez qu'il y ait de multiples expertises locales et il faut que je trouve un système pour qu'il n'y ait plus qu'une seule expertise ». C'était ça sa vision. D'où la création d'une instance de coordination. Mais cette instance de coordination, elle est bizarroïde d'abord parce qu'elle est uniquement à la merci de l'employeur et puis, ensuite, elle ne s'occupe que d'expertises, elle ne s'occupe pas de consultation. Et du coup, cette espèce de réflexion qu'avait la chambre sociale pour dire « le local ça reste très important mais on risque de louper le coche si on oublie aussi qu'il y a la vision globale » quand il y a un sujet global et à ce moment-là, on va peut-être admettre que dans ces cas-là, il puisse y avoir une instance un peu plus large pour avoir cette vision globale, elle a été un petit peu court-circuitée par cette instance de coordination très ciblée. Du coup, la question que je me pose aujourd'hui c'est : est-ce que, notamment quand il y a des conventions collectives qui prévoient des comités centraux de CHSCT, on va pouvoir leur donner des possibilités de vision générale ? Ou est-ce que, du fait de l'instance de coordination, on ne pourra plus rien leur reconnaître, auquel cas on risque de repartir un petit peu en arrière par rapport à cette évolution qu'il m'avait semblé sentir dans la jurisprudence de la chambre sociale ?

Mme le professeur Florence Canut :

Simplement, en rapport à la question que vous venez de poser pour terminer votre intervention, je ne vois pas pourquoi on ne laisserait pas, en présence d'un accord collectif, des comités centraux fonctionner parce qu'il y a une instance de coordination. Puisqu'elles n'ont pas le même rôle, vous l'avez rappelé, je ne vois pas pourquoi la réponse serait négative.

La représentativité des syndicats

Françoise Salomon,

conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation

La représentativité syndicale est « l'aptitude concrète d'un syndicat à représenter, au-delà des intérêts de ses membres, ceux d'une collectivité ; c'est la conjugaison de l'idée de pluralisme syndical sous-tendue par le principe de liberté syndicale et l'exigence d'un mode d'habilitation n'admettant que les plus représentatifs aux fonctions de participation¹ ». Elle permet de sélectionner les syndicats jugés aptes à remplir certaines fonctions dans la vie économique et sociale (négociation collective, participation à un certain nombre d'instances consultatives, à la gestion du régime d'assurance chômage, des caisses de sécurité sociale, des régimes complémentaires de retraite et des organismes collecteurs du secteur de la formation professionnelle). Cette aptitude est nécessaire pour la négociation collective, qui découle du principe constitutionnel de participation, dès lors que l'accord collectif s'applique à tous les salariés de l'entreprise.

Selon l'exposé des motifs de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, « La vitalité de la démocratie sociale suppose tout d'abord de fonder le dialogue social sur des organisations fortes et légitimes. Cet objectif implique d'une part une réforme de la représentativité syndicale, pour renforcer la légitimité des acteurs de la négociation en fondant celle-ci sur des critères rénovés, appréciés de façon périodique et incontestable, et reposant notamment sur la prise en compte de l'audience électorale. Il nécessite d'autre part un mode de financement mieux adapté, permettant aux organisations d'assurer pleinement leurs missions et garantissant la transparence. [Elle] vise à moderniser le système de représentativité des organisations syndicales de salariés en supprimant la présomption irréfragable de représentativité et en fondant désormais celle-ci sur un ensemble de critères renouvelés et adaptés aux niveaux de l'entreprise, de la branche et interprofessionnel ».

Jusqu'alors, la représentativité était soit reconnue par l'intermédiaire de la présomption d'affiliation aux cinq grandes confédérations reconnues représentatives au plan national par l'État, soit prouvée devant le juge d'instance.

Issue des choix effectués par les négociateurs de la Position commune du 10 avril 2008 signée par la CGT, la CFTD, le MEDEF et la CGPME, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a fait le choix de constituer les électeurs en acteurs essentiels de la détermination des syndicats qualifiés pour les représenter et les engager dans la négociation collective, mettant ainsi en œuvre le droit à la participation et le droit à la négociation collective énoncés dans le préambule de la Constitution de 1946.

Cette loi institue une réforme de la représentativité dans l'entreprise, en laissant de côté les très petites entreprises, dans lesquelles il n'y a pas d'élections professionnelles. Pour ces entreprises de moins de 11 salariés, l'exigence de respecter les droits des salariés à la participation a conduit à l'organisation d'un scrutin spécifique : ainsi la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 a prévu d'instituer, à compter du 1^{er} juillet 2017, des commissions paritaires interprofessionnelles au niveau régional afin de représenter les salariés et les employeurs de ces entreprises.

Dans les autres entreprises, la présence syndicale est le préalable nécessaire à la reconnaissance de la représentativité du syndicat, fondée sur l'audience aux élections professionnelles. Pour permettre l'accès des organisations syndicales à la représentativité, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a offert aux syndicats non représentatifs des prérogatives jusqu'alors réservées aux syndicats représentatifs : la création d'une section syndicale, la participation au protocole d'accord préélectoral et la possibilité de présenter des candidats au premier tour des élections.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a institué un nouveau représentant syndical, le représentant de la section syndicale, qui est un salarié désigné par un syndicat non représentatif pour le représenter au sein de l'entreprise ou de l'établissement. Il bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs. Sa fonction est d'animer la section syndicale, afin qu'aux élections professionnelles suivantes, le syndicat qui l'a désigné atteigne un score lui permettant d'être considéré comme représentatif.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a pour finalité d'accroître la légitimité des accords collectifs à travers un renforcement de la légitimité des négociateurs. L'article L. 2232-12 du code du travail prévoit que la validité d'un accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 30 % des suffrages 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, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou de plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants.

En permettant désormais aux syndicats non représentatifs d'être présents dans l'entreprise en y créant une section syndicale et en y désignant un représentant de la section syndicale, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a induit une interrogation quant à la possibilité, pour un accord collectif, d'instaurer des prérogatives conventionnelles au seul profit des syndicats représentatifs. Pour y répondre, la chambre sociale a opéré une

¹ J.-M. Verdier, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991, p. 5.

distinction entre les prérogatives que la loi attribue à tout syndicat et qui doivent donc bénéficier à chaque organisation syndicale (affichage, diffusion des informations syndicales...²) et celles qui permettent d'accéder au rang de négociateur et peuvent donc être réservées aux seuls syndicats représentatifs³.

Seront successivement abordés le nouveau visage de la représentativité dessiné par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, puis la manière dont cette loi a modifié la fonction des élections professionnelles.

I. - Le nouveau visage de la représentativité

L'article 2121-1 du code du travail prévoit que la représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants :

- 1° le respect des valeurs républicaines ;
- 2° l'indépendance ;
- 3° la transparence financière ;
- 4° une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ;
- 5° l'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L. 2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ;
- 6° l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- 7° les effectifs d'adhérents et les cotisations.

Les articles L. 2122-1, L. 2122-5 et L. 2122-9 de ce code précisent les critères de représentativité respectivement aux niveaux de l'entreprise, des branches professionnelles et au niveau national et interprofessionnel. L'aptitude à négocier doit être vérifiée au niveau de la négociation, conformément au principe de concordance.

Dans un souci de modernité, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a supprimé la présomption irréfragable de représentativité. Elle a également modernisé les critères de représentativité.

A. - La suppression de la présomption irréfragable de représentativité

Par l'arrêté du 31 mars 1966, l'État avait reconnu cinq confédérations syndicales représentatives au niveau national (CGT, CFDT, CFTC, CFE-CGC et CGT-FO). Tout syndicat affilié à l'une de ces organisations pouvait tirer sa représentativité de cette affiliation et la Cour de cassation avait conféré un caractère irréfragable à cette présomption.

Mais, au fil du temps, des interrogations sont nées, d'une part, en raison de l'émergence de nouveaux syndicats et, d'autre part, de l'abandon de l'appréciation de l'influence réelle d'un syndicat affilié dans le cadre où il exerce ses prérogatives.

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a abrogé cette présomption. Cependant, son article 11-IV prévoit son maintien pendant la période transitoire, jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, pour lesquelles la date fixée pour la première réunion de la négociation du protocole d'accord préélectoral est postérieure à la publication de la loi, sans préciser néanmoins s'il s'agissait d'une présomption simple ou irréfragable. La chambre sociale lui a conféré un caractère irréfragable, assurant ainsi la continuité avec les solutions antérieures⁴.

Avant la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, un syndicat pouvait prouver sa représentativité s'il réunissait les critères suivants : les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat et l'attitude patriotique pendant l'Occupation.

Selon la jurisprudence de la chambre sociale, le critère de l'indépendance du syndicat, notamment à l'égard de l'employeur, et celui de son influence étaient prépondérants. La haute juridiction considérait que le juge devait examiner les critères dans leur ensemble, dans le cadre d'une appréciation pondérée, l'insuffisance éventuelle d'un critère pouvant être compensée par un autre. Dès lors que le juge avait pris en compte les critères légaux, son appréciation était souveraine⁵.

Elle a également jugé que, pendant la période transitoire, la représentativité d'un syndicat pouvait être établie en apportant la preuve qu'il remplit les nouveaux critères de représentativité, à la seule exception de l'obtention d'un score électoral de 10 %, auquel il devra satisfaire dès les premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise, ou reconnue volontairement par l'employeur qui accorde à cette organisation les moyens réservés aux syndicats représentatifs⁶.

Conformément à l'article 13 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, la période transitoire a pris fin par la proclamation des résultats des premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise ou l'établissement dont la date fixée pour la négociation du protocole préélectoral est postérieure à la publication de la présente loi⁷, et au plus tard le 22 août 2012, ainsi que la chambre sociale l'a jugé dès un arrêt du 10 février 2010⁸.

² Soc., 21 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.017, *Bull.* 2011, V, n° 193 ; Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 11-14.292, *Bull.* 2012, V, n° 16.

³ Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 09-60.410, *Bull.* 2010, V n° 194 ; Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-26.955, *Bull.* 2013, V, n° 142.

⁴ Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.031, *Bull.* 2009, V, n° 180, publié au *Rapport annuel*.

⁵ Soc., 3 décembre 2002, pourvoi n° 01-60.729, *Bull.* 2002, V, n° 364, publié au *Rapport annuel*.

⁶ Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-60.282, *Bull.* 2010, V, n° 63, publié au *Rapport annuel*.

⁷ Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.258, *Bull.* 2011, V, n° 122.

⁸ Soc., 10 février 2010, pourvoi n° 09-60.244, *Bull.* 2010, V, n° 39, Soc., 28 janvier 2015, pourvoi n° 14-14.345, *Bull.* 2015, V, n° 14.

L'arrêté de la représentativité nationale et interprofessionnelle du 30 mai 2013 s'est substitué à l'arrêté de 1966. Il a reconnu comme représentatives au plan national et interprofessionnel la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFE-CGC et la CFTC, soit les mêmes organisations syndicales.

B. - Les nouveaux critères de représentativité

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a créé deux nouveaux critères : le respect des valeurs républicaines et la transparence financière, les autres critères de l'article L. 1221-1 du code du travail se situant dans la continuité des anciens critères.

On peut considérer que le respect des valeurs républicaines, l'indépendance, l'ancienneté de deux ans dans le champ géographique et professionnel couvrant l'activité de l'entreprise et la transparence financière sont relatifs aux qualités et à la compétence du syndicat pour s'implanter, alors que l'audience, les effectifs, les cotisations et l'influence établissent sa qualité représentative. La première série de critères concerne en effet les prérogatives que tout syndicat, qu'il soit ou non représentatif, peut exercer dans l'entreprise⁹.

1° Le respect des valeurs républicaines

Ce critère « *au contenu équivoque* »¹⁰, selon l'expression du professeur Pagnerre, a été substitué au critère de l'attitude patriotique pendant l'Occupation, jugé obsolète. Si la loi n'en trace pas les contours, la position commune avait évoqué « *le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance* ». Le législateur s'est opposé à la reprise de cette définition dans la loi. Pour le rapporteur du texte devant l'Assemblée nationale, « *le respect des valeurs républicaines s'entend, vous l'avez vous-même rappelé, comme le respect de l'ensemble de ce qui est contenu dans le bloc constitutionnel, en particulier la Déclaration des droits de l'homme, mais il inclut aussi d'autres éléments qui sont mentionnés dans la Déclaration des droits de l'homme et qui ne figurent pas dans le texte issu de la position commune, par exemple, la résistance à l'oppression, le respect de la propriété privée, tout ce qui est lié à l'ordre public* ».

La chambre sociale s'attache prioritairement à l'objet du syndicat¹¹, lequel ne peut être illicite. Elle prend également en compte son action « *en dépit des mentions figurant dans ses statuts* »¹² et vient de juger que « *la référence à la lutte des classes et à la suppression de l'exploitation capitaliste dans les statuts d'un syndicat ne méconnaît aucune valeur républicaine* »¹³.

Ce critère est présumé acquis et c'est à celui qui le conteste d'en rapporter la preuve¹⁴.

2° La transparence financière

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 impose aux syndicats un principe de transparence financière, qu'elle érige en critère à part entière de la représentativité syndicale, sans toutefois réformer le financement des organisations professionnelles, comme le voulait la Position commune. La loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 a modernisé les règles de financement des syndicats et des organisations patronales en prévoyant notamment la création d'un fonds paritaire (articles L. 2135-9 nouveau et suivants du code du travail).

Il ne ressort ni du texte de la loi ni de sa genèse que le législateur ait entendu sanctionner le non-respect des obligations comptables imposées aux syndicats par la perte de leur représentativité ou l'impossibilité d'accéder à cette qualité. La Cour de cassation a en conséquence permis aux syndicats qui ne respectent pas à la lettre leurs obligations comptables de prouver, par d'autres moyens, qu'ils satisfont à l'exigence de transparence¹⁵.

3° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation

Le critère de l'ancienneté est désormais quantifié. Il s'agit d'éviter la création de syndicats nouveaux juste avant les élections. La chambre sociale s'est prononcée sur sa constitutionnalité¹⁶ et sur sa conventionnalité¹⁷. L'ancienneté s'apprécie à la date de dépôt des statuts du syndicat en mairie. Un changement d'affiliation confédérale est indifférent¹⁸, une organisation syndicale pouvant librement se constituer et s'affilier en vertu du principe de la liberté syndicale consacré par la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical. Un changement de dénomination est également dépourvu d'incidence¹⁹.

S'agissant du champ professionnel et géographique, ce critère reprend le principe traditionnel de spécialité.

4° L'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience

Pour apprécier l'influence d'un syndicat, le juge doit prendre en considération l'ensemble de ses actions, y compris celles qu'il a menées alors qu'il était affilié à une confédération dont il s'est par la suite désaffilié²⁰.

⁹ M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles et des désignations de représentants syndicaux dans l'entreprise*, éd. Dalloz.

¹⁰ Y. Pagnerre, « Le respect des valeurs républicaines ou l'éthique syndicale », *JCP* 2009, éd. S, n° 6, 1050.

¹¹ Chambre mixte, 10 avril 1998, pourvoi n° 97-17.870, *Bull.* 1998, Ch. mixte, n° 2.

¹² Soc., 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-60.130, *Bull.* 2010, V, n° 235.

¹³ Soc., 25 janvier 2016, pourvoi n° 14-29.308.

¹⁴ Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-60.599, *Bull.* 2009, V, n° 181, publié au *Rapport annuel*.

¹⁵ Soc., 29 février 2012, n° 11-13.748, *Bull.* 2012, V, n° 83, publié au *Rapport annuel*.

¹⁶ Soc., 20 octobre 2011, QPC n° 11-60.203, *Bull.* 2011, V, n° 238 ; Soc., 30 novembre 2011, QPC n° 11-40.072, *Bull.* 2011, V, n° 278.

¹⁷ Soc., 29 février 2012, n° 11-60.203, *Bull.* 2012 V n° 82.

¹⁸ Soc., 3 mars 2010, pourvoi n° 09-60.283, *Bull.* 2010, V, n° 54, publié au *Rapport annuel* ; Soc., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-20.391, *Bull.* 2012, V, n° 293.

¹⁹ Soc., 17 avril 2013, pourvoi n° 12-18.430.

²⁰ Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-26.545, *Bull.* 2011, V, n° 213, publié au *Rapport annuel*.

5° L'appréciation des critères de représentativité par le juge

La chambre sociale décide que si les critères posés par l'article L. 2121-1 du code du travail doivent être tous réunis pour établir la représentativité d'un syndicat et si ceux tenant au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière doivent être satisfaits de manière autonome et permanente, ceux relatifs à l'influence prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience, aux effectifs d'adhérents et aux cotisations, à l'ancienneté dès lors qu'elle est au moins égale à deux ans et à l'audience électorale dès lors qu'elle est au moins égale à 10 % des suffrages exprimés font l'objet, dans un périmètre donné, d'une appréciation globale pour toute la durée du cycle électoral.

Doivent faire l'objet d'une appréciation autonome et isolée les critères relatifs à l'ancienneté minimale de deux ans, au score électoral d'au moins 10 % lors du premier tour des dernières élections des membres du comité d'entreprise, au respect des valeurs républicaines, à l'indépendance et à la transparence financière. Dès lors que ces critères autonomes sont satisfaits, la représentativité du syndicat doit être appréciée de manière globale²¹.

II. - La nouvelle finalité des élections professionnelles

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a fait de l'audience électorale un critère essentiel de la représentativité syndicale. L'on parle d'une représentativité ascendante, de la base, soit l'entreprise, vers les branches puis le niveau national et interprofessionnel au sommet, qui a remplacé une représentativité descendante. Seule sera étudiée ici la mesure de l'audience dans les entreprises, pour les syndicats intercatégoriels.

A. - L'appréciation du critère

Dans l'entreprise ou l'établissement, sont représentatives les organisations syndicales qui satisfont aux critères de l'article L. 2121-1 du code du travail et qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants.

La constitutionnalité²² de ce critère et sa conventionnalité²³ ont été reconnues.

L'exigence d'un certain score électoral pour accéder à la représentativité est d'ordre public absolu²⁴, ce qui interdit, par suite, à un accord collectif comme à un employeur de reconnaître la qualité d'organisation syndicale représentative à une organisation qui n'a pas satisfait à cette condition²⁵.

1° Élection à prendre en considération

L'élection de référence est celle des membres du comité d'entreprise ou d'établissement, même si un accord collectif prévoit un périmètre différent pour la désignation des délégués syndicaux²⁶. Ce n'est que lorsqu'il ne s'est pas tenu dans l'entreprise d'élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel qu'est prise en compte l'élection des délégués du personnel²⁷.

Le syndicat intercatégoriel doit avoir obtenu 10 % des voix au premier tour des élections tous collèges confondus, peu important qu'il n'ait pas présenté de candidat dans chacun des collèges²⁸, et peu important que certains salariés soient électeurs dans des collèges spécifiques²⁹.

2° Effets de l'affiliation syndicale

Avant la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, les syndicats d'une entreprise affiliés à la même confédération représentative sur le plan national ne pouvaient présenter qu'une seule liste de candidats au nom de cette confédération lors des élections professionnelles³⁰. Cette position de principe s'expliquait tout d'abord par des raisons juridiques, la présentation d'une liste électorale étant réservée aux syndicats représentatifs et la représentativité des syndicats affiliés à une même confédération découlant de cette affiliation. Elle se justifiait ensuite par des raisons historiques, le syndicalisme français étant un syndicalisme de tendance, organisé en unions ou confédérations.

La chambre sociale a maintenu sa jurisprudence après l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008³¹, que la confédération soit ou non représentative.

Avalisant une solution jurisprudentielle³², l'article L. 2122-3-1 du code du travail, introduit par la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, prévoit que, lors du dépôt de la liste, le syndicat indique, le cas échéant, son affiliation à une organisation syndicale. À défaut d'indication, l'organisation syndicale ne recueille pas les suffrages exprimés en faveur du syndicat qui lui est affilié pour la mesure de l'audience prévue au 5° de l'article L. 2121-1.

3° Effets de la désaffiliation

En l'absence de toute disposition légale, la chambre sociale, après avoir consulté les partenaires sociaux, a, dans une série d'arrêts rendus le 18 mai 2011 et publiés au *Rapport annuel* de la Cour, affirmé que l'affiliation

²¹ Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 11-13.748, *Bull.* 2012, V, n° 83, publié au *Rapport annuel* ; Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-29.984, *Bull.* 2013, V, n° 268.

²² Formation spéciale de constitutionnalité, 18 juin 2010, n° 10-40.005.

²³ Soc., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-60.426, *Bull.* 2010, V, n° 100, publié au *Rapport annuel*.

²⁴ Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.406, *Bull.* 2011, V, n° 116, publié au *Rapport annuel*.

²⁵ Soc., 29 mai 2013, pourvoi n° 12-26.457, *Bull.* 2013, V, n° 143.

²⁶ Soc., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-72.856, *Bull.* 2010, V, n° 257.

²⁷ Soc., 13 juillet 2010, pourvoi n° 10-60.148, *Bull.* 2010, V, n° 176.

²⁸ Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 10-10.678, *Bull.* 2010, V, n° 195.

²⁹ Soc., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-22.289, *Bull.* 2012, V, n° 125.

³⁰ Soc., 16 octobre 2001, pourvoi n° 00-60.203, *Bull.* 2001, V, n° 322, publié au *Rapport annuel*.

³¹ Soc., 22 septembre 2010, pourvoi n° 10-60.135, *Bull.* 2010, V, n° 184, publié au *Rapport annuel*.

³² Soc., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-22.291, *Bull.* 2012, V, n° 126.

confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs. De cet élément, elle a tiré trois conséquences juridiques.

En premier lieu, pour établir ou maintenir sa représentativité, un syndicat ne peut pas ou ne peut plus invoquer des suffrages recueillis lors des élections professionnelles dans l'entreprise, dès lors qu'ils ont été obtenus sous l'étiquette d'une confédération dont le syndicat s'est par la suite désaffilié.

En deuxième lieu, la confédération, ou l'une de ses fédérations ou unions, sous l'étiquette de laquelle le score électoral a été obtenu peut, elle, procéder à la désignation d'un délégué syndical afin de maintenir dans l'entreprise la présence du mouvement syndical auquel les électeurs ont accordé au moins 10 % de leurs suffrages, mais à la condition qu'au jour de cette désignation, elle justifie de l'existence dans l'entreprise d'une section syndicale constituée sous son sigle.

Enfin, pour désigner un représentant syndical au comité d'entreprise dans une entreprise d'au moins trois cents salariés, un syndicat ne peut pas se prévaloir de l'existence d'élus qui ont été présentés sous une affiliation différente de la sienne³³.

La chambre sociale a ensuite précisé qu'en cas de désaffiliation intervenant après ces élections, le syndicat ne peut plus se prévaloir des suffrages ainsi obtenus pour revendiquer sa représentativité, quand bien même la décision de désaffiliation émane de la confédération³⁴.

4° Listes communes

Créé par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, l'article L. 2122-3 du code du travail encadre la répartition des suffrages exprimés en cas de liste commune, qui doit se faire sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste, et, à défaut d'indication, à part égale entre les organisations. Cette répartition est déterminée librement par les organisations syndicales et peut même aboutir à faire bénéficier l'une d'elles de l'intégralité des suffrages exprimés³⁵.

La répartition des suffrages, lorsque les syndicats formant une liste commune ont choisi qu'elle ne soit pas à parts égales, doit être portée tant à la connaissance de l'employeur qu'à celle des électeurs de l'entreprise ou de l'établissement concerné avant le déroulement des élections et, à défaut, la répartition s'opère à parts égales³⁶.

B. - La transformation de la fonction des élections professionnelles³⁷

L'entreprise est reconnue comme base de détermination de la représentativité, la notion faisant l'objet d'une sorte de déconstruction. Le législateur et les signataires de la position commune ont ainsi souhaité que l'action concrète menée par les syndicats sur les lieux de travail pèse d'un poids prépondérant dans le vote des salariés³⁸.

La finalité des élections professionnelles est désormais double. À une fonction traditionnelle consistant en la mise en place d'une représentation élue du personnel sur le lieu de travail, s'est ajoutée la détermination de la représentativité aux différents niveaux.

En prévoyant une mesure de l'audience relativement aux suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise quel que soit le nombre de votes, l'article L. 2122-1 du code du travail fait peser sur ce premier tour des enjeux considérables pour les organisations syndicales. Les votes exprimés lors de ce premier tour doivent être dépouillés et recensés, même si le quorum n'a pas été atteint. Cet élément a conduit la chambre sociale à revenir sur sa jurisprudence antérieure³⁹ et à autoriser la contestation du premier tour du scrutin, à condition qu'elle intervienne dans le délai de quinze jours suivant la proclamation de ce résultat⁴⁰ ou la publication d'un procès-verbal de carence⁴¹.

On peut s'interroger sur la représentativité des syndicats lorsque l'audience est mesurée à l'aune d'un faible nombre de suffrages, abstraction faite de surcroît des bulletins blancs⁴².

La chambre a également décidé qu'à moins qu'elles soient directement contraires aux principes généraux du droit électoral, les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultat des élections ou, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, si, s'agissant du premier tour, elles ont été déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise, ou du droit pour un candidat d'être désigné délégué syndical⁴³.

Par deux arrêts rendus le 6 janvier 2011⁴⁴, la chambre sociale a précisé le mode de calcul de l'audience électorale des syndicats : tout bulletin exprimé en faveur d'une organisation syndicale doit être pris en compte pour une unité quand bien même le nom de certains candidats aurait été rayé. Il ne s'agit plus en effet de savoir combien une liste a d'élus et qui sont ces derniers, mais d'apprécier, à travers un vote, « l'adhésion » des électeurs à des organisations syndicales et la confiance qu'ils leur témoignent pour les représenter dans la négociation collective.

³³ Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.300, *Bull.* 2011, V, n° 121 ; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-21.705, *Bull.* 2011, V, n° 124 ; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.069, *Bull.* 2011, V, n° 125 ; Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.273, *Bull.* 2011, V, n° 123.

³⁴ Soc., 28 novembre 2012, pourvoi n° 12-14.528, *Bull.* 2012, V, n° 311.

³⁵ Soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 14-11.634, *Bull.* 2014, V, n° 259.

³⁶ Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 09-60.208, *Bull.* 2010, V, n° 6 ; Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-17.603, *Bull.* 2011, V, n° 59.

³⁷ J.-M. Béraud, « La nouvelle fonction des élections professionnelles », *Semaine sociale Lamy* 2011, 1485.

³⁸ G. Borenfreund, « Les fonctions des élections professionnelles dans l'entreprise », *Droit social* 2013, 486.

³⁹ Soc., 7 mai 2002, pourvoi n° 00-60.229, *Bull.* 2002, V, n° 145.

⁴⁰ Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-60.453, *Bull.* 2010, V, n° 113.

⁴¹ Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-60.139, *Bull.* 2012, V, n° 38.

⁴² D. Boulmier, « La loi du 20 août 2008 et la représentativité... arithmétique étrange et autres singularités », *JCP* 2014, éd. S, 1209.

⁴³ Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 09-60.203, *Bull.* 2010, V, n° 7, publié au *Rapport annuel*.

⁴⁴ Soc., 6 janvier 2011, pourvois n° 10-17.653, *Bull.* 2011, V, n° 10, et n° 10-60.168, *Bull.* 2011, V, n° 11, publiés au *Rapport annuel*.

Compte tenu des nouveaux enjeux des élections professionnelles, le contentieux a augmenté et s'est complexifié.

Une difficulté : l'absence de formalisation des résultats électoraux en termes de représentativité

La loi n'a pas prévu de mention sur les procès-verbaux des résultats relatifs à la représentativité.

Il n'appartient pas à l'employeur de décider quelles sont les organisations syndicales représentatives à l'issue du scrutin en faisant ainsi courir un délai de contestation à l'encontre des organisations intéressées. Le délai de forclusion de contestation des élections ne peut dès lors être opposé à un syndicat qui ne remet pas en cause les résultats de l'élection, à savoir le nombre de suffrages exprimés dans chaque collège, celui recueilli par chaque liste et le nom des élus⁴⁵.

En effet, la représentativité d'un syndicat doit être appréciée à chaque fois que celui-ci exerce une prérogative syndicale et que l'exercice de cette prérogative est contestée. Le jugement statuant sur la représentativité d'un syndicat, à l'occasion d'une contestation de la désignation par lui d'un représentant syndical, ne constitue pas un fait nouveau susceptible de remettre en cause d'autres désignations syndicales par ce même syndicat⁴⁶.

Dans son « *bilan de la mise en œuvre de la jurisprudence de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008* », la chambre sociale avait souhaité que soit instauré, dans un souci de sécurité, un processus tendant, en même temps que la proclamation des élus, à la proclamation des syndicats représentatifs et ouvrant un bref délai de contestation à l'issue duquel la situation serait sécurisée pour toute la durée du cycle électoral. Il n'a pas été donné suite à cette suggestion.

⁴⁵ Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-25.429, *Bull.* 2012, V, n° 39 publié au *Rapport annuel*.

⁴⁶ Soc., 26 juin 2013, pourvoi n° 11-25.456, *Bull.* 2013, V, n° 170.

Représentativité syndicale

Raymonde Vatinet,

professeur à l'université de Panthéon-Assas Paris II

Lorsqu'une construction souffre d'un vice grave de conception, les rafistolages ne servent pas à grand-chose. C'est le cas de notre système de relations professionnelles. Il repose sur de très mauvaises fondations. Une conception idéologique du pluralisme syndical, longtemps incompatible avec le principe majoritaire, une vision incertaine de la représentation du personnel dans l'entreprise - mêlant sans cohérence représentation élue et représentation syndicale, ni l'une ni l'autre n'ayant de finalité propre précisément définie - sont à l'origine de l'inefficacité de notre droit des relations professionnelles, que les rafistolages juridiques, tels que ceux qui ont été réalisés en 2008, maintiennent ou aggravent selon le cas mais n'améliorent jamais.

Changer les règles de représentativité syndicale pour donner plus de légitimité à des organisations syndicales qui attirent de moins en moins de salariés (la désaffection des jeunes salariés, en particulier, laisse mal augurer de l'avenir des grandes centrales : v. DARES, Analyses, n° 025, mai 2016, « *La syndicalisation en France* ») était un challenge que les partenaires sociaux ont tenté de relever en adoptant l'ANI du 11 janvier 2008, suivis par le législateur avec la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale.

On a supprimé la présomption irréfragable de représentativité, ou « représentativité d'emprunt », en oubliant les raisons qui en avaient justifié sa mise en place. Après les événements de mai 1968, le gouvernement de Georges Pompidou, le patronat (c'était alors de CNPF) comme les principaux syndicats, qui avaient été complètement débordés par le mouvement, étaient tombés d'accord pour miser sur un syndicalisme fort, capable de canaliser les mécontentements et de fournir aux patrons comme aux pouvoirs publics des interlocuteurs sérieux. La représentativité d'emprunt, au service des nouvelles dispositions légales relatives au droit syndical dans l'entreprise, était destinée à permettre aux grandes centrales de s'implanter dans les entreprises. Si elles n'y sont pas parvenues, la représentativité d'emprunt prévue par la loi du 27 décembre 1968 n'y est pour rien. Revenir au principe de concordance n'était donc pas nécessairement la meilleure chose à faire. On pouvait améliorer la représentativité d'emprunt, par la mesure d'une audience de branche, sans la supprimer.

Désormais, la représentativité doit être appréciée selon les mêmes critères ou des critères sensiblement de même nature, *hic et nunc*, à chacun des niveaux où s'exerce une prérogative réservée aux syndicats représentatifs et, en principe, à chacun des moments où une telle prérogative devrait être exercée. Or, ce n'est pas toujours possible compte tenu des caractéristiques des entreprises contemporaines.

Dans sa conception même, le principe de concordance n'est pas toujours d'une parfaite cohérence.

Il mérite en tout cas d'être combiné avec un principe de stabilité, indispensable au bon fonctionnement de notre système de relations professionnelles.

I. - Remarques sur le principe de concordance

Pour mesurer la légitimité du syndicat, le principe de concordance présente un intérêt bien limité ; ses limites sont de nature différente suivant le type de critères de représentativité envisagé.

A. - Les critères qualitatifs - comme le respect des valeurs républicaines ou l'indépendance - semblent, à première vue, pouvoir être mieux appréciés grâce au principe de concordance, en étant analysés sous des angles différents.

Au niveau national - celui de la branche ou de l'interprofession -, les valeurs républicaines ou l'indépendance sont appréciées en contemplation des statuts, des programmes, des mots d'ordre de l'organisation elle-même ainsi que de la publication de ses comptes telle qu'elle lui est désormais imposée. La réalité de son action est prise en considération plus que les termes de ses statuts, comme en témoigne l'arrêt rendu par la chambre sociale le 13 octobre 2010 en faveur de la CNT (pourvoi n° 10-60.130, *Bull.* 2010, V, n° 235).

Au niveau local, c'est, d'une manière plus concrète, le comportement des militants qui sera révélateur de leurs valeurs et de leur indépendance.

Si la légitimité de ces appréciations ne fait aucun doute, il est permis de douter de leur pertinence comme mesure de la représentativité d'une organisation. Après tout, une organisation pourrait être « représentative » d'un courant d'opinion important parmi les salariés quels que soient la légitimité de ses valeurs ou son degré d'indépendance vis-à-vis de l'employeur.

En réalité, s'agissant de l'organisation elle-même, c'est beaucoup plus sa qualité d'organisation syndicale, la licéité de son objet ou encore la légalité de ses statuts ou de ses règles de fonctionnement qui sont vérifiées à travers de tels critères qualitatifs que sa représentativité à proprement parler. C'est d'ailleurs bien ainsi que la Cour de cassation avait envisagé les choses en 1998 lorsqu'elle avait disqualifié certains syndicats comme le FNP (chambre mixte, 10 avril 1998, pourvoi n° 97-17.870, *Bull.* 1998, Ch. mixte, n° 2 ; rapp. Soc., 15 novembre 2012, pourvoi n° 12-27.315, *Bull.* 2012, V, n° 296, *RDT* 2013, p. 277, obs. M. Grévy).

Pour ce qui est du comportement des militants du syndicat, s'il était contraire aux valeurs républicaines ou anormalement soumis à l'employeur, c'est la discipline interne au syndicat qui serait en cause, plus que sa représentativité (v. F. Petit, « La discipline syndicale », *Dr. soc.*, 2015, p. 442).

En réalité, ces critères sont la mesure de la légitimité du syndicat plus que de sa représentativité. Il est naturel de penser que la légitimité conditionne l'exercice des prérogatives reconnues aux syndicats représentatifs. Mais elle présente le risque d'être appréciée de manière très subjective lorsque la légalité du mouvement ou la licéité de ses actes n'est pas en jeu. La légitimité doit se rapprocher de la licéité, par une conception plus « objective » et plus précise des valeurs républicaines, comme de l'indépendance (les arrêts rendus à propos de la CNT ou, plus récemment, de SUD témoignent de la difficulté qu'il y aurait à apprécier le critère relatif aux valeurs républicaines autrement qu'en s'attachant au respect de la seule légalité républicaine : v. Soc., 25 janvier 2016, pourvoi n° 14-29.308).

Au reste, il serait sans doute souhaitable de définir plus strictement l'objet des syndicats (ce qui serait d'autant plus utile qu'ils subissent désormais la concurrence de certaines associations ou de mouvements sporadiques, plus ou moins spontanés, de salariés) et leurs obligations (transparence financière et indépendance vis-à-vis des employeurs mais aussi - pourquoi pas ? - vis-à-vis des partis politiques et des pouvoirs publics, limitation des cumuls de mandats syndicaux et électifs...). Restaurer leur crédibilité pourrait être la condition du renforcement de leur représentativité.

B. - Le critère de l'audience électorale a été privilégié par les auteurs des textes de 2008. La légitimité de ce critère paraît aller de soi, mais, comme tout ce qui paraît aller de soi, elle pourrait s'accommoder de quelques nuances.

Il est un peu paradoxal de constater qu'à une époque où la légitimité des représentants de la nation, élus par l'ensemble des citoyens et normalement garants de l'intérêt général, est de plus en plus remise en cause, une importance accrue soit accordée à une légitimité électorale souvent dérisoire (par le pourcentage exigé lorsqu'il n'est que de 8 ou 10 % des seuls suffrages exprimés) obtenue à tous les niveaux, les plus restreints soient-ils, comme celui de l'établissement, où l'angle de vue des problèmes qui se posent aux salariés est sans doute plus concret (garantissant une bonne connaissance des conditions réelles de travail) mais aussi excessivement étroit (portant le risque d'une appréciation à très courte vue de l'intérêt des salariés et des problèmes de l'emploi).

1° Le critère de l'audience électorale est sans doute pertinent au niveau de la branche et de l'interprofession, d'autant que le ministre chargé d'identifier les syndicats représentatifs, sous le contrôle du juge administratif, doit normalement s'assurer de l'équilibre de l'implantation territoriale de l'organisation syndicale au sein de la branche (article L. 2122-5, 2°, du code du travail), ce qui devrait conduire à écarter le label de représentativité lorsque le syndicat demandeur paraît totalement absent d'un secteur important de la branche considérée. Au niveau interprofessionnel, il convient également de s'assurer d'une représentativité dans chacune des branches qui constituent les secteurs clés de notre économie nationale : industrie, construction, commerce et services (article L. 2122-9 du code du travail). Même si le score électoral consolidé qui est requis est limité à 8 %, une « couverture » minimale de l'ensemble des salariés est ainsi exigée.

Il resterait à relever le seuil électoral requis pour contraindre les organisations à s'entendre afin d'atteindre plus aisément ensemble un seuil qu'aucune d'elles ne parviendrait à atteindre seule. Le renforcement du mouvement syndical français est sans doute à ce prix, qui permettrait de briser des clivages idéologiques désormais privés de sens.

2° L'opportunité de l'audience électorale comme critère de représentativité dans le groupe, l'UES, l'entreprise ou l'établissement est plus douteuse. Certes, l'audience ne peut être mesurée que lors des élections professionnelles dans l'entreprise. Mais retenir, de manière rigide, ce critère quantitatif pour déterminer l'exercice des prérogatives réservées aux syndicats représentatifs à ces niveaux-là présente de sérieux inconvénients.

La complexité de certaines structures, la multiplication des risques que font naître tantôt une concurrence voire des conflits exacerbés entre syndicats, tantôt au contraire des rapprochements de circonstances très fragiles font de la recherche d'une légitimité électorale un exercice très factice.

Il arrive qu'un équilibre soit nécessairement recherché dans l'implantation et l'action du syndicat entre les différents établissements, comme c'est le cas pour la désignation d'un délégué syndical central. Il a été jugé, en effet, que la représentativité d'un syndicat pour la désignation d'un délégué syndical central d'entreprise doit s'apprécier par rapport à l'ensemble du personnel de l'entreprise (Soc., 14 décembre 2015, pourvoi n° 15-10.902, *RJS* 2016, n° 190 ; la chambre sociale n'exerce à cet égard qu'un contrôle restreint, portant sur la méthode d'appréciation des critères, qui doit être globale, et l'ensemble des constatations effectuées, pour s'en remettre au pouvoir souverain d'appréciation de la représentativité au niveau de l'ensemble de l'entreprise). Le risque tient à ce qu'une entreprise soit privée de toute possibilité de désignation d'un délégué syndical central en cas de répartition très éclatée des différents syndicats par établissement, chacun d'eux possédant son propre petit bastion.

Il arrive aussi que la complexité des structures et leur découpage particulier nécessite des ajustements qui rendent plus malaisée l'identification du cadre d'appréciation de la représentativité, comme en cas de regroupement d'établissements (rapp. Soc., 6 janvier 2016, pourvoi n° 15-12.967, *RJS* 2016, n° 191).

À la complexité des structures s'ajoute le fait que les élections n'ont pas toujours lieu aux mêmes dates à chaque niveau et dans chaque élément de l'ensemble que constitue l'entreprise, l'UES ou le groupe. Il faut alors attendre les résultats des dernières élections organisées pour avoir une vision d'ensemble des représentativités syndicales (circ. DGT 20 du 13 novembre 2008, fiche n° 1, n° 1.2.2).

Dans un grand nombre de cas, seul un accord entre les différentes parties prenantes permettra que la mesure de l'audience électorale s'organise au mieux. Mais un tel accord est difficile car ce système de mesure est un facteur supplémentaire de tensions et de conflits inter-syndicaux dans l'entreprise, qui n'avait pas besoin de cela, ses salariés non plus (sur un cas d'infidélité syndicale et ses répercussions sur l'appréciation de la concordance entre la représentativité du syndicat auteur d'une désignation et l'audience personnelle du salarié désigné comme délégué syndical en se prévalant d'un score électoral obtenu sous une autre étiquette syndicale, v. Soc., 17 avril 2013, pourvoi n° 12-22.699, *Bull.* 2013, V, n° 104).

Mais la complexité de l'organisation des entreprises serait sans doute une difficulté surmontable sans l'instabilité désormais chronique qui est la leur, instabilité structurelle que les auteurs de la réforme de 2008 ne paraissent pas avoir suffisamment envisagée.

II. - Un principe de stabilité nécessaire

Le principe de concordance, *hic et nunc*, postule que les critères de représentativité soient appréciés non seulement au niveau où s'exerce chacune des prérogatives réservées aux syndicats représentatifs, mais aussi à la date à laquelle elle est appelée à s'exercer.

À cet égard, les auteurs de la réforme de 2008 ont eu de l'entreprise une conception trop abstraite et, surtout, trop ancienne. La conception sur laquelle s'est fondé tout le droit de la représentation élue du personnel de l'entreprise est celle d'une entreprise offrant un cadre stable à l'organisation d'élections permettant la représentation d'une collectivité du personnel elle-même relativement homogène et affectée pour une certaine durée à ce cadre de travail.

Notre droit de la représentation du personnel n'est pas adapté aux particularismes de l'entreprise post-moderne, fruit de l'évolution du capitalisme. Un auteur a remarquablement décrit « *L'émergence de l'entreprise-marchandise* » (Ch. Hannoun, in *RDT* 2010, p. 22. Du même auteur, v. « *L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail* », *RDT* 2008, p. 288), ces nouvelles stratégies économiques où il ne s'agit plus d'accumuler un capital stable pour assurer une production mais où il est essentiel de valoriser l'entreprise grâce et en vue de sa cession par petits bouts... Dans un tel cadre, les résultats électoraux d'aujourd'hui ne seront plus significatifs demain mais pourront le redevenir après-demain ; la légitimité électorale devient fugitive, épisodique.

Or, le rôle reconnu aux syndicats représentatifs suppose un minimum de durée dans la reconnaissance de leur capacité à agir, qui ne peut être remise en cause à tout moment, il y va de l'efficacité des processus de négociation, de la stabilité des accords collectifs signés et des désignations accomplies.

Au niveau national, la question a été réglée par le législateur lui-même, puisque la mesure de l'audience s'effectue tous les quatre ans (articles L. 2122-9 et L. 2122-10-1), le ministre arrête la liste des organisations reconnues représentatives pour la durée du cycle électoral (article L. 2122-11).

Rien de tel n'a été prévu dans l'entreprise, si ce n'est que la mesure de l'audience électorale est tributaire des résultats du premier tour des « dernières » élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou encore des délégués du personnel.

Cependant, la représentativité admise au lendemain de ce premier tour peut être remise en question avant même l'organisation des élections suivantes, pour deux causes.

D'une part, les critères qualitatifs, relatifs aux qualités « éthiques » attendues des syndicats représentatifs - respect des valeurs républicaines ou indépendance - peuvent *a priori* être contestés à tout moment, dès que se manifeste un mépris de l'une de ces valeurs essentielles ou un manque d'indépendance vis-à-vis de l'employeur.

D'autre part, la légitimité électorale elle-même peut être remise en question à l'occasion d'une élection partielle ou d'une réorganisation de l'entreprise.

Le principe de concordance strictement entendu supposerait une reconnaissance de la représentativité « au fil de l'eau », en tout cas à la date d'exercice de chaque prérogative. Mais le processus deviendrait alors tellement aléatoire qu'aucun exercice satisfaisant d'une prérogative syndicale ne pourrait être garanti.

À cet égard, la Cour de cassation a certainement adopté le parti le plus sage qui soit, quels qu'en soient les inconvénients (et le bien-fondé de certaines des critiques dont elle a fait l'objet).

La chambre sociale a choisi le moindre mal, en faisant le choix, réaliste, de la stabilité de la reconnaissance de la représentativité dans l'entreprise, plutôt que celui, idéaliste, d'une reconnaissance au fil de l'eau.

Ainsi en transposant, au niveau de l'entreprise, le choix légal qui a été fait pour le niveau national et en décidant que « *la représentativité des organisations syndicales, dans un périmètre donné, est établie pour la durée du cycle électoral* » pour en déduire que « *les résultats obtenus lors d'élections partielles ne peuvent avoir pour effet de modifier la mesure de la représentativité calculée lors des dernières élections générales* » (Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 12-18.098, *Bull.* 2013, V, n° 42, *RJS* 2013, n° 295 ; *RDT* 2013, p. 418, obs. Odoul-Asorey ; *Dr. soc.* 2013, 374, note F. Petit. V. aussi Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-29.984, *Bull.* 2013, V, n° 268, *Dr. social* 2014, p. 84, note Ch. Radé).

La chambre sociale est allée plus loin encore en considérant que l'annulation des élections des membres du comité d'entreprise n'ayant pas d'effet rétroactif, elle est « *sans incidence sur la régularité des désignations, en qualité de délégué syndical et de représentant syndical au comité d'entreprise, des salariés dont le mandat prend fin, en application des articles L. 2143-11 et L. 2324-2 du code du travail, lors des nouvelles élections renouvelant l'institution représentative du personnel* » (Soc., 11 mai 2016, pourvoi n° 15-60.171, en cours de publication. V. aussi Soc., 12 avril 2016, pourvoi n° 15-18.652, en cours de publication). Autrement dit, les désignations demeurent valables jusqu'à la fin du cycle électoral nonobstant l'annulation des élections.

Ce n'est sans doute qu'à ce prix que le système mise en place par la loi de 2008 sera à peu près viable.

Dès l'arrêt du 13 février 2013, l'expression « *dans un périmètre donné* » attirait l'attention, laissant supposer que la solution pourrait être différente si le « périmètre », c'est-à-dire le cadre dans lequel le processus électoral a eu lieu, était modifié (v. F. Petit, *op. cit.*)

L'impact sur la représentativité d'une restructuration modifiant le « périmètre » d'organisation des élections restait à apprécier.

À cet égard, les choses ne sont pas encore parfaitement réglées, la chambre sociale avançant prudemment, pas à pas (un auteur a comparé les évolutions de cette jurisprudence aux temps d'une valse, v. J. Icart, *Dr. soc.* 2015, p. 624).

Par plusieurs arrêts rendus le 19 février 2014, elle a jugé que la représentativité étant établie pour la durée du cycle électoral, l'entrée ou la sortie d'un établissement est sans incidence - prise en location-gérance ou cession d'établissements (pourvois n° 12-29.354, n° 13-16.750, n° 13-17.445, n° 13-20.069, *Bull.* 2014, V, n° 58 à 61, *RDT* 2014, p 272 ; v. les critiques très vives et argumentées de Emeric Jeansen et Y. Pagnerre, « La dictature du cycle électoral », *JCP* 2014, éd. S, 1121).

En réalité, si les effectifs globaux sont affectés par ce type d'événement, le « périmètre » de l'entreprise ne l'est pas nécessairement pour autant (Soc., 6 janvier 2016, pourvois n° 15-14.027, n° 15-15.084, n° 15-60.138, *RJS* 2016, n° 189).

La stabilité nécessaire de la reconnaissance de la représentativité peut encore être préservée.

Mais cette préservation atteint probablement ici ses limites, qui devraient coïncider avec la limite du maintien de l'autonomie juridique, condition du maintien des IRP et des mandats.

Pour l'heure en tout cas, la chambre sociale parvient vaillamment à donner des interprétations pragmatiques des textes.

C'est ainsi qu'elle a pu admettre qu'à la suite d'un transfert d'entreprise, la désignation en tant que délégués syndicaux de l'entreprise d'accueil de salariés issus d'une entreprise transférée échappe aux règles de priorité de l'article L. 2143-3 du code du travail, de telle sorte que la présence au sein de cette entreprise de candidats ayant recueilli au moins 20 % des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles n'y fait pas obstacle (Soc., 15 avril 2015, pourvoi n° 14-18.653, *Bull.* 2015, V, n° 90, *Dr. soc.* 2015, p. 624, obs. J. Icart).

C'est ainsi également qu'elle tend à faciliter autant que faire se peut la négociation d'un accord de substitution en permettant qu'il soit négocié et conclu avant la fusion, du moment qu'il a été signé par l'ensemble des organisations représentatives de la nouvelle entreprise issue de la fusion et que toutes les organisations représentatives existantes au sein de chaque entité englobée dans la fusion ont été appelées à négocier sans exclusive (Soc., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-16.043, en cours de publication, *JCP* 2016, éd. S, 1006, com. Y. Pagnerre).

La jurisprudence assure ainsi du mieux possible l'organisation des relations professionnelles entre deux cycles, quels que soient le cours chaotique de l'entreprise durant cette période et les répercussions qui en résultent sur la légitimité des syndicats.

Comme cela est possible pour les citoyens entre deux élections politiques, il est toujours possible pour les salariés et les syndicats de ronger leur frein dans l'attente des élections professionnelles suivantes.

Étant entendu que, lors d'un nouveau cycle électoral, les représentativités nouvelles issues des nouvelles élections doivent pouvoir se manifester pleinement et exclusivement. C'est ainsi qu'il conviendrait en bonne logique, suivant les excellentes préconisations du rapport Césaro, de permettre aux syndicats dont la représentativité a été établie à l'issue d'un nouveau processus électoral de remettre en cause les accords signés par des organisations ayant perdu leur représentativité. Le droit des contrats (qui n'autorise la dénonciation ou la révision d'un contrat que par les seules parties qui l'ont initialement conclu) doit ici céder la place au droit de la représentation, au sens du droit public, représentation des intérêts collectifs qui gouverne la production de normes à portée générale. Ce droit de la représentation collective permet à une nouvelle majorité de dénoncer ce qui a été fait par l'ancienne, mais, en principe, le respect des institutions et de l'état de droit n'autorise pas de pareilles remises en cause... avant le terme de chaque cycle électoral.

La représentativité patronale

Patrick Quinqueton, conseiller d'État, délégué général de la section sociale

Aussi paradoxal que cela n'apparaisse, il est bien difficile de savoir ce qu'est une organisation patronale. Au fond, personne n'en sait rien. Les modes d'organisation que se sont donnés les entreprises relèvent le plus souvent d'un ensemble complexe d'intérêts à défendre, parmi lesquels la fonction « patronale » n'est qu'une fonction parmi d'autres. Ces organisations dites « professionnelles » s'occupent des évolutions techniques de la branche, des normes, du commerce international, des garanties à mettre en place, de la défense et de la promotion de l'activité... et de la négociation collective de branche ! Leur qualité d'organisation « patronale », c'est-à-dire centrée sur le rapport entre les employeurs et les salariés, ne représente qu'une partie de cette activité. Certes, certaines organisations patronales anciennes sont très clairement identifiées comme organisations d'employeurs - comme l'UIMM¹, ou la FNB². Mais de nombreuses autres sont autant des organisations d'entreprises que des organisations d'employeurs.

La représentativité des organisations d'employeurs et de salariés a d'ailleurs longtemps relevé de l'implicite ou du souverain. Les organisations syndicales de salariés représentatives sont depuis la Libération celles qui sont déterminées par un arrêté du ministre du travail, dont le plus récent datait de 1966, après la mutation de la CFTC en CFDT. Une position commune en date du 9 avril 2008 et signée par les organisations d'employeurs et les seules CGT et CFDT a ouvert la voie à la mesure de l'audience pour la représentativité syndicale. Les débats n'ont commencé qu'à partir de l'innovation qui a été la loi Larcher, conduisant le gouvernement à saisir préalablement les partenaires sociaux, sur le fondement de l'article L. 1 du code du travail, d'une intention de réforme aux fins d'une éventuelle négociation nationale interprofessionnelle. Les organisations d'employeurs représentatives au niveau national interprofessionnel se sont longtemps limitées à deux organisations, dont une partie significative des adhérents étaient commune, le CNPF - devenu MEDEF³ - et la CGPME⁴. Un long conflit juridique qui s'est étalé sur une demi-décennie a d'ailleurs opposé le MEDEF et l'UPA⁵ sur la représentativité de cette dernière au niveau interprofessionnel. Plusieurs décisions du Conseil d'État statuant au contentieux ont, sur ce point, constaté que l'UPA était représentative, par une motivation qui illustre les critères retenus historiquement⁶.

Mais, précisément, l'intervention de la loi du 20 août 2008 avait fortement revu la détermination de la représentativité des organisations syndicales de salariés, à partir d'une position commune adoptée par les organisations d'employeurs et par les deux plus grandes organisations confédérales le 9 avril de la même année. Les organisations de salariés voyant leur audience mesurée aux fins de leur accorder (ou non) la qualité d'organisation représentative les conduisaient à se demander - et à demander publiquement - que celle-ci fasse aussi l'objet de critères de représentativité, et en particulier d'une mesure de leur audience, le gouvernement intervenant dans le même sens.

Une position commune du MEDEF, de la CGPME et de l'UPA en date du 19 juin 2013 a énoncé quelques objectifs partagés par les organisations en cause :

- des principes valables pour toute organisation patronale, qu'elle soit de branche ou interprofessionnelle ;
- une représentativité « montante » ou « ascendante » fondée sur l'adhésion des entreprises ;
- un champ de représentativité qui corresponde aux activités économiques des adhérents ;
- des critères de représentativité prenant en compte le poids ainsi que l'influence, l'indépendance et la transparence ;
- une application pragmatique de ces principes pour ne pas déstabiliser la négociation sociale.

C'est un rapport du directeur général du travail⁷ qui a fixé le cadre possible d'une mesure de l'audience des organisations patronales. La reprise des critères prévus pour la représentativité syndicale ne faisait pas vraiment difficulté. Sur la transparence financière, il était proposé d'imposer à chaque organisation d'employeurs la certification de ses comptes. La mesure de l'audience reposerait sur la prise en compte des adhésions, avec un seuil de 8 % des entreprises de la branche qui seraient adhérentes, directement ou par l'intermédiaire d'une autre organisation. En cas d'adhésions multiples - ce qui est très fréquent pour les organisations d'employeurs de branche s'agissant de leurs adhésions interprofessionnelles -, il était proposé de laisser les organisations décider de la répartition de leurs adhérents, à partir de critères objectifs. Pour les conventions collectives susceptibles d'extension, il était prévu un droit d'opposition majoritaire dans un premier temps et, à terme, la signature par une ou plusieurs organisations représentant 30 % et l'absence d'opposition d'organisations représentant plus de 50 % d'audience pondérée. Les informations servant de base à la mesure de l'audience seraient attestées par un commissaire aux comptes. La liste des organisations représentatives d'employeurs serait appréciée et fixée tous les quatre ans. Enfin, il est esquissé une place spécifique pour les organisations dites du « hors champ », c'est-

¹ L'Union des industries et métiers de la métallurgie, issue de l'ancien « Comité des forges » de la fin du XIX^e siècle, via « l'Union des industries métallurgiques et minières ».

² La Fédération nationale du bâtiment.

³ Le Mouvement des entreprises de France.

⁴ La Confédération générale des petites et moyennes entreprises.

⁵ L'Union professionnelle artisanale.

⁶ Voir CE 1/2 SSR du 30 juin 2003 ou CE 7/2 SSR du 9 février 2005.

⁷ Jean-Denis Combexelle, « La réforme de la représentativité patronale », octobre 2013, rapport publié à la Documentation française, Paris 2014.

à-dire regroupant des branches liées à un même type d'activité et multiprofessionnelles. La part des cotisations devrait être significative dans les ressources des organisations représentatives. Enfin, il est rappelé qu'un principe de symétrie entre les organisations d'employeurs et les organisations de travailleurs inspire le rapport.

Ce rapport a largement inspiré le nouveau régime de la représentativité patronale issu de l'article 23 de la loi n° 2014 du 5 mars 2014, qui introduit dans le code du travail un titre V sur la représentativité patronale au livre premier de la deuxième partie du code du travail. Le I de l'article L. 2151-1 sur les critères de représentativité est ainsi rédigé : « I. - La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants : 1° Le respect des valeurs républicaines ; 2° L'indépendance ; 3° La transparence financière ; 4° Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ; 5° L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ; 6° L'audience, qui se mesure en fonction du nombre d'entreprises volontairement adhérentes et, selon les niveaux de négociation, en application du 3° des articles L. 2152-1 ou L. 2152-4 ».

Le II du même article précise : « Pour l'application du présent titre, sont considérées comme des organisations professionnelles d'employeurs les syndicats professionnels d'employeurs mentionnés à l'article L. 2131-1 et les associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1 ». En effet, certaines des organisations patronales sont bien constituées en syndicats, dans le cadre fixé pour ces personnes morales par le code du travail, mais d'autres prennent la forme d'associations de la loi de 1901.

En son état actuel, le 6° de l'article L. 2151-1 du code du travail évoque bien « l'audience, qui se mesure en fonction du nombre d'entreprises volontairement adhérentes ». Mais il existe un débat interne au patronat qui porte sur la pondération de deux critères de mesure de l'audience : s'agit-il de décompter le nombre des « employeurs » - c'est-à-dire de compter à égalité le dirigeant de PSA et l'artisan qui emploie un apprenti - ou de pondérer chaque entreprise par son nombre de salariés ou par son chiffre d'affaires, ou encore de doser une partie de chacun de ces deux modes de décompte ?

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, posée par le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) et plusieurs autres requérants, relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 6° de l'article L. 2151-1, du 3° de l'article L. 2152-1 et du 3° de l'article L. 2152-4 du code du travail. Ces dispositions sont celles qui prévoient que la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs est déterminée notamment selon leur audience, laquelle se mesure en fonction du nombre des entreprises adhérentes à l'organisation professionnelle. Le MEDEF reprochait à ces dispositions de ne pas prendre en considération d'autres éléments, tels que le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires des entreprises adhérentes. Les requérants en déduisaient en particulier qu'étaient méconnues la liberté syndicale et les exigences du huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Les requérants reprochaient également aux seuils d'audience nécessaire à la représentativité, prévus par ces dispositions, de méconnaître ces exigences constitutionnelles.

Mais le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions législatives en cause conformes à la Constitution⁸ par sa décision du 3 février 2016. S'agissant du grief relatif à la liberté syndicale, il a relevé, d'une part, qu'en prévoyant que l'audience de ces organisations se mesure en fonction du nombre des entreprises adhérentes, le législateur a entendu assurer un égal accès à la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, quel que soit le nombre des salariés employés par les entreprises adhérentes ou leur chiffre d'affaires. D'autre part, il a relevé que la liberté d'adhérer au syndicat de son choix, prévue par le sixième alinéa du préambule de 1946, n'impose pas que toutes les organisations professionnelles d'employeurs soient reconnues comme étant représentatives indépendamment de leur audience. En fixant à 8 % le seuil minimum d'audience permettant l'accès à la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, le législateur a entendu éviter la dispersion de la représentativité patronale et n'a pas fait obstacle au pluralisme. En réponse au grief fondé sur le huitième alinéa du préambule de 1946⁹, le Conseil constitutionnel a jugé que cette disposition, qui consacre un droit des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la participation et à la détermination collective de leurs conditions de travail, ne confère aucun droit équivalent au bénéfice des employeurs, lesquels fixent les conditions de travail des salariés.

Plusieurs tentatives d'introduction de dispositions législatives sur le décompte de l'audience sont intervenues, mais elles ont dû être retirées devant les contestations internes aux organisations patronales. La double question de la gestion et de la répartition du « fonds paritaire national », qui se substitue aux nombreux et divers financements des organisations patronales et syndicales, et de la pondération du nombre d'entreprises et du nombre de salariés qu'emploient ces entreprises ont fait l'objet de multiples discussions et différends.

Une disposition du projet de loi visant à instituer de nouvelles liberté et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, en cours de discussion, reprenait un équilibre entre le nombre d'entreprises et le nombre de salariés de ces entreprises à hauteur respectivement de 20 % seulement sur le nombre d'entreprises adhérentes et de 80 % sur le nombre de leurs salariés, ce qui correspondait à la position du MEDEF et de la CGPME. Il a suscité une vive réaction de trois « confédérations » regroupant essentiellement des entreprises de petite taille - l'UPA, l'UNAPL¹⁰ et l'UDES¹¹, qui, par une prise de position commune du 16 mars 2016, ont critiqué ce projet de modification législative.

⁸ Décision n° 2015-519 QPC du 3 février 2016, « Medef et autres ».

⁹ « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

¹⁰ Union nationale des professions libérales.

¹¹ Union des employeurs de l'économie sociale.

En fin de compte, un accord est intervenu le 2 mai 2016 entre les trois organisations à vocation interprofessionnelle, c'est-à-dire le MEDEF, la CGPME et l'UPA, pour préciser les modalités de mise en œuvre de quelques objectifs partagés par les organisations en cause et donc implicitement valables pour toute organisation patronale, à savoir :

- le seuil de 8 % pour être représentatif serait exigé soit au regard du nombre de salariés des entreprises adhérentes, soit au regard du nombre d'entreprises adhérentes, y compris les entreprises sans salarié ;
- le droit d'opposition, si l'organisation représente plus de 50 % des entreprises adhérentes, de s'opposer à un accord conclu, serait inchangé ;
- les crédits du fonds paritaire national seraient répartis en fonction de la mesure de l'audience, avec une pondération à hauteur de 50 % du nombre des salariés des entreprises adhérentes et à hauteur de 50 % du nombre des entreprises adhérentes, seules les entreprises employant des salariés étant prises en compte ;
- les mandats au sein du fonds paritaire national et des autres organismes paritaires pertinents sont répartis en fonction de la mesure de l'audience, avec une pondération à hauteur de 70 % du nombre des salariés des entreprises adhérentes et à hauteur de 30 % du nombre des entreprises adhérentes, les entreprises sans salarié étant prises en compte.

Comme on le voit, si la mesure de l'audience pour la représentativité des organisations syndicales de salariés est un exercice complexe, celle des organisations d'employeurs l'est bien davantage encore. Mais cette complexité est liée à la notion même d'organisation d'employeurs, qui peut être multiforme, alors que les organisations de salariés sont historiquement et légalement des syndicats, dont la forme juridique, le mode d'administration et les prérogatives sont spécifiques.

Les prochaines étapes à attendre sur la représentativité patronale sont de deux ordres.

D'une part, il semble nécessaire qu'intervienne le vote d'une disposition législative reprenant la substance de l'accord du 2 mai 2006 pour préciser les modalités et les conséquences concrètes de la mesure de l'audience des organisations d'employeurs.

D'autre part, l'annonce du résultat précis de cette mesure et sa ratification feront l'objet d'une séance du Haut conseil du dialogue social¹² (HCDS), dans le cadre de ses fonctions spécifiquement prévues par les articles R. 2152-18 et suivants en ce qui concerne la représentativité des organisations d'employeurs, qui interviendra à l'été 2017. C'est à partir du début de l'année 2018 que les conséquences juridiques de la mesure de l'audience et de la détermination de la représentativité des organisations d'employeurs produira des effets de droit.

¹² Le HCDS est une commission qui comporte des représentants du ministre du travail, des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales de salariés, dont la composition, les compétences et les prérogatives sont prévues aux articles R. 2122-1 et suivants du code du travail.

Représentativité des partenaires sociaux

Intervenants :

Nicolas Moizard
Frédéric Géa
Antoine Lyon-Caen
Patrick Quinqueton
Françoise Salomon

M. Moizard, professeur :

C'est plutôt une interrogation sous un angle européen. On a bien vu cette idée, qui a été soulignée par Mme Vatinet et par Mme Salomon, et qui est un peu les propos que certains militants de l'institut du travail, de syndicats réformistes, me disent : si les salariés ne sont pas contents, qu'ils le disent par leur vote. Cette idée que, finalement, même s'il y a peu d'audience, on a cette légitimité.

Du point de vue européen, bien sûr, il n'y aura jamais de directive ni de règlement sur la représentativité des syndicats. Ce n'est pas un thème d'harmonisation, on peut s'en féliciter, tant mieux. Mais c'est sous l'angle du semestre européen que la question est plus sérieuse. Il y a quelques mois, la commission a révélé la faiblesse des syndicats français en termes de nombre d'adhérents. Et dans le semestre européen, vous le savez, désormais, la France est obligée de montrer qu'elle met en œuvre un programme national de réforme pour plus de flexibilité, pour plus de compétitivité de son économie. À mesure que ce semestre européen, cette ligne directrice sur l'emploi, sur le budget, incite les États à laisser la main aux partenaires sociaux, il faut que cela soit toujours en concertation, même par voie d'accord d'entreprise.

Je m'interroge, je n'ai aucune certitude sur ce point-là, mais je me demande si l'Union européenne ne dira pas un jour : vos critères, quels qu'ils soient, non seulement doivent être objectifs mais doivent aussi montrer une réelle adéquation entre les salariés et les syndicats, ne serait-ce qu'au niveau de la validité des accords. Parce qu'on en arrive désormais à des règles de validité qui nous disent que ce n'est plus 10 % des suffrages exprimés, mais 10 % des suffrages exprimés au regard des organisations syndicales représentatives. On en arrive de plus en plus à ces mécanismes. Dès lors, peut-être qu'un jour nous serons coincés sur ce thème-là.

Il faudra tenir compte aussi de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, nous laisse la possibilité de réserver des droits des syndicats représentatifs, mais qui ne nous laisse pas toutes les possibilités au nom de la liberté syndicale négative. Donc, au niveau du semestre européen, peut-être avons-nous certaines inquiétudes à nous faire.

Frédéric Gea, professeur :

Je rebondis sur un terme qui a été utilisé et qui est évidemment en prise directe avec le sujet : c'est le terme référendum. Lorraine, Smart, Hambach : il y a eu, il y a quelque temps, un épisode que beaucoup ont observé et dont certains aujourd'hui cherchent à tirer des enseignements inquiétants. C'est l'articulation bien sûr entre le référendum et l'accord collectif, la manière dont les deux peuvent s'agencer pour compenser un défaut de représentativité, ou une manière de solliciter directement les salariés sur un sujet collectif pour peser éventuellement sur une négociation en cours.

C'était très exactement le cas à Hambach, puisque l'on était dans une phase de négociation annuelle obligatoire et où il s'agissait de peser justement sur le vote des syndicats. Vous savez comment tout cela s'est soldé. Il y a eu un vote initial, et les syndicats se sont ensuite progressivement désagrégés les uns après les autres pour aboutir à une sollicitation individuelle des salariés sur une proposition de modification du contrat de travail, cela dans un contexte où la direction des ressources humaines du groupe est venue leur annoncer que s'il n'y avait pas 75 % de vote positif, il y aurait une délocalisation en Slovaquie. Il y a eu 100 % d'adhésion à la proposition.

Des journalistes, il y a eu un article dans *Le Monde* récemment, sont revenus sur le terrain après coup pour sonder un peu l'état d'esprit, notamment des ouvriers qui, eux, avaient voté contre au moment du référendum et qui ont accepté des propositions de modification du contrat de travail : je passe sur le détail, mais il s'agissait de revenir sur l'articulation durée du travail/rémunération. Ils sont extrêmement réactifs, extrêmement violents par rapport à ce qui s'est passé. C'est évidemment une bombe à retardement ce site. Je veux dire par là que cette manière qu'ont certains de défendre le référendum comme étant un mode prétendument démocratique d'expression de l'opinion du collectif de salariés est extrêmement dangereux socialement. C'est ce qui justifie que l'on doive, à mon avis, défendre une certaine conception de la représentativité, effectivement quitte à la renouveler, quitte à repenser le modèle. Mais attention à ne pas mélanger cette défense-là et cette articulation avec un mode d'expression référendaire.

Je ne peux pas ne pas citer les travaux de Pierre Rosanvallon et le fait que le référendum en tant que tel n'est pas forcément, justement, un mode d'expression démocratique. Cela pour une raison simple, et on l'a vu précisément sur le site dont je parlais : la question référendaire, le référendum, la consultation, elle va bien sûr évacuer la discussion, elle va évacuer l'échange argumenté, elle va évacuer la délibération. La question qui va

être posée, c'est oui ou non. Et si c'est de cette manière-là que l'on envisage, même de façon parcellaire, le mode d'expression collectif, je crois qu'il y a de quoi s'inquiéter. Je ne suis pas sûr que ce soit une question, mais c'est une observation, en l'état. Cela me permet de préciser une chose, c'est qu'il y a bien eu une action en justice engagée sur le site de Hambach. Mais les pressions dont je parlais ont conduit l'organisation syndicale qui avait sollicité un avocat à lui demander de rétracter l'action et de publier un communiqué indiquant que la direction n'avait commis aucune faute. Ce communiqué n'est jamais intervenu, l'avocat ayant refusé de céder à cette pression.

M. Lyon-Caen, professeur :

J'ai deux petites observations ou questions.

Je commence par la représentativité patronale. Je comprends bien évidemment la difficulté. Et ce, bien que le Conseil d'État ait une très longue pratique d'appréciation de la représentativité patronale puisqu'à chaque fois qu'il y a un arrêté d'extension et qu'il y a une discussion sur la présence, dans la commission paritaire, des organisations professionnelles d'employeurs représentatives, le ministre diligente une enquête et le Conseil d'État apprécie éventuellement si ces organisations sont représentatives. Je pense donc que c'est une question actuelle, mais une question en même temps très ancienne.

À quoi s'ajoute me semble-t-il une actualité. Et je pense que nous aurions intérêt à y prêter une grande attention. Cette actualité, c'est le problème du financement des organisations professionnelles patronales et des organisations syndicales. Car l'autre partie de la loi de 2014 qui centralise le financement, à travers le fonds général de financement des organisations, oblige à se demander qui est éligible à ce fonds et comment on partage les fonds. Et le partage se fait à proportion de la représentativité. Je pense ne dévoiler aucun secret en disant que si les organisations professionnelles patronales sont devenues si sensibles sur le sujet, c'est parce qu'elle savent qu'il y a à partager ces sommes très importantes, avec à la clé d'autres questions juridiques, qui sont d'ailleurs maintenant devant le Conseil d'État et sont de savoir si on peut faire des différences dans le partage, entre les modes de partage entre organisations professionnelles patronales et le mode de partage entre organisations professionnelles de salariés. Entre salariés, c'est le partage égalitaire dans certains cas. Alors que pour les organisations patronales, c'est à proportion de leur représentativité. Je pense donc que va peser sur cette question, je ne sais pas ce que vous en pensez, ce spectre ou cette épée de Damoclès du financement, qui risque de susciter pas mal de contentieux. Puisque c'est là qu'on va regarder, pour chaque branche, et ensuite au niveau interprofessionnel, comment opérer ce partage des ressources qui sont ainsi maintenant centralisées.

Ça, c'est peut-être la dimension plus moderne du sujet parce que ça n'existait pas jusqu'à présent et ça va même aujourd'hui avoir comme débouché, si j'ose dire, le partage des postes dans les conseils de prud'hommes, parce que maintenant ce sont les organisations professionnelles qui désignent et elles désignent à proportion de leur représentativité donc ça c'est un enjeu que nous ne voyions pas il y a quelques années, donc je pense que les organisations professionnelles patronales ont compris qu'elles devaient maintenant passer par là, qu'elles ne pouvaient plus échapper à une mesure. Alors la difficulté reste de trouver quelle est la bonne mesure et comment faire, mais je pense que la question ne peut plus être éludée.

Et puis j'ai une autre petite observation, mais plutôt sur la représentativité syndicale. J'ai beaucoup apprécié la critique de Raymonde Vatinet sur le rôle que l'on a, peut-être à l'excès, voulu donner à l'élection professionnelle « de base », à l'élection dans l'entreprise, voire dans l'établissement. Il reste quand même que c'était un vœu syndical, pas partagé par toutes les organisations, mais un vœu très profond pour essayer de redonner une vitalité à la vie syndicale et ça, ce n'est pas le problème de la représentativité seulement, c'est le problème de la dynamique syndicale. Recréer des conditions d'adhésion, ça exige de montrer concrètement que les syndicats sont actifs et qu'ils représentent quelque chose. Ce qui me gêne plus, ça je ne sais pas si vous le partagez, c'est la dissociation entre la représentativité, c'est-à-dire la qualité pour participer, dissociée de la capacité pour engager, qui demande non pas simplement d'avoir ses 10 % mais d'avoir ses 30 %, voire peut-être demain ses 50 %. Donc nous avons en fait deux concepts de représentativité maintenant et je ne sais pas si c'est une bonne chose d'essayer de distendre la qualité pour participer et la qualité pour conclure et engager. Certains pays estiment que le seul syndicat représentatif c'est celui qui a 50 %, et pas les autres.

M. Quinqueton, conseiller d'État :

Je ne vais pas répondre à toutes les questions. On répondra les uns et les autres, mais peut-être sur la question européenne, je ne crois pas que ce soit véritablement un sujet européen. Ça ne veut pas dire qu'il n'y a pas de risque au niveau juridictionnel, mais je ne crois pas que ce soit un vrai sujet européen parce que tout simplement, la mesure de l'audience et de la représentativité s'est construite extrêmement différemment à travers toute l'Europe et ceci indépendamment du partage entre les pays plus ou moins riches et les pays plus ou moins pauvres. Le système allemand est radicalement différent du nôtre. En Allemagne, le terme pour désigner ce que nous appelons nous la représentativité, ça s'appelle *tarif fähigkeit*, ce qui se traduit par capacité à négocier des tarifs. Autrement dit, et c'est un critère qui est appliqué, dans les années 2000, une demi-douzaine de décisions de la Cour fédérale du travail ont rejeté la demande de plusieurs syndicats proches de la Démocratie chrétienne, qui est pourtant le parti au pouvoir, au motif qu'ils n'avaient pas assez d'argent. C'est-à-dire qu'en Allemagne, pour être représentatif, il faut avoir des caisses pleines, pour une raison évidente, c'est qu'il faut être capable, et ça c'est la construction du droit social allemand, de soutenir une grève sur les salaires. Et d'ailleurs, il y a, en Allemagne, à la fois des conflits qui peuvent rassembler un nombre de salariés extrêmement important quand on négocie la convention collective et, pour autant, ils durent peu de temps, parce que du côté des employeurs, c'est quand même pas une situation idéale et du côté des salariés, on n'a pas envie de dépenser inutilement l'argent qu'on a de côté pour la grève. Alors vous voyez, la construction de la capacité d'un syndicat à agir, c'est vraiment extrêmement variable à travers toute l'Europe, et il n'y a pas à cet égard à craindre véritablement, même s'il nous faut rechercher le système qui est le mieux adapté à la situation française, qui est un autre sujet.

Sur le référendum, il me semble que, au fond, de mon point de vue, ça peut être un problème, mais je ne crois pas que le référendum soit un moyen durable de régler les problèmes sociaux et, au fond, je suis assez d'accord avec la présentation qui en a été faite. En même temps, je ne pense pas que les organisations syndicales en soient très friandes pour les mêmes raisons d'ailleurs, et, du coup, je ne pense pas que s'il advenait que la législation ouvre la possibilité à des organisations syndicales représentant plus de 30 % des salariés mais moins de 50 %, et qui donc auraient conclu un accord, de saisir l'employeur d'une demande de consultation des salariés, si cette possibilité venait à exister, je ne suis pas sûr que les organisations syndicales en fassent un usage débridé parce que, je suis d'accord avec vous, ça a dans tous les cas des effets extrêmement destructeurs de la communauté de travail.

Mme Salomon, conseiller référendaire :

Sur la représentativité et la différence entre une « petite » représentativité et une « super » représentativité, c'est vrai que ça peut être source de complexité, mais en 2008, le seuil de 10 % était calculé et considéré comme une audience absolument pas négligeable et le but était de favoriser les regroupements d'organisations syndicales, et c'est peut-être à cela qu'on va arriver.

M. Lyon-Caen :

Ça n'a pas eu cet effet pour le moment.

Mme Salomon :

Dans les entreprises, si.

M. Lyon-Caen :

Oui c'est vrai un petit peu. Je pense que nous pouvons suspendre provisoirement nos travaux.

Accords collectifs et principe d'égalité de traitement

Jean-Guy Huglo,

conseiller doyen à la chambre sociale de la Cour de cassation

Création purement jurisprudentielle depuis le fameux arrêt Ponsolle (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, *Bull.* 1996, V, n° 359), le principe d'égalité de traitement, primitivement circonscrit dans son expression concrète à la rémunération - le principe « à travail égal, salaire égal » -, a fait irruption le 1^{er} juillet 2009 dans la sphère de la négociation collective avec l'arrêt Pain I, qualifié à l'époque de « tsunami social », dont il faut souligner combien il procède à une double transgression (Soc., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, *Bull.* 2009, V, n° 168). En effet, d'une part, le principe d'égalité de traitement, si l'on excepte l'arrêt rendu quelques mois auparavant sur les tickets restaurant (Soc., 20 février 2008, pourvoi n° 05-45.601, *Bull.* 2008, V, n° 39, mais l'on peut parfaitement soutenir que les tickets restaurant sont des avantages en nature relevant de la notion de rémunération au sens large), s'évade clairement du domaine de la rémunération, puisqu'il s'agissait dans cette affaire Pain des jours de congés supplémentaires réservés aux cadres ; d'autre part, le principe d'égalité de traitement est appliqué dans cette décision à l'encontre non plus d'un acte unilatéral de l'employeur, mais d'un accord collectif. L'on sait combien la différence entre salariés cadres et non cadres structure tout le droit du travail français depuis plus de cinquante ans. Si la chambre sociale, avec la série d'arrêts rendus le 27 janvier 2015, est parvenue, en matière d'avantages catégoriels, à un point d'équilibre, il reste que, par nature, l'équilibre est éphémère et ces arrêts ne constituent peut-être qu'une fragile suspension de la métamorphose du principe d'égalité de traitement. Comme vous le savez, ce principe figure parmi les 61 principes essentiels du droit du travail issus de la commission Badinter à l'article 4 : « *Le principe d'égalité s'applique dans l'entreprise* ».

Après avoir retracé ce qui a conduit la chambre à cette évolution - que j'ai intitulée non sans facétie « vers le temps des certitudes » -, j'examinerai ce que l'on pourrait désigner comme « le temps des interrogations ».

I. - Vers le temps des certitudes

Les contestations provoquées par l'arrêt du 1^{er} juillet 2009, en ce qu'il remettait en cause toutes les différences de traitement opérées dans les conventions collectives entre salariés cadres et non cadres, ont conduit la chambre sociale à procéder à des consultations des partenaires sociaux. Le résultat de ces consultations a éclairé la chambre et a été pris en compte lors des arrêts du 8 juin 2011 qui ont procédé à une distinction, s'agissant des différences de traitement catégorielles, entre ce qui relève des conditions d'exercice des fonctions, de l'évolution de carrière et des modalités de rémunération, pour lesquelles des différences de traitement en faveur des cadres pourraient être justifiées, et les autres domaines, pour lesquels le principe d'égalité de traitement demeurerait d'application stricte (Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-14.725, *Bull.* 2011, V, n° 155 ; Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-11.933 et n° 10-11.663, *Bull.* 2011, V, n° 143). Il faut reconnaître toutefois que ces arrêts du 8 juin 2011, dont l'attendu de principe témoigne de l'embarras de la chambre sociale dans la mesure où la seconde phrase contredit partiellement la première (« *La seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement, résultant d'un accord collectif, entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ; repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération* »), étaient des arrêts d'attente.

Dans la période qui s'en est suivie, la chambre sociale cassait d'ailleurs pour manque de base légale tant les arrêts des cours d'appel déclarant les différences de traitement en faveur des cadres justifiées que ceux qui refusaient de leur reconnaître une justification au regard du principe d'égalité de traitement. Bien plus, la chambre devait refuser de faire application de ce principe dans le seul domaine où l'on aurait pu légitimement penser que le principe d'égalité de traitement devait s'appliquer, à savoir le vaste domaine de la prévoyance sociale, puisque, devant les trois fleuves de l'existence comme disent les bouddhistes, à savoir la vieillesse, la maladie et la mort, rien ne distingue un salarié cadre d'un salarié non cadre. Devant la perspective de permettre aux salariés non cadres de réclamer à leurs employeurs qu'ils cotisent pour la retraite complémentaire aux mêmes taux de cotisation que ceux dont bénéficient les salariés cadres, et ce, dans la limite de la prescription quinquennale en remontant depuis la date de l'arrêt à intervenir puisque, par essence, la jurisprudence est rétroactive, et sans que la Cour de cassation ait trouvé jusqu'ici un moyen satisfaisant de limiter l'effet dans le temps de nouvelles jurisprudences - perspective que la direction générale du travail avait chiffré pour les entreprises françaises à un coût global de 14 milliards d'euros -, la chambre sociale a prudemment reculé en jugeant - et j'attire votre attention sur ce point - non pas que le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas en matière de prévoyance sociale, mais qu'en cette matière, « *le principe d'égalité de traitement s'applique entre salariés relevant de la même catégorie professionnelle* », ce qui n'est pas exactement la même chose (Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-20.490, *Bull.* 2013, V, n° 70 ; Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-23.761 ; Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 11-13.645 ; Soc., 13 mars 2013, pourvoi n° 10-28.022). J'y reviendrai.

La prémisse de l'évolution qui devait conduire aux arrêts du 27 janvier 2015, en tout cas sa justification théorique, peut être discernée dans un arrêt du 23 octobre 2013 rendu dans le domaine des organismes médicaux-sociaux par lequel la chambre sociale a admis qu'une disposition législative puisse déroger au principe d'égalité de traitement, ainsi l'article L. 314-6 du code de l'action sociale et des familles, exigeant un agrément pour toute nouvelle charge pour les organismes médico-sociaux dont les dépenses de fonctionnement sont supportées directement ou indirectement par une personne morale de droit public ou un organisme de sécurité sociale (Soc., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-22.268, Bull. V, n° 249). La chambre sociale a dû, à l'occasion de ce pourvoi, s'interroger sur la place du principe d'égalité de traitement dans la hiérarchie des normes juridiques. Si le principe de non-discrimination - qu'il convient de distinguer en droit français du principe d'égalité de traitement, qui, lui, ne suppose pas *ab initio* un motif discriminant - est de valeur constitutionnelle et constitue un droit fondamental reconnu tant par le droit constitutionnel français que par le droit de l'Union européenne et notamment la Charte des droits fondamentaux, le principe d'égalité de traitement est seulement de nature législative. En effet, selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel (voir notamment la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013), « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

Cette prise de conscience de la place du principe d'égalité de traitement dans la hiérarchie des normes juridiques devait dès lors conduire la chambre à établir, par la série d'arrêts rendus le 27 janvier 2015 (Soc., pourvois n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9, n° 13-14773, Bull. 2015, V, n° 8, et n° 13-25.437, Bull. 2015, V, n° 10), une présomption de justification des différences de traitement en matière de catégories professionnelles en faveur des accords collectifs et des conventions collectives, sauf à ce que ces différences de traitement soient étrangères à « toute considération de nature professionnelle ». Deux influences ont sans doute été déterminantes à cet égard. D'une part, celle de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, ayant dans une certaine mesure procédé à une révolution en matière de représentativité syndicale. Or l'acquisition de la qualité de syndicat représentatif est le sésame qui permet à un syndicat d'accéder à la négociation collective. Dès lors que la loi du 20 août 2008 reconnaît l'existence de syndicats spécifiques pour les salariés cadres, dont l'acquisition de la représentativité se fait selon des critères spécifiques (le seuil d'audience électorale ne se calculant que sur les scores obtenus dans le ou les collèges où leurs statuts syndicaux leur donnent vocation à représenter les salariés), l'on ne comprendrait pas que cette reconnaissance de la spécificité des cadres pour l'accès à la négociation collective ne puisse pas se traduire par la possibilité d'adopter des normes de droit du travail - dans la limite de la délégation législative quant à la définition de la norme - différentes pour cette catégorie de personnels. Un grave inconvenient de la jurisprudence antérieure, l'existence de conventions collectives distinctes étant d'ailleurs selon la chambre sociale indifférente au regard du principe d'égalité de traitement (Soc., 4 décembre 2013, pourvoi n° 12-19.793, Bull. 2013, V, n° 300 ; Soc., 15 octobre 2014, pourvoi n° 13-18.006, Bull. 2014, V, n° 243), était qu'elle conduisait, en l'absence d'adoption en droit français de la théorie dite « de la source unique », issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de discrimination (cf. CJCE, 17 décembre 2002, Lawrence, aff. C-320/00, Rec., I, p. 7325 ; 13 janvier 2004, Allonby, aff. C-256/01, Rec., I, p. 873), des syndicats distincts qui ont mené des négociations distinctes, une fois reconnue l'illégalité de la différence de traitement, à examiner ensemble comment rétablir la stricte égalité exigée par le juge, sans que l'on sache évidemment laquelle des deux conventions collectives devait être amendée. D'autre part - et c'est la seconde influence -, dans un article remarqué consacré au principe d'égalité de traitement, un précédent doyen de la chambre sociale avait fait remarquer que la question était posée de savoir « si cet instrument de protection et de mesure doit être appliqué avec la même intensité lorsque la différence de traitement provient d'une décision unilatérale et lorsqu'elle trouve son origine dans un accord collectif, compte tenu, en particulier, de l'importance que prend actuellement la négociation collective dans la construction du droit du travail » (P. Bailly, « L'égalité dans les relations individuelles de travail », *RJS*, n° 5/14, p. 299, spéc. p. 305).

Que faut-il entendre par la réserve des différences de traitement « étrangères à toute considération de nature professionnelle » ? La chambre sociale a entendu utiliser une formule très restrictive de manière à laisser toute sa place à la négociation collective et à la présomption de justification. L'on peut songer aux primes de mariage et aux jours de congés en cas de mariage - la chambre sociale, que la nuptialité ne laisse pas indifférente, souhaite que les salariés non cadres partent en voyage de noces aussi longtemps que les salariés cadres... - ainsi qu'aux jours de congé pour s'occuper d'un enfant malade ou d'un parent handicapé par exemple. L'on relèvera que les jours de congé en cas d'adoption sont prévus par le code de la sécurité sociale, lequel ne distingue d'ailleurs pas en fonction du statut catégoriel du salarié.

Cette justification théorique par la place du principe d'égalité de traitement dans la hiérarchie des normes juridiques explique et éclaire certaines jurisprudences traditionnelles de la chambre : ainsi de la dérogation au principe d'égalité de traitement en matière d'avantages individuels acquis en cas de dénonciation d'une convention ou d'un accord collectifs, dont la règle résulte de l'article L. 2261-14 du code du travail (Soc., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-42.137, Bull. 2007, V, n° 119 ; voir aussi Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-10.196, Bull. 2013, V, n° 114) ; ainsi de l'autre dérogation légale qui se déduit de l'article L. 1224-1 du code du travail sur le maintien des droits des salariés en cas de transfert d'entreprises, le nouvel employeur étant légalement tenu de maintenir pour les salariés transférés les avantages dont ils bénéficiaient au titre de leur contrat de travail avec l'ancien employeur (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-14.622, Bull. 2012, V, n° 15 ; Soc., 12 décembre 2012, pourvoi n° 11-24.562).

Cette justification théorique est également le fondement implicite de la solution inverse apportée par la chambre en matière de transfert conventionnel par deux décisions récentes (Soc., 15 janvier 2014, pourvoi n° 12-25.402, Bull. 2014, V, n° 23 ; Soc., 16 septembre 2015, pourvoi n° 13-26.788, en cours de publication). En effet, le transfert conventionnel est organisé par la convention collective nationale des entreprises de propreté, laquelle est certes étendue par arrêté d'extension, mais cet arrêté n'a qu'une valeur réglementaire et ne peut valoir dès lors dérogation au principe d'égalité de traitement. Il est souvent avancé que cette jurisprudence a pour effet

que chaque entreprise de propreté est obligée d'accorder à ses propres salariés d'origine le moindre avantage reconnu à un salarié transféré, procédant ainsi à une harmonisation sur le « mieux disant social » des conditions de travail dans cette branche professionnelle (il en irait de même pour d'autres conventions collectives organisant un transfert conventionnel, par exemple pour les entreprises de sécurité privée). Si l'on peut comprendre que, dans ce secteur extrêmement concurrentiel, la chambre sociale ait implicitement voulu que la concurrence s'exerce sur d'autres facteurs que les conditions de travail, l'on peut aussi s'interroger sur la répartition constitutionnelle des pouvoirs ; le législateur n'ayant pas entendu créer un statut de l'agent de propreté, la Cour de cassation peut-elle s'autoriser à y procéder ? Par ailleurs, certains soutiennent qu'en s'arrêtant au caractère réglementaire ou conventionnel de l'obligation pour l'employeur entrant de maintenir les avantages accordés aux salariés transférés, la chambre sociale s'est peut-être arrêtée aux apparences. En effet, la jurisprudence française se distingue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en ce qu'elle refuse l'existence d'une entité économique autonome lorsque le transfert ne porte que sur du personnel, tandis que le raisonnement européen est inverse puisque la Cour de justice tire de la constatation de la reprise par le nouvel employeur des salariés affectés sur le site l'existence d'une entité autonome et donc l'obligation de maintien des contrats de travail, notamment en matière de nettoyage (CJUE, 10 décembre 1998, Hernandez Vidal, aff. C-127/96, voir § 27 ; 20 janvier 2011, CLECE, aff. C- 463/09, voir § 36 et § 40 ; 6 septembre 2011, Scattolon, aff. C-108/10). Dès lors, le fait que, en droit français, le transfert de salariés affectés au nettoyage d'un site ne relève pas de l'article L. 1224-1 du code du travail ne peut empêcher que ce transfert entre bien dans le champ d'application de la directive. L'on rappellera par ailleurs que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les dispositions d'une directive peuvent être intégrées en droit national par voie législative, réglementaire ou conventionnelle étendue. En conséquence, il pourrait le cas échéant être soutenu qu'en l'espèce, l'obligation de l'employeur entrant de maintenir les avantages figurant au contrat de travail d'un salarié transféré résulte de la directive, laquelle, de rang supra-législatif, pourrait être considérée comme dérogeant ainsi au principe d'égalité de traitement. Vous avez bien compris qu'imperceptiblement, j'ai abordé le temps des interrogations.

II. - Le temps des interrogations

La première interrogation à la suite des arrêts du 27 janvier 2015 réside dans l'étendue de la présomption de justification au regard du principe d'égalité de traitement. Celle-ci est-elle limitée aux différences de traitement catégorielles ou s'étend-elle à d'autres différences de traitement ? L'on relèvera que, dans l'arrêt précité du 16 septembre 2015, la chambre a refusé de faire jouer la présomption à l'égard des différences de traitement entre salariés transférés et salariés d'origine. Qu'en est-il ainsi des différences de traitement infra-catégorielles ? Dans un arrêt du 15 octobre 2015 (cour d'appel de Paris, RG n° 04/06774), à propos de la différence de traitement dans la convention collective nationale de l'inspection d'assurances entre cadres inspecteurs et les autres cadres, la cour d'appel de Paris a refusé de faire application de la présomption de justification des arrêts du 27 janvier 2015 (voir A. Casado, *Cahiers sociaux*, 1^{er} novembre 2015, n° 279, p. 590). Faut-il entendre la notion de catégories professionnelles employée par la chambre sociale dans ses arrêts du 27 janvier 2015 comme se référant aux catégories légales telles que reconnues par la loi du 20 août 2008, en fonction de la reconnaissance d'un collège électoral spécifique, ce qui inclurait aussi, à côté des catégories professionnelles classiques, les journalistes, le personnel navigant technique et le personnel navigant commercial ? Faut-il se référer au contraire à la notion de catégories professionnelles en matière d'ordre des licenciements, même si l'on voit mal en quoi la référence à une formation commune serait pertinente au regard du principe d'égalité de traitement dès lors que le juge prend en compte en la matière la situation actuelle des salariés à comparer, peu important leur cursus éducatif ou universitaire ? Il s'agit d'une question éminemment politique, puisque c'est l'intensité du contrôle de la Cour suprême au regard de l'habilitation législative des partenaires sociaux en matière de négociation collective et donc la répartition du pouvoir qui est ici en jeu. La jurisprudence à venir permettra sans doute de trancher cette question.

La deuxième interrogation concerne le domaine de la prévoyance sociale. Comme je l'ai souligné, les arrêts du 13 mars 2013 n'ont pas exclu toute application du principe d'égalité de traitement en la matière. Si les différences de traitement à raison du statut catégoriel sont désormais admises par la chambre sociale, il n'en est pas de même des différences en raison du statut juridique, comme le rappelle un arrêt rendu lui aussi le 27 janvier 2015 (Soc., pourvoi n° 13-17.694). Il s'agissait d'une mutuelle gérant des centres de soins mutualistes et ayant inscrit dans des classes différentes pour la retraite complémentaire ARRCO les médecins généralistes exclusifs et les médecins vacataires. L'exception prévue en matière de prévoyance sociale par les arrêts du 13 mars 2013 ne pouvait jouer en l'espèce, puisque les deux groupes de médecins relevaient tous deux de la même catégorie professionnelle des cadres. Par ailleurs, traditionnellement, la différence de statut juridique n'est pas admise au regard du principe d'égalité de traitement (Soc., 15 mai 2007, pourvoi n° 05-42.894, *Bull.* 2007, V, n° 75 ; Soc., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 07-44.333 ; Soc., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-40.161 ; Soc., 16 février 2012, pourvoi n° 10-21.867, *Bull.* 2012, V, n° 76). La chambre sociale a donc condamné cette pratique. L'on relèvera que si l'arrêt concerne une décision unilatérale - la décision de l'employeur d'affilier à des classes distinctes les deux groupes de salariés -, il ne semble pas que cette circonstance soit déterminante en la matière puisque, dans le domaine de la prévoyance sociale, le juge est toujours confronté à des actes unilatéraux par lesquels un employeur adhère à un système collectif, comme en ce qui concerne les retraites complémentaires ARRCO et AGIRC. D'ailleurs, les arrêts du 13 mars 2013 n'ont pas distingué entre les actes unilatéraux et les accords collectifs. Il serait artificiel de permettre aux partenaires sociaux de prévoir en la matière des différences de traitement auxquelles aucun employeur ne pourrait, par acte unilatéral, adhérer. Dès lors, il est clair à mon sens que la solution de l'arrêt du 27 janvier 2015 prohibant les différences de traitement en fonction du statut juridique vaut aussi pour des différences de traitement trouvant leur source dans des accords collectifs. A-t-on vérifié s'il n'existe pas, dans les accords ARRCO et AGIRC, des différences de traitement en fonction du statut juridique qui pourraient être contestées avec de sérieuses chances de succès au regard du principe d'égalité de traitement ?

Le rapport du professeur Cesaro évoque en préambule cette question des accords collectifs relevant du livre IX du code de la sécurité sociale et propose de leur conférer une autonomie par rapport au code du travail. En l'état actuel des textes, l'article L. 911-3 du code de la sécurité sociale renvoie, pour les accords collectifs en matière de prévoyance sociale, aux dispositions du code du travail - sous leur ancienne numérotation d'ailleurs - et l'article L. 913-1 du même code, en ce qui concerne les clauses prohibées, n'envisage que les discriminations en raison du sexe. Il est raisonnable de penser que le législateur à l'époque ne pouvait deviner que la chambre sociale de la Cour de cassation allait donner au principe d'égalité de traitement tout l'éclat et la place qu'elle lui a reconnu, y compris à l'encontre des accords collectifs. La question de l'autonomisation des accords collectifs en matière de prévoyance sociale mérite dès lors d'être posée.

La troisième interrogation prend racine dans la jurisprudence désormais traditionnelle de la chambre obligeant les entreprises, sauf justification, à traiter de la même façon les salariés relevant d'établissements distincts, et ce, dans la perspective du renvoi de la détermination de la norme en droit du travail pour partie à la négociation collective, comme le préconise le rapport Combrexelle. Si cette jurisprudence a été inaugurée et a trouvé son domaine d'élection en matière de plans de sauvegarde de l'emploi (Soc., 10 juillet 2001, pourvoi n° 99-40.987, *Bull.* 2001, V, n° 255, commenté au *Rapport annuel* ; Soc., 12 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.182, *Bull.* 2010, V, n° 166 ; Soc., 9 juillet 2015, pourvoi n° 14-16.009, en cours de publication ; voir aussi, interdisant de traiter différemment les salariés d'un site qui ferme par rapport aux salariés d'autres sites ne fermant pas, Soc., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-23.457, *Bull.* 2013, V, n° 243), l'on relève néanmoins des arrêts en ayant fait application à l'égard de différences de traitement ayant leur source dans un accord collectif d'entreprise (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 10-27.044 ; voir aussi, sur l'interprétation différente selon les établissements d'un même accord d'entreprise, Soc., 14 novembre 2012, pourvoi n° 11-22.644). Qu'en est-il désormais en ce qui concerne la coordination entre accords d'établissement et accords d'entreprise ? *Quid* d'un accord d'entreprise qui se voudrait simplement supplétif, laissant subsister les dispositions spécifiques prévues par des accords d'établissement pour les salariés des établissements ayant conclu un tel accord et prévoyant des dispositions supplétives pour les établissements n'ayant rien négocié ?

Le rapport Cesaro évoque là encore la question. L'article L. 2253-6 nouveau du code du travail, tel qu'il figure dans le projet de loi « *visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs* », envisage partiellement cette hypothèse. La chambre ne devrait-elle pas réfléchir à la question, puisque la loi du 20 août 2008 reconnaît aussi une légitimité électorale aux syndicats au niveau de l'établissement ? La reconnaissance de la représentativité syndicale peut avoir lieu dans ce périmètre. Les syndicats représentatifs au niveau de l'établissement sont-ils moins légitimes que les syndicats représentatifs au niveau de l'entreprise ? Là encore, selon le principe de concordance, l'acquisition de la représentativité doit emporter la capacité à négocier des normes spécifiques dans le même périmètre. L'on pourrait soutenir que les différences de traitement entre salariés relevant d'établissements distincts doivent être présumées justifiées au regard du principe d'égalité de traitement dès lors qu'elles résultent d'accords collectifs d'établissement (en s'inspirant peut-être de l'arrêt du 11 janvier 2012 qui valide des différences de traitement résultant de la diversité et de l'autonomie des régimes de retraite complémentaires : Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-15.806, *Bull.* 2012, V, n° 13, et qui pourrait être interprété comme l'acclimatation en droit français de la théorie de la « source unique » issue de la jurisprudence communautaire en matière de discrimination). La société française est traversée depuis toujours par ce que l'on pourrait appeler « la tentation de l'unité ». La France est une République une et indivisible, c'est l'énoncé premier de l'article 1 de notre Constitution. À un code du travail identique pour toutes les entreprises, que faut-il substituer ? L'on discerne ici ce qui se joue actuellement dans les débats légitimes sur le niveau de détermination de la norme en droit du travail : la branche professionnelle ? L'entreprise ? L'établissement ? Si ce débat appartient au politique, la chambre sociale ne peut demeurer dans l'ignorance des grandes options qui seront prises et de l'évolution qui aura conduit aux solutions choisies.

La quatrième interrogation résulte du mouvement en cours de fusion des branches professionnelles (cf. l'article L. 2261-32 du code du travail, issu de la loi du 5 mars 2014 sur la fusion des champs professionnels). Or la fusion des branches professionnelles suppose la fusion des conventions collectives. L'on ne peut exclure des tentations tendant à procéder à une fusion « en trompe-l'œil » des conventions collectives en prévoyant que les salariés relevant des entreprises ayant telle activité - par référence à l'activité d'une des défuntes branches professionnelles - conserveront tel avantage, tandis que ceux occupant les mêmes fonctions mais relevant d'entreprises ayant telle autre activité - par référence là encore à une ancienne branche professionnelle - conserveront tel autre avantage. Il va sans dire qu'un tel subterfuge, dont on peut douter qu'il soit d'ailleurs conforme à la volonté du législateur quant à la fusion des branches professionnelles, trouverait difficilement grâce aux yeux de la Cour de cassation. La chambre sociale n'a jamais accepté de prendre en compte les différences de traitement en fonction de l'activité de l'entreprise. Le rapport du conseiller d'État Quinqueton est conscient de la difficulté, qu'il analyse avec précision, et suggère un délai de cinq ans de sécurisation des accords collectifs. Cette préconisation a été reprise par le projet de loi précité dans le nouvel article L. 2261-33 du code du travail, qui dispose *in fine* : « *Eu égard à l'intérêt général attaché à la restructuration des branches professionnelles, le principe d'égalité ne peut être invoqué pendant ce délai à l'encontre de stipulations conventionnelles différentes régissant des situations équivalentes. A défaut d'accord conclu dans ce délai, les stipulations de la convention collective de rattachement s'appliquent* ».

Une telle disposition est sans doute bienvenue. La chambre sociale n'est pas insensible à l'évolution des normes et pourrait prendre en compte l'historique de cette évolution, comme elle a pu le faire un certain temps en ce qui concerne le complément Poste. Mais elle ne pourrait tolérer que les situations temporaires perdurent indéfiniment, comme le montre un des arrêts rendus le 9 décembre 2015 (Soc., pourvoi n° 14-23.573) en ce qui concerne le même complément Poste, où la chambre a estimé que, quinze ans après le plan de convergence mis en place à La Poste ayant pour objectif de réduire l'écart existant entre les agents contractuels de droit privé et les fonctionnaires de même niveau, La Poste ne pouvait plus utilement invoquer l'argument tiré de la cristallisation des droits des fonctionnaires et des salariés en fonction au moment de sa création.

Pour conclure mon propos, il me faut reconnaître combien le principe d'égalité de traitement est une arme redoutable entre les mains du juge. L'on peut certes comprendre qu'il faille soumettre les actes unilatéraux de l'employeur à un contrôle juridictionnel au regard de ce principe pour éviter l'arbitraire. En revanche, en ce qui concerne les accords collectifs, dans la mesure où, depuis quelques années, le législateur confie aux partenaires sociaux le soin de définir la norme en droit du travail par accords nationaux interprofessionnels ou par des positions communes que la loi vient ensuite reprendre à son compte et généraliser, le juge ne doit-il pas garder seulement à la marge un contrôle de ce que les partenaires sociaux avaient ou non le droit de négocier, sans remettre radicalement en cause, sur le seul constat d'une différence de traitement entre salariés, le résultat de ces négociations ? Il y a un paradoxe à transférer une partie du pouvoir de détermination de la norme aux partenaires sociaux si le juge, *in fine*, ne tient aucun compte de la négociation collective. Toutefois, l'on ne saurait reconnaître aux partenaires sociaux une plus grande latitude que celle dont dispose le législateur lui-même au regard du principe d'égalité de traitement tel que le Conseil constitutionnel l'énonce dans sa jurisprudence que j'ai évoquée. La réserve dans les arrêts du 27 janvier 2015 des différences « *étrangères à toute considération de nature professionnelle* » est sans doute un écho de la notion de différence « *en rapport direct avec l'objet de la loi* » telle que l'entend le Conseil constitutionnel. Toute la question est celle de l'intensité du contrôle et du réglage subtil de cette intensité auquel la chambre sociale devra procéder dans les prochaines années. Je vous remercie.

Négociation collective et égalité de traitement : nouvelle donne

Paul-Henri Antonmattei, professeur à l'université de Montpellier,
doyen honoraire, avocat associé, Barthélémy Avocats

1. La négociation collective et l'égalité de traitement entretiennent, depuis des années, des relations riches, variées et parfois tumultueuses. Notre présence aujourd'hui à la Cour de cassation invite naturellement à discuter du contentieux des avantages catégoriels d'origine conventionnelle, et singulièrement du dernier épisode de 2015. Cette saga jurisprudentielle, que présentera le conseiller doyen Jean-Guy Huglo, exprime une interaction : la négociation collective ne saurait ignorer le principe d'égalité de traitement, mais le régime probatoire de ce dernier est influencé par la force normative de l'accord collectif.

2. L'actualité sociale confirme aussi que le législateur compte sur la négociation collective pour assurer l'effectivité de l'égalité de traitement. Les négociateurs de l'interprofessionnel ont signé de beaux accords (diversité, égalité professionnelle), mais plus politiques que normatifs. La branche n'a pas échappé à une sommation législative avec des obligations de négocier et l'exigence, pour l'extension, d'une clause sur « l'égalité de traitement entre salariés et la prévention des discriminations¹ ». C'est la négociation d'entreprise qui est, toutefois, la plus fortement mobilisée, car la différence de traitement est plus facile à identifier et à gommer.

3. L'objet de la négociation d'entreprise n'est pas le principe d'égalité de traitement, qui n'a pas besoin d'une déclinaison conventionnelle. La consultation des clauses obligatoires des conventions de branches étendues révèle une pauvreté qui exprime l'embarras légitime des négociateurs. Le contenu du principe l'explique : placés dans une situation identique au regard d'un avantage, des salariés doivent percevoir le même avantage, à moins qu'existe une différence de traitement fondée sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence. Aux négociateurs de l'intégrer dans la construction d'une clause qui met en place une différence de traitement ; au juge de vérifier, en cas de litige, la légitimité d'une telle différence.

4. La mobilisation législative de la négociation d'entreprise est ciblée sur les règles d'égalité avec une prédilection pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, dont l'importance est réaffirmée par l'article 4 des principes essentiels du droit du travail retenus par la commission Badinter². Imposante, l'œuvre législative reflète un bilan d'effectivité pour le moins mitigé³ qui explique un renforcement progressif des obligations et des sanctions : négociation obligatoire, suppression des écarts de rémunération, obligation de couverture, interdiction d'accès aux marchés publics, pénalité financière⁴ et, plus récemment, impossibilité d'accéder à l'accord d'adaptation des nouvelles règles de la négociation obligatoire⁵ ou de différer l'application de ces règles⁶. En rajouter laisserait croire que le résultat attendu ne dépend que de la loi alors qu'on frôle l'overdose.

5. L'appel des signataires de l'ANI du 19 juin 2013 à « rendre plus simple et plus efficace la négociation annuelle portant sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁷ » a été partiellement entendu. Certes, la négociation des mesures permettant la suppression des écarts de rémunération a été fusionnée à celle sur la négociation sur l'égalité professionnelle⁸, mais, après le regroupement en deux blocs des thèmes de la négociation annuelle obligatoire, cette suppression des écarts de rémunération se trouve aussi dans le premier⁹.

Ce croisement, qui s'explique par la fréquence des différences salariales entre les femmes et les hommes¹⁰, influence l'échéancier des deux négociations annuelles obligatoires, car le dépôt d'un accord sur les salaires doit s'accompagner d'un procès-verbal d'ouverture des négociations portant sur les mesures permettant de supprimer les écarts de rémunération¹¹. La négociation qualité de vie au travail/égalité professionnelle devrait donc précéder celle sur les salaires, et ce, d'autant qu'en l'absence d'accord prévoyant de telles mesures, la négociation annuelle sur les salaires effectifs porte également sur de telles mesures¹² !

Pourquoi pas, mais voilà une complexité et une rigidité peu compréhensibles. Quant à ceux qui voudraient regrouper l'égalité professionnelle et les salaires pour boucler le premier thème avant le second, la conclusion d'un accord majoritaire (50 %) s'impose... pour autant que l'entreprise ait satisfait à l'obligation d'accord ou, à défaut, de plan d'action¹³. Pourquoi aussi permettre au comité d'entreprise de désigner un expert technique en

¹ Article L. 2261-22, II, 10°, du code du travail.

² « Le principe d'égalité s'applique dans l'entreprise. L'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes doit y être respectée ».

³ Au point que la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 parle d'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

⁴ Qui ne concerne toutefois que le défaut de couverture et pas seulement l'absence d'accord. V. A. Fabre, « Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise : l'âge de raison ? », *Dr. soc.* 2015, p. 882, note 16.

⁵ Article L. 2242-20 du code du travail.

⁶ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015, article 19, XII.

⁷ Intitulé de l'article 4.

⁸ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

⁹ Qui porte sur la rémunération, le temps de travail et le partage de la valeur ajoutée (article L. 2242-5 du code du travail).

¹⁰ V. A. Fabre, « Réforme des obligations de négocier dans l'entreprise : l'âge de raison ? », *Dr. soc.* 2015, p. 882.

¹¹ Article L. 2242-7 du code du travail.

¹² Article L. 2242-8, alinéa 5, du code du travail.

¹³ Article L. 2242-20 du code du travail.

vue de préparer la négociation sur l'égalité professionnelle d'au moins 300 salariés¹⁴, alors qu'il ne négocie pas et n'est même plus consulté sur les projets d'accords ? Pourquoi avoir supprimé une périodicité à trois ans de la négociation sur l'égalité professionnelle en cas d'accord ?

6. Ces désagréments juridiques, qui compliquent les négociations, sont d'autant plus regrettables qu'ils peuvent offrir une excuse à des négociateurs dont l'appétence à négocier sur l'égalité professionnelle fait parfois défaut. Mais la négociation les surmontera. De même, évoquer la difficulté intrinsèque du sujet n'est plus un argument justifiant l'inertie, car la prolifération des guides de négociation et la conclusion d'accords vertueux permettent désormais de mieux identifier les mesures susceptibles d'atteindre l'objectif poursuivi. Dans ce domaine, comme dans d'autres, l'essentiel est de créer une dynamique de négociation¹⁵. C'est bien l'objectif poursuivi par le regroupement des thèmes de négociation opéré par la réforme Rebsamen. La cohérence du second thème de négociation est peu discutable : « *l'égalité professionnelle est intimement liée à la lutte contre les discriminations, qui, elle-même, peut conduire à s'intéresser au sort des travailleurs handicapés et, plus largement, à l'articulation de la vie personnelle et de la vie professionnelle* »¹⁶. On conseillera toutefois, dans le sillage de l'ANI du 19 juin 2013¹⁷, de privilégier un regroupement sur mesure¹⁸, après un diagnostic préalable plus aisément réalisable *via* la base de données économiques et sociales, car toutes les entreprises n'ont pas le même chemin à parcourir, singulièrement pour la suppression des écarts de rémunération. Gageons que cette négociation favorise la conclusion d'accords innovants¹⁹ et propices à assurer l'effectivité de l'égalité professionnelle. Encore une occasion de démontrer le caractère vertueux de la négociation collective.

¹⁴ Article L. 2325-38 du code du travail.

¹⁵ V. J.-D. Combexelle, « La négociation collective, le travail et l'emploi, France Stratégie », 2015.

¹⁶ A. Fabre, article cit.

¹⁷ Vers une politique d'amélioration de la qualité de vie au travail et de l'égalité professionnelle.

¹⁸ Par la conclusion de l'accord majoritaire d'adaptation précité. V. note 12.

¹⁹ V. S. Niel, « Quel avenir pour la NAO ? », *Cah. du DRH* 2016, n° 228-229, p. 20.

Égalité de traitement

Intervenants :

Michel Miné
Olivier Dutheillet de Lamothe
Frédéric Géa
Paul-Henri Antonmattei
Raymonde Vatinet
Hélène Masse-Dessen
Jean-Guy Huglo

M. Miné, professeur associé, Conservatoire des arts et métiers :

Merci beaucoup pour ces deux interventions et les questions que vous soulevez. Je voulais revenir sur la question de la négociation collective et de l'égalité de traitement envisagée sous l'angle de la discrimination. Il me semble, comme l'a souligné le professeur Antonmattei, qu'il est important de distinguer ces deux régimes juridiques, ne serait-ce qu'au regard du contrôle du juge sur la production des partenaires sociaux, qui va être de nature différente. Sur la question de la discrimination, il est sûrement très pertinent que la négociation collective ait lieu. D'ailleurs, c'est en conformité avec le droit de l'Union européenne : les directives prévoient que les organisations syndicales négocient des accords pour mettre fin aux discriminations existantes. Face aux discriminations, on dispose de plusieurs solutions : soit les discriminations sont supprimées par le biais de la négociation collective ou de l'action en justice, soit elles sont maintenues. La voie de la négociation collective est donc essentielle. Il ne suffit pas d'affirmer des règles de non-discrimination, il faut ensuite concrètement les décliner dans chaque entreprise.

Cela veut dire qu'une fois qu'on a affirmé que la discrimination était prohibée, il faut dire comment on fait pour ne pas discriminer, dans un processus d'embauche, de promotion professionnelle, de l'accès à la formation professionnelle, etc. Nous avons donc besoin d'accords collectifs. Or, les acteurs ne sont pas toujours très motivés pour négocier sur ce sujet. Les juristes ont parfois besoin de s'adresser à d'autres disciplines : la sociologie, la psychologie, etc. Les acteurs ne sont également pas toujours formés. Ainsi, dans certaines entreprises, on négocie l'égalité des salaires par la suppression des écarts de rémunération pour des emplois identiques. Il y a donc un véritable enjeu de formation.

Les écarts de rémunération existent. Quand on examine les décisions de la chambre sociale sur ce point, qui sont nombreuses, on s'aperçoit que les personnes qui s'estimaient discriminées ont été obligées d'aller jusque devant la Cour de cassation pour faire reconnaître l'existence d'une discrimination.

Une autre difficulté est que les négociations sont prévues au niveau des branches. Or, en matière de négociation de branche, il est prévu de croiser la négociation relative à l'égalité professionnelle avec celle concernant les classifications. C'est un problème très important parce qu'un certain nombre d'écarts de rémunération sont générés par les grilles de classification. Il n'y a aucune volonté de discriminer de la part des signataires des grilles de classification, c'est simplement un effet indirect discriminatoire.

Vous avez souligné un certain nombre d'outils incitatifs et la difficulté de pouvoir accéder à des marchés publics. Une ordonnance a été prise, prévoyant un rescrit social pour permettre aux entreprises d'accéder aux marchés publics. Ce rescrit social ne va-t-il pas être à l'origine de difficultés dans un certain nombre de contentieux ? Des entreprises qui font l'objet de poursuites pour inégalité de salaire entre les hommes et les femmes produisent des accords d'entreprise signés par l'ensemble ou une partie des organisations syndicales. Le juge est cependant amené à reconnaître l'existence d'une discrimination. Demain, avec ce rescrit social, il va y avoir une difficulté supplémentaire. En effet, quand il y a un rescrit social, cela signifie que la DIRRECTE a reconnu que l'entreprise avait négocié sur la question de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il n'y a plus de discrimination au sein de l'entreprise. On va être confronté à une situation paradoxale où une entreprise aura un accord d'entreprise, un rescrit social, et où, malgré tout, des discriminations continueront d'exister.

Pour finir, un mot sur la pénalité financière qui concerne aujourd'hui cinquante entreprises en France. Ce sont des entreprises qui ont signifié qu'elles ne voulaient pas négocier sur la question de l'égalité professionnelle. Quand l'administration du travail adresse une mise en demeure à une entreprise, elle peut également accompagner l'entreprise pour qu'elle négocie sur ce point. Il n'y a donc pas forcément deux visions opposées entre pénalité financière et accompagnement.

Enfin, sur d'autres discriminations, le droit se contente de dire qu'il doit y avoir négociation sur la lutte contre les discriminations. Autrement dit, il n'y a pas d'égalité de traitement entre les différents droits contre les différentes discriminations.

M. le président Dutheillet de Lamothe :

Mon intervention s'inscrit dans le prolongement de l'exposé du doyen Huglo, s'agissant de l'intensité du contrôle et de la dissociation que la chambre sociale fait entre la décision unilatérale de l'employeur et un accord collectif.

Dans les arrêts rendus par la chambre sociale le 27 janvier 2015, il y a pour moi deux aspects : le premier concerne l'abandon de la jurisprudence Pain ; le second, et le plus prometteur, est la reconnaissance de la légitimité de l'accord collectif parce qu'il a été négocié et conclu par des syndicats mandatés par des gens qui les ont élus pour ce faire.

De ce point de vue, j'estime qu'il y a une filiation avec vos décisions sur les forfaits en jours, où avaient été admises des dérogations très importantes aux règles d'ordre public de durée du travail parce que le Conseil constitutionnel avait admis la constitutionnalité du renvoi par la loi à l'accord collectif. J'avais, dans les mélanges en l'honneur du doyen Waquet, rédigé un article disant que l'accord collectif était devenu une source constitutionnelle du droit du travail.

Cette problématique se pose dans beaucoup d'autres domaines que celui du principe d'égalité de traitement. Mme Mariette a posé la question pour le travail de nuit : la loi a renvoyé à l'accord collectif le soin d'autoriser le travail de nuit si des conditions légales, relativement générales, sont remplies. On peut se poser la question de savoir si la chambre sociale, le moment venu, admettra sinon une présomption de légalité, du moins un contrôle allégué par rapport à un accord collectif qui reconnaîtrait l'existence de la nécessité d'un travail de nuit.

Ma question est donc la suivante : la chambre sociale pourrait-elle être amenée à faire application du principe de présomption de légalité de l'accord collectif dans d'autres domaines que celui des avantages catégoriels ?

M. le professeur Géa :

La vraie problématique est celle du rapport entre le juge et l'accord collectif.

Les arrêts de janvier 2015 ne sont qu'une ramification de cette problématique plus générale, qui se développe. Par exemple, un arrêt d'octobre 2015 de la chambre sociale sur l'ordre des licenciements : cette façon dont le juge se met en retrait s'agissant d'un périmètre autre que celui de l'entreprise, défini par les partenaires sociaux, montre bien que le type de contrôle n'est pas le même selon qu'il s'agit d'une décision unilatérale de l'employeur ou d'un accord collectif. Qu'il s'agisse du droit des grands licenciements collectifs pour motif économique ou de la loi de juin 2013 en matière de validation de PSE, le contrôle n'est pas le même que celui opéré pour un document unilatéral de l'employeur. L'idée est qu'en présence d'un accord collectif négocié, il y aurait une présomption de légitimité. De cette présomption de légitimité, on infère que le juge peut ou doit se mettre en retrait. Par rapport à une décision négociée, on peut le concevoir. Mais que signifie dans l'absolu cette mise en retrait du juge ? On comprend bien que le juge puisse être enclin à voir la norme négociée comme étant légitime. Cela s'inscrit dans un modèle de dialogue social. Mais, cependant, sur quoi se fonde cette mise en retrait ?

Si c'est sur l'idée que la norme négociée est devenue autonome, on commet une erreur. La négociation collective n'a pas une place exclusive. Elle arrive après des dispositions d'ordre public qui vont fixer un cadre, et elle est accompagnée de dispositions légales supplétives. À partir du moment où elle n'est pas autonome dans l'ordre juridique, j'ai du mal à comprendre comment on va pouvoir l'appréhender sans le contrôle du juge. J'ai du mal à comprendre pourquoi la norme négociée serait soustraite à un contrôle alors même que la loi est contrôlée. Je ne suis pas opposé à un modèle de dialogue social, mais à condition de ne pas opposer la légitimité des partenaires sociaux à celle du juge et à ce que le juge n'organise pas sa propre mise en retrait.

M. le professeur Antonmattei :

Ce n'est pas une mise en retrait, c'est un problème d'intensité. Le référentiel est plutôt celui de l'erreur manifeste d'appréciation que connaît le Conseil d'État. La chambre sociale a préféré, à juste titre, mettre en place une présomption. Ce n'est pas un retrait mais une autre façon d'apprécier le rôle du juge par rapport à la source.

La chambre sociale a aujourd'hui à résoudre une difficulté par rapport à son choix :

- soit elle légitime le choix de la présomption par la nature de la source (qui sera plus forte si on passe à 50 %) et elle dit qu'elle réserve le champ d'application de la présomption aux seules catégories professionnelles, qui sont celles au sens du droit électoral, et c'est terminé ;
- soit elle abandonne la restriction aux seules catégories professionnelles, ce qui conduit à un retrait plus significatif du contrôle, qui s'explique par cette présomption de légitimité.

Je pense que la chambre sociale va être obligée de prendre position.

Mme le professeur Vatinet :

Je ne voudrais pas avoir l'air de faire de la provocation, mais je voudrais dire à quel point ces débats sur le principe d'égalité me consternent.

Nous vivons dans un pays où le problème des très bas salaires, des salariés pauvres, devient dramatique et ne semble pas intéresser grand monde, comme si les Français pouvaient s'accommoder de salaires de misère à la condition qu'on leur garantisse que leur voisin ne gagnera pas plus. L'urgence pour les partenaires sociaux est la revalorisation des bas salaires. Ce principe d'égalité de traitement a été découvert récemment. Quand le législateur veut intervenir, on exige une étude d'impact, une analyse des effets pervers. Mais qui s'est intéressé aux effets pervers d'un principe d'égalité conçu de manière trop rigide qui a pour effet de tasser les salaires vers le bas ?

De grâce, il faudrait que les partenaires sociaux puissent concevoir une politique de revalorisation des bas salaires qui pourrait être inégalitaire.

M^e Hélène Masse-Dessen, avocat aux Conseils :

Je ne suis pas d'accord avec ce que vient de dire Mme Vatinet.

L'égalité, c'est aussi chercher une solution aux questions des bas salaires. Je voudrais rejoindre ce que disait M. Miné : la notion d'égalité, ce n'est pas seulement les salaires.

Qu'en est-il ainsi du temps de travail comme instrument de l'égalité ? Les systèmes trop flexibles du temps de travail sont une atteinte à l'égalité en ce qui concerne le travail des femmes. Quand on parle de l'égalité, ce n'est donc pas seulement l'égalité de rémunération, mais aussi l'égalité de traitement et de l'organisation de la vie. Pour revenir sur le contrôle exercé sur l'accord collectif, si celui-ci a la même place que la réglementation, pourquoi y aurait-il un contrôle de légalité des décrets et pas un contrôle de légalité des accords collectifs ? Cela me choque.

Les accords collectifs ne sont pas un OVNI qui n'est pas soumis à l'ensemble du bloc de légalité. Ce n'est donc pas la question de l'existence du contrôle qui est en cause, mais celle de son niveau. Plus les acteurs sont légitimes, plus on peut admettre que le contrôle soit léger. Mais, si on descend jusqu'au niveau de l'accord d'entreprise négocié par un salarié mandaté, si il y a des aménagements sur la représentativité, la question du retrait du contrôle sur ces accords sera un vrai problème.

Je ne pense donc pas que l'on puisse dire que, du seul fait que la source est une source conventionnelle, il ne doit pas y avoir de contrôle du respect des principes d'égalité, de non-discrimination et, plus généralement, de l'ensemble des principes d'ordre public qui s'imposent. Je suis très effrayée quand j'entends dire qu'il y aurait une présomption de légalité suffisante du seul fait qu'il s'agit d'un accord collectif, qui serait, en définitive, moins contrôlé qu'un décret.

M. le doyen Huglo :

Pour répondre à M. le président Dutheillet de Lamothe, on peut effectivement trouver dans la jurisprudence récente une tendance de la chambre sociale à reconnaître le travail accompli par les partenaires sociaux.

Il en est ainsi de l'arrêt cité par le professeur Géa sur l'ordre des licenciements : il s'agissait d'un accord collectif prévoyant que l'ordre des licenciements s'appréciait au niveau du site ou de l'agence, donc un niveau restreint. Nous avons considéré que cela relevait de la responsabilité des partenaires sociaux et qu'à partir du moment où les syndicats dans l'entreprise avaient signé cet accord, il n'y avait pas de contrôle du juge.

Une autre décision concerne la répartition au sein des comités centraux d'entreprise en fonction des établissements. Cette répartition était inégalitaire par accord collectif. La chambre a jugé que, comme cela avait été négocié par les partenaires sociaux, il n'y avait pas, pour le juge, à contrôler la répartition ainsi décidée.

Enfin, un arrêt, du mois de décembre 2014 ou de janvier 2015, relatif aux suites d'une décision de la DIRECCTE concernant la répartition des sièges. La chambre sociale a estimé que l'accord collectif avait contractualisé la répartition des sièges faite par l'administration.

On peut donc trouver, indépendamment de l'égalité de traitement, d'autres jurisprudences de la chambre sociale montrant que celle-ci fait preuve d'une certaine considération pour l'accord collectif.

De manière plus générale, la question posée à la chambre est de savoir au regard de quoi on contrôle. La loi, on ne la contrôle qu'au regard d'un certain nombre de choses limitativement circonscrites : le droit de l'Union, le droit international, le droit constitutionnel, dans le cadre de notre rôle de filtre, la décision finale appartenant au Conseil constitutionnel. J'ai tendance à considérer que le principe d'égalité de traitement n'est pas une norme facilement circonscrite.

Ceci étant, et l'arrêt de la cour d'appel de Paris d'octobre 2015 nous y conduira, la chambre sociale va devoir dire si la présomption de légitimité posée dans les arrêts du 27 janvier 2015 ne vaut que pour des différences catégorielles, cette solution étant alors directement issue de la loi du 20 août 2008 et de la reconnaissance de règles de représentativité différentes et donc d'une capacité de négocier différente, ou si cette présomption s'applique de manière plus générale. Là, il y a effectivement une option politique que la chambre sociale va devoir prendre.

En guise de conclusion

Antoine Lyon-Caen,

professeur émérite à l'université de Paris-Ouest Nanterre-La Défense

Au terme de cette riche journée consacrée à de grands sujets de l'actualité jurisprudentielle, il ne saurait être question de synthèse qui trahirait, nécessairement les propos tenus. Tout au mieux, quelques commentaires peuvent tenir lieu de conclusions.

1. - La santé et la sécurité au travail ont constitué le premier thème de cette journée

L'obligation de sécurité et le CHSCT ont été au centre de l'attention.

Le destin de l'obligation de sécurité de résultat ne peut laisser indifférent. Chacun sait, en effet, l'irréductible originalité du rapport de travail. Si le droit parvient à séparer la prestation de travail de celui qui la fournit ou l'exécute, la distance entre l'une et l'autre n'existe guère. Elle tient de l'artifice.

La préoccupation de la santé et de la sécurité du salarié est, pour cette raison, au cœur du droit du travail, aujourd'hui comme demain. On peut, dès lors, comprendre les troubles que suscite tout changement qui affecte la teneur ou le régime de l'obligation de sécurité de l'employeur. Les récents arrêts de la chambre sociale dans lesquels se marque un tel changement invitent à se demander si c'est le langage qui, dorénavant, est inadapté à la teneur que la Cour de cassation entend donner à l'obligation de l'employeur ou si c'est une difficulté de conception de cette obligation qui voit le jour.

On pourrait croire que le CHSCT, pour sa part, était une institution qui avait atteint l'âge de la majorité. C'était sans doute une illusion. Il recèle, en effet, des germes de fragilité, au point que le législateur contemporain n'en garantit plus même la nécessaire survie. La récente actualité a montré la difficulté de concilier l'autonomie qui doit lui être reconnue et son absence de ressources, qui se traduit dans sa dépendance financière à l'égard de l'employeur. La difficulté a été illustrée par le contentieux relatif aux honoraires de l'expert auquel un CHSCT a décidé de recourir, lorsque sa décision est, par la suite, annulée. Faut-il, pour surmonter une telle difficulté, considérer que le CHSCT, doté de la personnalité morale, a, de ce seul fait, un patrimoine et attendre de la loi qu'elle institue à son profit une dotation, sous forme d'une subvention de l'employeur ? La liaison entre personnalité juridique et patrimoine mériterait un nouvel examen. Quant à une éventuelle subvention patronale, fixée par des règles de source étatique, elle ne répondrait guère à la diversité des situations. L'actuel projet de loi « *Travail* » ne propose pas d'instituer une dotation nationale forfaitaire. Il fait choix d'aménager le contentieux de la contestation de l'expertise décidée par le CHSCT, afin d'éviter, autant que possible, que l'expert exécute sa mission avant que le contentieux ait été vidé.

Bien d'autres germes de fragilité demeurent, en particulier dans le mode de constitution du CHSCT.

2. - La négociation collective ne pouvait échapper à cette journée, et, en premier lieu, ses agents

Pour la chambre sociale, la loi du 20 août 2008 ne conserve plus guère de mystère. La loi a été éclairée par la jurisprudence. Aujourd'hui, parmi les critères dits de représentativité, une distinction claire est faite. D'un côté, certains critères, par exemple l'indépendance, le respect des valeurs républicaines, sont plutôt des critères d'authenticité syndicale, pratiquement des éléments de définition du syndicat. D'autres critères révélant l'implantation du syndicat répondent plus directement à l'exigence de représentativité, cette aptitude à exprimer les vœux et intérêts des travailleurs, notamment dans une négociation collective.

Aujourd'hui toujours, une distinction claire est faite entre l'aptitude à participer à la négociation collective, qui s'exprime dans l'exigence de représentation sociale, et l'aptitude à valablement conclure un accord collectif et donc, jusqu'à un certain point, à engager les travailleurs.

Un regret a toutefois été exprimé. Il a trait à la disparition complète de toute présomption de représentativité, non pas de la présomption découlant de l'affiliation à une organisation syndicale représentative au niveau national, mais de l'emprunt possible de représentativité à une organisation syndicale ayant cette qualité au niveau de la branche. Cet emprunt aurait pour mérite d'assurer une stabilité à la scène syndicale, notamment lorsqu'elle doit affronter des changements dans l'organisation des structures de l'entreprise. Il est vrai que l'une des faiblesses d'une mesure de la représentativité ancrée dans les élections professionnelles dans l'entreprise vient de l'épreuve qu'elle subit en cas de recomposition des unités ou périmètres de représentation. La chambre sociale, dans sa jurisprudence, paraît cependant avoir bien perçu cette faiblesse et avoir trouvé les voies pour en atténuer les effets.

L'actualité est, encore, nourrie du nouveau regard que la chambre sociale porte, depuis des arrêts du 27 janvier 2015, sur la soumission des conventions et accords collectifs au « *principe* » d'égalité de traitement.

Plus que jamais, il semble nécessaire de procéder aux distinctions utiles. Ce que livrent comme enseignement les arrêts du 27 janvier 2015, c'est une limitation de l'emprise du « *principe* » d'égalité sur les conventions et accords collectifs. L'un des mérites prêtés à la jurisprudence antérieure était d'inviter fermement les négociateurs à s'interroger sur les distinctions qu'ils se proposaient de faire ou de ne pas faire entre catégories professionnelles. La nouvelle ligne jurisprudentielle annonce-t-elle une moindre vigilance attendue des négociateurs ?

Les arrêts de 2015, en tout cas, n'amorcent aucun changement dans la soumission du droit conventionnel aux règles de non-discrimination. Un tel changement n'est au demeurant ni souhaitable ni même possible, si l'on se souvient de la rigueur que requiert, en ces domaines, le droit de la non-discrimination de l'Union européenne.

Ce qui n'est pas encore sensible, c'est l'effet que la limitation de l'emprise du « *principe* » d'égalité de traitement pourrait avoir sur l'utilisation des règles de non-discrimination. À suivre certains exemples étrangers, elles peuvent, en effet, servir à mettre en question la conception même des catégories professionnelles et, ainsi, des conditions d'accès aux avantages conventionnels. Ce que le principe d'égalité ne permet plus de faire, les règles de non-discrimination pourraient-elles, à l'avenir, le faire ?

Ce qui n'est pas non plus encore dessiné, c'est la portée du mouvement qui se manifeste dans ces arrêts. Certaines considérations pouvant peser sur l'évolution devraient rester présentes dans l'avenir. D'abord, au nom de la faveur contemporaine dont jouit la négociation collective, il serait paradoxal que la loi en vienne à être mieux soumise à l'exigence d'égalité que ne le serait une convention ou un accord collectif. D'autre part, devant la diversification sans doute croissante des formes de mise au travail, et de régimes de travail, l'exigence d'égalité de traitement offre un encadrement souvent salutaire. Faut-il rappeler qu'elle n'interdit nullement les différences mais requiert en cas de discussion qu'elles soient justifiées au regard de l'objet de la règle ou du dispositif examiné ?

Peut-être même les juges du fond, habilement saisis, découvriront-ils que la négociation collective est une bonne voie pour corriger les inégalités de traitement et qu'ils peuvent inviter les parties à y recourir, avant d'user d'autres sanctions.

Gageons ainsi que l'égalité de traitement, retenue déjà il y a cinq ans comme sujet de ces belles journées d'actualité, sera à l'ordre du jour de futures rencontres.

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) : **155,30 €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 2016, frais de port inclus.



191168470-000916

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

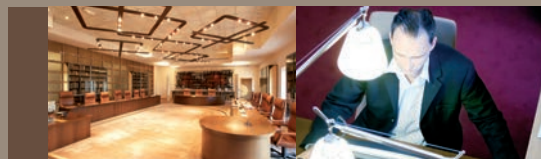
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



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 : 9,40 €
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