

Colloque

Colloque organisé par la Commission Sociale
avec la participation de l'ordre des avocats de Marseille

DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

LA LOI DE SECURISATION DE L'EMPLOI

Sécurisation n'est pas sécurité

> Vendredi 24 mai 2013

Maison de l'Avocat

49, rue Grignan 13006 Marseille



Renseignements et inscriptions

SAF COMMUNICATION, 34, rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. 01 42 82 01 26 ■ Fax 01 45 26 01 55
contact@lesaf.org ■ www.lesaf.org

Colloque organisé par la Commission Sociale

Programme

VENDREDI 24 MAI 2013

La loi est votée. Ce colloque a pour but, par la réflexion collective de définir les angles de contestations, de mettre en place de nouvelles stratégies judiciaires adaptées à ce tsunami législatif dans l'intérêt des salariés et de leurs élus.

MATIN

08h30 » ACCUEIL DES PARTICIPANTS

09h00 » ALLOCUTION DE BIENVENUE

09h15 » INTRODUCTION : GENÈSE DU PROJET DE LOI ISSU DE L'ANI 2013

L'importation du concept de sécurisation en droit social
Dany COHEN, SAF Marseille

09h30 » INFORMATION DES SALARIÉS - GPEC - STRATÉGIE ÉCONOMIQUE DE L'ENTREPRISE : LA NOUVELLE DONNE

Amélioration de la qualité de l'information ou leurre ?

Table Ronde :

Karine THIEBAULT, SAF Lyon
Jean Luc WABANT, SAF Lille
Guillaume ETIEVANT, Expert de CE

10h30 » PRÉSERVER L'EMPLOI OU FACILITER LES LICENCIEMENTS ?

Pascal LOKIEC, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre

Table Ronde :

Les accords de maintien dans l'Emploi : Conclusion -incidences sur le contrat de travail- contestation(s)
Hervé TOURNIQUET, Avocat Barreau de Nanterre
Les accords de mobilité interne
Judith KRIVINE, SAF Paris

12h30 » PAUSE DÉJEUNER

APRÈS-MIDI

13h30 » LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE COLLECTIF : ENTRE ACCORD ET ACTE HOMOLOGUÉ PAR L'ADMINISTRATION, UN NOUVEAU DROIT PROCESSUEL : QUELLES STRATÉGIES ?

Table Ronde :

Modérateurs : Isabelle TARAUD, SAF Val de Marne

Le licenciement économique collectif : les nouveaux modes de présentation du PSE et les limites du contrôle par l'administration
Amine GHENIM, SAF Seine-St-Denis
L'accès à l'information dans les restructurations : nouvelles règles nouvelles stratégies

Jean Louis BÖRIE, SAF Ct-Ferrand
Un Nouveau droit processuel appliqué au PSE et aux actes préparatoires
Un juge administratif du SJA
Florian BORG, SAF Lille

16h30 » LA SÉCURISATION DANS LE CONTENTIEUX INDIVIDUEL : LA LÉGITIMATION D'UNE RÉDUCTION DES DROITS DES SALARIÉS : QUELLES PARADES ?

Barémisation et référentiel de dommages et intérêts

Steve DOUDET, SAF Marseille

Prescription : un régime dérogatoire du droit commun

Patrick HENRIOT, Avocat Général près la Cour d'Appel de Paris

17h15 » DÉBAT

18h00 » CLÔTURE DE LA FORMATION

CONTRIBUTIONS

LES GRANDES ORIENTATIONS DE LA LOI
ET LES MOYENS DE LA RÉSISTANCE

Pascal LOKIEC

Professeur Université Paris Ouest Nanterre

INFORMATION DES SALARIÉS – GPEC – STRATÉGIE ECONOMIQUE DE
L'ENTREPRISE : LA NOUVELLE DONNE

Jean Luc WABANT, SAF Paris

Karine THIEBAUT, SAF Lyon

Guillaume ETIEVANT, Expert de CE

LES ACCORDS DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

Hervé TOURNIQUET

Avocat Paris

LES ACCORDS DE MOBILITE

Judith KRIVINE

SAF PARIS

LE LICENCIEMENT COLLECTIF POUR MOTIF ECONOMIQUE : LES NOUVEAUX
MODES DE PRESENTATION DU PSE ET LES LIMITES DU CONTROLE PAR
L'ADMINISTRATION

Amine GHENIM

SAF Seine saint Denis

CONSTRUIRE LA JURISPRUDENCE

Jean Louis BORIE

SAF Clermont-Ferrand

Ancien Président du SAF

BAREMISATION ET REFERENTIEL DES DOMMAGES INTÉRÊTS

Steve DOUDET

SAF Marseille

LA PRESCRIPTION DES ACTIONS EN JUSTICE

Patrick HENRIOT

Substitut Parquet de Paris

SM

LES GRANDES ORIENTATIONS DE LA LOI ET LES MOYENS DE LA RÉSISTANCE

Pascal LOKIEC

Professeur Université Paris Ouest Nanterre

PARTIE 1. LES GRANDES ORIENTATIONS

I) Un nouveau rapport au temps

On est maintenant dans le droit pressé, dans le droit qui doit aller vite : le temps du droit s'aligne sur le temps de l'entreprise : c'est dommage : plus que jamais, l'ensemble des acteurs impliqués dans le droit du travail (avocats, juges, administration etc) vont devoir travailler avec une montre à la main.

Quelques exemples :

- La prescription est raccourcie et les délais ne sont pas susceptibles d'interruption
- Le TA a trois mois pour se prononcer ; à défaut, il perd sa place et cela va devant la CA ... ainsi de suite
- La consultation du CE dans le cadre de la procédure LME est entourée dans délais très stricts
- La consultation du CE hors procédure LME devra, alors même qu'aucune disposition spéciale ne le prévoirait, être entourée dans des délais fixés par accord, à défaut par décret. La loi prévoit un minimum de 15 jours : 15 jours à compter de quoi : logiquement remise des documents par l'employeur ? (c'est ce que prévoient généralement les textes : ex 2323-13 sur les projets d'introduction de nouvelles technologies) En présence d'une base de donnée unique, plus de remise des documents !!
- Un accord devra aussi définir un délai d'intervention raisonnable pour l'expert : est il logique d'adopter un délai unique (les accords distingueront ils en fonction de l'importance de l'expertise ? Probablement pas) ? je ne suis pas expert mais j'imagine que le délai dépend radicalement de la taille du dossier : travailler sur 3 pages ne suppose pas le même délai que travailler sur 1000 pages.
- Si le comité d'entreprise n'a pas rendu d'avis, tant pis il est réputé avoir été consulté et en plus avoir rendu un avis négatif : c'est-à-dire que la loi décide à sa place.
- Le recours contre la décision d'homologation ou de validation doit être diligenté sous 2 mois
- L'administration a 15 jours pour se prononcer sur le PSE négocié (même si un amendement devant l'ANI prévoit qu'elle doit être informée dès le début des négociations)

II) Le brouillage des frontières entre CE et négociation collective

Les frontières initiales sont les suivantes : le syndicat négocie sur les conditions de travail / le CE est associé, certes indirectement, à la gestion économique de l'entreprise. Brouillé.

- Syndicats ont accès à la base de données unique : donc il en est fini de la primeur des élus sur l'information (même si on sait bien qu'en pratique les syndicats récupéraient l'information) : certes, ce n'est que de l'information mais les syndicats sont tout de même associés, par ce biais, à la stratégie de l'entreprise : on pourra dire qu'ils savaient et qu'ils n'ont pas réagi.
- Les syndicats négocient le PSE
- Les syndicats ont droit à un expert-comptable (lorsqu'ils négocient sur le PSE ; Un expert-comptable peut être mandaté par le comité d'entreprise pour accompagner les organisations syndicales dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation pour les AME)
- Les syndicats analysent avec l'employeur le diagnostic des difficultés économique, nécessaire à la mise en place d'un AME
: tout cela alimente le fait que les syndicats vont sur le terrain de la gestion : c'est ce qu'on peut appeler la négociation de gestion = attention : c'est une erreur politique grave que de croire qu'une décision unilatérale précédée d'une négociation est meilleure qu'une décision unilatérale précédée d'une simple information-consultation : au final c'est l'employeur qui décide : laissons lui la responsabilité de sa décision. Car on sait très bien que l'existence d'un accord sur le PSE aura un impact sur l'appréciation du motif économique du licenciement.

Ce ne sont que quelques exemples de brouillage :

Je ne rappellerai pas le brouillage déjà créé en 2008 avec le critère de l'audience

Autre brouillage : Les délais de consultation du CE sont désormais (en dehors du LME) fixés en principe par accord entre l'employeur et le CE : se développent les accords avec le CE

: N'est-on pas en train de préparer le terrain pour une instance unique de représentation du personnel ? Une idée qui germe de plus en plus, avec de nombreux exemples à l'étranger.

III) la remise en cause des prérogatives du CE

La négociation, de gestion, passe au premier plan ; l'information-consultation devient une contrainte dont on cherche à diminuer au maximum la portée. Il y a toujours eu cette idée qu'il s'agit d'une perte de temps, d'un coût : cette idée est très présente :

En affichage : nouvelle info-consult sur la stratégie de l'entreprise et sur l'utilisation du crédit impôt compétitivité ; nouveaux experts ; base de donnée ; on a même donné un droit de veto

au CE : l'avis favorable est nécessaire (l'employeur peut, après avis favorable du comité d'entreprise, proposer des mesures de reclassement interne avant l'expiration du délai mentionné à l'article L. 1233-30). Mais une fois dépassé cet affichage : c'est moins glorieux

Il y a bien sûr les délais et la règle selon laquelle le CE est réputé avoir été consulté et avoir émis un avis négatif s'il n'a pas rendu d'avis à l'expiration du délai

Mais ce qui peut apparaître comme des avancées n'en sont pas en réalité: la base de données : (a) empêche de confronter différentes périodes sur une même question (il y a 6 mois vous disiez ça ; maintenant vous dites ça) : conseiller aux syndicats d'imprimer ; (b) Information est désormais globale : organisations syndicales ne pourront pas critiquer un point sans se voir opposer une vision globale de la situation de l'entreprise.

Autre exemple : On crée une expertise sur l'orientation stratégique mais elle est financée à 20% par le CE : très inégalitaire : 20% financé sur budget de fonctionnement : en fonction de la richesse du CE, tu peux avoir l'expertise ou non. Le prix de l'expertise dépend de l'objet en principe ; or, on le lie ici au budget qui est lié à la masse salariale de l'entreprise : ce ne devrait pas être la masse salariale qui détermine l'expertise

- Evidemment : rien n'a été apporté sur la sanction qui est le point faible de l'information-consultation

IV. La sacralisation de la négociation collective

Avec cette idée que lorsqu'une négociation a eu lieu, l'Etat doit s'effacer, que ce soit l'administration ou le juge : c'est l'idée très dangereuse à mon avis d'autonomie collective (transposition de l'idée d'autonomie de la volonté au niveau collectif)

- Ex. PSE négocié : quand validation : « présence dans le plan de sauvegarde de l'emploi des mesures prévues aux articles L. 1233-61 et L. 1233-63 ». / quand homologation : contrôle du respect des mesures visées aux articles L1233-61 à L1233-63) : en gros : si PSE négocié : c'est un blanc seing

Heureusement : on a semblé t'en échapper à l'obligation de négocier préalable au document unilatéral (je suis personnellement contre une telle obligation).

V. L'évitement du droit LME

L'idée de départ était la suivante : les réorganisations (donc les modifications du contrat) doivent échapper au droit du LME : donc modification de L1233-3 pour ne maintenir que la suppression d'emploi : première version patronale du texte : n'y est plus

Reste des traces :

- Accord Maintien de l'emploi
- Accord de mobilité

VI. Evitement du juge

au profit de quoi :

- de la négociation collective : Ce qui est assez gênant c'est que le prétexte principal : c'est la négociation collective : ex. Typique : si accord sur PSE que contrôle l'administration ? - de l'administration : Danger de l'homologation ou de la validation tacite : risque qu'elle ne se concentre que sur les gros PSE, et que fasse jouer l'homologation tacite pour le reste.

VII. Sécurité des employeurs

- Un exemple : Non respect de l'engagement de maintien de l'emploi sanctionné par DI (classique)
- Moins classique : clause pénale : « L'accord contient une clause pénale au sens de l'article 1226 du code civil. Celle-ci s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment ceux de maintien de l'emploi mentionnés à l'article L. 5125-1 du présent code. Elle donne lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés lésés, dont le montant et les modalités d'exécution sont fixés dans l'accord ». : heureusement : clause pénale peut être révisée à hausse ou baisse (cependant suppose que montant soit manifestement excessif ou dérisoire)

= on peut bien sûr jouer sur la révision des clauses pénales mais cela suppose un manquement manifestement excessif ou dérisoire ?

PARTIE 2. Les moyens de résistance

I. Faire des QPC

Au vu des recours actuels devant le conseil constitutionnel, la voie devrait être libre puisqu'elles ne portent que sur la complémentaire santé

Quels fondements :

1. Droit au recours : Article 16 DDHC (utilisé récemment en vain pour critiquer la règle des 35 euros) : contient un droit à un recours juridictionnel effectif ; Bien sûr il y a aussi l'article 6-1 CEDH:

-Ques ex. le plus caricatural : CE peut demander en référés un complément d'information dans le cadre de la procédure d'info-consult. : il est prévu que le juge statue dans un délai de huit jours, et que « Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis » sauf difficultés particulières

-« Toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail se prescrit par deux ans » : signalé par P. henriot et M. Grévy ; trop court ; ne pourra pas attendre la rupture (risque de décourager car risque de représaille).

- privation du recours effectif pour les salariés, les OS non signataires en cas de violation de l'accord de maintien de l'emploi

2. **Principe d'égalité devant la loi** Violation du principe d'égalité devant la loi du fait de l'exclusion des SAS des dispositions relatives à la représentation des salariés dans les organes de direction ou de surveillance / bcp plus improbable : différence de traitement selon que entreprise de moins et de plus de 50 salariés

3. **Sécurité juridique/Attentes légitimes :**

Article 16 Constitution sur sécurité juridique et 4 DHHC : décisions du Conseil Constitutionnel autour de l'économie générale des conventions

: sur ce fondement : critique de la constitutionnalité du dispositif des accords de mobilité interne et mobilité au regard du respect de l'économie des conventions : le contrat de travail a créé des attentes légitimes (notamment en termes de salaires) et elles sont remises en cause par l'accord collectif (maintien de l'emploi / accord de mobilité interne).

Attention : Conseil constitutionnel opposera l'intérêt général :

Conseil constitutionnel, Décision du 15 mars 2012 relative à la loi précitée de simplification du droit (Déc. n° 2012-649 DC)

« Le législateur a entendu conforter les accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise ; que cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif, applicable à l'entreprise, qui permet une telle modulation ; que les salariés à temps incomplet sont expressément exclus de ce dispositif ; qu'il s'ensuit que ces dispositions, fondées sur un motif d'intérêt général suffisant, ne portent pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution »

Alternative (peu de chances de succès mon avis): si on arrive pas à l'inconstitutionnalité, on peut au moins soutenir qu'en tout état de cause, ces accords ne peuvent pas s'appliquer aux contrats en cours mais seulement à ceux conclus postérieurement, conformément à la jurisprudence sur les obligations imposées aux salariés (Soc. 23 avr. 1997, *Dr. soc.*, 1997, p. 641, obs. G. Couturier□; Soc. 29 mars 1995, *Bull. civ. V*, n° 112 ; pbe loi prévoit, sur accords de mobilité, que « L'accord collectif issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-21 est porté à la connaissance de chacun des salariés concernés » (pas précisé lors de l'embauche) = car pour ceux dont le contrat indiquait à la base un salaire X voient leurs espérances légitimes profondément remises en cause par la baisse du salaire).

4. **Principe de participation** Al 8 : principe du droit à la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise.

« À l'expiration de ces délais ou du délai mentionné au dernier alinéa de l'article L. 2323-4, le comité d'entreprise est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif. » : vide de son sens le pcp de participation

5. Clarté et intelligibilité de la loi

Non invocable au titre de QPC

II. Invocation du droit européen et international

1. **Directive sur licit collectif : cela a déjà été largement écrit** : comment peut-on réputé individuel un licenciement qui est collectif !
2. **Directive générale sur info-consultation de 2002** : qui exige que l'info-consultation ait un effet utile : vrai pbe à ce niveau là et on peut peut-être attaquer : avec ici un problème **lié à l'efficacité** du droit de l'union européenne. Le pbe des directives, c'est qu'elles ne peuvent pas être appliquées directement dans un litige entre particuliers ; il pourrait en aller autrement des dispositions de la charte des droits fondamentaux. D'où la tentation de chercher dans la charte : précisément, dans un arrêt du 11 avr. 2012, no 11-21.609 la Cour de cassation a fait un lien entre le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les dispositions de la Directive 2002/ 14/ CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2002. Il faut attendre la position de la CJUE sur ces points (a refusé de se prononcer dans l'arrêt Dominguez...).
3. La convention 158 OIT reconnue d'efficacité directe : pour exiger un contrôle du motif économique au titre des accords de mobilité et de maintien de l'emploi

III) Quelques argumentations à développer pour contourner les nouveaux textes

a) Des formules sur lesquelles on peut argumenter

- « **est réputé** » **avoir été consulté** : soutenir qu'on est en présence d'une présomption simple
- **repose sur un motif économique (accords de mobilité/maintien de l'emploi)**

Repose sur un motif économique : on peut argumenter qu'en termes de codification, le présent de l'indicatif vaut impératif : guide de légistique + décision du Cel Cel du 17 janv. 2008, §17 (n°2007-561 DC) : « Considérant, en quatrième

lieu, que, l'emploi du présent de l'indicatif ayant valeur impérative, la substitution du présent de l'indicatif à une rédaction formulée en termes d'obligation ne retire pas aux dispositions du nouveau code du travail leur caractère impératif » : attention : portée incertaine : est ce limité à l'hypothèse de recodification ?

b) Clause de mobilité suspendue si accord de mobilité interne

Lorsque dans une entreprise, existe un accord de mobilité interne, les clauses de mobilité sont elles opposables au salarié ? Non selon moi : « Les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues. »

Or, la clause de mobilité est contraire à l'accord de mobilité interne : devrait prévoir les mesures d'accompagnement à la mobilité ; les mesures visant à concilier vie personnelle et professionnelle, ce qu'elle ne fait presque jamais.

c) Obligation individuelle de reclassement

Peu importe que le PSE soit validé ou homologué : cela ne veut pas dire que l'employeur a respecté son obligation de reclassement : deux obligations différentes

d) Jouer sur la consultation du CHSCT, moins encadrée :

- Dans le cadre de la procédure licenciement pour motif économique (LME) : parmi les conditions de l'homologation, administration doit vérifier « la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise et, le cas échéant, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et de l'instance de coordination ». Vu l'imprécision des règles entourant la consultation du CHSCT, il y a peut être un terrain d'action : par ex. la loi ne dit rien si les conditions de délibération du CHSCT : C cass : 10 janv. 2012, n°10-23.206 : « l'avis du CHSCT ne peut résulter que d'une décision prise à l'issue d'une délibération collective et non d'un simple tour de table » : or, sauf erreur de ma part, la loi ne répute pas pour le CHSCT que l'absence d'avis vaut avis : seulement pour le CE
- En dehors de la procédure LME : désormais : il revient à un accord entre le CE et l'employeur de déterminer les délais d'info-consult : il est prévu un minimum de 15 jours et que ce délai doit tenir compte de la consult du CHSCT

e) Jouer sur la notion de délai raisonnable pour le recours à l'expert :

l'intervention de l'expert comptable est très encadrée dans la procédure LME ; elle est plus souple dans la partie 2 (ancien livre 4) puisqu'il est question d'un accord fixant un délai raisonnable : est il possible de résister aux délais très précis de la partie 1 en invoquant ceux plus larges de la partie 2 ? LA question se pose car il est expressément prévu dans le code du travail (c'est l'art L1233-34) que l'assistance Lorsqu'on lit l'article L1233-34, inchangé, il est écrit que « le comité d'entreprise peut recourir à

l'assistance d'un expert comptable en application de l'article L2325-35 » autrement dit de la partie 2.

f) Vidéo :

Comment faire ? Le ministre a affirmé que la question des licenciements boursiers est résolue par la loi car il n'y aura par définition pas d'accord sur le PSE si contexte de licenciement boursier et si on est dans la voie unilatérale, l'administration refusera d'homologuer si on est en présence d'un licenciement boursiers. :

Ministre : « Sans accord, sans homologation, il n'y aura pas de licenciement. C'est d'ailleurs la force que cette loi donne à l'administration dans la négociation avec l'entreprise : en cas de refus de l'administration, le licenciement n'est pas possible. Si un licenciement est sollicité par une entreprise alors que l'administration considère, comme les salariés, qu'il n'est justifié par aucune raison valable, que l'entreprise dispose de tous les moyens pour résoudre ses difficultés et que les rémunérations versées à l'actionnaire sont considérables, alors il n'y aura pas de licenciement. Voilà ce que prévoit la loi que le Parlement a votée. »

Ce n'est malheureusement pas exact = on ne peut obtenir la nullité des licenciements que dans 3 cas :

- a) Licencié alors que pas de décision d'homologation
- b) Licencié alors que décision de non homologation
- c) Annulation de l'homologation (par les juges administratifs) au motif que pas de PSE ou PSE insuffisant = texte prévoit que si annulation de l'homologation pour un autre motif, notamment l'irrégularité de procédure, les licenciements ne sont pas nuls : indemnités de 6 mois de salaires minimum (réintégration facultative)

C'est donc le statu quo : il va falloir utiliser les mêmes arguments : fraude bien sûr, l'inexistence du motif etc... : surtout pas l'absence de cause réelle et sérieuse car il y a un piège : le juge judiciaire pourrait vous opposer la jurisprudence sur la résiliation judiciaire des salariés protégés ([ass. soc., 29 sept. 2010, n° 09-41.127](#),) et considérer que l'appréciation du motif par le juge administratif s'impose au juge judiciaire : je pense que la distinction entre inexistence du motif et absence de cause réelle et sérieuse va être encore plus nécessaire qu'aujourd'hui

Il faudra sans doute ajouter un fondement, suggéré par le ministre (préc.) : la proportionnalité aux moyens : l'entreprise était prospère et n'ayant aucun besoin de licencier, elle devait mettre tous ses moyens dans le plan de sauvegarde de l'emploi ; elle ne l'a pas fait : donc l'homologation est nulle et les licenciements avec.

g) Le principe de l'effet utile de la consultation

Se prévaloir de cette formule : « Ces délais, qui ne peuvent être inférieurs à quinze jours, doivent permettre au comité d'entreprise d'exercer utilement sa compétence, en fonction de la nature et de

l'importance des questions qui lui sont soumises et, le cas échéant, de l'information et de la consultation du ou des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ».

Opposer cette formule générale aux différents délais de consultation et d'expertise : soutenir que le délai a été dépassé mais que c'est pour donner un effet utile à la consultation.

h) **présenter des projets alternatifs** : montrera à l'administration qu'il y avait mieux à faire que ce qu'a proposé l'entreprise

« Art. L. 1233-33. – L'employeur met à l'étude, dans le délai prévu à l'article L. 1233-30, les suggestions relatives aux mesures sociales envisagées et les propositions alternatives au projet de restructuration mentionné à l'article L. 2323-15 formulées par le comité d'entreprise. Il leur donne une réponse motivée. » : multiplier les suggestions et propositions alternatives = vieille disposition mais nouveau car dans la construction du dispositif l'absence de réponse motivée devrait, espérons le, empêcher la validation de la procédure et du PSE, même si rien est dit :

Actuellement absence de réponse empêche l'envoi des lettres de licenciement ; il n'y a plus de référence à la lettre de licenciement dans le nouveau texte : nouveau levier : donner un sens à l'exigence de motivation : il faut une explication plausible à défaut pas d'homologation possible

Aujourd'hui : le contentieux sur ce texte est quasi nul

Eventuellement : mêler ce texte avec le principe de l'effet utile : impossible d'examiner les projets alternatifs de restructuration dans les délais prévus : atteinte à l'effet utile.

(i) quid juge des référés ?

-pour obtenir suspension de la procédure de LME : semble désormais fermé : il faudra faire une demande à l'administration : à tout moment avant transmission de la demande de validation de l'accord ou d'homologation du plan, l'administration pourrait être saisie d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir des éléments d'information souhaités ou de se conformer à une règle de procédure prévus par les textes législatifs, les conventions collectives ou un accord collectif. L'administration aurait cinq jours pour se prononcer. De son côté, l'administration peut, ce qui est moins original, elle aussi, à tout moment en cours de procédure, de « faire toute observation ou proposition à l'employeur concernant le déroulement de la procédure et les mesures » de reclassement. L'employeur doit fournir une réponse motivée

: en def : tout repose sur l'administration : employeur aura intérêt à répondre à l'administration à défaut de quoi on peut supposer qu'elle refusera d'homologuer. » ; enjeu lourd autour de la notion de réponse motivée, qui existe déjà aujourd'hui

Par contre : en dehors de la procédure LME : pour échapper aux nouveaux délais de consultation du CE, loi prévoit une possibilité de **prolongation** des délais :

« Les membres élus du comité peuvent, s'ils estiment ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants. Le juge statue dans un délai de huit jours. Cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis. Toutefois, en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité d'entreprise, le juge peut décider la prolongation du délai prévu à l'article L. 2323-3. »

Conclusion : il faut s'interroger sur le rôle et le sens des comités et des syndicats, pour qui nombre d'entre vous travaillent. Les CE servent ils encore à quelque chose ? Quant aux syndicaux : se conforment ils encore à leur objet ? Rappel de l'objet des syndicats dns la loi : Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts.

ANNEXE

Mines à contentieux : Mobilité volontaire : deux lectures : a) une lecture optimiste, qui implique qu'il y a un vrai choix pour le salarié : c'est un congé sabbatique amélioré / b) une lecture pessimiste : c'est du prêt de main d'œuvre déguisé. Ce qu'accrédite le fait que rien n'est dit des rapports entre le salarié et l'entreprise tierce, exactement comme pour le travail intérimaire : Est-ce que le salarié conclut un CDD dans la nouvelle entreprise ; un CDI ? Il a peut être le choix mais comment rompt il son contrat pour revenir dans l'entreprise initiale ? Autre analyse possible : de la simple mise à disposition ? Non car dans ce cas le contrat ne devrait pas être suspendu

Ordre des licenciements

- a) Ordre des licenciements ? Où est ce ? l'accord sur le PSE peut porter sur la pondération et le périmètre d'application de l'ordre ; le document unilatéral ;

« Art. L. 1235-7-I. – L'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4.

Or : dans la liste des documents sur lesquels peut porter le document, il y a, comme pour l'accord, la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L. 1233-5

LES NOUVEAUX "DROITS" DE LA REPRESENTATION DES SALARIES

JEAN LUC WABANT
SAF Marseille 24 mai 2013



LA SECURISATION DE L'EMPLOI

- LES NOUVEAUX "DROITS" DE LA REPRESENTATION DES SALARIES
- PREAMBULE : COMPRENDRE LES OBJECTIFS DES NEGOCIATEURS POUR APPRECIER LE CONTENU

LES OBJECTIFS DE LA REFORME

- Faire partager les choix (inévitables ?)
 - Faire partager le caractère incontournable des décisions
 - Institutionnaliser le dialogue
 - Professionnaliser les relations sociales
 - Aller vers une cogestion sans la co-détermination c'est-à-dire une cogestion des conséquences.
 - Partager ou subir
-
-

LE COMITE D'ENTREPRISE PIVOT DE LA LOGIQUE

- Le partage des informations : L'aboutissement de revendication légitime et de la jurisprudence concernant l'efficacité des processus de consultation et la visibilité L 2323-7-2
- La fusion des consultations sans le dire ne permettant plus d'isoler les thèmes et les objets L2323-7-3 al 1
- La googelisation de l'information et des élus : Une mise à jour permanente sans « contrôle » sans processus d'information réelle L 2323-7-3
- L'éloignement des représentants des salariés : CEUX QUI SAVENT ET LES AUTRES
- **Grand absent : le droit d'expression des salariés**



LE « PARTAGE DES DÉCISIONS »

- Les accords de compétitivité
- Les Plans de sauvegarde de l'emploi
- La consultation sur les orientations stratégiques L 2323-7-1

Le CE QUI FIXE LES REGLES

- Les délais L 2323-3 al 3
- Les rapports à l'expert L2323-7-1 al 4 et 5
- Le financement du conseil aux OS

LA REPRESENTATION DIRECTE : Les conseils d'administration

- Les conseils d'administration : leur rôle de co décision
- Les CA instrument de financement des OS
- Les CA Instrument d'institutionnalisation

LES CONTREPARTIES PLUS OU MOINS CACHÉES.

- La confidentialité accrue L2323-7-2 dern al
- Le raccourcissement des délais L 2323-3 L 2325-42
- La présomption de consultation
- La disparition du pouvoir de contestation en amont
- Le choix des interlocuteurs par l'employeur :
- L'exemple des faux CHSCT centraux et l'oubli du CHSCT dernier organe ou la vie vaut plus que l'argent

Quelles propositions

- Négocier rapidement dans les grandes entreprises
- Veiller scrupuleusement sur les consultations obligatoires
- Saisir les contradictions
- Faire des contrepropositions
- Préparer la phase de bilan de la loi

PRÉPARER ET SAUVEGARDER LES CONSULTATIONS PÉRIODIQUES

- Construire des demandes de documentation spécifique pour chaque consultation
- Combattre systématiquement les abus de confidentialité
- Construire des demandes de documentation spécifique pour chaque consultation

Intervenir en amont

- Envisager les actions pour tromperie, dol pour faire annuler (et ou suspendre) des processus d'information consultation et les projets subséquents
- Contester les consultations sur la stratégie pour violation des objectifs de l'ANI et de la loi si le « partage » des bénéfices et des efforts n'est pas équitable
- Saisir le juge le plus en amont possible L2323-4 III y compris sur les licenciement économiques (surtout de confort!)

Article 12 de l'ANI « Information et consultation anticipée des IRP » inséré au titre II « Renforcer l'information des salariés sur les perspectives et les choix stratégiques de l'entreprise pour renforcer la GPEC »

Devenu **article 4 du projet de loi** de retranscription et **article 8 de la loi** définitivement votée, (actuellement déferée au Conseil constitutionnel), inséré au sein d'une section 2 « *De nouveaux droits collectifs en faveur de la participation des salariés* », que le Sénat avait retiré lorsque le texte a été discuté en première lecture devant lui ; ce retrait avait à l'époque provoqué les hauts cris du « cercle des DRH » dénonçant un « *coup de force visant à retirer des dispositions essentielles prévues par l'accord interprofessionnel du 11 janvier 2013* », ajoutant que « *le dialogue social est piétiné et la constitution bafouée car l'ANI n'aurait jamais pu être signé sans ces dispositions* ».

Ces déclarations nous conduisent naturellement à examiner le contenu de ces dispositions, heureusement pour le cercle des DRH, réintroduites au stade du travail en commission mixte paritaire, avec circonspection.

1. Le texte consacre la mise en place d'une « **base de données économiques et sociales unique** » en instituant un article 2323-7-2 du Code du travail.

Cette base de données (héritage des préconisations du rapport de Virville de 2004) est conçue comme « *regroupant et rationalisant exhaustivement les données existantes, sans remettre en cause les attributions des représentants du personnel* » ; elle comprend l'ensemble des informations économiques et sociales données de façon récurrente (périodique) aux IRP sous forme de rapports ou autres (elle ne remplace pas les documents remis au titre des consultations et informations ponctuelles) et revêt un caractère rétrospectif et prospectif puisqu'elle porte, outre l'année en cours, sur les 2 années précédentes et sur les 3 années à venir.

Elle devra être mise en place dans un délai d'un an à compter de la promulgation du nouveau texte pour les entreprises de + de 300 salariés et de 2 ans pour les autres.

Elle sera accessible au comité d'entreprise (à défaut aux DP), au CCE, aux organisations syndicales, à l'employeur et finalement aux CHSCT (qui n'étaient pas inclus dans l'ANI ni le projet de loi dans sa version initiale) et devra être régulièrement mise à jour sans que le texte ne précise pas à quel rythme interviendra cette mise à jour, ni les sanctions qui résulteraient d'un défaut d'actualisation par l'employeur.

Sa mise à disposition vaudra transmission des rapports et informations aux IRP dans des conditions et des limites fixées en Conseil d'Etat (article 2323-7-3 nouveau du Code du travail).

On ne sait donc encore précisément pour quelles consultations périodiques cette base de données unique épuisera l'obligation de transparence et de transmission des éléments d'information nécessaires à une consultation loyale (quid notamment des comptes annuels de l'entreprise dont la présentation au CE est l'objet d'une consultation prévue aux articles L 2323-9 et L 2323-10 du Code du travail qui demeurent inchangés dans le projet de loi ?).

La base de données devra comprendre des informations relatives :

- aux investissements (sociaux et matériels et immatériels), cette rubrique ayant été enrichie dans le projet de loi par l'ajout de l'évolution et la répartition des emplois précaires, des stages et emplois à temps partiel, formation professionnelle et conditions de travail – cet oubli regrettable de l'ANI ayant été critiqué notamment par la fondation Copernic),
- aux fonds propres et à l'endettement,
- à la rémunération des salariés et des dirigeants,
- aux activités sociales et culturelles,
- à la rémunération des financeurs,
- aux flux financiers à destination de l'entreprise,
- à la sous-traitance,
- aux transferts financiers et commerciaux entre entités du groupe.

Le contenu de cette base de données devra être précisé par décret en CE et pourra être complété par accord de branche ou d'entreprise, cette possibilité d'aménagement ouvrant une brèche dangereuse dans le socle commun du droit à l'information des IRP (jusqu'à présent, le loi ne l'admettait que de manière ponctuelle et strictement délimitée : accords de méthode dans les procédures de licenciements éco, information annuelle dans les entreprises de plus de 300 salariés sur la situation économique, social et financière de l'entreprise article L 2323-61).

A bien y regarder et sauf meilleure précision du décret annoncé, aucune information comprise dans cette base de données n'est inédite par rapport aux obligations actuelles. La question sera de savoir si elle doit être considérée comme source exhaustive, au sens d'exclusive, d'information des IRP.

Cette base de données peut séduire en ce qu'elle donne l'impression d'ouvrir en grand l'information sur l'entreprise mais en réalité, elle n'est pas plus large que celle que recoupe les documents que doit fournir l'employeur dans le cadre du droit positif, à savoir :

- articles L 2323-7 : information donnée un mois après chaque élection CE comprenant, notamment, « *les perspectives économiques de l'entreprise telles qu'elles peuvent être envisagées* », la position de l'entreprise au sein du groupe, la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10%, la position de l'entreprise dans sa branche d'activité,
- article L 2323-55 : information annuelle avec un rapport sur la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir,
- article L 2323-68 : bilan social annuel,
- articles L 2323-8 à 11 : documents comptables et rapport du commissaire aux comptes communiqués à l'assemblée générale des actionnaires ou aux associés.

Certains experts ont également exprimé des craintes que ce document soit indigeste et difficilement exploitable par les représentants du personnel.

La CGT a de son côté dénoncé un « *risque de déperdition des informations* », en soulignant qu'on ne pouvait accepter la disparition d'indicateurs essentiels tels que le bilan social.

Ce « faux cadeau » prend un tour encore plus inquiétant en ce qu'il se double d'une **obligation de discrétion** imposée aux CE, DP, CHSCT et DS s'agissant des informations contenues dans cette base de données économiques et sociales « *revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur* » (nouvel article L2323-7-2 *in fine*), manifestation inspirée par le proposition de loi Carayon (voir contribution du SAF publiée dans Droit Ouvrier sous le titre « *Secret des affaires : pour une concertation large sur un projet de réforme sensible et controversé* » février 2013 – page 112) et par une volonté de sanctuarisation des informations financières détenues par la direction des entreprises.

L'actuel article L 2325-5 du Code du travail, impose cette obligation aux seuls membres du CE et représentants syndicaux et la jurisprudence est venue préciser le champ d'application de cette obligation en invitant d'une part le juge à vérifier que l'information divulguée doit revêtir un caractère objectivement confidentiel et qu'elle ne doit par ailleurs pas avoir déjà fait l'objet d'une diffusion à des tiers (voir notamment Cass 12 juillet 2006 n°04-47558 RJS 11/06 n°1198), toutes limitations qui ne sont pas expressément reprises dans l'ANI, ni le projet de loi de retranscription.

Cette obligation de confidentialité est de nature à remettre en cause le lien entre les représentants du personnel et la collectivité des salariés puisque les premiers pourraient être entravés dans leur obligation de rendre compte aux seconds.

Une obligation de confidentialité uniquement déterminée par l'employeur serait en outre contraire à la directive n°2002/14 du 11 mars 2002 relative à l'information-consultation des travailleurs.

2. Une nouvelle consultation des IRP sur les orientations stratégiques de l'entreprise, ouvrant droit à l'assistance d'un expert

Un nouvel article L 2323-7-1 est introduit et prévoit une consultation annuelle du CE sur les orientations stratégiques définies par l'organe chargé de l'administration et de la surveillance de l'entreprise ainsi que ses conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, le recours aux contrats précaires.

C'est la fameuse base de données unique qui est le support de cette consultation.

Le comité émet un avis sur ces orientations et peut proposer des orientations alternatives, cet avis étant transmis à l'organe de décision au sein de l'entreprise, lequel doit lui réserver une réponse argumentée, elle-même transmise au CE qui peut y répliquer.

A noter que l'ancienne mouture de l'article L 2242-15 du Code du travail (relatif à la négociation GPEC) prévoyait déjà l'obligation de discuter de la « stratégie de l'entreprise », avec un rythme certes plus espacé puisqu'elle était triennale et non annuelle, même s'il s'agissait d'une négociation (et pas nécessairement d'une consultation) ce champ de discussion n'était donc pas inédit.

A cette occasion, et afin d'être aidé pour « *analyser les informations mises à leur disposition et avoir une meilleure appréhension des enjeux attachés à la mise en œuvre des orientations stratégiques de l'entreprise* » (selon le texte de l'ANI), les CE peuvent s'adjoindre les services d'un expert comptable (le projet de loi précisant que ce recours à l'expertise s'ajoute aux autres cas de recours), mais les frais afférents sont alors partagés entre l'employeur et le comité dans une proportion respective de 80% et 20% (dans la limite du 1/3 du budget de fonctionnement).

Cette modalité de financement partagé est critiquée par les experts qui dénoncent une rupture d'égalité entre gros et petits comités d'entreprise.

Ne fait-elle par ailleurs pas double emploi avec la mission d'assistance sur l'examen annuel des comptes prévue à l'article L 2325-35 du code du travail qui comprend tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires non seulement à l'intelligence des comptes mais également à l'appréciation de la situation de l'entreprise, dont les orientations stratégiques de celle-ci ?

Les dispositions de l'ANI prévoyant que le coût de l'expertise éventuellement mise en œuvre dans ce cadre serait également assujéti à un barème arrêté par l'ordre des experts comptables n'est en revanche pas repris par le projet de loi.

3. Réduction des délais de l'expertise CE

Il est ajouté à la section 7 « Recours à l'expert » (du chapitre V « Fonctionnement » du CE), une sous section 4 intitulée « Délai de l'expertise » au sein de laquelle sera inséré un nouvel article L 2325-42-1 qui dispose :

« L'expert comptable ou l'expert technique mentionnés à la présente section remettent leur rapport dans un délai raisonnable fixé par un accord entre l'employeur et le comité d'entreprise, ou, à défaut, par décret en Conseil d'Etat. Ce délai ne peut être prorogé que par commun accord.

L'accord ou, à défaut, le décret en Conseil d'Etat détermine, au sein du délai prévu au 1^{er} alinéa, le délai dans lequel l'expert désigné par le comité d'entreprise peut demander à l'employeur toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission et le délai de réponse de l'employeur à cette demande.»

Ce nouveau délai, qui demeure inconnu, est donc applicable à l'ensemble des expertises décidées par le CE.

Il y a un délai le délai (délai de demande de transmission de pièces dans le délai de réalisation de l'expertise), dont la durée sera fixée par décret ; c'est-à-dire qu'elle ne sera pas débattue par la représentation nationale, alors qu'elle est essentielle (15 jours ou 6 mois, ça n'a rien à voir et le

législateur s'en remet sur ce point complètement à l'exécutif, tout en qualifiant par avance ce délai de « raisonnable », cet adjectif étant dépourvu de sens dès lors qu'on est face à une pure pétition de principe).

Ces exigences restreignent considérablement l'utilité et la complétude de l'information du comité, puisque l'expert auquel la loi l'autorise à recourir pour l'éclairer dispose d'un délai réduit dans une proportion encore inconnue pour analyser les documents qu'il se sera fait communiquer, et répond en revanche au souhait des employeurs de réduire la durée des procédures de consultation des IRP.

Ce risque est encore augmenté par les incertitudes tenant à la date à retenir comme point de départ du délai d'expertise (date de désignation selon arrêt du 15 mai 2013 statuant en matière de CHSCT, date à compter de laquelle l'expert est en mesure de travailler, incluant le versement d'une provision ?).

4. Instance de coordination CHSCT

Toujours dans la perspective de réduire les délais de consultation des IRP et de permettre la mise en œuvre rapide des projets de l'employeur, l'ANI et désormais la loi votée par les deux assemblées prévoient que lorsque une consultation intervient au titre d'un projet commun à plusieurs établissements (sur le fondement des articles L 4612-8 (=décision d'aménagement important modifiant les conditions de travail) , L 4612-9 (=introduction de nouvelles technologies), L 4612-10 (=mutations technologiques importantes) ou L 4612-13 (= saisine par CE) du Code du travail), l'employeur peut mettre en place une instance temporaire de coordination ad hoc, qui sera consultée en lieu et place des comités locaux et regroupera des représentants parmi les membres élus des différents CHSCT des établissements concernés au nombre de :

- 3 représentants, lorsque moins de 7 établissements sont impactés,
- 2 représentants lorsqu'ils sont de 7 à 15,
- 1 seul lorsqu'il y a plus de 15 établissements.

La composition et le fonctionnement de l'instance de coordination peuvent être aménagés par accord d'entreprise.

Les élus peuvent décider de recourir à un expert agréé qui interviendra dès lors dans le cadre d'une désignation unique intervenant pour tous les établissements ; elle doit être votée lors de la première réunion de l'instance de coordination.

L'expert remet son rapport et l'instance de coordination. Il dispose du même délai à fixer par décret que pour les CE, à l'issue duquel elle est réputée avoir été consultée.

Le rapport de l'expert et l'avis de l'instance de coordination sont transmis aux comités concernés par le projet.

Cette disposition est conçue pour mettre en échec la jurisprudence exigeant dans cette configuration la consultation de tous les CHSCT des sites impactés par le projet (Cass Soc 30 juin 2010 n°09-13640 France télécom).

Elle répond aux demandes réitérées des organisations patronales de voir diminuer le nombre et le coût corrélatif des expertises CHSCT et aboutit à délocaliser l'expertise qui n'est plus réalisée au plus près des réalités de terrain.

Intervention de Guillaume Etievant au colloque du Syndicat des avocats de France consacré à l'ANI, le 24 mai 2013 à Marseille

Table ronde : Information des salariés - GPEC - Stratégie économique de l'Entreprise : la nouvelle donne. Amélioration de la qualité de l'information ou leurre ?

Une des grandes caractéristiques de l'ANI est de mettre la négociation d'entreprise entre OS et direction au cœur des conditions de l'activité, beaucoup plus que le CE qui voit ses droits se réduire de manière significative :

I. Base de données

- L'ANI prévoit qu'une base de données unique remplacera l'ensemble des informations économiques et sociales données de façon récurrente aux IRP, sous forme de rapports ou autres. Cette base serait mise à jour régulièrement. Cette proposition était portée par plusieurs syndicats mais a été détournée par le MEDEF. Il devait s'agir d'une synthèse fournie en plus de tous les documents si les élus en faisaient la demande. Le MEDEF en a fait une source unique et jugée « exhaustive » alors que son contenu reste très flou et que la loi n'a rien précisé. Par ailleurs, rien n'est prévu au cas où l'employeur ne la renouvellerait pas régulièrement.
- L'obligation de discrétion des élus du personnel est renforcée puisqu'il suffira que l'employeur déclare que les informations doivent rester confidentielles pour que les élus soient tenus de la respecter. C'est un recul car aujourd'hui, l'information donnée doit être objectivement confidentielle, ce qui est rarement le cas.
- Ce qu'il aurait fallu faire:
 - ✓ Elargir l'information économique aux informations économiques du groupe et aux informations confidentielles de type pacte d'actionnaire
 - ✓ Renforcer la législation en termes d'accès aux informations sociales pour l'expert (les fichiers du personnel avec salaires et primes notamment)
 - ✓ Rendre l'information du CE obligatoire sur le recours à un mandataire ad hoc (phase amont de difficultés d'une entreprise).
 - ✓ Rendre l'information du CE obligatoire sur tout recours à des aides de l'Etat dans le cadre de la prévention des entreprises en difficulté ou du soutien aux entreprises en difficulté.

II. Nouvelle mission stratégie

L'ANI prévoit une consultation annuelle du CE sur les orientations stratégiques et leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, le recours aux contrats précaires.

Cela crée une nouvelle mission d'expertises mais les frais seront partagés entre l'employeur et le comité dans une proportion respective de 80% et 20% (dans la limite du 1/3 du budget de fonctionnement).

Cette mission stratégique est un nouveau droit en trompe l'œil pour les CE :

- L'introduction du co-financement est une rupture historique avec le modèle issu du Conseil national de la résistance prévoyant que les élus devaient pouvoir être assistés sans problématique de financement
- De fait l'analyse stratégique est déjà réalisée dans de nombreuses missions comptes annuels (financées à 100% par l'employeur). Cette nouvelle mission risque de faire glisser ces analyses stratégiques vers la mission co-financée ce qui va limiter le nombre de jours que l'expert pourra y consacrer. Par ailleurs, cette séparation en deux missions va limiter l'intérêt pour les élus de la mission « classique » et du coup ils risquent de nous nommer uniquement sur la mission stratégique co-financée. Et les directions risquent de nous refuser l'accès aux informations stratégiques dans la mission « classique » en prétextant qu'ils n'ont à les donner que dans le cadre d'une mission stratégique.
- La CFDT justifie cette nouvelle mission notamment en disant que ça permettra aux PME d'avoir accès à une expertise stratégique, difficile à faire aujourd'hui dans des petites entreprises où le rapport de l'expert est peu facturé. Cet argument est mensonger : le co-financement va faire en sorte que les CE de petites entreprises ne pourront pas se la payer.
- La limite des 1/3 ajoutée lors du débat sur la loi ne servira pas à grand-chose : la plupart des directions refuseront tout de même de payer plus de 80 % et du coup c'est la facturation globale du rapport (et donc le nombre de jours que l'expert y consacra) qui sera diminué pour ne pas dépasser les 1/3.

Ce qu'il aurait fallu faire :

- ✓ Créer un droit de veto suspensif du CE : sur la base de l'évaluation par le CE des raisons invoquées par les employeurs pour modifier volume et structure des effectifs, durée du travail, salaires, conditions d'emploi, de travail et de formation, le CE devrait pouvoir faire suspendre les décisions et les projets patronaux et formuler des propositions alternatives, en lien avec leurs experts et les élus locaux.
- ✓ Étendre le financement par l'employeur à l'ensemble des missions de réorganisation y compris quand il n'y a aucune suppression d'emplois

III. Les délais

- L'ANI prévoit la mise en place d'un délai d'examen suffisant pour rendre les avis du CE (minimum 15 jours). L'absence d'avis vaudra avis négatif. Cette mesure est une catastrophe pour les CE : la remise de l'avis est un moyen de pression important pour aider le CE à retarder les processus de réorganisation ou à négocier des éléments plus favorables pour les salariés. Aujourd'hui le CE peut refuser de remettre un avis s'il juge ne pas avoir suffisamment d'informations pour le remettre. Certes, si l'employeur met quand même en place sa réorganisation, il est difficile pour le CE de s'y opposer

juridiquement. Mais le fait est qu'aujourd'hui le CE épaulé par son expert se sert de la non remise de l'avis comme un moyen de pression important. Avec l'ANI ça deviendra quasiment impossible.

- Par ailleurs, L'ANI impose un délai raisonnable pour l'expertise, qui ne pourra être prorogé que par commun accord. Si l'expert n'a pas les informations suffisantes pour faire son rapport, il pourra saisir le juge, mais cela ne rallongera pas le délai. Ce délai imposé aux expertises est l'un des moyens utilisés par le MEDEF pour attaquer notre métier. Il a essayé également de mettre des barèmes mais ça a finalement été retiré, ça ne tenait pas légalement. Les délais restreints risquent d'obliger les experts à remettre des rapports manquant de contenus (alors qu'aujourd'hui on peut retarder la remise du rapport jusqu'à ce qu'il soit suffisamment consistant pour être utile aux élus), ce qui à terme va faire peser des risques sur l'intérêt pour les élus de nommer des experts. Les directions font déjà aujourd'hui tout un travail de sape pour nier l'intérêt de nos rapports et pour pousser les élus à ne plus nommer d'experts. L'acceptation par les syndicats signataires de la mise en place de ces délais est un réel problème : au pire, il aurait fallu faire en sorte que les délais démarrent à la remise des documents par la direction ou lorsque l'expertise peut réellement commencer.
- Aujourd'hui les conflits sur les délais sont quasi inexistantes, cette réforme est donc juste faite pour à terme tuer l'expertise. La situation actuelle fonctionne plutôt bien : c'est l'IRP qui détermine la date de rendu de l'expertise après consultation de son expert et de l'employeur. La date de rendu doit figurer dans la lettre de mission de l'expert sous réserve de la fourniture des informations nécessaires.

IV. Instance de coordination CHSCT

- L'ANI prévoit que lorsqu'une consultation intervient au titre d'un projet commun à plusieurs établissements l'employeur peut mettre en place une instance temporaire de coordination ad hoc, qui sera consultée en lieu et place des comités locaux et regroupera des représentants parmi les membres élus des différents CHSCT des établissements concernés. Sa composition sera contrôlée en pratique par l'employeur. Et l'expertise devra être réalisée dans un délai prédéfini (le même que celui qui serait fixé en cas d'expertise comptable). Cette disposition répond aux exigences du MEDEF pour faire baisser le nombre et le coût des expertises CHSCT.
- Ce qu'il aurait fallu faire : renforcer l'institution du CHSCT en créant un CHSCT central sur le modèle CE/CCE tout maintenant la possibilité de saisie des CHSCT de chaque établissement

LES ACCORDS DE MAINTIEN DE L'EMPLOI

Hervé TOURNIQUET

Ces accords, prévus par l'article 12 du projet de loi, devenu article 17 compte tenu des articles adoptés en cours de débat parlementaire, constituent l'un des éléments clé de la loi.

Ils sont supposés répondre, selon le Gouvernement, à un double objectif :

- Encadrer les accords « donnant-donnant » de ce type déjà conclus
- Eviter à tout prix le recours aux PSE

Après une présentation synthétique du dispositif, quelques pistes de réflexion sur :

- La critique constitutionnelle et conventionnelle et les possibilités de QPC ou de contestation devant les juridictions au regard des engagements internationaux
- Les points à faire trancher et/ou à faire intégrer dans ce type d'accord

I/ LE CONTENU DE LA LOI :

En quoi consiste « l'échange » ?

Synthétiquement, et pour paraphraser le texte de la loi, il est prévu que :

« En cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives, un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération (...) »

I-1/ Le vecteur : l'accord

I-1-1 : Où, quand, pour combien de temps, qui?

Où ?

Le cadre est l'entreprise ou une partie de celle-ci. Selon le rapport de la Commission de l'AN, ce ne peut être le groupe.

Quand ?

L'ANI évoquait les « graves difficultés conjoncturelles rencontrées dans une entreprise », le législateur s'est borné à ajouter l'adjectif « économiques ».

On notera que la loi prévoit que le CE peut missionner un expert-comptable pour assister les organisations syndicales.

Pour combien de temps ?

Cet accord est d'une durée maximale de deux ans. La loi ne prévoit pas qu'il soit renouvelable mais ne l'interdit pas non plus, l'assemblée ayant rejeté un amendement qui prévoyait le caractère non renouvelable.

Il devra simplement être renégocié.

Qui ?

L'accord doit être majoritaire :

Selon le nouvel article L 5125-4 du code du travail, la validité est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants.

La loi a également prévu l'hypothèse de l'absence de délégué syndical, voire de représentants élus :

Lorsque l'entreprise est dépourvue de délégué syndical, l'accord peut être conclu par un ou plusieurs représentants élus du personnel expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche ou, à défaut, par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives au niveau national et interprofessionnel.

À défaut de représentants élus, l'accord peut être conclu avec un ou plusieurs salariés expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans la branche ou, à défaut, au niveau national et interprofessionnel, dans le respect de l'article L. 2232 26.

Dans ces deux dernières hypothèses, l'accord signé est approuvé par les salariés à la majorité des suffrages exprimés, « dans les conditions déterminées par cet accord et dans le respect des principes généraux du droit électoral. »

I-1-2/ Sanction du non-respect de l'accord :

« Art. L. 5125 5. – L'accord peut être suspendu par décision du président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, à la demande de l'un de ses signataires, lorsque le juge estime que les engagements souscrits, notamment en matière de maintien de l'emploi, ne sont pas appliqués de manière loyale et sérieuse ou que la situation économique de l'entreprise a évolué de manière significative.

« Lorsque le juge décide cette suspension, il en fixe le délai. À l'issue de ce délai, à la demande de l'une des parties et au vu des éléments transmis relatifs à l'application loyale et sérieuse de l'accord ou à l'évolution de la situation économique de l'entreprise, il autorise, selon la même procédure, la poursuite de l'accord ou le résilie. »

La loi a également prévu une clause pénale :

« L'accord contient une clause pénale au sens de l'article 1226 du code civil. Celle-ci s'applique lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, notamment ceux de maintien de l'emploi mentionnés à l'article L. 5125 1 du présent code. Elle donne lieu au versement de dommages et intérêts aux salariés lésés, dont le montant et les modalités d'exécution sont fixés dans l'accord. »

I-2/ L'engagement de maintien de l'emploi :

Il ne vaut bien évidemment que pour le périmètre de l'accord et pour la durée de celui-ci

I-3/ Les efforts consentis

I-3-1/ La baisse de rémunération :

Celle-ci est limitée à 120% du SMIC

I-3-2/ La contribution des dirigeants :

Le texte finalement adopté évoque des efforts « proportionnés » demandés :

1° aux dirigeants salariés exerçant dans le périmètre de l'accord ;

2° aux mandataires sociaux et aux actionnaires, **dans le respect des compétences des organes d'administration et de surveillance.**

I-3-3/ Les limites aux concessions :

Comment ?

L'accord doit respecter le principe de la hiérarchie des normes en vertu duquel un accord d'entreprise ne peut déroger aux accords de niveau supérieur (accords de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels) en matière de salaires minima, de

classification, de garanties collectives complémentaires et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle (article L. 2253-3) ;

(on verra sur les salaires minimas que la réponse n'est pas aussi simple)

– les règles régissant le temps de pause (article L. 3121-33), les durées quotidienne et hebdomadaire – maximales de travail (articles L. 3121-34 à L. 3121-36), les durées – quotidienne et hebdomadaire – maximales de travail de nuit (articles L. 3122-34 et L. 3122-35), le repos quotidien et hebdomadaire (articles L. 3131-1 à L. 3132-2), le 1er mai comme jour férié et chômé (article L. 3133-4), le droit aux congés payés (articles L. 3141-1 à L. 3141-3), ainsi que le SMIC (article L. 3231-2).

I-4/ Les effets de l'accord :

I-4-1/ L'expression de la volonté des salariés :

Le texte du projet de loi renvoyait à l'accord la détermination des modalités d'expression par les salariés de leur acceptation ou de leur refus.

Le Parlement a amendé le texte en prévoyant désormais qu'à défaut d'accord sur ce point, il serait fait application des dispositions de l'article L 1222-6 du code du travail

I-4-2/ Pour les salariés qui acceptent :

« les stipulations de l'accord sont applicables au contrat de travail. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci. »

I-4-3/ Pour les salariés qui refusent :

« Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que doit prévoir l'accord »

Les indemnités sont alors calculées sur la base du salaire habituel, hors baisse de rémunération prévue par l'accord.

I-5/ Le retour à meilleure fortune :

L'ANI prévoyait que *« l'accord devra comporter des garanties telles que le partage du bénéfice économique de l'accord arrivé à échéance »*.

La loi votée dispose *« L'accord prévoit les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés, à l'issue de sa période d'application ou dans l'hypothèse d'une suspension de l'accord pendant son application, pour ce motif »*

II/ LES QUESTIONS DE CONSTITUTIONNALITE ET DE CONVENTIONNALITE :

On abordera ici les dispositions susceptibles de QPC et celles qui peuvent donner lieu à contestation devant les juridictions civiles pour non-conformité aux engagements internationaux.

II-1/Problèmes de constitutionnalité:

Pour mémoire : le fait que le Conseil constitutionnel ait été saisi par des parlementaires sur la constitutionnalité d'un des articles et, dans l'hypothèse où il rejetterait le recours ne vaut pas validation de l'ensemble du texte et fermeture de la porte des QPC.

Même si le Cons. Cons. dispose de la faculté de soulever d'office des moyens d'inconstitutionnalité, le fait qu'il n'en use pas ne vaut pas validation de l'ensemble de la Loi.

Voir à ce sujet :

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/portee.pdf

II-1-1/ La réduction du salaire et la liberté contractuelle:

Le Conseil constitutionnel a déjà eu à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi permettant à un accord collectif de s'imposer au contrat de travail.

Sa doctrine est ainsi exposée :

*« Considérant que, d'une part, aux termes du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » ; que, d'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des **articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du **huitième alinéa du Préambule de 1946** ; »*

Par sa Décision n° 2012-649 DC du 15 mars 2012 sur la loi Warsman relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives dont un article prévoyait :

« La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail. »

Le Conseil validait cette disposition en retenant :

« Considérant qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi déferée qu'en permettant que la répartition des horaires de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas en elle-même une modification du contrat de travail exigeant un accord préalable de chaque salarié, le législateur a entendu conforter les accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise ; que cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif, applicable à l'entreprise, qui permet une telle modulation ; que les salariés à temps incomplet sont expressément exclus de ce dispositif ; qu'il s'ensuit que ces dispositions, fondées sur un motif d'intérêt général suffisant, ne portent pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution ; »

Mais dans son commentaire de sa propre décision, le Conseil fixe les limites de l'exercice en écrivant :

*« Ici, il s'agit seulement de laisser des conventions collectives pouvoir comporter des dispositions s'imposant aux contrats de travail. **Dès lors qu'il ne s'agit pas des éléments essentiels de ce dernier** (caractère à durée déterminée ou indéterminée, **salaire...**), et que la loi encadre cette atteinte (durée maximale d'un an), cette loi peut organiser ce rapport entre la convention collective et le contrat individuel de travail.*

Fondé sur un motif d'intérêt général suffisant et organisé avec des modalités adaptées, l'article 45 de la loi déferée n'a pas été jugé contraire à la Constitution. »

On peut donc en déduire que le Conseil, saisi par la voie d'une QPC, et en cohérence avec sa jurisprudence et sa propre analyse, serait susceptible :

- De s'interroger sur l'existence d'un intérêt général
- **Et surtout de censurer un dispositif qui porte atteinte au salaire considéré par lui comme un élément essentiel du contrat**

II-1-2/ Le problème du droit d'ester en cas de violation par l'employeur de ses engagements

Comme on l'a vu, la loi réserve le droit de saisir le juge des référés en cas de manquement de l'employeur à ses engagements aux seules organisations syndicales signataires.

Un amendement avait été défendu à l'AN par le groupe FDG étendant ce droit aux syndicats non signataires.

Il a été repoussé après avis défavorable du rapporteur qui a considéré « *que le régime juridique de l'accord de maintien de l'emploi est calqué sur le régime de droit commun. Il peut être contesté à tout moment par toutes organisations syndicales, parce qu'elles ont intérêt à agir, mais aussi par les syndicats de salariés.* », ajoutant : « *Donc, je crois que,*

même s'il existe une clause permettant aux signataires de contester leur signature en cas de non-respect, le régime de droit commun permet à tous de continuer à agir. »

Bien évidemment, cette réponse ne peut être acceptée :

- Parce qu'il ne s'agit pas de l'action en contestation de l'accord mais de l'action spécifique prévue par le nouveau texte. (Le rapporteur a manifestement fait semblant de ne pas comprendre).
- Parce que les juges saisis constateront que la loi a prévu que ce droit pouvait être exercé par les syndicats signataires et eux seuls, créant ainsi un régime dérogatoire du droit commun...

Quant à un autre amendement, des mêmes auteurs, étendant ce droit aux salariés, il a été repoussé sans explication.

Cette disposition pourrait également être déférée au contrôle de constitutionnalité sous l'angle des articles 4, 6 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et de l'alinéa 8 du préambule de 1946.

II-1-3/ Le droit à expertise et l'égalité entre les citoyens :

La loi prévoit que le Comité d'entreprise peut mandater un expert pour assister les organisations syndicales aussi bien dans l'analyse du diagnostic que dans la négociation de l'accord.

La question est donc directement posée de ce droit dans les entreprises dépourvues de CE, entreprises dans lesquelles il est expressément prévu que de tels accords puissent être signés.

Eu égard à l'importance des concessions ainsi consenties, la privation du droit à expertise aux moments cruciaux que sont l'analyse du diagnostic (qui conditionne le recours au dispositif) et la négociation elle-même pose un réel problème qui aurait pu être résolu aisément en prévoyant un droit à expertise financé par l'employeur sans passer par le CE.

Ce dispositif pourrait donc être contesté au regard de l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'alinéa 8 du préambule de 1946

II-1-4/ La sanction du non-respect de l'accord et l'atteinte portée à l'équilibre des conventions :

Par sa décision N° 2002-465 du 13 janvier 2003, le Conseil constitutionnel a rappelé, dans un considérant de principe :

« que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; »

La question se pose sous l'angle des sanctions en cas de non-respect par l'employeur de ses engagements en matière de maintien de l'emploi.

Lors des débats à l'assemblée nationale ont été ainsi repoussés les amendements qui tendaient à considérer comme nul et de nul effet les actes de l'employeur contraires aux engagements pris en matière de maintien de l'emploi.

Seule demeure la clause pénale visant à indemniser les salariés lésés et dont le contenu sera déterminé par l'accord lui-même.

Ne sont donc prévus :

- Ni la restitution des salaires perdus, cotisations comprises
- Ni la nullité des licenciements
- Ni leur absence de motif réel et sérieux

En d'autres termes, en limitant la sanction du non-respect de l'engagement de maintien de l'emploi à une clause pénale alors même qu'autant le fait accompli des licenciements d'une part et des baisses de salaire d'autre part, demeurerait acquis, il apparaît que le Législateur porte une atteinte excessive à l'équilibre des conventions.

II-1-5/ Sur le socle des 120% du SMIC :

Lors des débats parlementaires, un amendement FDG visant à garantir que les rémunérations ne pourraient être diminuées en deçà du SMIC ou du salaire minimum conventionnel a été rejeté.

Des salariés se trouvant dans le champ d'application de l'accord pourraient ainsi se retrouver à un niveau de salaire inférieur au salaire minimum conventionnel pour leur catégorie ou coefficient.

Ainsi un accord collectif d'entreprise pourrait-il déroger, dans un sens défavorable au salarié, non seulement à son contrat de travail mais également à une norme conventionnelle supérieure à lui.

Ici également se trouve posée la question de l'atteinte à l'équilibre des conventions.

II-1-6/ Sur les efforts contributifs des actionnaires :

L'on sait que le dispositif repose sur la proportionnalité des efforts consentis par les salariés, les dirigeants et les actionnaires.

Mais en faisant dépendre la détermination des efforts des mandataires sociaux et des actionnaires du respect des compétences des organes d'administration et de surveillance, la loi soumet en réalité l'effectivité de cet effort à la décision d'un organe tiers à l'accord et dont on peut supposer que la tendance ne sera pas à l'effort partagé.

Se pose également sous cet angle la question de l'équilibre des conventions.

II-2/ Problèmes de conventionalité :

II-2-1/ Le motif économique présumé :

L'ANI allait au bout d'une certaine logique en considérant que le motif du licenciement du salarié ayant refusé les effets d'un accord de maintien de l'emploi serait constitué par l'existence de l'accord.

Le texte de la loi affirme qu'un tel licenciement « repose sur un motif économique ».

Cette disposition me semble attentatoire aux articles suivants de la convention 158 de l'OIT :

Article 4 :

"un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service".

Article 8 :

« Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal ... »

Article 9 :qui prévoit que ces organismes impartiaux « *devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié* ».

Ce point paraît d'autant plus important que, lors des débats parlementaires, le Gouvernement a campé sur sa position sur l'usage du verbe « repose » (que l'on retrouve parallèlement dans l'article sur les accords de mobilité).

Cette posture ne peut que venir ajouter à la difficulté que pourrait rencontrer le juge devant un motif économique qui serait « attesté » par un diagnostic majoritairement accepté et ratifié, ce qui revient au point de départ de l'ANI...qui faisait de l'existence de l'accord le motif

II-2-2/ La réduction du salaire et la question de l'espérance légitime :

(Voir à ce sujet l'article de Pascal LOKIEC : « Flexibilité et contrat de travail » La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 25 Février 2013, 224)

L'article 1^{er} du protocole n° 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme prévoit :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

On sait que la Cour de cassation, par un arrêt publié au bulletin et dans une affaire qui concernait le paiement des heures de nuit consécutivement à l'entrée en vigueur de la loi AUBRY II, a considéré que le salaire, constitutif d'une créance, pouvait être considéré comme un bien au sens de ce texte :

« Attendu cependant, d'abord, que le juge national doit tenir compte de la définition par la Cour européenne des droits de l'homme de la notion de bien protégé par l'article 1er du Protocole n 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu, ensuite, que caractérise un bien, au sens de ce texte, l'intérêt patrimonial qui constitue une "espérance légitime" de pouvoir obtenir le paiement de rappels de salaires au titre des temps de responsabilité de surveillance nocturne ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait constaté que les demandes de rappels de salaires invoquées portaient sur une période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 2000, ce dont elle devait déduire l'existence d'une espérance légitime de créance la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

(Cour de cassation Chambre sociale - 21 Mars 2012 - N° 04-47.532, 847- Publié au Bulletin : Autran C/ Association vers la vie pour l'éducation des jeunes (AVVEJ))

II-2-3/ La question du maintien des emplois en cas de transfert d'entreprise et l'espérance légitime :

L'application de l'article 1 du même protocole se pose également en cas de transfert d'entreprise au regard de l'article 1165 du code civil et de l'effet relatif des conventions.

Il appartiendra à la jurisprudence de trancher cette question étant précisé que les travaux préparatoires ne nous renseignent pas.

En tout état de cause, l'incertitude dans laquelle se trouvent les salariés dont l'entreprise a été reprise, s'agissant du respect de l'engagement de maintien des emplois, apparaît contraire aux principes dégagés par la jurisprudence dans la décision du 21 mars 2012 déjà évoquée.

II-2-4/ L'individualisation des procédures :

Celle-ci se heurte à notre sens aux dispositions de la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs

En effet, en prévoyant que le licenciement des salariés ayant refusé les effets de l'accord de maintien de l'emploi repose sur un motif économique et est traité selon la procédure individuelle, c'est-à-dire hors toute consultation des IRP sur la base d'un projet de PSE, la nouvelle Loi entre en contradiction avec les articles suivants de cette Directive :

« Article premier

1. Aux fins de l'application de la présente directive:

a) on entend par «licenciements collectifs»: les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs lorsque le nombre de licenciements intervenus est, selon le choix effectué par les États membres:

i) soit, pour une période de trente jours:

- au moins égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs,

- au moins égal à 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs,

- au moins égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs;

ii) soit, pour une période de quatre-vingt-dix jours, au moins égal à 20, quel que soit le nombre des travailleurs habituellement employés dans les établissements concernés;

b) on entend par «représentants des travailleurs»: les représentants des travailleurs prévus par la législation ou la pratique des États membres.

Pour le calcul du nombre de licenciements prévus au premier alinéa, point a), sont assimilées aux licenciements les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs, à condition que les licenciements soient au moins au nombre de cinq. »

Article 2

1. Lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord.

2. Les consultations portent au moins sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des travailleurs licenciés. »

III/ LES AXES DE BATAILLES JURISPRUDENTIELLES A VENIR :

Sans prétendre à l'exhaustivité voici quelques questions restées sans réponse à l'issue des débats parlementaires et qui devront être tranchées par la jurisprudence :

III-1/ La contestation de l'accord :

Le champ est ouvert pour la contestation de l'accord aux syndicats non signataires mais, compte tenu de son temps d'application, selon la procédure de jour fixe.

La contestation peut porter :

- Sur les conditions de la négociation
- Sur le droit à l'expertise dans les entreprises dépourvues de CE
- Sur l'existence de « graves difficultés économiques conjoncturelles » même si celles-ci ont été actées par les signataires et/ou font l'objet d'une ratification majoritaire. Bien évidemment, l'on saura, dès les premiers arrêts de cassation, la marge d'appréciation que la Cour suprême accordera aux juges du fond en cette matière
- Sur la proportionnalité des concessions des dirigeants et des actionnaires

Soulignons au passage que tous les amendements visant à garantir cette proportionnalité, comme par exemple la suspension du versement de dividendes pendant la durée de l'accord, ont été rejetés.

Par ailleurs, rappelons que l'accord est, en réalité, dépourvu de tout force obligatoire en la matière puisqu'il se heurte à la compétence des organes d'administration et de surveillance.

En tout état de cause, la jurisprudence de référence, en l'occurrence l'arrêt GEOPHYSIQUE du 19 février 1997 (N° 94-45.286- Publié au Bulletin) conduira à un examen de la proportionnalité des concessions et des avantages retirés par les salariés, selon ce que l'on pourrait appeler, par référence à la jurisprudence du Conseil d'Etat, une sorte de « théorie du bilan ».

« D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait relevé que la suppression de la moitié de la prime semestrielle était compensée par une prime sur les résultats et que cette suppression avait en outre pour contrepartie le maintien des salariés dans leur emploi menacé sauf à eux à opter pour un départ volontaire, ce dont il résultait que l'accord de 1986 était plus favorable aux salariés, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés ; »

La question reste donc posée : où placer le curseur de la contrepartie du maintien, au demeurant temporaire, de l'emploi ?

(Voir à ce sujet « La sanction des engagements collectifs en matière d'emploi » Florence CANUT – Semaine juridique social n° 25 – 13/12/2005, 1411)

III-2/ Sur le socle salarial :

A défaut de QPC sur le sujet, la jurisprudence devra trancher la situation des salariés qui, bien que se trouvant au-dessus de 120% du SMIC, se retrouveraient en dessous du minimum conventionnel.

Nous avons donc une contradiction entre l'affirmation selon laquelle l'accord doit respecter les minimas conventionnels et l'inscription dans la même loi d'un socle possiblement inférieur.

III-3/ Sur l'opposabilité de l'accord à un éventuel repreneur

Ici encore, la question, que nous avons déjà évoquée dans le cadre de la constitutionnalité, reste ouverte du maintien en vigueur de l'obligation de maintien de l'emploi.

III-4/ Sur la définition du maintien de l'emploi :

Etant rappelé

- Que l'étendue de l'obligation de maintien de l'emploi est délimitée par le périmètre de l'accord
- Que l'assemblée nationale a rejeté les amendements qui excluaient tout recours à la rupture conventionnelle ou aux plans de départ volontaire

Il restera à la jurisprudence de fixer les limites.

III-5/ Sur la sanction des licenciements prononcés en violation de l'engagement de maintien de l'emploi

Nous sommes face à une zone d'ombre délibérément entretenue.

Avec une clause pénale qui doit prévoir l'indemnisation des salariés « lésés », sans qu'il soit précisé de quels salariés il est question :

- Ceux qui ont accepté la réduction de salaire
- Ou ceux qui ont été licenciés en violation de l'engagement de maintien de l'emploi
- Ou les deux

III-5-1/ Pour les salariés licenciés :

Dans la mesure où l'indemnisation d'un tel licenciement ne saurait dépendre de la clause pénale prévue par un accord et qui viendrait se substituer aux dispositions légales applicables en matière de licenciement, on en revient à poser la question de la sanction et de l'indemnisation de tels licenciements.

L'étude de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation en matière de licenciement prononcés en violation d'un engagement souscrit dans le cadre d'un accord donnant-donnant.

On sait que la Cour se refuse à juger que le licenciement ne repose pas sur un motif réel et sérieux mais sanctionne le licenciement sous la forme de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1134 du code civil (Cass. soc., 1er avril 1997 - N° 95-45.284 société Case Poclain aujourd'hui dénommée Case France, société anonyme), hormis le cas où l'engagement en matière d'emploi a été pris dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi (V. Cass. soc., 6 juin 2000 RJS 2000, n° 786). Mais la solution s'explique parce qu'en ne respectant pas les engagements pris dans le plan de sauvegarde de l'emploi, l'employeur est considéré comme ayant manqué à son obligation de reclassement, ce qui prive les licenciements économiques de cause réelle et sérieuse.

La clause pénale prévue par l'accord ne semble pas pouvoir s'appliquer au licenciement, le juge conserve son entière liberté d'appréciation du montant de l'indemnisation.

Quid d'une éventuelle nullité des licenciements ?

Au regard de la jurisprudence de la Cour, celle-ci ne pourrait être envisagée que si l'accord de maintien de l'emploi le prévoit expressément.

« si les conventions et accords collectifs de travail peuvent limiter les possibilités de licenciement de l'employeur à des causes qu'ils déterminent, le licenciement prononcé pour un motif autre que ceux conventionnellement prévus n'est pas nul mais seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse en l'absence de disposition conventionnelle prévoyant expressément la nullité du licenciement dans une telle hypothèse »

(Cour de cassation Chambre sociale 14 Octobre 1997- N° 97-40.033- Publié au Bulletin)

Une telle clause pourrait être introduite dans l'accord mais il est peu probable que l'employeur y consente....

III-5-2/ Pour les autres salariés :

Sauf stipulation expresse de l'accord, le remboursement des salaires perdus, sauf à ce que l'accord le prévoit, n'est pas prévu et seule semble ouverte la voie de l'action en résolution judiciaire dont ne disposent que les syndicats ou salariés mandatés signataires.

L'action en suspension devant le juge des référés du TGI leur est fermée et ne pourrait être envisagée qu'une action en référé devant les prud'hommes pour obtenir l'inopposabilité.

III-5-3/ L'action des syndicats non signataires :

Une bataille jurisprudentielle est à mener pour obtenir leur droit à saisine du juge des référés aux fins d'obtenir la suspension de l'accord non respecté.

III-6/ Les effets de la baisse de rémunération pour l'avenir

Qu'en est-il de la situation des salariés finalement licenciés à l'issue de la période de mise en œuvre de l'accord ?

La loi répond partiellement à la question en disposant que :

« Art. L. 5125 6. – En cas de rupture du contrat de travail, consécutive notamment à la décision du juge de suspendre les effets de l'accord mentionné à l'article L. 5125 1, le calcul des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles de préavis et de licenciement ainsi que de l'allocation d'assurance mentionnée à l'article L. 5422 1, dans les conditions prévues par les accords mentionnés à l'article L. 5422 20, se fait sur la base de la rémunération du salarié au moment de la rupture ou, si elle est supérieure, sur la base de la rémunération antérieure à la conclusion de l'accord. »

Un amendement prévoyant la prise en charge intégrale par l'employeur du différentiel de cotisation pendant la période d'application de l'accord, en ce compris les cotisations retraites, a été repoussé :

« le rapporteur : *Défavorable. Des dispositions de cette sorte sont déjà prévues pour les droits à indemnisation du chômage ainsi que pour les indemnités de licenciement en cas de licenciement économique – sans cotisation supplémentaire de l'employeur.*

Il est vrai que la question des droits à retraite reste posée. En la matière, même si nous sommes sensibles à votre préoccupation, il faut tenir compte du coût qu'aurait cette disposition pour les entreprises. J'ajoute qu'en l'adoptant, nous nous écarterions de l'accord du 11 janvier.

Il y a donc là aussi une lacune qu'il sera difficile de combler jurisprudentiellement.

Enfin, on pourrait s'interroger, en prenant la question « à front renversé » qui avait déjà été posée à propos des négociations des accords de GPEC.

L'absence de négociation préalable d'un accord de maintien de l'emploi priverait-elle de pertinence le recours au PSE ?

Cette question risque de demeurer théorique compte tenu de la modification simultanée du régime juridique et procédural des PSE.

LES ACCORDS DE MOBILITE

Judith KRIVINE
SAF PARIS

Même si ce n'est pas le seul enjeu posé par l'article 15 (initialement article 10) du projet de Loi sur la Sécurisation de l'emploi, j'ai souhaité aborder ce sujet sous l'angle présenté lors des débats de l'Assemblée nationale par le député Monsieur Jean-Jacques Candelier, qui a déclaré : *« l'article 10 est l'un des plus graves du texte. Il constitue, avec la rupture conventionnelle et les plans de départ volontaire, l'un des moyens permettant de contourner la procédure de licenciement collectif pour motif économique »*.

Que dit le texte :

Projet de Loi adopté le 14 mai 2013 :

Article 15

I. – La section 3 du chapitre II du titre IV du livre II de la deuxième partie du même code est ainsi modifiée :

1° La sous-section unique devient la sous-section 1 ;

2° Est ajoutée une sous-section 2 ainsi rédigée :

« Sous-section 2

« Mobilité interne

*« Art. L. 2242-21. – L'employeur **peut engager** une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes **sans projet de réduction d'effectifs**.*

« Dans les entreprises et les groupes d'entreprises mentionnés à l'article L. 2242-15, les modalités de cette mobilité interne à l'entreprise s'inscrivent dans le cadre de la négociation prévue au même article.

*« Dans les autres entreprises et groupes d'entreprises, la négociation prévue au présent article porte également sur les **évolutions prévisionnelles des emplois et des compétences** et sur les **mesures susceptibles de les accompagner**.*

« Art. L. 2242-22. – L'accord issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-21 comporte notamment :

*« 1° Les **limites imposées à cette mobilité** au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié, elle-même précisée par l'accord, dans le **respect de la vie personnelle et familiale du salarié** conformément à l'article L. 1121-1 ;*

*« 2° Les **mesures visant à concilier la vie professionnelle et la vie personnelle et familiale** et à prendre en compte les situations liées aux contraintes de handicap et de santé ;*

*« 3° Les **mesures d'accompagnement à la mobilité**, en particulier les actions de **formation** ainsi que les **aides à la mobilité géographique**, qui comprennent notamment la participation de l'employeur à la compensation d'une éventuelle perte de pouvoir d'achat et aux frais de transport.*

*« Les stipulations de l'accord collectif conclu au titre de l'article L. 2242-21 et du présent article ne peuvent avoir **pour effet** d'entraîner une diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié et doivent garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle.*

*« Art. L. 2242-23. – L'accord collectif issu de la négociation prévue à l'article L. 2242-21 est **porté à la connaissance de chacun des salariés concernés**.*

*« Les stipulations de l'accord conclu au titre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 sont **applicables au contrat de travail**. Les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont **suspendues**.*

« Lorsque, après une phase de concertation permettant à l'employeur de prendre en compte les contraintes personnelles et familiales de chacun des salariés potentiellement concernés, l'employeur

souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité prévue par l'accord conclu au titre du présent article, il recueille l'accord du salarié selon la procédure prévue à l'article L. 1222-6.

« Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne mentionnées au premier alinéa de l'article L. 2242-21, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne prévu aux articles L. 1233-4 et L. 1233-4-1. »

II. – Le Gouvernement remet au Parlement un rapport dressant un bilan des accords sur la mobilité conclus au titre des articles L. 2242-21 et L. 2242-22 du code du travail avant le 31 décembre 2015. »

Puisque le projet de Loi est adopté et qu'il faut donc maintenant quitter la phase « critique » pour entrer dans une phase « stratégique », je me propose, après vous avoir exposé rapidement en quoi ces accords pourraient devenir un nouvel outil offert aux employeurs pour contourner l'obligation de mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), de vous faire part de mes pistes de réflexions pour nous aider à limiter ce risque.

I LES ACCORDS DE MOBILITE : UN OUTIL POUR CONTOURNER L'OBLIGATION DE METTRE EN PLACE UN PSE ?

1.1. De l'arrêt Framatome aux accords de mobilité ou la simplification à l'extrême de la modification du contrat de travail pour motif économique

- a) Première attaque : la loi du 18 janvier 2005 met fin à la jurisprudence Framatome

La jurisprudence Framatome obligeait l'employeur à mettre en place un PSE dès lors qu'il envisageait de proposer au moins 10 modifications de contrat de travail pour motif économique.

Extrait de l'arrêt Framatome : mardi 3 décembre 1996 - n° de pourvoi: 95-17352

« Mais attendu que, dans les entreprises ou professions visées à l'article L. 321-2 du Code du travail et où sont occupés habituellement au moins 50 salariés, les employeurs, qui projettent d'y effectuer un licenciement pour motif économique, sont tenus, lorsque le nombre de licenciements envisagés est au moins égal à 10 dans une même période de 30 jours, non seulement de réunir et de consulter le comité d'entreprise mais d'établir et mettre en œuvre un plan social pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre ; qu'en outre, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 321-1 du Code du travail, ces dispositions sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique ;

Et attendu qu'en l'espèce, les juges du fond ont constaté que la restructuration décidée par la société Framatome conduisait à proposer à 24 salariés la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail et par conséquent à envisager le licenciement de ces salariés ou à tout le moins la rupture de leurs contrats de travail pour motif économique ».

La justification de cet arrêt résidait dans l'idée que le salarié, pour se positionner sur une acceptation ou un refus de la modification proposée, devait connaître toutes les conséquences de son choix et donc notamment, connaître les modalités d'accompagnement de son licenciement en cas de refus.

En 2005, le législateur a mis un terme à cette contrainte pour les employeurs, en modifiant la définition même du contrat de travail :

Loi du 18 janvier 2005 - article L.1233-3 :

*« Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, **refusée par le salarié**, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.*

Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa. »

L'employeur pouvait ainsi, si son projet ne comportait que des modifications de contrat, choisir de mener une procédure « classique » sans concomitance Livre II/Livre I, informer et consulter le comité d'entreprise (CE) sur son projet de réorganisation (Livre II), puis proposer les modifications aux salariés, puis si et seulement si plus de 10 salariés avaient refusé la proposition, engager une procédure d'information et consultation sur un PSE (Livre I).

b) Seconde attaque : l'ANI prévoit que le refus de la mobilité est sanctionné par un licenciement **pour motif personnel**

L'Accord National Interprofessionnel (ANI) signé le 11 janvier 2013 non seulement supprimait la question de savoir s'il fallait attendre ou non les refus des salariés pour mettre en place un PSE, mais allait jusqu'à prévoir que le refus du salarié pouvait entraîner son licenciement pour cause personnelle et non pour cause économique.

ANI signé le 11 janvier 2013 – article 15 :

« La mobilité interne s'entend de la mise en œuvre des mesures collectives d'organisation courantes dans l'entreprise, ne comportant pas de réduction d'effectifs et se traduisant notamment par des changements de poste ou de lieux de travail au sein de la même entreprise.

L'organisation de cette mobilité interne fait l'objet, dans les entreprises dotées de délégués syndicaux, d'une négociation triennale.

Dans les entreprises assujetties à l'article L 2242-15 du code du travail, elle intervient dans le cadre de la négociation prévue audit article.

La négociation prévue ci-dessus doit porter sur les conditions de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Elle comporte notamment :

- *les mesures d'accompagnement à la mobilité des salariés, en particulier en termes de formation et d'aides à la mobilité géographique ;*
- *les limites imposées à cette mobilité au-delà de la zone géographique de son emploi, telle qu'également précisée par l'accord,*
- *des dispositions visant à prendre en compte la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale.*

Les mobilités envisagées ne peuvent en aucun cas entraîner une diminution du niveau de rémunération ou de la classification personnelle du salarié, et doivent garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle. Le refus par un salarié d'une modification de

son contrat proposée dans les conditions définies au présent article n'entraîne pas son licenciement pour motif économique. Il s'agit d'un licenciement pour motif personnel ouvrant droit à des mesures de reclassement telles que un bilan de compétence ou un abondement du compte personnel de formation. »

Selon cet article, la proposition de mobilité proposée par un employeur en application d'un accord de mobilité répond au même régime qu'une clause de mobilité insérée dans le contrat de travail : la mobilité n'est plus une modification du contrat de travail mais un simple changement des conditions de travail et dès lors, c'est le simple refus du salarié qui justifie le licenciement et non la cause de la mobilité proposée.

Ce faisant, les « partenaires sociaux » sont allés très loin, puisqu'ils donnaient à l'accord de mobilité une portée individuelle de nature à mettre en cause l'essence même du contrat de travail.

Ce texte traduit une conception que le Professeur Frédéric GEA a appelée, dans son commentaire sur l'arrêt Air France KLM du 9 octobre 2012 (Semaine Sociale Lamy - 2013 - n° 1571 Supplément - L'art de la différenciation À propos de l'arrêt Air France KLM) : *« l'autonomisation de la modification collective des contrats pour raisons économiques »*.

L'expression même de « modification collective des contrats » pose la question du respect du droit individuel des contrats ainsi que du principe de faveur censé régir la hiérarchie des normes en Droit du travail et selon lequel en particulier, un accord collectif ne peut pas être moins favorable au salarié qu'un contrat de travail.

- c) Une sécurisation du texte qui ne sécurise pas tellement les salariés : la Loi adoptée prévoit que le refus de la mobilité est sanctionné par un licenciement pour motif économique prononcé selon les modalités d'un licenciement pour **motif économique individuel**

Le Conseil d'Etat, chargé par le Gouvernement d'examiner le projet de l'avant-projet de Loi de transposition de l'ANI, a estimé que l'article sur les accords de mobilité n'étaient pas compatible avec la convention n° 158 de l'OIT et a invité le Gouvernement à transposer la solution prévue pour le refus d'un salarié de se voir appliquer un accord de maintien de l'emploi (prévu par l'article 16 de la Loi).

C'est ainsi que le texte a été modifié de la manière suivante :

Projet de Loi adopté le 14 mai 2013 - Article 15 (ancien article 10) :

« Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne mentionnées au premier alinéa de l'article L. 2242-21, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement et de reclassement que doit prévoir l'accord, qui adapte le champ et les modalités de mise en œuvre du reclassement interne »

A première vue (mais l'idée sera justement dans ma deuxième partie de trouver des moyens de l'éviter), le texte paraît offrir désormais la possibilité à un employeur de licencier plusieurs salariés qui auraient refusé une mobilité « proposée » dans le cadre

d'un accord de mobilité, sans mettre en place un PSE, même si leur nombre dépasse le seuil de 10.

1.2. Le risque de remise en cause de la jurisprudence COMPLETEL

Depuis la loi de 2005, des entreprises avaient trouvé moyen de mettre en place de la mobilité forcée sans PSE, via un outil particulièrement « vicieux » : les « faux PDV ».

La jurisprudence y avait posé des limites et l'article 15 ressemble bien à une tentative de « neutralisation » des arrêts rendus.

a) Les « vrais » PDV et le volontariat comme mesure de PSE

Les départs volontaires ont en principe vocation à éviter les licenciements « secs ».

C'est pourquoi on les rencontraient initialement essentiellement comme l'une des mesures d'un PSE : les salariés disposent d'un délai, en principe après la fin de la procédure d'information et consultation des représentants du personnel, pour se porter « candidats » à un départ volontaire (parce qu'ils ont un projet personnel) et leur candidature n'est acceptée que si elle permet, soit parce que le salarié appartient à une catégorie professionnelle touchée par les suppressions de poste, soit parce le jeu du reclassement, d'éviter le licenciement d'un autre salarié qui, en application des critères d'ordre, aurait été licencié sans ce départ volontaire.

Cette mesure est conforme à la finalité même du PSE, elle n'est donc pas critiquable en soi et est en pratique souvent réclamée par les représentants du personnel.

Fort de cette idée, des entreprises soucieuses de n'imposer aucun licenciement (ou plutôt soucieuse de leur image...) ont inventé une nouvelle forme de plan de départs collectifs : le plan de départ volontaire (PDV), qui prévoit des suppressions d'emplois sans aucun licenciement, ce que la jurisprudence tolère :

Cass. soc 26 octobre 2010 n° 09-15.187 (n° 2069 FS-PBRI), CGT c/ Sté Renault
« Mais attendu que si l'employeur qui, pour des raisons économiques, entend supprimer des emplois en concluant avec les salariés intéressés des accords de rupture amiable est tenu d'établir un **plan** de sauvegarde de l'emploi lorsque les conditions prévues par l'article L 1233-61 du Code du travail sont remplies, un **plan** de reclassement, qui ne s'adresse qu'aux salariés dont le licenciement ne peut être évité, n'est pas nécessaire dès lors que le **plan** de réduction des effectifs au moyen de **départs volontaires exclut tout licenciement** pour atteindre les objectifs qui lui sont assignés en termes de suppressions d'emplois ;
Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la société **Renault** s'était engagée, dans la mise en oeuvre de son **plan** d'ajustement des effectifs basé sur le volontariat, à ne prononcer aucun licenciement, en a exactement déduit que cet employeur n'était pas tenu d'établir un **plan** de reclassement »

Dans le cadre d'un tel PDV, si aucun salarié ne se porte volontaire, aucun licenciement n'est prononcé et chacun reste à sa place. Si l'employeur maintient sa volonté de restructurer les effectifs, il devra alors mettre en place un PSE.

Le seul danger d'une telle démarche vise les conditions de travail et il est indispensable que dans le cadre de la procédure d'information et consultation, les représentants du personnel (CE mais également CHSCT) veillent à connaître l'organisation cible et en notamment combien de postes sont nécessaires dans chaque service pour que le service puisse fonctionner sans que les salariés restant se trouvent confrontés à une surcharge de travail. Dans le cadre des projets de réduction des effectifs, les représentants du personnel doivent en effet toujours se préoccuper du sort non seulement de ceux qui partent, mais aussi de ceux qui restent.

- b) Les « faux » PDV et la jurisprudence, la « naissance » du « Plan de reclassement » en cas de « suppressions d'emplois » et la confusion de vocabulaire regrettable entre suppression de poste et suppression d'emploi

« Surfant » sur l'opportunité ouverte par la validation jurisprudentielle précitée des plans de départs volontaires, certaines entreprises sont allées plus loin et ont imaginé d'utiliser cet outil alors même qu'ils entendaient supprimer des postes.

Exemple type :

Une entreprise arrête une activité, ou l'éclate en transférant telle partie d'activité dans une société du groupe (souvent en prétendant que le transfert est automatique en application de l'article L.1224-1, même si les conditions n'en sont pas remplies...), telle autre dans une autre société du groupe et arrête totalement telle autre. Elle va laisser aux salariés concernés l'alternative suivante : à telle date, votre poste n'existera plus en tant que tel au sein de notre société, nous allons donc vous proposer un (ou deux ou trois) « repositionnement » ou « réaffectation » dans le groupe (en général naturellement, l'entreprise évite le mot « reclassement ») ; si d'ici la date de suppression de votre poste (l'expression « suppression de poste n'est généralement pas mentionnée expressément non plus...) vous n'avez pas trouvé de poste qui vous conviennent, vous pouvez entretemps vous porter volontaire dans le cadre du PDV que nous mettons en place.

L'entreprise sera alors très tolérante sur les conditions d'acceptation du départ : l'existence d'un projet personnel est à peine étudiée et par définition, la condition que le reclassement évite le licenciement « sec » d'un collègue a disparu.

Souvent malheureusement, les postes proposés n'ont rien à voir avec le poste initial. Même si le salarié garde sa classification et sa rémunération (fixe mais pas toujours variable), il perdra en responsabilité, s'il n'est pas contraint de changer carrément de métier (exemple : des salariés de banque qui travaillent au siège et se trouvent « réaffectés » en agence à un poste d'accueil de la clientèle...) et le salarié se portera « volontaire » même s'il n'a aucun projet sérieux ou bien acceptera le poste mais avec le sentiment d'y avoir été contraint, ce qui peut avoir des conséquences dramatiques – on le sait assez aujourd'hui – en termes de

risques psycho sociaux (depuis le problème des « réaffectations forcées » de France Telecom).

Afin d'éviter cette dérive, la Cour de cassation a voulu limiter les PDV aux cas où la réorganisation ne comportait pas de suppressions d'emploi.

Cass. Soc. 25 janvier 2012 COMPLETEL

*« Vu les articles L. 1233-61 et L. 1231-1 du code du travail ;
Attendu, d'abord, que si l'employeur qui entend supprimer des emplois pour des raisons économiques en concluant avec les salariés des accords de rupture amiable, n'est pas tenu d'établir un plan de reclassement interne lorsque le plan de réduction des effectifs au moyen de départs volontaires exclut tout licenciement pour atteindre des objectifs qui lui sont assignés en terme de suppression d'emplois, il en va autrement lorsque le projet de réduction d'effectifs de l'employeur implique la suppression de l'emploi de salariés qui ne veulent ou ne peuvent quitter l'entreprise dans le cadre du plan de départs volontaires; que le maintien de ces salariés dans l'entreprise supposant nécessairement en ce cas un reclassement dans un autre emploi, un plan de reclassement interne doit alors être intégré au plan de sauvegarde de l'emploi ;
Attendu, ensuite, que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par un salarié concerné par une procédure de suppression d'emplois pour raisons économiques, lorsqu'elle est justifiée par l'absence ou l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi que l'employeur est tenu d'établir, produit les effets d'un licenciement nul ;
(...) »*

Attendu que pour rejeter la demande du salarié tendant à voir requalifier sa prise d'acte en licenciement nul et pour dire que le salarié ne caractérisant aucun manquement fautif de la part de la société, sa prise d'acte de la rupture s'analysait en une démission, l'arrêt retient d'une part, que la décision de la commission paritaire était exclusivement fondée sur le fait qu'il ne remplissait pas les conditions prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi pour les départs volontaires et d'autre part, que le salarié n'établissait pas qu'il avait été laissé sans activité ni que le refus d'une formation dans le cadre du droit individuel à la formation constituait un manquement fautif de l'employeur ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la mise en oeuvre de l'opération d'externalisation décidée par l'employeur entraînait nécessairement la suppression des emplois concernés et que le salarié avait vu son projet de départ refusé, ce dont il résultait que la prise d'acte du salarié, qui se trouvait privé d'emploi, était justifiée par l'absence dans le plan social d'un plan de reclassement interne et produisait les effets d'un licenciement nul, la cour d'appel a violé les articles susvisés ; »

Cette jurisprudence a été confirmée ensuite à plusieurs reprises (Cass. Soc. Air France KLM – 9 octobre 2012 ; CA PARIS – Pôle 6 Chambre 1 – 11 mars 2013 – SANOFI).

Si dans son article précité, le Professeur Frédéric GEA analyse la position de la Cour de cassation en indiquant qu'elle distingue désormais deux acceptions de la notion d'emploi - l'emploi au niveau de l'entreprise / l'emploi du salarié -, il me semble (comme je l'ai déjà expliqué dans Semaine Sociale Lamy - 2012 - n° 1524 du 6 février 2012) que la Cour aurait évité des risques de confusion en distinguant simplement les suppressions d'emploi des suppressions de poste.

Or, les accords de mobilité prévus par la Loi relative à la sécurisation de l'emploi posent comme seule condition que les accords soient conclus « *dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* », **elle interdit donc expressément qu'ils permettent des suppressions d'emploi** (au sens « emploi de l'entreprise » pour reprendre les termes du Professeur Frédéric GEA) **mais non qu'ils permettent des suppressions de poste (ou emploi du salarié).**

Il conviendra donc d'inviter les représentants du personnel à la plus grande vigilance pour éviter que les accords de mobilité ne deviennent un outil permettant aux entreprises de contourner la jurisprudence COMPLETEL.

II. LES OUTILS DE « RESISTANCE » (PISTES DE REFLEXIONS)

2.1 Quel est la cause du licenciement ?

Lors des débats parlementaires, des ont interrogé le licenciement sur la définition motif « économique » du licenciement qui serait prononcé en cas de refus de la mobilité proposée en application d'un accord de mobilité. Madame Jacqueline FRAYSSE a défendu un amendement visant à rattacher ce motif économique prévu à la définition légale de l'article 1233-3 du code du travail.

Mais aucune réponse n'a été apportée à ce sujet.

Comme il ressort des débats parlementaires, c'est uniquement à la suite de l'avis rendu par le Conseil d'Etat que le Gouvernement a décidé d'introduire la formule selon laquelle le licenciement « repose » sur un motif économique (et non un motif personnel), mais il semble qu'il s'agisse d'un motif « sui generis » et comme l'a souligné le rapporteur Monsieur Jean-Marc GERMAIN, cette « pré-qualification » ne prive pas le juge de sa faculté d'apprécier si le licenciement repose ou non sur une cause réelle et sérieuse.

Or pour reposer sur une cause réelle et sérieuse, le licenciement doit, selon l'article L.1233-3 et la jurisprudence :

- Etre non inhérent à la personne du salarié
Elément de réflexion : ceci pose la question du choix du salarié auquel la mobilité est proposée (selon quel critère l'employeur décide-t-il de proposer la mobilité à tel salarié plutôt qu'à tel autre ?)
- Etre consécutif « notamment » à des difficultés économiques, des mutations technologiques ou, selon la jurisprudence, la nécessité de réorganiser l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité (éléments qui s'apprécient au niveau du secteur d'activité du groupe)
Elément de réflexion : les « *mesures collectives d'organisation courantes sans projet de réduction d'effectifs* » peut-il réellement constituer un

nouveau cas ouvert dans le cadre du « notamment » inscrit dans le texte ?

Autre élément de réflexion : si, au moment où la mobilité est proposée prétendument en application d'un accord de mobilité négocié « à froid » (comme l'ont voulu les défenseurs de l'ANI et de la Loi), il s'avère qu'en réalité consécutif, la décision est consécutive à une mesure de réorganisation non courante, avec une réduction d'effectifs (annoncée ou latente), il sera à mon sens possible de contester le motif du licenciement ;

- Résulter d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail (la suppression du poste s'appréciant au niveau de l'entreprise)

Elément de réflexion : si l'accord de mobilité est utilisé par l'employeur pour imposer une mobilité à des salariés dont le poste est supprimé, ne faut-il pas considérer que le motif réel du licenciement n'est pas le refus d'une modification de contrat proposée dans le cadre de l'accord de mobilité

- Avoir été prononcé (s'agissant d'une mesure ultime) après que l'employeur eut respecté ses obligations de reclassement (qui s'apprécier au niveau du groupe parmi les entreprises permettant une permutabilité du personnel) et d'adaptation et ce, qu'il s'agisse d'un licenciement individuel ou collectif

Elément de réflexion : la proposition de mobilité constitue une modification du contrat de travail, mais elle ne constitue pas une proposition de reclassement (ou alors cela signifierait qu'elle résulte d'une suppression de poste...), donc en cas de refus, avant de licencier le salarié, l'employeur doit lui avoir proposé, selon les possibilités, un reclassement, faute de quoi le licenciement serait sans cause réelle et sérieuse.

Autre remarque (sans lien avec la problématique de l'évitement du PSE) : l'accord doit permettre, aux termes de la Loi, le « *respect de la vie personnelle et familiale du salarié* ».

Eléments de réflexion :

- La validité même de l'accord sera-t-elle contestable (par exemple par un syndicat non signataire) si les sujétions imposées ne sont pas proportionnées à l'exigence du respect de la vie personnelle et familiale du salarié ?
- Il est peut-être envisageable de plaider que cette exigence légale formulée au niveau de l'accord doit se retrouver au niveau de son application individuelle, si bien que si la mobilité n'est pas compatible (même avec les mesures d'accompagnement prévues par l'accord) avec la situation du salarié, son licenciement pourrait être contesté.

2.2 Le rôle des représentants du personnel (OS, CE, CHSCT)

a) Les organisations syndicales

Même si la Loi prévoit que l'accord ne peut concerner que des « mesures d'organisation courante sans projet réduction des effectifs », rien n'empêche les signataires de préciser que l'accord ne pourra en aucun cas s'appliquer à l'occasion de mesures de réorganisation ponctuelles et/ou que les modifications ne pourront pas être liées à une suppression de poste (pour éviter toute difficulté ultérieure) – de même, des organisations syndicales pourront exprimer une opposition à l'accord si ce n'est pas prévu.

Il ne faut pas oublier que la négociation devra s'inscrire dans le cadre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) - ou en tenir compte, selon la taille de l'entreprise - et prévoir des mesures d'accompagnement à la mobilité (géographique et professionnelle), donc il faudra veiller à aborder en même temps (outre tous les aspects liés au respect de la vie personnelle et familiale du salarié et les mesures d'accompagnement à la mobilité et au départ en cas de refus) la stratégie de l'entreprise et le plan de formation.

b) Le comité d'entreprise

A mon sens, le CE peut avoir à être consulté à deux moments :

- avant la signature de l'accord de mobilité (cf. arrêt EDF de 1998)
- si l'employeur entend utiliser l'accord de mobilité dans le cadre d'un projet de réorganisation et non d'organisation « courante » ou pour réduire les effectifs « au goutte à goutte » (cf. Cass. Crim. 4 novembre 1997, 96-84594 1997 : une compression d'effectif « progressive », même par non remplacement des départs « naturels », suppose une information consultation préalable)

Dans le cadre de sa consultation, le CE devra donc veiller à ce que l'accord porte bien sur une mesure d'organisation courante sans projet de réduction des effectifs (ni suppression de poste).

A cette fin, il sera sans doute judicieux d'exiger notamment :

- le motif de mise en place ou d'application groupée de l'accord
- un comparatif entre l'organisation actuelle et l'organisation cible (surtout eu égard au lien prévu entre les accords de mobilité et la GPEC)
- un calendrier de mise en œuvre des mobilités (afin de vérifier, par exemple, que l'employeur n'entend pas prononcer plus de 10 licenciements « individuels » dans une même période de 30 jours)

- les critères d'ordre de proposition des mobilités

Bien entendu, le débat renvoie alors aussi aux dispositions de la Loi sur les nouvelles modalités (et en particulier les délais) d'information et consultation du CE...

c) Le CHSCT

Le CE (article L.2323-27 du Code du travail) doit être consulté et peut solliciter l'appui (et l'avis) du CHSCT lorsque l'employeur envisage de mettre en place un projet de réorganisation susceptible de modifier de manière importante les conditions de travail.

Et en tout état de cause, le CHSCT contribue à la prévention en matière de santé, sécurité et conditions de travail et il paraît évident qu'il doit être consulté dans ce cadre et en application des articles L.4612-1 et L.4612-8 du Code du travail avant la signature de l'accord et le cas échéant, lors de sa mise en œuvre (tout comme le CE, cf. plus haut).

La nécessité de consulter le CHSCT est d'autant plus importante que la mobilité, dès lors qu'elle est imposée est de nature à générer des risques psycho-sociaux importants.

En conclusion

Les accords de mobilité pourraient, si l'on n'y prend garde, un outil de flexibilité pour les employeurs bien plus qu'un moyen de sécuriser l'emploi.

Mais comme précisément on y prendra garde, il est fort probable que cette nouvelle mesure, comme bien d'autres introduites par l'ANI et par cette Loi relative à la sécurisation de l'emploi, sera source d'une multiplication des contentieux et d'une grande insécurité juridique et non d'une déjudiciarisation prétendument voulue des relations sociales...

LE LICENCIEMENT COLLECTIF POUR MOTIF ECONOMIQUE : LES NOUVEAUX MODES DE PRESENTATION DU PSE ET LES LIMITES DU CONTROLE PAR L'ADMINISTRATION

Amine GHENIM
SAF Seine saint Denis

La future loi visant à transposer les dispositions de l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 modifie profondément les procédures applicables en matière de licenciement collectif pour motif économique.

Les voies de recours et les règles du contentieux sont également totalement bouleversées.

L'objectif affiché à travers l'avant-projet de loi présenté en Conseil des Ministres était le suivant : *« renforcer l'encadrement et sécuriser tant pour les salariés que pour les entreprises les procédures de licenciement collectif avec un rôle majeur des représentants des salariés dans la négociation, et de l'Etat dans un rôle de garant qu'il n'avait plus dans ce domaine depuis la suppression de l'autorisation administrative de licenciement en 1986 ».*

Partant de là, l'on pouvait imaginer des prérogatives plus grandes et une place plus importante des représentants des salariés dans la procédure d'information/consultation, ainsi qu'un rôle accru et efficace de contrôle de l'Etat qui devait aller au-delà des dispositions légales actuellement applicables.

Qu'en est-il ? Quelles sont les modifications et innovations apportées par la nouvelle loi ?

Quels sont les nouveaux champs d'action à investir ?

I – PRINCIPALE INNOVATION : LA PRESENTATION D'UN PSE A TRAVERS UN ACORD

Les dispositions des articles L 1233-21 et L 1233-22 du Code du Travail prévoyaient déjà des « accords de méthode » par dérogation aux règles et procédures d'information et de consultation du Comité d'Entreprise.

Ces dispositions sont maintenues, mais leur champ est réduit : ils ne porteront désormais que sur les conditions dans lesquelles le CE

- Est réuni et informé de la situation économique et financière de l'entreprise
- Et peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi, et obtenir une réponse motivée de l'employeur à ces propositions

Ces accords de méthode ne peuvent plus porter sur *« les conditions dans lesquelles l'établissement du PSE prévues à l'article L 1233-61 fait l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci ».*

Ils ne peuvent plus comme auparavant « organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe ».

Dans la nouvelle loi, les deux derniers alinéas de l'article L 1233-22 du Code du Travail sont en effet supprimés.

Quelles sont donc les innovations introduites ?

Elles résultent des nouveaux articles L 1233-24-1, L 1233-24-2 et L 1233-24-3 à venir.

Le futur article L 1233-24-1 dispose que « dans les entreprises de 50 salariés et plus, un accord collectif peut déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L 1233-61 à L 1233-63 ainsi que les modalités de consultation du comité d'entreprise et de mise en œuvre des licenciements. Cet accord est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel quel que soit le nombre de votants. L'administration est informée sans délai de l'ouverture d'une négociation en vue de l'accord précité ».

Le futur article L 1233-24-2 prévoit quant à lui que « l'accord collectif mentionné à l'article L 1233-24-1 porte sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné aux articles L 1233-61 à L 1233-63.

Il peut également porter sur :

- 1° Les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise
- 2° La pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements mentionnés à l'article L 1233-5
- 3° Le calendrier des licenciements
- 4° Le nombre de suppressions d'emplois et les catégories professionnelles concernées
- 5° Les modalités de mise en œuvre des mesures de formation, d'adaptation et de reclassement prévus aux articles L 1233-4 et L 1233-4-1 ».

L'article L 1233-24-3 à venir précise que « l'accord prévu à l'article L 1233-24-1 ne peut déroger :

- 1° A l'obligation d'effort de formation, d'adaptation et de reclassement incombant à l'employeur en application des articles L 1233-4 et L 1233-4-1
- 2° Aux règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise prévu aux articles L 2323-2, L 2323-4 et L 2323-5
- 3° A l'obligation, pour l'employeur, de proposer aux salariés le contrat de sécurisation professionnelle prévu à l'article L 1233-65 ou le congé de reclassement prévu à l'article L 1233-71
- 4° A la communication aux représentants du personnel des renseignements prévus aux articles L 1233-31 à L 1233-33
- 5° Aux règles de consultation applicables lors d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, prévues à l'article L 1233-58 ».

Ainsi, ces accords pourront porter sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise, alors même que ce dernier n'est pas partie à la négociation de l'accord ; cela pourra conduire à quelques difficultés...

La seule limite étant que ces accords ne peuvent pas déroger aux « règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise prévu aux articles L 2323-2, L 2323-4 et L 2323-5 » (cf. infra), peut-on en déduire qu'ils ne pourront être que plus favorables par rapport aux dispositions légales ?

II – AUTRE INNOVATION : LA PRESENTATION PAR L'EMPLOYEUR D'UN « DOCUMENT UNILATERAL » A L'ISSUE DE LA PROCEDURE D'INFORMATION/CONSULTATION DU CE

En l'absence d'accord prévu à l'article **L 1233-24-1** évoqué précédemment, l'employeur devra soumettre à l'homologation de l'Administration un document unilatéral à l'issue de la dernière réunion du CE.

Introduction dans le Code du Travail d'un article **L 1233-24-4** qui dispose que « *à défaut d'accord mentionné à l'article L 1233-24-1, un document élaboré par l'employeur après la dernière réunion du comité d'entreprise fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et précise les éléments prévus aux 1° à 5° de l'article L 1233-24-2, dans le cadre des dispositions légales et conventionnelles en vigueur* ».

III – LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE L 1233-30 DU CODE DU TRAVAIL PORTANT SUR LES MODALITES D'INFORMATION ET DE CONSULTATION DU CE ET SUR LE CALENDRIER DE LA PROCEDURE SONT PROFONDEMENT MODIFIES

La **nouvelle rédaction du premier alinéa de l'article L 1233-30** est la suivante: « *I – Dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins 50 salariés, l'employeur réunit et consulte le comité d'entreprise sur :*

« 1° *L'opération projetée et ses modalités d'application conformément à l'article L 2323-15*

2° *Le projet de licenciement collectif : le nombre de suppressions d'emplois, les catégories professionnelles concernées, les critères d'ordre et le calendrier prévisionnel des licenciements, les mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi.*

Les éléments mentionnés au 2° du présent I qui font l'objet de l'accord mentionné à l'article L 1233-24-1 ne sont pas soumis à la consultation du comité d'entreprise prévu au présent article... »

A ce stade, il est important de relever que ne sont plus soumis à la consultation du CE, en cas d'accord prévu à l'article L 1233-24-1, les éléments mentionnés au 2° – soit ceux relatifs au projet de licenciement collectif (nombre de suppressions d'emplois, catégories professionnelles concernées, critères d'ordre et calendrier prévisionnel des licenciements, et mesures sociales d'accompagnement prévues par le plan de sauvegarde de l'emploi).

Le CE n'est plus consulté que dans le cadre de l'obligation générale d'information/consultation prévue aux articles L 2323-6 à L 2323-15, en raison des incidences de la réorganisation envisagée sur le volume des effectifs.

Il y a donc risque de banalisation de cette procédure d'information/consultation du CE, notamment autour des raisons économiques et financières justifiant la réorganisation.

Il conviendra donc de veiller à ce que la procédure légale soit respectée, au besoin en prenant des initiatives sur le plan judiciaire.

Le **3^e alinéa** est profondément modifié ; l'ancien alinéa était ainsi rédigé : « *le comité d'entreprise tient deux réunions séparées par un délai qui ne peut être supérieur à...* »

La **nouvelle rédaction** est la suivante : « *le comité d'entreprise tient au moins deux réunions espacées d'au moins 15 jours...* ».

Le calendrier de la procédure d'information/consultation (réunions espacées de 14, 21 ou 28 jours selon le nombre de licenciements envisagés) est totalement bouleversé.

Après le 3^e alinéa, il est en effet **nouvel alinéa** ainsi rédigé : « *II – Le comité d'entreprise rend ses deux avis dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de sa première réunion au cours de laquelle il est consulté sur les 1^o et 2^o du I, à...* ».

Les nouveaux délais sont les suivants :

- 2 mois lorsque le nombre de licenciements est inférieur à 100
- 3 mois lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à 100 et inférieur à 250
- 4 mois lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à 250

L'ancienne rédaction prévoyait qu'une convention ou un accord collectif de travail pouvait prévoir des **délais plus favorables au salarié** ; dans la nouvelle rédaction, la formule « plus favorables au salarié » est remplacée par le mot « **différents** ».

Mais cette modification ne devrait pas conduire à une altération des droits des institutions représentatives du personnel, puisque l'article L 1233-24-3 précise que l'accord ne peut déroger notamment « *aux règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise prévu aux articles L 2323-2, L 2323-4 et L 2323-5* ».

Enfin et surtout, dans la nouvelle rédaction, il est prévu un nouvel alinéa ainsi rédigé : « ***en l'absence d'avis du comité d'entreprise dans ces délais, celui-ci est réputé avoir été consulté*** ».

Il y a de ce point de vue un débat sur la nature de la présomption établie : simple ou irréfragable ? Il faudra bien évidemment tenter à chaque fois que cela sera nécessaire d'établir que le CE n'a pas été en mesure de se prononcer valablement.

Sur ce point, il convient de rappeler les dispositions de la Directive 2002/14 CE, relative à l'information et à la consultation des travailleurs, transposée en France par la loi n° 2005/32 du 18 janvier 2005, et qui dispose en son article 1 que « *les modalités d'information et de consultation sont définies et mises en œuvre conformément à la législation nationale et aux pratiques en matière de relations entre les partenaires sociaux en vigueur dans les différents états membres, de manière à assurer l'effet utile de la démarche* »

Si les délais de procédure ont été quelque peu améliorés, cette avancée est largement contrecarrée par les conditions dans lesquelles le CE est réputé avoir rendu son avis.

IV – INTRODUCTION DE NOUVELLES DISPOSITIONS EN MATIERE D'EXPERTISE

Les dispositions de l'article **L 1233-34** relatives à la possibilité pour le CE de désigner un Expert sont profondément modifiées : est introduit un **ajout au 1^{er} alinéa** qui précise que « *le comité peut*

*également mandater un expert-comptable afin qu'il apporte toute analyse utile aux organisations syndicales pour mener la négociation prévue à l'article L 1233-24-1 du Code du Travail.
Le rapport de l'expert est remis au comité d'entreprise et le cas échéant aux organisations syndicales »*

Les dispositions de l'article **L 1233-35**, qui régissent le calendrier des réunions du CE en cas de recours à un expert-comptable et les conditions dans lesquelles ce dernier réalise sa mission sont également totalement modifiées.

Il est maintenant ainsi rédigé : « *l'expert désigné par le comité d'entreprise demande à l'employeur au plus tard dans les 10 jours à compter de sa désignation, toutes les informations qu'il juge nécessaires à la réalisation de sa mission. L'employeur répond à cette demande dans les 8 jours. Le cas échéant, l'expert demande, dans les 10 jours, des informations complémentaires à l'employeur, qui répond à cette demande dans les 8 jours à compter de la date à laquelle la demande de l'expert est formulée.*

L'expert présente son rapport au plus tard 15 jours avant l'expiration du délai mentionné à l'article L 1233-30 ».

Quid si l'Expert du Comité ne reçoit pas les informations et pièces dans les délais prévus ? Dans cette hypothèse, il faudra bien évidemment saisir le juge en référé.

Il convient de rappeler que les dispositions du Livre V du Code de Justice Administrative sont applicables : il faudra donc utiliser tout l'éventail des possibilités d'action prévues dans l'urgence devant le juge administratif.

L'article **L 1233-36** est lui aussi modifié ; le **1^{er} alinéa** est rédigé aujourd'hui ainsi : « *Dans les entreprises dotées d'un CCE, l'employeur consulte le comité central et le ou les comités d'établissement intéressés dès lors que les mesures envisagées excèdent le pouvoir du ou des chefs d'établissement concernés ou portent sur plusieurs établissements simultanément. Dans ce cas, le ou les comités d'établissement tiennent leurs ~~deux~~ réunions ~~respectivement~~ après ~~la première et la deuxième réunion~~ celles du CCE tenues en application de l'article L 1233-30.*

Ces réunions ont lieu dans les délais prévus à l'article L 1233-30 »

Le **2^e alinéa** de l'article L 1233-36 est également modifié en ce sens qu'il est précisé que « *Si la désignation d'un expert-comptable est envisagée, elle est effectuée par le CCE, dans les conditions et les délais prévus au paragraphe 2...* ».

La dernière phrase de cet alinéa, qui prévoyait que « *dans ce cas, le ou les comités d'établissement tiennent leurs deux réunions respectivement après la deuxième et la troisième réunion du CCE tenues en application de l'article L 1233-35* », est supprimée.

VI – S'AGISSANT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Les dispositions de l'article **L 1233-58** sont profondément modifiées, et prévoient désormais au **1^{er} alinéa** que « *en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas, qui envisage des licenciements économiques met en œuvre un plan de licenciement dans les conditions prévues aux articles L 1233-24-1 à L 1233-24-4* » ; dispositions qui, faut-il le rappeler, concernent la possibilité de présenter un PSE par voie d'accord.

Les délais d'homologation et de validation prévus à l'article **L 1233-57-4 nouveau** (et que nous évoquerons plus bas) sont ramenés, s'agissant des entreprises en difficulté, à 8 jours à compter de la dernière réunion du CE en cas de redressement, et à 4 jours en cas de liquidation.

Cela ressort du nouveau point II introduit dans la nouvelle loi.

En cas d'avis défavorable de validation d'homologation, l'employeur, l'administrateur ou le liquidateur consultent à nouveau le CE dans un délai de 3 jours ; selon le cas, le document modifié et l'avis du CE ou un avenant à l'accord collectif sont transmis à l'autorité administrative qui se prononce dans un délai de 3 jours.

En cas de licenciement d'au moins 10 salariés dans une entreprise d'au moins 50 salariés prévu par le PSE arrêté conformément à l'article L 626-10 du Code de Commerce, les délais prévus au 1^{er} alinéa de l'article L 1233-57-4, qui étaient de 15 ou 21 jours selon qu'il s'agissait d'un accord ou d'un document unilatéral arrêté par l'employeur, sont ramenés à 8 jours à compter de la dernière réunion du CE.

En cas de refus, de validation ou d'homologation, l'employeur consulte à nouveau le CE dans un délai de 3 jours ; selon le cas, le document modifié et l'avis du CE ou un avenant à l'accord collectif sont transmis à l'autorité administrative qui se prononce dans un délai de 3 jours.

L'on relèvera sur ce point le caractère presque dérisoire des délais fixés pour l'homologation ou la validation de l'accord ou du document unilatéral de l'employeur.

De la même façon, il conviendra d'utiliser toutes les possibilités procédurales qu'offrent les dispositions du Livre V du Code de Justice Administrative.

VI – INTRODUCTION DE NOUVELLES DISPOSITIONS RELATIVES A LA REPRISE DES SITES, INTEGREES DANS LA PARTIE « REVITALISATION DES BASSINS D'EMPLOI »

Introduction d'un article **L 1233-90** ainsi rédigé : *« Lorsqu'elle envisage un projet de licenciement collectif ayant pour conséquence la fermeture d'un établissement, l'entreprise mentionnée à l'article L 1233-71 recherche un repreneur et en informe le comité d'entreprise dès l'ouverture de la procédure d'information et de consultation prévue à l'article L 1233-30.*

Le comité d'entreprise peut recourir à l'assistance de l'expert-comptable désigné, le cas échéant, en application de l'article L 1233-34 pour analyser le processus de recherche d'un repreneur, sa méthodologie et son champ, pour apprécier les informations mises à la disposition des repreneurs potentiels et pour analyser les projets de reprise.

Le comité d'entreprise est informé des offres de reprise formalisées. Les informations qui lui sont communiquées à ce titre sont réputées confidentielles. Le comité d'entreprise peut émettre un avis et formuler des propositions. Cet avis est rendu dans les délais prévus à l'article L 1233-30.

Les actions engagées par l'employeur au titre de l'obligation de recherche d'un repreneur sont prises en compte dans la convention de revitalisation conclue entre l'entreprise et l'autorité administrative en application des articles L 1233-84 et suivants ».

L'article **L 2325-37** est lui aussi **modifié** par conséquent ; dans la nouvelle loi, *« pour opérer toute vérification ou tout contrôle entrant dans l'exercice de ses missions, l'expert-comptable a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes.*

Lorsqu'il est saisi dans le cadre d'une opération de concentration prévue à l'article L 2323-20, l'expert a accès aux documents de toutes les sociétés intéressées par l'opération ».

Dans la nouvelle loi, les prérogatives et le champ d'intervention de l'expert sont étendues aux opérations de recherche d'un repreneur prévues à l'article **L 1233-90-1**.

Mais de la même façon, les délais d'examen par le CE des offres et possibilités de reprise sont enfermées dans les délais prévus à l'article L 1233-30, alors même que l'expérience a démontré que souvent cet examen nécessite des délais beaucoup plus longs.

Autant dire que dans la pratique, ce qui semble être un progrès pourrait en réalité n'être que formel ; mais de ce point de vue, les possibilités d'agir en justice sont réelles : en effet, l'examen attentif des dispositions de l'article L 1233-90 fait apparaître que « ...*les actions engagées par l'employeur au titre de l'obligation de recherche d'un repreneur sont prises en compte dans la convention de revitalisation conclue entre l'entreprise et l'autorité administrative en application des articles L 1233-84 et suivants* ».

Partant de là, il faut rattacher ces nouvelles dispositions à celles de l'article L 1233-85, qui dispose qu'une convention doit être conclue entre l'entreprise et l'autorité administrative dans un délai de 6 mois à compter de la notification prévue à l'article L 1233-46.

L'on pourrait donc en déduire et soutenir devant le juge que le délai prévu à l'article L 1233-90 pourrait être rallongé et aligné sur celui de 6 mois prévu à l'article L 1233-85.

VII – INTRODUCTION DE NOUVELLES DISPOSITIONS APRES LES ARTICLES L 1233-52 A L 1233-57, RELATIVES A L'INTERVENTION DE L'AUTORITE ADMINISTRATIVE

Sont introduits à travers la nouvelle loi des articles L 1233-57-1 à L 1233-57-8 :

Art. L. 1233-57-1 – « *L'accord collectif majoritaire mentionné à l'article L. 1233-24-1 ou le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4 sont transmis à l'autorité administrative pour validation de l'accord ou homologation du document* »

Art. L. 1233-57-2 – « *L'autorité administrative valide l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 dès lors qu'elle s'est assurée de :*

1° Sa conformité aux articles L. 1233-24-1 à L. 1233-24-3 ;

2° La régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise et, le cas échéant, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et de l'instance de coordination mentionnée à l'article L. 4616-1 ;

3° La présence dans le plan de sauvegarde de l'emploi des mesures prévues aux articles L. 1233-61 et L. 1233-63 »

L'on relèvera ici qu'en cas d'accord collectif prévu à l'article L 1233-24-1, le contrôle de l'Administration ne portera que sur la « *présence dans le plan de sauvegarde de l'emploi des mesures prévues aux articles L. 1233-61 et L. 1233-63* ».

L'on notera alors avec intérêt que ne sont visés que les articles L 1233-61 et L 1233-63, mais pas l'article L 1233-62, qui détaille les mesures et dispositifs qui doivent figurer dans un PSE.

Il est donc à craindre que ce contrôle de l'Administration ne soit que très formel...

Art. L. 1233-57-3 – « En l'absence d'accord collectif ou en cas d'accord ne portant pas sur l'ensemble des points mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, l'autorité administrative homologue le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, après avoir vérifié la conformité de son contenu aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles relatives aux éléments mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 1233-24-2, la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise et, le cas échéant, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et de l'instance de coordination mentionnée à l'article L. 4616-1, et le respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 en fonction des critères suivants :

1° Les moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe ;

2° Les mesures d'accompagnement prévues au regard de l'importance du projet de licenciement ;

3° Les efforts de formation et d'adaptation tels que mentionnés aux articles L. 1233-4 et L. 6321-1.

Elle prend en compte le rapport le plus récent établi par le comité d'entreprise au titre de l'article L. 2323-26-2, concernant l'utilisation du crédit d'impôt compétitivité emploi.

Elle s'assure que l'employeur a prévu le recours au contrat de sécurisation professionnelle mentionné à l'article L. 1233-65 ou la mise en place du congé de reclassement mentionné à l'article L. 1233-71. »

L'on notera que s'agissant du document unilatéral soumis à homologation, le contrôle de l'Administration porte cette fois – et contrairement à celui exercé s'agissant des accords – sur sa conformité de son contenu aux dispositions légales ; les dispositions de l'article L. 1233-62 sont cette fois visées.

Art. L. 1233-57-4 – « L'autorité administrative notifie à l'employeur la décision de validation dans un délai de quinze jours à compter de la réception de l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 et la décision d'homologation dans un délai de vingt et un jours à compter de la réception du document complet élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4.

Elle la notifie, dans les mêmes délais, au comité d'entreprise et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires. La décision prise par l'autorité administrative est motivée.

Le silence gardé par l'autorité administrative pendant les délais prévus au premier alinéa vaut décision d'acceptation de validation ou d'homologation. Dans ce cas, l'employeur transmet une copie de la demande de validation ou d'homologation, accompagnée de son accusé de réception par l'administration, au comité d'entreprise et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires.

La décision de validation ou d'homologation ou, à défaut, les documents mentionnés au troisième alinéa et les voies et délais de recours sont portés à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur leurs lieux de travail »

Il faut relever que le silence gardé par l'Administration pendant les délais prévus vaut décision d'acceptation de validation ou d'homologation ; et ce contrairement aux règles habituelles applicables en la matière.

Cet article L. 1233-57-4 pose également un autre problème : en présence d'un accord collectif, cette notification n'est faite qu'aux organisations syndicales représentatives signataires ; le CE n'est pas quant à lui destinataire de cette signification.

Art. L. 1233-57-5 – « Toute demande tendant, avant transmission de la demande de validation ou d'homologation, à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information relatifs à la procédure en

cours ou de se conformer à une règle de procédure prévue par les textes législatifs, les conventions collectives ou un accord collectif est adressée à l'autorité administrative. Celle-ci se prononce dans un délai de cinq jours. ».

Cette décision pourrait être attaquée dans le cadre des référés prévus au Livre V du Code de Justice Administrative.

Art. L. 1233-57-6. – *L'administration peut, à tout moment en cours de procédure, faire toute observation ou proposition à l'employeur concernant le déroulement de la procédure ou les mesures sociales prévues à l'article L. 1233-32. Elle envoie simultanément copie de ses observations au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et, lorsque la négociation de l'accord visé à l'article L. 1233-24-1 est engagée, aux organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.*

L'employeur répond à ces observations et adresse copie de sa réponse aux représentants du personnel et, le cas échéant, aux organisations syndicales. »

Sur ce point, il convient de constater qu'il n'est prévu aucune sanction d'une abstention de l'employeur de répondre aux demandes et observations faites par l'Administration : dans ce cas également il faudra faire usage des référés du Livre V du Code de Justice Administrative.

Art. L. 1233-57-7 – *« En cas de décision de refus de validation ou d'homologation, l'employeur, s'il souhaite reprendre son projet, présente une nouvelle demande après y avoir apporté les modifications nécessaires et consulté le comité d'entreprise. »*

La rédaction de cet article pose un sérieux problème, en ce sens où l'on peut en déduire que l'employeur pourrait modifier unilatéralement les termes d'un accord, alors que par définition il résulte de la négociation collective.

Il faudra donc veiller à ce que le nouvel accord résulte véritablement d'une nouvelle négociation avec les organisations syndicales concernées.

Art. L. 1233-57-8 – *« L'autorité administrative compétente pour prendre la décision d'homologation ou de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-1 est celle du lieu où l'entreprise ou l'établissement concerné par le projet de licenciement collectif est établi. Si le projet de licenciement collectif porte sur des établissements relevant de la compétence d'autorités différentes, le ministre chargé de l'emploi désigne l'autorité compétente. »*

S'agissant du rôle de l'Administration, il convient de rappeler que l'objectif affiché à travers la nouvelle loi est de faire en sorte que l'Etat soit renforcé *« dans un rôle de garant qu'il n'avait plus dans ce domaine depuis la suppression de l'autorisation administrative de licenciement en 1986 ».*

Les nouvelles dispositions introduites dans la loi sont-elles réellement de nature à accroître le rôle de contrôle par l'Etat ?

Il est important de rappeler qu'en l'état actuel des dispositions légales, et notamment celles des articles L 1233-46 à 1233-57, l'Administration dispose déjà d'un rôle et de prérogatives importants.

Elle est informée des réorganisations et PSE envisagés dès la première réunion du CE et le début de la procédure d'information/consultation.

Elle peut présenter des observations tout au long de la procédure, notamment sur le PSE et les mesures et dispositifs qu'il contient.

Dans la nouvelle loi, l'Administration conserve ce rôle, mais se voit confier en outre une fonction **de validation ou d'homologation**, selon que l'on soit en présence d'un accord ou d'un acte unilatéral de l'employeur.

Mais compte tenu des délais impartis à l'Administration (15 et 21 jours selon le dispositif appliqué, voire même moins dans le cas des entreprises en difficulté), l'on peut légitimement s'interroger sur l'efficacité de ce contrôle ; d'autant que comme les moyens dont dispose l'Administration sont souvent très limités.

En matière de demande d'informations, la relation ne s'établit plus comme auparavant entre les représentants des salariés et l'employeur : ces demandes « transitent » par l'Administration, qui fera « interface » entre l'employeur et les représentants des salariés (article **L 1233-57-5**).

C'est donc l'Administration qui appréciera de l'opportunité et le bien-fondé des demandes d'information formulées par les représentants des salariés.

En conclusion, il est à craindre que le contrôle de l'Administration ne soit que formel : il ne portera pas en tout état de cause sur le ou les motifs économiques ayant prévalu à la mise en œuvre de la réorganisation et des licenciements collectifs.

La question du contrôle en amont de la réalité et du bien-fondé du ou des motifs économiques reste donc entière.

VIII – LES VOIES DE RECOURS ET LE CONTENTIEUX

Sur ce point, le paysage est totalement bouleversé : c'est le juge administratif qui sera compétent.

Les règles du procès sont totalement modifiées : les contestations ne seront plus dirigées contre l'employeur lui-même, mais contre la décision administrative de validation ou d'homologation rendue par l'Administration selon que l'on soit en présence d'un accord ou d'un acte unilatéral de l'employeur.

Dans le débat judiciaire, l'employeur se retrouve ainsi dans un rôle de second plan, alors qu'il est à l'origine des décisions ayant conduit aux licenciements.

Introduction d'un article **L 1235-7-1**, qui dispose que « *L'accord collectif mentionné à l'article L 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L 1233-57-4.*

Ces litiges relèvent de la compétence, en première ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

Le recours est présenté dans un délai de deux mois par l'employeur à compter de la notification de la décision de validation ou d'homologation, et par les organisations syndicales et les salariés à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance conformément à l'article L 1233-57-4.

Le tribunal administratif statue dans un délai de trois mois. Si, à l'issue de ce délai il ne s'est pas prononcé ou en cas d'appel, le litige est porté devant la cour administrative d'appel, qui statue dans un délai de trois mois. Si, à l'issue de ce délai, elle ne s'est pas prononcée ou en cas de pourvoi en cassation, le litige est porté devant le conseil d'état.

Le livre V du code de justice administrative est applicable ».

Il s'agit d'un bloc de compétence ; cela signifie que le juge administratif fondera ses décisions aussi bien sur la jurisprudence administrative que judiciaire, et bien sûr sur les règles et dispositions du Code du Travail.

En rapprochant les dispositions de l'article L 1235-7-1 avec celles de l'article L 1233-57-7, une difficulté pourrait apparaître : les recours doivent être présentés par l'employeur dans les 2 mois à compter de la notification de la décision de validation ou d'homologation, ou par les organisations syndicales et les salariés à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance conformément à l'article L 1233-57-4.

Dans l'hypothèse d'un refus de validation ou d'homologation et d'une présentation d'une nouvelle demande, conformément aux dispositions de l'article L 1233-57-7, le délai de 2 mois court-il à compter de la première décision, ou à compter de la seconde, qui sera rendue à l'issue de la présentation d'une nouvelle demande ?

Il conviendra d'être attentif à cette question.

IX – APPLICATION DANS LE TEMPS DE LA NOUVELLE LOI

Au point III de la loi, il est prévu que « *les dispositions du Code du Travail, dans leur rédaction issue du présent article, sont applicables aux procédures de licenciement collectif engagées à compter du 1^{er} juillet 2013.*

Pour l'application du premier alinéa du présent III, une procédure de licenciement collectif est réputé engagée à compter de la date d'envoi de la convocation à la première réunion du comité d'entreprise mentionnée à l'article L 1233-30 du code du travail ».

Qu'en est-il alors des procédures déjà engagées, qui pourraient être annulées par voie judiciaire ?

Partant du constat de la nullité des procédures en question par le juge, l'on peut penser qu'au moment de leur reprise, elles seront soumises aux nouvelles dispositions légales.

Prochaine étape :

Construire la jurisprudence

Jean Louis BORIE
SAF Clermont Ferrand
Ancien président du Syndicat des Avocats de France

Il y eut le temps de l'incrédulité à la lecture des propositions outrancières du Medef à l'automne 2012

Il y eut le temps de la sidération à la lecture de l'ANI et de ses révolutions procédurales notamment en ce qui concerne les licenciements économiques collectifs

Il y eut le temps de l'action parlementaire et des vaines tentatives pour faire en sorte que le législateur n'abandonne pas son rôle aux seuls protagonistes sociaux et à une partie d'entre eux seulement.

La loi est votée, voici maintenant le temps de la riposte, de l'imagination et de la création juridique pour que les Ce et les syndicats puissent encore pleinement jouer leur rôle.

Les avocats du syndicats des avocats de France, engagés aux côtés des IRP et des syndicats sauront s'employer à « faire pousser » la jurisprudence.

C'est dans la logique de cette nouvelle phase que ce situe cette contribution, sur un point très précis, celui de l'obtention par les élus et leurs experts de l'information utile à l'émission d'un avis éclairé.

NOUVEAU CONTENTIEUX DE L'INFORMATION DANS LE CADRE DES PLANS DE SAUVEGARDE

Le contentieux de l'information, c'est à dire celui de l'obtention par le CE ou son expert des documents et informations nécessaires pour apprécier la réalité du motif économique est toujours sous jacent dans les procédures de licenciement collectif car il conditionne la qualité des avis que le CE est amené à émettre et au travers du rapport d'expertise, la qualité de l'information peut être de nature à permettre de critiquer utilement le motif économique, en amont des licenciements, au stade de l'avis et en aval lors des contentieux individuels.

L'intervention du juge des référés du TGI était donc courante et utile.

Mais la loi change la donne :

1°) Les délais impartis à l'expert

Le nouvel article L1233-35 enferme les demandes de documents par l'expert dans des délais stricts.

Celui-ci doit demander à l'employeur dans les 10 jours de sa désignation les informations qu'il juge nécessaire.

L'employeur répond dans les 8 jours et « le cas échéant l'expert demande dans les 10 jours des informations complémentaires à l'employeur qui répond à cette demande dans les 8 jours à compter de la date à laquelle celle de l'expert a été formulée ».

Rien n'est prévu, si d'autre document doivent être réclamés.

36 jours se sont donc écoulés et comme l'expert doit déposer son rapport 15 jours avant la fin du délai, le temps de rédaction et d'analyse est particulièrement réduit...

Cela étant, l'expert a toujours la possibilité de déposer un rapport partiel en considérant qu'un certain nombre d'interrogations ne sont pas levées et qu'un certain nombre d'éléments d'informations sont manquants ce qui peut être utilisé par le Comité pour motiver de manière précise les raisons pour lesquelles il ne peut donner d'avis et à cet égard la présomption édictée par l'article L1233-30, qui reste une présomption simple, peut-être combattue.

2°) la procédure spécifique de l'article L1233-57-5

Cet article dispose :

« A tout moment, avant transmission de la demande de validation ou d'homologation, l'autorité administrative peut être saisie d'une demande tendant à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information souhaités ou de se conformer à une règle de procédure prévue par les textes législatifs, les conventions collectives ou un accord collectif. l'administration se prononce dans un délai de 5 jours. »

L'absence de précision dans le texte sur l'auteur de la saisine laisse à penser qu'il peut s'agir :

- du comité,
- de l'expert,
- des syndicats

Dans le cadre des propositions d'amendement, nous avons suggéré d'instaurer une voie de recours spécifique et suspensive contre la décision administrative qui nécessairement

interviendrait soit par rejet soit par acceptation des demandes d'information complémentaire soit implicitement.

Le projet de loi (ce n'était pas le cas de l'avant projet) a exclu expressément tout recours contre cette décision.

Le nouvel article L1235-7-1 prévoit que « les décisions prises par l'administration au titre de l'article L1233-57-5 (...) ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation. »

Ainsi s'agissant d'une décision préparatoire, elle peut être contestée qu'avec la décision finale de l'administration et dans le cadre et les délais du recours pour excès de pouvoir.

Ce recours au fond peut s'accompagner des procédures spécifiques éventuelles du livre 5 du Code de Justice Administrative (référé suspension).

Il faut cependant s'interroger, sur la possibilité d'un référé conservatoire avant la décision finale de l'administration (article L 521-3 du code administratif), l'urgence est en effet indiscutable mais l'existence d'une décision administrative de rejet des demandes d'injonction pourrait y faire obstacle.

Cela étant, il ne s'agit pas de faire obstacle **à l'exécution** d'une décision administrative (condition posée par le code administratif) puisque par définition la décision de rejet n'a pas à être exécutée.

3°) un contentieux pourtant important et sans juge...

Ainsi s'il n'existe pas **en amont** de voie de recours évidente, il ne demeure pas moins que les demandes d'information et la mise en œuvre de la procédure spécifique de demande à l'autorité administrative doivent être largement exercées dès lors que ces décisions préparatoires et l'absence ou l'insuffisance de l'information peuvent être déterminantes dans l'issue du recours final.

4°) Peut-on encore envisager une compétence judiciaire ?

Les consultations dans le cadre des plans de sauvegarde sont articulées autour de deux avis, l'un émis au titre de la 2^e partie du Code du Travail sur le projet de restructuration et de compression d'effectif, l'autre au titre de la première partie sur le plan social proprement dit.

Le recours au Juge des Référés civil pouvait être envisagé mais la modification de l'article L2323-15 et l'ajout de la mention « dans les conditions et délais prévus à l'article L1233-30 » exclut à priori cette initiative dès lors que dans le cadre de cette procédure de consultation, une procédure spécifique d'information est prévue.

Cela étant, les conditions de forme et de délai correspondent aux délais prévus au-delà duquel le CE « *le comité est réputé avoir été consulté* ».

Le seul visa de l'article L1233-30 suffit-il à exclure cette possibilité d'intervention du juge ?

On peut le penser dès lors qu'apparaît le quasi bloc de compétence de l'article L1235-7-1, mais il reste que la consultation s'inscrit aussi dans le cadre de l'article L 2323-6 (marche générale de l'entreprise) or cette dernière consultation est, elle, encadrée par les articles L 2323-3 et 4 qui prévoient des délais fixés par accord ou par voie réglementaire mais organise l'intervention du juge des référés judiciaire et le pouvoir pour ce dernier de proroger les délais de consultation.

5°) Quelle articulation avec la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise, une compétence judiciaire à envisager

Si, dans le cadre de la procédure de licenciement économique stricto sensu les portes ont largement été fermées au profit du bloc de compétence et de l'absence de recours préalable sur l'information, n'existe-t-il pas encore une possibilité d'articuler consultation sur le projet de restructuration et consultation sur les orientations stratégique ?

Le nouvel article L2323-7-1 du Code du Travail prévoit une consultation annuelle sur les orientations stratégiques, le CE peut dans ce cadre à condition de financer 20% du coût se faire assister par un expert-comptable.

S'il s'avère que cette consultation est en cours ou aurait du être engagée, le CE est en capacité d'imposer qu'elle soit mise en place, les demandes formulées par l'expert ou le CE relèvent de la procédure ordinaire et traditionnelle et le Juge judiciaire et notamment le Juge des Référéts retrouve sa compétence...

Une manière d'entrebâiller la porte ?

6° L'entrave

le refus manifeste de fournir les éléments que l'expert juge utile à l'accomplissement de sa mission, alors que ce dernier dispose des mêmes pouvoir d'investigation que le commissaire aux comptes peut-être constitutif d'une entrave au fonctionnement régulier du CE.

Même si le droit pénal du travail est mal traité et maltraité par le parquet, il n'en demeure pas moins qu'il ne faut pas exclure cette voie dès lors que l'infraction est établie

Même si cette sanction, à postériori, n'a pas d'incidence sur la procédure d'avis elle peut cependant être utile dans le contexte des contentieux individuels ultérieurs.

La Sécurisation dans le contentieux individuel : la légitimation d'une réduction des droits des salariés : Quelles parades ?

Barémisation et référentiel des dommages et intérêts

Art 21 qui n'a pas eu les faveurs d'un titre puisqu'il est contenu dans le chapitre IV de la loi intitulé « **Dispositions diverses** »

Important => Emporte notamment une modification de l'**article L. 1235-1 du Code du travail** – article contenu dans la Section 1 (Dispositions communes) chapitre V (Contestations et sanctions des irrégularités du licenciement)

(...)

- ❖ **prolongement de l'article 25 de l'ANI** lequel précise un BAREME / Ce barème sera, lui, fixé par décret dans les prochains jours

Ce décret devrait reprendre également une disposition de l'article 25 de l'ANI précisant que « *toute demande portée devant les prud'hommes est inscrite au rôle du bureau de conciliation dans les 2 mois de son dépôt au greffe* »

A voir évidemment en pratique, 1 mois en cas de demande de requalification de CDD, 1 mois de départage

- ❖ **A noter, toutefois, une différence importante au regard de l'ANI** : la loi précise que le montant de l'indemnité forfaitaire est déterminée en référence à un barème mais sans préjudice des « *indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles* »

Le dispositif du barème s'ajoute aux indemnités de rupture

- ❖ La lecture du projet de loi, ainsi adopté, soulève à mon sens une **CRAINTE** ; Exposé des motifs du projet de loi : « *n'étaient pas concernées les indemnités liées à des contentieux spécifiques (discrimination, harcèlement, inaptitude)* »

Or, sauf erreur de ma part, rien n'est mentionné dans la loi

Objectif affichée des partenaires sociaux, du gouvernement et du législateur :

= faciliter la conciliation prud'homale



la PREMIERE mission

- Qui appartient à n'importe quel juge : **art 21 du CPC** « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties »
- « *Accentuation* » Professeur Alain SUPLOT C'est l'objectif 1^{er} du juge prud'homal

L. 1411-1 : « Le CPH règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail [...] Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti. »

Mission HISTORIQUE

- Ø **Loi du 18 mars 1806** : Napoléon crée le CPH à Lyon pour terminer par la voie de la conciliation les petits différends du travail =) création d'un bureau de conciliation et un bureau général (bureau de jugement)

- Ø **Art 1^{er} de la Loi du 27 mars 1907** : *« les CPH sont institués pour terminer par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de louage d'ouvrage dans le commerce et l'industrie entre les patrons ou leurs représentants et les employés, ouvriers et apprentis de l'un et de l'autre sexes qu'ils emploient. Ils jugent dans les conditions de compétence [...] les différends à l'égard desquels la conciliation a été sans effet. [...] »*

- « Le préliminaire de conciliation en matière prud'homale... tient à l'essence même de l'institution ; Les CPH ne peuvent, sans excéder leurs pouvoirs, se saisir d'un différend qui n'a pas été préalablement soumis à la tentative de conciliation et l'omission de cette formalité substantielle peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation » (Cass. civ. Section sociale, 28 novembre 1947)

- Réforme par **décret du 12 septembre 1974** a intégré la phase de conciliation à l'instance

Mission RECONNUE

La tendance européenne est à l'échevinage, au **préalable de conciliation** et une procédure spéciale

Distinction : CPH : juridiction unique en Europe parce qu'elle est paritaire et élective

- *Allemagne* : taux de conciliation est de 40 % à 60 % ; en l'absence des jurés, en présence du seul magistrat professionnel ; en l'absence de conciliation, affaire renvoyée en jugement avec présence des jurés, et les jugements sont rédigés par le juge professionnel
- *Anglais* : un « bureau de conseil, de conciliation et d'arbitrage », une sorte de médiation précontentieuse, 2/3 réussite

Problème en France : la tentative de conciliation est un échec

Chiffres :

- **En 1939 : 80 %**
- **En 1960 : 60 %**
- **En 2010 : 7 %**

!! Les avocats ne sont pas certainement pas étrangers à l'échec de la conciliation.

C'est du moins l'avis du ministre, Michel Sapin, lequel a déclaré lors des débats parlementaires :



Je vous laisse apprécier ce jugement de valeur, permettons nous simplement de rappeler à Monsieur le Ministre que la profession de « conseiller juridique » en tant que tel n'existe depuis... la loi du 30 décembre 1990 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

- ❖ Reste que l'institution du barème au stade de la conciliation soulève également un certain nombre de **CRITIQUES**

CRITIQUE 1 : le principe du barème pour évaluer le préjudice

Pourquoi ?

Parce que la référence naturelle et pertinente dans l'évaluation du préjudice était jusque-là la **jurisprudence** :

Avantages :

- Celle-ci s'est construite avec patience au fil du temps et des décisions rendues
- Elle est le fruit du travail des juges qui ont fondés toutes leurs décisions sur les éléments avancés par les parties et débattus contradictoirement
- Elle est née de la confrontation du Droit et des Faits de chaque espèce
- Enfin, sur le plan des principes, elle a été rendue publiquement au nom du peuple français, et chacun peut donc en attester

Cette référence à la jurisprudence permettait à chaque partie d'évaluer son risque judiciaire et c'est à partir de ce risque connu, que chaque partie se positionnait au stade de la conciliation

D'ailleurs, certaines Cour d'appel publient leurs données jurisprudentielles. CA Aix

Or, aujourd'hui, au stade de la conciliation, toute référence à la jurisprudence est écartée au profit d'un barème dont les montants ont été déterminés arbitrairement, sans aucune considération objective, et dans le secret des négociations et des ministères

Pourquoi 2 mois ? Pourquoi 4 mois ? Pourquoi 8 mois ? Etc.

La question mérite d'être posée car la faiblesse des montants entraîne un changement de logique et d'approche de la conciliation puisque le point de départ est plus bas

Désormais, le point de départ de la négociation est le montant du barème. Point. => Ce qui, à terme, devrait conduire mécaniquement à une réduction des droits des salariés

CRITIQUE 2 : Le barème est établi en fonction d'un seul critère : l'ancienneté du salarié

- Critère **inadapté** :

L'ancienneté, si elle sert de référence de manière d'ailleurs contestable pour déterminer le seuil de l'indemnité pour l'indemnité sans cause réelle et sérieuse, n'est pas pertinente pour évaluer le préjudice ;

C'est le critère, par nature, de l'indemnité de licenciement

- Critère est **insuffisant** pour apprécier l'étendue d'un préjudice = âge, situation de famille, nombre d'enfants à charge, état de santé,...

=) **Facilité / Légèreté** des partenaires sociaux, du gouvernement, et du législateur en ne retenant que ce critère

L'Age aurait pu être ajouté facilement

CRITIQUE 3 = EFFACEMENT DU JUGE

Ce n'est pas l'évitement du juge. Car il est physiquement présent en conciliation. Mais il est effacé réduit au rôle de « passer de plat ».

Cela ressort très clairement des déclarations du rapporteur Jean-Marc GERMAIN :

(...)

La conciliation se fera donc dossier fermé.

Problème :

- **L. 1411-1** : « Le CPH règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail [...] Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti. »
- **R. 1454-10** : « Le bureau de conciliation entend les explications des parties et s'efforce de les concilier [...]. Un procès-verbal est établi. »

« **S'efforcer** » = selon le Petit Robert « *faire tous ses efforts, employer toute sa force, son adresse ou son intelligence pour atteindre un but, vaincre une résistance* »

Cela laisse donc entendre que le bureau de conciliation doit avoir un rôle actif.

- C'est la **position constante de la Cour de cassation**.

Cass. Soc. 28 mars 2000, DURAFROID, n° 97-42419 : « la conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles ; qu'en conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs ; que si ces conditions de validité du procès-verbal de conciliation ne sont pas remplies, la juridiction prud'homale peut être valablement saisie. »

Confirmation par **Cass. Soc. 5 décembre 2007, n° 06-40634**

- ❖ Assistante dentaire démissionne / saisit le CPH pour 7 600 € et juger que la démission constitue en réalité une démission
- ❖ PV de conciliation totale = 3 811 € à titre d'indemnité globale et forfaitaire
- ❖ Employeur remet une attestation Assedic avec mention « démission », salariée conteste
- ❖ Saisine de nouveau du CPH pour contester l'accord intervenu = jugement ok = accord est nul, la rupture du contrat de travail était imputable à l'employeur, condamnation de celui-ci
- ❖ CA Bordeaux infirme : salariée était assistée d'un DS / les affirmations selon lesquelles elles n'avaient pas pu faire valoir ses droits sont sans fondement.
- ❖ Cassation (cf. motivation DURAFROID)

A noter que la Cour de cassation privilégie :

- ❖ **la voie de l' « information »** (le juge éclaire l'employeur et le salarié sur leurs droits respectifs afin qu'ils acceptent spontanément d'appliquer la règle de droit)
- ❖ **plutôt que la voie de la « pression »** (sans informer, le juge amène l'une des parties à renoncer à une partie de ses demandes et donc à solliciter l'application d'une des règles de droit)

Il faut souhaiter que cette jurisprudence soit confirmée. Il faudra être vigilant sur le maintien de l'article R. 1454-10 / en tout état de cause, l'article L. 1411-1 devrait suffire

Voilà donc les 2 parades :

- Nous sommes présents en BC : NON
- Nous n'avons pas été présents : saisine du CPH pour contester la validité du PV

=) c'est donc une occasion manquée dans la volonté de favoriser les conciliations

Pour faciliter les conciliations, d'autres voies auraient dû être envisagées

Voie 1 = Augmentation des moyens matériels et humains alloués par l'Etat en vue d'assurer le fonctionnement

Le constat identique :

- **Paris** (832 conseillers se partagent 10 Codes du travail) / (6 juges départiteurs pour 3 200 dossiers)
- **Bobigny** : 3 greffiers manquants
- **A Marseille et ailleurs** : 13 affaires au rôle du BC

TGI de Paris a jugé que l'Etat était responsable

La responsabilité incombe donc à l'Etat qui ajoute à l'indigence du montant du budget à présent le mépris

(...)

Voie 2 = Améliorer la formation des conseillers prud'hommes

= 6 semaines de formation par mandat de 5 ans (2 semaines par mandat de 5 ans) / Insuffisant

Une meilleure connaissance des règles de droits

- Rôle plus pertinent lors du BC
- Meilleure motivation des jugements

Voie 3 = Prévoir soit une communication de pièces, soit a minima la lettre de licenciement en BC

LA PRESCRIPTION DES ACTIONS EN JUSTICE

Patrick HENRIOT

On a beaucoup dit que l'évitement du juge constituait l'un des axes forts de l'ANI. C'est certain, sauf à préciser qu'à travers le juge c'est évidemment le contentieux qui est le problème pour l'employeur ; c'est le contentieux en tant que risque, en raison de l'aléa qu'il entretient, les décideurs économiques accordant un prix extrême à la prévisibilité ;

Du point de vue de l'employeur le risque contentieux revêt d'ailleurs un double aspect :

- l'évaluation / anticipation du coût final de l'opération qui génère le risque (c'est le pb du montant du provisionnement ; lequel peut être conçu, comme Pascal Lokiec l'a rappelé, comme technique de violation efficace de la loi)
- et, au moins autant, la question de l'évaluation de la durée d'exposition au risque ;
- laquelle se dédouble elle-même en 2 questions : pendant combien de temps le risque contentieux existe-t-il et, lorsqu'il se réalise, combien de temps faudra-t-il pour qu'il soit évacué, pour que le contentieux soit vidé.

La dimension « maîtrise du temps » est donc primordiale pour l'employeur ...

Les signataires de l'accord ont donc utilisé différentes techniques pour réduire le risque contentieux, qui répondent à ces différents aspects du risque :

- encadrement du pouvoir d'appréciation du juge (par exemple en barémisant l'indemnisation du licenciement SCRS - au moins en conciliation – ou en préqualifiant le licenciement du salarié qui refuse l'application d'un accord de mobilité ou de maintien dans l'emploi)
- soustraction de certains contentieux à son pouvoir d'appréciation (exclusion du ctx sur le contrôle du motif éco en amont des licenciements)

Parmi ces techniques, l'une d'entre elles constitue une réponse directe à l'objectif de diminution du temps d'exposition au risque :

- c'est la technique de la prescription extinctive qui consiste à réduire les délais de saisine du juge ...

Avec cette équation simple que l'accroissement de la sécurité de l'employeur est au prix d'une restriction corrélative du droit du salarié d'accéder au juge, ... qui lui est inversement proportionnelle : plus le délai pour agir diminue plus la sécurité de l'employeur augmente et inversement ;

Se vérifie ici l'adage qui n'a jamais été aussi vrai : le temps c'est de l'argent : la réduction des délais pour agir c'est de l'argent gagné par l'employeur et perdu pour le salarié.

On procédera donc à un rapide inventaire des nouvelles règles de prescription extinctive issues de la loi (en espérant ne pas en avoir oublié)

- et en se limitant aux délais pour agir en justice
- étant observé que l'objectif de maîtrise du temps et notamment du temps du contentieux a inspiré bien d'autres dispositions dans l'ANI et la loi ;
- notamment les délais imposés en matière d'info/consult sur les grands licenciements économiques :

- les auteurs de l'ANI pensaient avoir suffisamment « bétonné » en prévoyant des délais préfixes
- et le législateur est venu à leur secours en adoptant une technique bien plus efficace : prévoir que le CE est réputé avoir été consulté passé le délai imparti (alors que le délai préfix pouvait être interrompu par l'action en justice conformément au droit commun des délais de forclusion) (les juristes du ministère du travail ont donné un sérieux coup de pouce aux juristes du MEDF).

I. Inventaire des nouvelles règles de prescriptions résultant de la loi

Trois principales identifiées.

I. 1. Prescription par deux ans de toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail.

C'est l'ensemble du contentieux individuel du travail qui bascule dans un régime dérogatoire ;

Ce régime étant lui-même affecté de différentes dérogations en plus ou en moins ;

- en plus (maintien des délais actuels) : limitativement énumérés par la loi : action en réparation du dommage corporel subi à l'occasion de l'exécution du contrat de travail, actions exercées en application des articles relatifs à la discrimination et au harcèlement moral et sexuel, y compris L 1134-5 pour l'évaluation du préjudice (pas de limitation de durée)
- en moins : tous les délais plus courts et notamment :
 - L 1233-67 (12 mois pour contester la rupture du contrat de travail résultant de plein droit de l'adhésion au contrat de sécurisation professionnelle)
 - L 1234-20 (effet libératoire du reçu pour solde de tout compte à défaut de dénonciation dans les 6 mois de sa signature)
 - L 1235-7 (quinze jours pour saisir le juge des référés sur la régularité de la procédure d'info/consult et douze mois pour contester la régularité ou la validité du licenciement pour motif économique)
 - L 1237-14 : 12 mois pour contester la convention de rupture conventionnelle et son homologation)
 - et le nouveau délai institué en matière de prescription de l'action en paiement des salaires (cf. infra)

On verra ci-après les questions de constitutionnalité et de conventionnalité que soulève cette dérogation généralisée ;

A ce stade, on relèvera seulement les principales critiques qui viennent naturellement à l'esprit :

1. Les justifications de cette restriction de l'accès au juge sont pour le moins incertaines au regard de l'objectif affiché de « sécurisation de l'emploi » : la contrepartie attendue en termes de sécurisation de l'emploi est parfaitement théorique et totalement incertaine : elle repose exclusivement sur la pétition de principe qu'un employeur embaucherait plus facilement parce qu'il aurait l'assurance que le salarié ne pourrait agir contre lui que dans un délai plus bref ... cf ce que Dany disait en introduction du colloque sur l'absence de corrélation démontrée entre dérégulation et incitation à l'embauche ;

Justification d'autant plus fragile s'agissant d'une restriction aussi générale à un droit aussi fondamental

Si on prend en compte :

- l'étendue de cette restriction quant à la matière qu'elle couvre : ce qui constitue une dérogation au droit des prescriptions extinctives devient en réalité le droit commun de la prescription en contentieux individuel du travail, soit une part considérable du contentieux civil
- et, surtout, son étendue quant au délai qu'elle institue au regard du droit commun : le délai de prescription est réduit des 3/5èmes !

... L'objectif de sécurisation des employeurs est ici absolument transparent et semble porté à son paroxysme.

2. La prescription des actions nées de l'exécution du contrat de travail (donc engagées alors que le contrat est toujours en cours) est particulièrement pénalisante compte tenu de la forte dissuasion que représente le risque de représailles.

Ce risque n'est qu'en partie atténué par la récente Jce de la Cour de cassation qui sanctionne par la nullité le licenciement intervenu en représailles de l'action prud'homale introduite par le salarié (6 février 2013, 11-11.740 : application du principe général qu'elle avait dégagé abstraitement en décidant que la nullité du licenciement ne pouvait pas être prononcée en l'absence de texte la prévoyant expressément, « sauf violation d'une liberté fondamentale »

Mais il reste toutes les autres formes de représailles

3. Critique la plus radicale : dévoiement d'une technique législative – ou plutôt d'une politique législative - que l'on pensait sinon immuable du moins bien ancrée :

En principe les délais de prescription abrégés sont institués au profit de la partie faible au contrat ;

Par exemple : L 311-52 du Code de la consommation protège l'emprunteur, engagé par l'effet d'un contrat d'adhésion, contre les demandes tardives de la société de crédit ;

Ici, le principe est totalement inversé au profit de la partie forte au contrat ...

C'est sans doute la révélation la plus flagrante d'une option assez cynique pour la sécurisation de l'emploi ... yeur

I. 2. Prescription par trois ans des actions en paiement des salaires :

Dans la mesure où le Code du travail contenait déjà une disposition spécifique (article L 3245-1) la loi se contente de la modifier en remplaçant « cinq » par « trois ».

En réalité il fait un peu plus :

- ancien texte : « conformément à l'article 2224 du CC »
- nouveau : la référence à 2224 disparaît – ce qui est logique puisque la durée n'est plus la même – au profit de la formule « à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait du connaître les faits lui permettant de l'exercer »,
- ce qui est la reprise de 2224 s'agissant du point de départ du délai ;

Au final, ça revient au même : si L 3245-1 n'est plus conforme à 2224 CC quant au délai de la prescription, il reste conforme quant à son régime, en tout cas quant à son point de départ ;

Il s'agit bien d'une prescription de l'action en paiement et non pas d'une prescription de la créance (« L'action en paiement du salaire se prescrit par cinq ans »).

Confirmé par le régime général des prescriptions extinctives

... (si on veut bien admettre qu'il s'étend dans son ensemble (art 2219 et suivants CC) à la prescription de l'action en paiement des salaires et plus généralement à la prescription de toutes les actions nées de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail,

... ce qui apparaît assez peu discutable, le régime général précisant que « la prescription extinctive est [pour le surplus] soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte ») ;

Or ce régime général précise que :

- art. 2249 : le paiement d'une dette prescrite reste valable (« le paiement effectué pour éteindre une dette ne peut être répété au seul motif que le délai de prescription était expiré ») ;
- ce dont on déduit que ce n'est pas la créance qui est atteinte par la prescription

Mais la différence entre prescription du droit et prescription de l'action est ténue,

... a fortiori s'agissant d'une créance à exécution successive : à chaque fois qu'une créance salariale devient exigible, elle fait courir un nouveau délai pour agir,

En réalité, mis à part l'application de la règle de l'art. 2249, la prescription de l'action s'apparente fortement, par ses effets, à la prescription de la créance.

I. 3. Prescription par deux mois des actions portées devant le TA en contestation :

- de l'accord collectif de licenciement éco
- du document unilatéral de l'employeur
- du contenu du PSE
- des décisions de l'administration sur « toute demande tendant, avant transmission de la demande de validation ou d'homologation, à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'info relatifs à la procédure en cours ou de se conformer à une règle de procédure » (art 1233-57-5 nouveau)
- de la régularité de la procédure de licenciement collectif
- de la décision de validation ou d'homologation .

Article 13 XXV (texte Sénat après CMP) anciennement ~~XXIII~~ :

3° Il est ajouté un article L. 1235 7 1 ainsi rédigé :

« Art. L. 1235 7 1. – L'accord collectif mentionné à l'article L. 1233 24 1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233 24 4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233 57 5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233 57 4.

« Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

« Le recours est présenté dans un délai de deux mois

Le délai paraît extraordinairement bref ;

Mais ce qui est plus extraordinaire encore, c'est que ces contestations ne peuvent faire l'objet de « litiges distincts » :

Quel que soit l'objet de la contestation il faudra donc attendre la décision de validation (de l'accord) ou d'homologation (du document unilatéral) pour introduire le recours ;

Si bien que l'action, enfermée dans un délai très bref, est pour autant obligatoirement différée jusqu'à la décision du DIECCTE, ce qui prive de la possibilité d'agir dès qu'on a connaissance du motif de la contestation ...

La prescription abrégée se double ainsi d'une interdiction d'agir en amont : la maîtrise du temps est décidément une arme stratégique pour les employeurs.

La règle est particulièrement pénalisante s'agissant de la contestation des décisions de l'administration sur « toute demande tendant, avant transmission de la demande de validation ou d'homologation, à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'info relatifs

à la procédure en cours ou de se conformer à une règle de procédure » : l'exercice du recours après la décision de la DIRCCTE sur la validité du plan sera largement sinon totalement dénué d'intérêt

II. Point de départ des prescriptions

II. 1. Prescription de deux ans pour toutes actions

« à compter du jour où celui qui exerce l'action a connu ou aurait du connaître les faits lui permettant d'exercer son droit » ;

reprise de la formule de l'article 2224 du CC

telle qu'issu de la réforme générale de la prescription de 2008

assez critiquée à l'époque en raison du caractère à la fois subjectif et donc flottant et incertain de ce point de départ, générateur d'insécurité ;

Analyses de l'époque :

- « a connu » : il s'agit de protéger le créancier contre un délai qui courrait à son insu et qui compromettrait ainsi la substance même du droit de recourir à un juge
- « aurait du connaître » : il s'agit de sanctionner la négligence du créancier : tous les commentateurs – et même le rapporteur du projet de loi – s'accordaient à considérer que la bonne foi du créancier retardataire était implicitement mais nécessairement exigée ...

la formule aboutit en tout cas à mettre à la charge du créancier la preuve de ce qu'il ignorait légitimement les faits lui permettant d'exercer son droit (le terme faits étant à prendre au sens large : faits matériels et faits juridiques).

Pas vu de contentieux spécifique en droit du travail sur cette question (mais à vérifier)

II. 2. Actions en paiement des salaires

Régime inchangé, le renvoi à l'article 2224 étant remplacé par la reprise expresse des ses dispositions (à compter du jour où celui qui agit a connu ou aurait du connaître les faits lui permettant d'exercer son droit : même formule que pour la prescription générale).

La seule innovation concerne l'hypothèse particulière de l'action en paiement de salaires introduite postérieurement à la rupture du contrat de travail :

- les signataires de l'ANI avaient adopté une formule assez maladroite pour « sécuriser » la créance de salaires : art. 25 : « si la demande est formée dans le délai de 24 mois suivant la rupture du contrat, la période de 36 mois (nouvelle règle de prescription de l'action en paiement de salaires) s'entend à compter de la rupture du contrat de travail »
- elle semblait contradictoire : si la demande de paiement de salaires est formée dans les 24 mois du licenciement, elle peut être formée dans les 36 mois de la rupture du contrat ...
- le projet de loi avait purement et simplement écarté la règle ;
- elle a été réintroduite par le rapporteur par un amendement adopté en séance publique :
- « La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour (jour où ce lui qui agit a connaissance des faits lui permettant

d'exercer son droit) ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat ».

- La formule est plus claire
- mais il semble qu'elle laisse encore planer une incertitude :
- ce qui est clair c'est que la rupture du contrat et le temps écoulé depuis cette rupture ne privent pas le salarié du droit d'agir en paiement des trois dernières années de salaire
- ce qui l'est moins c'est la question de savoir pendant combien de temps après la rupture le salarié peut réclamer ces trois années de compléments de salaires :
- si on applique la règle de prescription « de droit commun » le salarié ne pourra agir que dans les deux années de la rupture
- si on applique la prescription spéciale de l'action en paiement des salaires, il pourra agir dans les trois années suivant la rupture du contrat ;
- les débats à l'AN pourraient apporter un début de réponse : le rapporteur, qui soutenait cet amendement s'est en effet exprimé ainsi :
- *« Il s'agit d'un amendement important, ... puisqu'il dispose que la prescription en matière de salaire est de trois ans, et non de deux, et surtout qu'elle court à compter de la date de la rupture ; en l'état actuel du texte, si un salarié introduit une action deux ans après la rupture, il ne peut bénéficier que d'un an de récupération de salaire ; avec cet amendement, il aura droit, en tout état de cause à ses trois années »*
- ...
- en prenant un exemple tiré d'une action engagée dans les deux ans de la rupture, le rapporteur semble opter pour la première solution ;
- la solution paraît logique si l'action tend à contester le motif de la rupture et, accessoirement, à obtenir des rappels de salaire ;
- elle l'est moins si l'action ne tend à obtenir que des rappels de salaires : le fait que le point de départ de la prescription soit différé au jour de la rupture, ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application du délai de prescription spécifique à l'action en recouvrement d'une créance salariale ...

II. 3. Action devant le TA dans le cadre des grands licenciements éco

(toutes les actions qui doivent être regroupées dans la procédure de contestation de la décision de validation ou d'homologation) :

Point de départ du délai de deux mois :

- pour l'employeur : « à compter de la notification de la décision de validation ou d'homologation » (on penserait plutôt à une décision de refus ... ; mais le texte qui impose le regroupement des recours parle bien des litiges « relatifs à la décision de validation ou d'homologation », ce qui semble inclure les litiges nés d'une décision de refus) ;
- pour les OS et les salariés : « à compter de la date à laquelle cette décision a été portée à leur connaissance conformément à l'article L 1233-57-4 » :

« Art. L. 1233 57 4. – L'autorité administrative notifie à l'employeur la décision de validation dans un délai de quinze jours à compter de la réception de l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233 24 1 et la décision d'homologation dans un délai de vingt et un jours à compter de la réception du document complet élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233 24 4. Elle la notifie, dans les mêmes délais, au comité d'entreprise et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires. ... »

Donc le délai ne va pas courir contre les OS non signataires ???

Et si la décision est une décision d'homologation d'un document unilatéral il ne courra contre aucune organisation syndicale ... ???

Pour les décisions de implicites de validation ou d'homologation le pb est le même :

« Le silence gardé par l'autorité administrative pendant les délais prévus au premier alinéa vaut décision d'acceptation de validation ou d'homologation. Dans ce cas, l'employeur transmet une copie de la demande de validation ou d'homologation, accompagnée de son accusé de réception par l'administration, au comité d'entreprise et, si elle porte sur un accord collectif, aux organisations syndicales représentatives signataires.

Par ailleurs :

« La décision de validation ou d'homologation ou, à défaut, les documents mentionnés au troisième alinéa et les voies et délais de recours sont portés à la connaissance des salariés par voie d'affichage sur leurs lieux de travail ».

L'affichage ne sera-t-il pas finalement « la voiture balai » qui permettra de faire courir le délai à l'égard de tous et notamment des OS dans toutes les hypothèses où elles ne recevront pas notification ?

III. Régime transitoire

Deux règles sont énoncées :

I. Loi art. 19 après CMP : « V. – Les dispositions du code du travail prévues aux III et IV du présent article s'appliquent aux prescriptions en cours à compter de la date de promulgation de la présente loi, sans que la durée totale de la prescription puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure.

C'est la reprise des dispositions de l'article 2222 CC (al 2) issues de la loi du 17 juin 2008 :

Application pratique : on raisonne sur les prescriptions en cours (sans qu'une action ait été engagée) à la date de promulgation de la loi, qu'on fixera au 1er juillet 2013 pour les besoins de la démonstration :

Exemple 1 : Une créance de salaire est née le 1er juillet 2012 :

- Par application de la loi ancienne l'action en recouvrement serait prescrite le 1er juillet 2017 ;
- Par application de la loi nouvelle, elle sera prescrite dans les trois ans de la promulgation de la loi soit le 1er juillet 2016

La durée totale de la prescription résultant de la loi nouvelle n'excède donc pas la durée prévue par la loi antérieure ;

La prescription sera donc bien acquise au 1er juillet 2016 ;

Exemple 2 : Une créance de salaire est née le 1er juillet 2009 :

- Par application de la loi ancienne l'action en recouvrement serait prescrite le 1er juillet 2014 ;
- Par application de la loi nouvelle, elle sera prescrite dans les trois ans de la promulgation de la loi soit le 1er juillet 2016

Dans cette hypothèse, la durée totale de la prescription résultant de la loi nouvelle excède la durée prévue par la loi antérieure ;

La prescription sera donc acquise à la date résultant de l'application de la loi antérieure, soit le 1er juillet 2014.

II. *Lorsqu'une instance a été introduite avant la promulgation de la présente loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation. »*

Il s'agit là d'une application devenue classique de la Jurisprudence de la CEDH : dès l'instant qu'un juge est saisi d'une demande, le demandeur bénéficie d'une espérance légitime d'obtenir que le juge se prononce et une loi nouvelle ne peut pas supprimer cette espérance légitime sans méconnaître l'équité du procès et le droit au respect des biens. La sécurité juridique exige une « cristallisation » du cadre juridique applicable lors de la formation de la demande.

IV. Problèmes de constitutionnalité et de conventionnalité

IV. 1. Constitutionnalité : (Pascal Lokiec a déjà considérablement débroussaillé le terrain) :

Le CC rattache le droit au juge à l'article 16 de la DUDH ;

Exemple explicite : décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 (loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française) ;

Il pourrait donc y avoir matière à QPC dans l'hypothèse où l'employeur opposerait l'une ou l'autre des prescriptions abrégées examinées ci-dessus ;

La décision du 9 avril 1996 suggère assez clairement que le CC se livrera à une évaluation de proportionnalité entre les différents intérêts à protéger :

- sécurité juridique de l'employeur
- droits du salarié à recouvrer des créances à finalité alimentaire ...

IV. 2. Conventionnalité :

Le rattachement est évidemment l'article 6-1 en ce qu'il consacre le droit effectif à un recours ;

Ce droit a été placé « *au nombre des principes fondamentaux du droit universellement reconnus* » dans l'arrêt Golder du 21 février 1975 (aff. 4451/70) ;

La CEDH n'exclut pas, évidemment, que le législateur aménage son exercice.

Mais encore faut-il :

- que le droit ne soit pas *atteint dans sa substance même*, (on retrouve les termes du CC)
- que les limitations apportées poursuivent un but légitime
- et que les moyens employés soient raisonnablement proportionnés au but poursuivi.

Ainsi considère-t-elle qu'un délai de prescription extinctive des droits est conforme au procès équitable comme poursuivant un but légitime – la sécurité juridique –, à la condition toutefois qu'il ne soit pas « exagérément court »

La référence en la matière est l'arrêt « *Stubblings et autres c/ Royaume Uni* » du 22 octobre 1996 (requêtes n° 22083/93 et 22095/93).

Était en cause le droit anglais de la prescription en ce qu'il accordait aux victimes de violences sexuelles un délai de six ans, à compter de leur dix huitième anniversaire, pour engager une procédure civile en indemnisation ».

La Cour a considéré (avec une seule voix dissidente) que ce délai n'était pas « exagérément court » ...

... et que le droit des intéressées à un tribunal n'était pas atteint dans sa substance.

Il faudra donc se demander si on ne pourrait pas soulever une exception d'inconventionnalité dans l'hypothèse où un employeur opposerait l'une des prescriptions abrégées introduites par la loi