Université Lumière Lyon 2
École doctorale : Droit
Institut d'Études du Travail de Lyon
Centre de recherches critiques sur le droit

L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique

Par Vanina FRANCONI

Thèse de doctorat en droit
Sous la direction de Marie-Cécile ESCANDE-VARNIOL
Présentée et soutenue publiquement le 15 novembre 2010

Membres du Jury : Marie-Cécile ESCANDE-VARNIOL, Maître de conférences HDR, Université Lyon 2 Corinne SACHS-DURAND, Professeur des universités, Université Strasbourg 3 Bruno SILHOL, Maître de conférences, Université de Cergy-Pontoise Cyril WOLMARK, Professeur des universités, Université Lyon 2 Antoine JEAMMAUD, Professeur émérite, Université Lyon 2 Franck PETIT, Professeur des universités, Université d'Avignon

Table des matières

Contrat de diffusion . . 4

[Remerciements] . . 5

Liste des abréviations . . 6

Introduction . . 8

Première partie Un contrôle renforcé . . 18

Titre 1. Un contrôle de type procédural . . 19

I. Les moyens du contrôle . . 19

II. La portée du contrôle . . 61

Titre 2. L'intrusion de la négociation dans le domaine de la consultation . . 92

I. La consultation sur la négociation . . 93

II. La négociation sur la consultation . . 126

Conclusion de la première partie . . 155

Deuxième partie Une coopération masquée . . 156

Titre 1. Les attributions économiques à l'épreuve des exigences communautaires . . 156

I. L'implication des travailleurs recherchée par le droit de l'Union européenne . . 157

II. L'empreinte du droit de l'Union européenne sur les attributions économiques . . 174

Titre 2. L'association du comité d'entreprise en amont de la décision économique . . 214

I. Une association organisée légalement . . 215

II. Une association organisée conventionnellement . . 240

Conclusion de la deuxième partie . . 269

Conclusion . . 271

Bibliographie . . 274

Ouvrages généraux et traités . . 274

Ouvrages spéciaux, colloques, thèses . . 275

Articles . . 277

Notes, observations de jurisprudence . . 285

Etudes, rapports . . 289

Contrat de diffusion

Ce document est diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Paternité – pas d’utilisation commerciale - pas de modification** » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d’en mentionner le nom de l’auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l’adapter ni l’utiliser à des fins commerciales.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

[Remerciements]

Je remercie Madame Marie-Cécile Escande-Varniol, ma directrice de thèse, pour sa disponibilité, son écoute attentive et ses conseils. Son aide m'a été précieuse pour l'élaboration de cette thèse.

Mes remerciements vont également à ma famille et à mes amis, pour leur soutien tout au long de ces années de travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Liste des abréviations

Aff. Affaire

Al. Alinéa

Anc. Ancien

Art. Article

Ass. nat. Assemblée nationale

Ass. plen. Assemblée plénière

Bull., I, II, III, IV, V Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. crim. Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

BO Trav. Bulletin officiel du ministère de l’Emploi et du Travail

CA Cour d’appel

Cass. civ., Cass. soc. Chambre civile de la Cour de cassation, Chambre sociale de la Cour de cassation

Cass. com., Cass. crim. Chambre commerciale de la Cour de cassation, Chambre criminelle de la Cour de cassation

C.C. Conseil constitutionnel

CE Conseil d’Etat

Ch. Chambre

Chron. Chronique

CHSCT Comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail

CJUE, CJCE Cour de justice de l’Union européenne, Cour de justice des Communautés européennes

C. civ., C. trav., C. com. Code civil, Code du travail, Code du commerce

DGEFP, DRT Direction générale à l’emploi et à la formation professionnelle, Direction régionale du travail

GPEC Gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

GSN Groupe spécial de négociation

JCP E, S, G La Semaine juridique édition Entreprise, édition Social, édition Générale

JO Journal officiel

JOCE, JOUE Journal officiel des Communautés européennes, Journal officiel de l’Union européenne

Obs. Observations

OIT Organisation internationale du travail

Ord. réf. Ordonnance de référé

Préc. Précité

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

RPDS Revue pratique de droit social

RJS Revue de jurisprudence sociale

Et s. Et suivants

SA, SARL, SAS Société anonyme, société à responsabilité limitée, société par actions simplifiée

SE, SCE Société européenne, Société coopérative européenne

Spé. Spécialement

TGI Tribunal de grande instance

Traité FUE, Traité UE Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Traité sur l'Union européenne

TPIUE/CE Tribunal de première instance de l'Union européenne/des Communautés européennes

V. Voir

V° Mot

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Introduction

1. « Devenue l'institution-phare du système français, celle qui fait l'objet de l'attention la plus soutenue et sur laquelle les pouvoirs publics comptent le plus pour améliorer les relations professionnelles »[1], le comité d'entreprise a connu une importante mutation depuis sa création, et ceci moins dans la finalité de ses prérogatives que dans l'évolution de sa mission.

2. Cette institution élue a en charge l'exercice de l'un des droits économiques et sociaux proclamé par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, repris par la Constitution du 4 octobre 1958 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises »[2]. Le Conseil constitutionnel, dans sa mission d'identification des règles à valeur constitutionnelle du Préambule, a reconnu une valeur positive et constitutionnelle à l'alinéa 8 qui fonde et garantit l'existence de représentations du personnel dans l'entreprise[3]. Le droit à la participation n'est pas spécifique au comité d'entreprise dans la mesure où il recouvre aussi, toujours selon le Conseil constitutionnel, un droit à la négociation collective[4]. Cette participation ne doit pas s'entendre comme une gestion propre des travailleurs de l'entreprise ; celle-ci relève du dirigeant qui arrête ses décisions, auxquelles prennent part les travailleurs[5].

En France, la participation des travailleurs s'exerce par le biais d'intermédiaires[6], partagés entre deux modes de représentation : une représentation élue par les salariés et une représentation désignée par les organisations syndicales représentatives. Alors que l'élection répond plus à une idée de démocratie dans l'entreprise, dite *démocratie sociale* [7], la désignation permet d'affermir l'autorité syndicale et d'assurer un meilleur contrôle de l'activité des délégués désignés. Au sein de l'entreprise, la représentation désignée se matérialise notamment par le délégué syndical et la représentation élue par le comité d'entreprise, ce dernier étant placé sous la présidence de l'employeur. Ce système dualiste constitue une originalité parmi les modèles de structures de représentation existant dans les pays européens. Sur l'institution représentative faisant l'objet de notre étude, rappelons quelques données chiffrées. Selon la dernière enquête de 2005 de la DARES[8], le nombre

[1] J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariale,* Syllepse, 2003, p. 160.

[2] Alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, repris par la Constitution du 4 octobre 1958 (*JO* 5 octobre).

[3] C.C., 16 décembre 1993, n° 93-328 DC, *Droit social,* 1994, p. 139.

[4] C.C., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, *Droit social,* 1989, p. 627.

[5] J. Rivero, G. Vedel, Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule, *Droit social*, 1947, p. 13.

[6] Il existe cependant un droit d'expression des salariés par lequel ces derniers exercent directement leur droit à la participation (C. trav. art. L. 2281-1 et s.).

[7] V. notamment J.-M. Béraud, Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, *in Analyse juridique et valeur en droit social. Etudes offertes à Jean Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 55, spé. p. 56 ; M. Le Friant, La démocratie sociale, entre formule et concept, *Revue Regards*, 2001, n° 19, p. 48 ; F. Morel, La rénovation de la démocratie sociale : vers une société de dialogue, *Droit social*, 2009, p. 885.

[8] Direction de l'Animation de la Recherche des Etudes et des Statistiques.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de comités d'entreprise était en France estimé à 27 000. Ces comités représentaient les intérêts d'environ six millions de salariés[9] sur un total de près de 16 millions[10]. Les chiffres indiquaient que 81 % des établissements d'au moins cinquante salariés disposaient d'un comité d'entreprise, ce qui correspondait à près des 9/10ème des salariés évoluant dans les établissements assujettis à l'obligation de mise en place d'un comité[11].

3. Le fait, pour l'employeur, d'informer ses salariés sur la marche des affaires de l'entreprise n'est pas récent. Des réunions avaient déjà lieu à cette fin avant la guerre de 39-45, la volonté des travailleurs de participer à la gestion des entreprises s'étant manifestée dès les origines du capitalisme[12]. Mais c'est avec l'Ordonnance du 22 février 1945[13] – complétée en 1966 puis profondément réformée une quinzaine d'années plus tard avec les lois Auroux – que naît l'histoire législative du comité d'entreprise. En fondant le comité, l'Ordonnance traduisait la volonté d'associer les travailleurs et de créer la nécessaire « coopération (…) entre la direction et les représentants du personnel » dans un objectif de relance de la production. Elle lui confiait la mission d'information des salariés en matière économique et celle de gérer les œuvres sociales de l'entreprise. Dans sa rédaction, elle reste indissociable du contexte historique de l'époque, et il faudra attendre les modifications apportées au texte par la loi du 16 mai 1946 pour voir émerger « le statut moderne » du comité, selon l'expression de Monsieur Maurice Cohen[14].

4. A la Libération, l'état économique de la France est catastrophique. Dans le pays, le rapport de force est à l'avantage des syndicats, puissants face à un patronat affaibli en raison de l'attitude de nombre de ses représentants pendant le gouvernement de Vichy. Comment ont donc pu être intégrés les comités d'entreprise dans un pareil contexte politico-économique ?

Les revendications ouvrières qui réclamaient la contribution des salariés à la direction de l'entreprise ne s'étaient pas éteintes pendant l'occupation. Le Conseil national de la Résistance prônait déjà la transparence de la gestion économique et financière, en remplacement de l'autoritarisme patronal et du secret des affaires[15]. L'idée d'une gestion plus vertueuse avait d'ailleurs été mise en application de façon spontanée dans quelques entreprises françaises pendant la guerre. Le gouvernement provisoire du général de Gaulle, craignant un mouvement de dépossession des chefs d'entreprise décidait, dans un communiqué du Conseil des ministres du 29 septembre 1944 « de rappeler qu'aucune autorité ni aucun organisme n'avait qualité pour modifier, en dehors des prescriptions

[9] O. Jacod, *Les élections au comité d'entreprise entre 1989 et 2004 : une étude des évolutions des implantations et des audiences syndicales*, DARES, avril 2008, http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/OJ-doc_d_etude_Panel-29-04-08-2.pdf.

[10] Données INSEE, Emploi salarié au 31 décembre 2006, http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATnon03146.

[11] Voir l'enquête « Réponses » 2004-2005 réalisée par la DARES, http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/reponse1.pdf et http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/reponse4.pdf.

[12] V. E. James, *Les comités d'entreprise*, LGDJ, 1945.

[13] Ordonnance du 22 février 1945, *JO* 23 février, J.-P. Le Crom, Une révolution par la loi ? L'Ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise, *in Deux siècles de droit du travail,* sous la dir. de J.-P. Le Crom, Editions de l'atelier, 1998, p. 165 ; D. Pépy, Les comités d'entreprise. L'ordonnance du 23 février 1945, *Droit social,* 1945, p. 46 ; J. Mottin, Les comités d'entreprise. Etude de l'ordonnance du 22 février 1945, *JCP*, 1945,I, 470.

[14] M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 7ème édition, 2003, p. 48.

[15] J.-P. Le Crom, La naissance des comités d'entreprise : une révolution par la loi ?*, Travail et emploi,* 1995, n° 63, p. 58.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de la loi, les fondements du régime des entreprises »[16]. Cette réaffirmation forte de l'autorité du responsable de l'entreprise ayant été posée, c'est un organe de collaboration entre travailleurs et dirigeants que l'on décida de créer dans le projet de la future Ordonnance. Celle-ci devait faire œuvre de conciliation entre la thèse attribuant la plus complète autonomie au patronat et celle favorable à l'association du salariat à la direction de l'entreprise[17]. L'Assemblée consultative, le gouvernement, les syndicats avaient des positions différentes sur le contenu de l'avant–projet. Le gouvernement de l'époque se montrait prudent. Il posait des limites qui ne « devai[ent] pas porter atteinte à l'autorité du chef d'entreprise » selon Alexandre Parodi, ministre du Travail[18]. L'Assemblée consultative s'attachait, quant à elle, à durcir le versant économique du projet en précisant dans son avis que le comité devait être consulté sur la marche générale de l'entreprise (le gouvernement prévoyait qu'il fût simplement informé) ; qu'il devait être tenu informé des bénéfices réalisés sur lesquels il pourrait faire des suggestions d'affectation ; que l'expert-comptable auquel il pouvait avoir recours pour l'examen du bilan devait disposer des mêmes documents que les actionnaires.

L'Ordonnance fut promulguée, en retard sur le calendrier, le 22 février 1945, purgée de la plupart des modifications apportées par l'Assemblée consultative. Il était créé un comité d'entreprise dont l'objectif, inscrit à l'article 2 de l'Ordonnance, était la « coopération avec la direction pour l'amélioration des conditions collectives de travail et de vie du personnel ». L'article 3 énonçait que ledit comité étudiait « toutes les suggestions émises par le personnel dans le but d'accroître la production et [d'] améliorer le rendement de l'entreprise ». Il répondait ainsi au souhait du gouvernement qui l'envisageait comme un organe de stimulation de la productivité. Quant à ses attributions économiques, l'essentiel se résumait en une phrase lapidaire du même article qui prévoyait que le comité devait être « obligatoirement informé des questions intéressant la marche générale de l'entreprise ».

Le contenu de cette Ordonnance était conforme à l'avant-projet gouvernemental. Il était également en adéquation avec les souhaits exprimés par le patronat qui rejetait l'idée d'un contrôle ouvrier de la gestion des entreprises. Il a suscité de vifs mécontentements de la part de l'Assemblée consultative qui reprochait au gouvernement de ne pas avoir tenu compte de son avis, et des syndicats qui songeaient déjà à la modification du texte qu'ils considéraient comme provisoire. Le souhait des syndicats fut également celui de la nouvelle majorité, orientée à gauche, qui sortit des urnes aux élections du 21 octobre 1945. Le premier projet de loi présenté le 15 février 1946 par le ministre du Travail Ambroise Croizat fut jugé insuffisant par l'Assemblée nationale qui n'était désormais plus consultative. Ce sont les propositions antérieures adoptées par l'Assemblée consultative et repoussées par le précédent gouvernement qui formeront le contenu d'un nouveau projet de loi déposé le 22 décembre 1945 par le ministre du Travail et adopté par l'Assemblée.

5. La loi du 16 mai 1946[19] modifia donc l'Ordonnance de 1945. Bien qu'elle ait exprimé clairement la volonté de ne pas mettre en cause le pouvoir de direction, elle élargissait le domaine d'application de l'Ordonnance et étendait les attributions économiques du comité d'entreprise. Le seuil du nombre de salariés portant obligation de créer un comité était abaissé de cent à cinquante. Alors que le texte de 1945 limitait le champ d'action du comité

16 *Ibid.*, spé. p. 69.

17 J. Mottin, préc., *JCP*, 1945,I, 470.

18 Débats de l'Assemblée consultative provisoire, séance du 12 décembre 1944, *JO* p. 485 à 487, cité dans J.-P. Le Crom, préc.*, Travail et emploi,* 1995, n° 63, p. 58, spé. p. 69.

19 Loi n° 46-1065 du 16 mai 1946 tendant à la modification de l'ordonnance du 22 février 1945, *JO* 17 et 23 mai.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

qui ne pouvait étudier que les suggestions émises par le personnel, le législateur de 1946 étendait cette prérogative aux suggestions de la direction. A l'information sur la marche générale de l'entreprise, déjà prévue par l'Ordonnance de 1945, était ajoutée la consultation du comité d'entreprise, conformément à l'avis de l'Assemblée consultative de décembre 1944. Le comité était désormais habilité à formuler une opinion sur toutes les questions économiques dont il était obligatoirement informé au préalable. Des facilités destinées à l'exercice des fonctions des représentants élus, ainsi enrichies, furent également prévues dans le texte.

Cette énumération des nouvelles dispositions de la loi de 1946 n'est pas exhaustive ; d'autres, puisées dans les propositions de l'Assemblée consultative, ont également été reprises par le législateur, au grand dam du patronat.

Bien que l'on considère l'Ordonnance de 1945 comme étant le texte originel du comité d'entreprise, le rôle de la loi de 1946 dans la détermination de ses attributions économiques demeure cependant prépondérant. Ainsi, devrait-on plutôt parler de « l'Ordonnance de 1945 modifiée par la loi de 1946 » pour définir les textes fondateurs de l'institution élue.

6. Ces premiers textes ne réservent qu'une faible place aux attributions économiques. Ce sont pourtant ces maigres prérogatives qui constituent encore aujourd'hui le fondement du rôle économique du comité d'entreprise. Tous les apports législatifs qui ont suivi ne semblent avoir eu pour mission que de préciser ce qui avait déjà été édicté en 1945 ; ils n'ont fait qu'accroître les moyens du comité sans jamais modifier la nature consultative de ses interventions, comme ce fut précisément le cas de la loi du 18 juin 1966[20]. Ce dernier texte, qui intervient après deux décennies de fonctionnement de l'institution, n'est pas la première modification législative du comité depuis l'Ordonnance de 1945. Cependant il doit être considéré comme marquant une étape importante dans la vie de l'institution, plus particulièrement dans le domaine de ses prérogatives économiques. Son but n'a-t-il pas été de compléter les attributions énumérées à l'article 3 de la loi de 1946 afin que le comité soit tenu au courant de tout ce qui est relatif à la marche de l'entreprise ? Mais, ce faisant, le législateur ne mettait pas en cause le rôle purement consultatif du comité en matière économique, comme l'énonce l'exposé des motifs de la loi : « tout en maintenant intacte l'autorité de la Direction, associer le personnel, par l'intermédiaire de ses représentants, à la marche générale de l'entreprise, et aménager entre le chef et les salariés de l'entreprise une coopération fondée sur l'examen en commun des problèmes concrets »[21]. Sans toucher à la vocation originelle du comité dans le domaine des attributions économiques, le législateur a ainsi élargi le champ de la consultation. En même temps, il actualisait l'information communiquée aux représentants du personnel rendue nécessaire par l'évolution du contexte économique et social depuis la fin de la guerre. La formule générale de l'Ordonnance de 1945 qui prévoyait une consultation du comité sur les « questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise » est ici précisée : l'employeur doit désormais informer et consulter le comité sur les mesures de nature à affecter notamment le volume et la structure des effectifs, la durée du travail et les conditions d'emploi et de travail du personnel. De plus, pour la première fois, le comité est appelé à exprimer obligatoirement un avis sur les projets de compression d'effectifs et les modalités de leur application.

Selon le législateur de 1966, le renforcement du rôle économique du comité passait essentiellement par l'information. C'est ce domaine qu'il décidait alors de privilégier en

[20] Loi n° 66-427 du 18 juin 1966, *JO* 25 juin.

[21] *Recueil Dalloz,* 1966, p. 297.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

accroissant les obligations de communication de l'employeur[22] et en en accélérant la fréquence[23]. Ces mesures avaient pour but, dans l'esprit du législateur, de faciliter la tâche du comité dans l'exercice de sa mission économique ; en contrepartie, il assortissait ce développement de l'information d'une obligation de discrétion de ses membres. Cette obligation, toujours d'actualité, concernait les informations « revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur »[24], qui doit être distinguée du secret professionnel créé par l'Ordonnance de 1945 – énoncé au 1er alinéa de l'article L. 2325-5 du Code du travail – dont la violation par le comité est sanctionnée pénalement[25].

La portée de cette loi est restée somme toute limitée. Elle n'a pas mis en cause « les principes directeurs qui commandaient les attributions fondamentales du comité »[26]. Son existence mérite cependant d'être soulignée dans la mesure où elle fut la première à améliorer significativement les attributions économiques dévolues au comité par l'Ordonnance de 1945, et modifiée par la loi de 1946, notamment en matière d'information. Elle fut aussi la dernière grande loi relative à ces attributions alors que le comité était encore conçu comme un organe de coopération avec la direction. La conception de l'institution sera modifiée par la suite lors des réformes de 1982. Les lois qui leur succédèrent, comparables en importance à celle de 1966, furent élaborées dans une logique de contrôle et non plus de coopération, ce qui ne manquera pas d'avoir des incidences sur le contenu des attributions économiques du comité.

7. La loi du 28 octobre 1982[27] relative au comité d'entreprise fait partie des quatre lois dites « lois Auroux » destinées à mettre en œuvre le programme réformateur du gouvernement de gauche de l'époque. Plus que la seule représentation des travailleurs au sein de l'entreprise, ces lois réformaient le droit du travail tout entier. Jean Auroux, alors ministre du Travail, avait déclaré que « le 10 mai 1981 [date de l'élection de François Mitterrand à la Présidence de la République] marquera une ère nouvelle dans les relations du travail » exprimant « la détermination profonde du peuple [dans] sa volonté de changement »[28]. Cette loi est un des évènements majeurs qui ont marqué l'histoire du droit des comités d'entreprise, un acte réformateur qui en remanie la finalité et en complète largement les textes, en particulier dans le domaine des attributions économiques. On y perçoit dans sa formulation une évolution dans la conception de l'institution élue dont le rôle reste inchangé. « Le comité d'entreprise est l'institution désignée historiquement et pratiquement pour bénéficier des dispositions qui permettent d'agir en ce domaine [économique] ». Voilà comment le comité était qualifié dans le rapport de Jean Auroux à

[22] L'Ordonnance de 1945, modifiée par la loi de 1946, prévoyait que le chef d'entreprise devait faire, au moins une fois par an au comité, un rapport d'ensemble sur l'activité de l'entreprise, ainsi que sur ses projets pour l'exercice suivant. Cette obligation est maintenue et complétée par l'obligation de nouvelles informations qui doivent désormais y figurer comme le chiffre d'affaires, les investissements, l'évolution des salaires.

[23] La loi de juin 1966 exige un rapport trimestriel dans lequel l'employeur doit informer le comité sur différents points, notamment sur l'exécution des programmes de production, l'évolution générale des commandes et la situation de l'emploi.

[24] Article L. 2325-5 al. 2 du Code du travail.

[25] Article L. 226-13 du Code pénal.

[26] C. Freyria, Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise, *in Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1977, p. 273.

[27] Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, *JO* 29 octobre.

[28] J. Auroux, Un nouveau droit du travail ?, *Droit social,* 1983, p. 3.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

l'origine des réformes de 1982[29], qui laisse apparaître la volonté nouvelle du législateur de placer l'institution élue au cœur du processus de rénovation des droits des travailleurs.

Cette nouvelle conception légale de l'institution s'est traduite tout d'abord par un changement de terminologie, qui sous-entend une modification de l'état des rapports entre le comité et la direction. La loi d'octobre 1982 a remplacé le concept de « coopération » entre comité et direction institué en 1945 par celui de « contrôle », bien que le nouveau texte légal ne mentionne pas ce terme qui figure cependant dans le rapport Auroux. Dans ce document, le ministre affirme qu' « il faut reconnaître au comité une mission de contrôle et lui donner les moyens de l'exercer »[30] car la coopération s'était avérée un échec. L'une des raisons pouvait en être imputable au législateur qui, comme le souligne Madame Raymonde Vatinet, n'avait accompagné ce vœu « d'aucune obligation déterminée »[31], faisant de la coopération « une idée abstraite sans contenu juridique précis »[32]. L'autre raison aurait concerné les acteurs : d'une part, les chefs d'entreprise s'étaient montrés extrêmement sourcilleux quant à leurs prérogatives, d'autre part, les comités, faute de formation adéquate, n'avaient pu pleinement jouer le rôle qui leur avait été dévolu[33]. En outre, il était fait le constat que les difficultés économiques croissantes rendaient « plus aiguës les contradictions d'intérêt entre les deux parties en présence qui ne [trouvaient] guère leur expression dans la voie initiale de coopération »[34]. On faisait ainsi le constat que la coopération n'était pas souhaitée par les représentants élus. Leur action était qualifiée de « surveillance tracassière »[35], alors qu'aurait dû être instituée une « collaboration confiante »[36] pour permettre l'association souhaitée par l'Ordonnance de 1945. En pratique, « les comités ont donc toujours été un lieu

29 J. Auroux, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au Premier Ministre*, La Documentation française, 1982.

30 *Ibid.*, p. 55.

31 Madame Raymonde Vatinet a consacré une thèse aux attributions économiques, qui fait référence en la matière. R. Vatinet, *Les attributions économiques du comité d'entreprise,* Sirey, 1984, p. 178.

32 *Ibid.*

33 Depuis sa création, le fonctionnement de l'institution a fait l'objet d'une abondante littérature, notamment sur la pratique des attributions économiques : P. Chambelland, *Les comités d'entreprise, Fonctionnement et résultats pratiques,* Editions Rousseau et Cie, 1949 ; Les Comités d'entreprise. Un échec ? Une réussite ? Leur avenir. Résultat d'une enquête dans la région lyonnaise, *Chronique sociale de France,* 1955, p. 637 ; J.-M. Verdier, Le rapport Sudreau, *La participation, quelques expériences étrangères*, Librairies techniques, 1977 ; C. Freyria, Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise, *in Mélanges G.H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 292 ; B. Henriet, Y. Harff, J. Bourdonnais, *Les comités d'entreprise. Moyens d'action et interventions économiques,* CRESST, 1986 ; B. Henriet, C. Tuchszirer, C. Willmann, *Les comités d'entreprise. Contenu et cohérence des informations périodiques fournies au comité d'entreprise dans les PME,* CRESST, 1989 ; B. Henriet, L'information du comité d'entreprise, une pratique encore imparfaite, *Droit social,* 1990, p. 874 ; Rapport Calendra, *Les attributions d'ordre économique des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise,* Conseil économique et social, La Documentation française, 25 novembre 1992 ; M. Coffineau, *Les lois Auroux, dix ans après,* La Documentation française, 1993 ; IRES-DARES, *Le comité d'entreprise*, Editions l'atelier, 1998 ; J.-P. Le Crom, La loi du 28 octobre 1982 sur le développement des institutions représentatives du personnel. Les travailleurs, acteurs du changement dans l'entreprise ?, *in Les lois Auroux, 25 ans après (1982-2007),* sous la dir. de J. Legoff, Les Pur, 2007, p. 103.

34 J. Auroux, *préc.*, La Documentation française, 1982, p. 55.

35 P. Chambelland, *préc.,* Editions Rousseau et Cie, 1949, p. 169.

36 *Ibid.*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

et un moyen d'expression des salariés et non pas un lieu de recherche d'une convergence sur la base d'un intérêt commun »[37] comme l'avait souhaité le législateur.

A la notion de coopération qui disparaît des textes, a été substituée la définition suivante de l'objet du comité : « Le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés, permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail et aux techniques de production », inscrite à l'article L. 2323-1 du Code du travail. Monsieur Jean Auroux a souvent expliqué cette mutation. Aux députés de l'opposition qui l'accusaient de supprimer « la notion de coopération pour faire du comité d'entreprise un instrument institutionnel de lutte des classes », il répondait : « Nous ne voulons pas que, comme cela a été le cas pendant trente-cinq ans dans trop d'entreprises, le comité d'entreprise soit un simple organe de coopération (…). Nous voulons permettre un accroissement de l'intervention des travailleurs sur leurs lieux de travail dans le domaine économique (…). Ce que nous souhaitons, c'est assurer l'information, le contrôle en matière économique, ainsi que l'initiative dans les domaines économique et technologique »[38].

Avec ce changement de formulation, le consensus entre les représentants du personnel et la direction n'était plus requis ; il pouvait désormais exister entre le chef d'entreprise (auteur de la décision) et le comité (possesseur du contrôle) une opposition due à des intérêts divergents selon les parties. La portée de cette transformation a été discutée. Certains auteurs[39] ont contesté que cette réforme ait fait du comité un contrôleur des décisions du chef d'entreprise. Ils avançaient que la qualité d'organe de contrôle devait impliquer un certain pouvoir à l'encontre de la décision du contrôlé. Or, nous verrons que si le comité peut influencer la décision par ses avis avant qu'elle n'intervienne, il ne peut que critiquer la décision lorsqu'elle est prise et non la censurer. On atteint ici les limites de la notion de contrôle telle que l'avait définie Monsieur Jean Auroux. Il semblait au contraire, pour ces auteurs, que la mutation du comité en organe de contrôle permettait justement une coopération « plus éclairée ». Cet argument était justifié par le fait que mieux informé et davantage consulté sur la vie économique de l'entreprise, le comité aurait été mieux armé pour collaborer de façon efficace avec la direction. Il est vrai que si la loi d'octobre 1982 avait rompu avec la « philosophie de coopération »[40] de 1945, elle n'apportait pas de modification majeure au droit de la représentation des travailleurs. Les attributions économiques du comité sont consultatives depuis l'origine et le sont restées après la loi. La décision définitive incombe toujours exclusivement à l'employeur ; le rôle consultatif du comité étant conservé. On peut alors légitimement s'interroger sur l'apport de cette loi : hormis l'effacement de la notion de coopération, elle respecte l'esprit des lois précédentes, le comité restant une institution à caractère uniquement informatif et consultatif.

Mais il faut reconnaître à ce texte les vertus d'avoir apporté un certain nombre de changements. Il a d'abord développé de manière conséquente les droits et prérogatives du comité, particulièrement en matière économique. En transformant le comité en un organe de contrôle de la marche de l'entreprise, il a accru son information économique. Dans le même temps, il a élargi les domaines de la consultation et légalisé son caractère préalable, notion

[37] J.-M. Béraud, préc., *in Analyse juridique et valeur en droit social. Etudes offertes à Jean Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 55, spé. p. 59.

[38] Extraits cités dans J.-P. Le Crom, préc., *in Les lois Auroux, 25 ans après (1982-2007),* sous la dir. de J. Legoff, Les Pur, 2007, p. 103, spé. p. 111.

[39] V. J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, Puf, 1993, p. 216.

[40] J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 24ème édition, 2008, n° 857, p. 1088.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'origine jurisprudentielle élaborée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, ainsi que renforcé les moyens d'investigation du comité. L'organisation de l'institution a aussi été adaptée à une pluralité de situations : création du comité de groupe pour la prise en compte du phénomène de groupe[41] ; de la commission économique chargée de préparer le travail consultatif du comité[42] ; de l'unité économique et sociale[43], nouvelle entité déterminant l'application de la législation relative à la représentation du personnel.

Fondamentalement, cet accroissement des attributions économiques s'est accompagné de ce qui constitue la marque de la loi de 1982 : l'émergence de la notion de contrôle qui caractérise désormais la mission du comité. La conception de l'institution élue en tant qu'organe de contrôle et non plus comme instrument de coopération a permis tous les ajouts auxquels le législateur procède régulièrement, depuis bientôt trente ans. L'institution d'un droit d'opposition pour le comité, son habilitation à être partie à une convention collective - reconnus depuis par le législateur ou le juge[44] - n'auraient pas pu se concevoir dans un rapport de coopération qui aurait rendu impossible l'opposition entre le comité et l'employeur. La qualité de « contrôleur » dévolue au comité lui assure désormais une certaine « autonomie » face à la direction, à laquelle il a le pouvoir de s'opposer.

Il faut souligner que tout en structurant et affermissant les attributions du comité d'entreprise en matière économique, la loi de 1982 confirmait son rôle en tant que gestionnaire des œuvres sociales, nommées désormais « activités sociales et culturelles ».

8. Contrôle et gestion sont donc, depuis 1982, les deux activités fondamentalement différentes dans lesquelles les comités, personnes morales dotées de la personnalité juridique[45], sont amenés à intervenir dans l'exercice du pouvoir.

En matière d'activités sociales et culturelles, le comité dispose d'un pouvoir de gestion directe[46], fondé sur « un démembrement du pouvoir privé de l'employeur au profit d'un autre pouvoir à majorité ouvrière et conçu comme un organe de l'entreprise »[47]. Une gestion qui va même au-delà de la cogestion pratiquée chez certains de nos voisins européens. Depuis la recodification du Code du travail[48], les attributions sociales et culturelles ont été distinguées des attributions économiques et font l'objet d'une section propre dans le chapitre consacré

41 Article L. 2331-1 et s. du Code du travail.

42 Articles L. 2325-23 à L. 2325-25 du Code du travail.

43 Article L. 2322-4 du Code du travail.

44 Nous faisons notamment référence ici à la faculté pour le comité d'entreprise d'être partie à un accord collectif d'entreprise comme le prévoit l'article L. 2232-21 du Code du travail [cf. n° 259 et s.] ; et au droit d'opposition qui avait été mis en place par la loi n° 2002-13 de modernisation sociale [cf. n° 335 et s.].

45 Article L. 2325-1 du Code du travail.

46 Article L. 2323-83 du Code du travail : « Le comité d'entreprise assure, contrôle ou participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés ou de leur famille, quel qu'en soit le mode de financement dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat ».

47 Y. Chalaron, Les œuvres sociales dans l'entreprise : les limites du pouvoir ouvrier intégré, *Droit social*, 1978, p. 1.

48 Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, *JORF* n° 61 du 13 mars 2007 ; Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail (partie législative), *JO* 22 janvier.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

aux attributions du comité d'entreprise[49]. Le partage des pouvoirs existe en France, certes, mais il est réservé à des « aspects latéraux de la vie des entreprises »[50].

Dans le domaine économique, l'intervention du comité se situe maintenant dans une logique de contrôle qui se réalise sur un mode principalement consultatif. Une logique qui, à défaut de lui octroyer un pouvoir sur la prise de décision, lui permet d'exercer une influence sur la décision dont il n'assume pas la responsabilité. Ce contrôle, le comité l'exerce au moyen de ses attributions économiques, qui ont pu être qualifiées d' « attributions de moyenne portée » parce qu'elles donnent l'occasion de peser sur les décisions de l'employeur mais non de les tenir en échec[51]. Des attributions qui se partagent essentiellement entre information et consultation : la première supposant une mise au courant du comité alors que la seconde appelle à une discussion à la suite de laquelle l'institution donne son opinion. Elles permettent au comité, par le biais de règles de procédures auxquelles l'employeur doit se soumettre, de faire entendre la voix des salariés sur les principales questions qui concernent la marche économique de l'entreprise et à l'occasion des principales décisions qui s'y rapportent. Désormais, la compétence générale du comité d'entreprise en la matière figure à l'article L. 2323-1 du Code du travail, ouvrant la section consacrée aux « Attributions économiques » placée en tête du chapitre relatif aux attributions du comité d'entreprise[52]. A cet égard, il convient de relever que suite à la recodification du Code du travail, le chapitre consacré aux attributions du comité d'entreprise se nomme « Attributions », alors qu'il s'intitulait, dans l'ancienne version du Code, « Attributions et pouvoirs ». On peut s'interroger sur la suppression de ce dernier terme. Sans doute permet-elle d'éviter toute confusion quant au contenu, et de lever toute ambiguïté sur sa possible interprétation d'un point de vue sociologique, c'est-à-dire comme constituant « une capacité d'action sur les actions », conduisant à concevoir les droits exposés dans ce chapitre comme l'aptitude pour le comité d'entreprise « à influencer le comportement d'un ou plusieurs acteurs », en l'espèce l'employeur[53].

9. Les textes législatifs les plus récents semblent avoir modifié la portée de la mission de contrôle de la gestion des actions de la direction par l'institution élue. La multiplication d'évènements au sein des entreprises, qui ont eu pour conséquence la perte brutale de leur emploi pour des milliers de salariés, a mis en lumière le rôle du comité. La dimension économique de sa mission est apparue fondamentale comme moyen de prévention et de lutte contre d'éventuels abus des employeurs. Les restructurations d'entreprises, de plus

[49] Articles L. 2323-83 à L. 2323-85 du Code du travail regroupés dans une section II « Attributions en matière d'activités sociales et culturelles » du chapitre III « Attributions » du titre II « Comité d'entreprise » du livre troisième « Les institutions représentatives du personnel » de la deuxième partie du Code du travail.

[50] J. Legoff, *Droit du travail et société. Les relations collectives de travail*, Les Pur, 2002.

[51] A. Jeammaud, *Rapport général. Thème 2 : Représentation des travailleurs et dialogue social au lieu de travail*, XIXème Congrès mondial de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, Sydney, 4 septembre 2009, http://www.afdt-asso.fr/fichiers/publications/sydneyjeammaud.PDF, p. 44. L'auteur brosse un tableau d'ensemble des attributions des agents de la représentation des travailleurs décrites dans les rapports nationaux et en distingue trois types : des attributions minimales habilitant les représentants à présenter les réclamations des travailleurs et à négocier avec l'employeur sur les conditions d'emploi et de travail ; des attributions de moyenne portée, à visées consultatives ; enfin, la faculté d'empêcher l'employeur de prendre certaines décisions ou de les prendre seul.

[52] Section I « Attributions économiques » du chapitre III « Attributions » du titre II « Comité d'entreprise » du livre troisième « Les institutions représentatives du personnel » de la deuxième partie du Code du travail.

[53] A. Jeammaud, *préc.*, XIXème Congrès mondial de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, Sydney, 4 septembre 2009, www.afdt-asso.fr, p. 42.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

en plus souvent transnationales, alliées aux exigences du droit de l'Union européenne, mettent en situation le comité d'entreprise. La question d'une modification dans la nature de ses interventions économiques s'est alors posée tant à la doctrine, qu'au législateur et aux acteurs sociaux, afin d'assurer un effet utile à son action dans le déroulement d'une restructuration ou d'une procédure de licenciements par exemple, et dans la prise de décision finale de la direction. A cette fin, le législateur est intervenu dès le début de la présente décennie en mettant en place des dispositifs dont le but était de faire du comité d'entreprise un interlocuteur privilégié, un partenaire[54] de la direction. Si ces textes avaient un objectif commun – lutter contre les effets des restructurations - les modalités mises en place pour l'atteindre ont été radicalement différentes : d'abord imposée par la loi à partir de 2001, la présence du comité d'entreprise au côté de l'employeur dans le processus de décision devint objet de la négociation collective à peine deux années plus tard.

10. Il nous est enseigné, dans les ouvrages de droit du travail, que le comité d'entreprise est investi d'une mission de contrôle des actions de la direction dans le processus de prise de décision en matière économique. La présente thèse a pour finalité de déterminer si cette mission est celle qu'il assume encore aujourd'hui. L'analyse que nous avons menée dans ce but repose sur un constat : la loi, qui a toujours entièrement défini les prérogatives dévolues aux représentants du personnel semble soumettre, de plus en plus fréquemment, les attributions économiques du comité d'entreprise ou leur exercice à la négociation collective. Notre thèse tentera de déterminer si cette évolution législative, influencée par le droit de l'Union européenne, modifie la mission de contrôle qui a été attribuée au comité d'entreprise. L'organisation conventionnelle des attributions économiques et de leur exercice peut-elle être à l'origine d'une participation plus grande du comité à la gestion des entreprises, dans la mesure où elle permet sa plus grande proximité avec les organes de décision ? Ou au contraire, ce changement ne tend-il pas à subordonner l'action du comité d'entreprise à la négociation collective, alors même que cette fonction reste réservée à d'autres acteurs ?

Répondre à ces interrogations nécessitera de déterminer ce que recouvre précisément la notion de contrôle de la gestion de l'employeur qu'exerce l'institution élue. Ce sont ses attributions économiques, constamment renforcées par le législateur, qui lui permettent d'assumer ce contrôle ; leur examen nous amènera à tenter de clarifier leur articulation avec l'autre forme du droit à la participation dans l'entreprise : la négociation collective, exercée par la représentation syndicale. Ce sera l'objet de la première partie de l'étude. De cet examen des rapports entre négociation et consultation, auxquels n'est pas étranger le droit de l'Union européenne, il semble ressortir que la première ait pris le pas sur la seconde, infléchissant le comité vers une mission de coopération à laquelle le législateur semble, en toute apparence, toujours « rêver » dans une sorte de retour à ses « chimères ». L'examen de ce possible changement de la mission du comité au sein de l'entreprise fera l'objet de la deuxième partie de l'étude.

Première partie. Un contrôle renforcé.

Deuxième partie. Une coopération masquée.

[54] Ce terme doit être ici entendu au sens de « partenaire social », c'est-à-dire d'une partie en présence dans les relations collectives de travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Première partie Un contrôle renforcé

11. De nombreuses règles du droit français visent la mise en place de systèmes de contrôle. Ces systèmes peuvent prendre différentes formes. Il peut s'agir de la « vérification de la conformité à une norme d'une décision, d'une situation, d'un comportement »[55]. Ce contrôle est celui qu'exerce, par exemple, la Cour de cassation quand elle vérifie la conformité aux règles de droit d'une décision judiciaire qui lui est soumise par voie de pourvoi[56]. C'est également celui de l'employeur, qui contrôle les actes de ses subordonnés. De la même façon, les actions menées par l'employeur au sein de l'entreprise font l'objet de contrôles, à l'instar de celui que pratique l'administration du travail sur les normes patronales tel que le règlement intérieur[57].

Le contrôle est souvent suivi d'une action. La Cour régulatrice, à l'issue de son contrôle, peut casser un jugement qui viole une règle de fond ou de forme. L'employeur contrôlant les actes de ses subordonnés peut les appréhender comme des fautes, ce qui lui permet de prononcer une sanction en vertu de son pouvoir disciplinaire[58]. L'inspecteur du travail, après avoir contrôlé le règlement intérieur, peut, s'il relève des inégalités, exiger le retrait de dispositions, ou leur modification.

En 1982, Monsieur Jean Auroux attribuait au comité d'entreprise une « fonction de contrôle »[59] sur les décisions économiques de l'employeur. Le choix du terme interpelle ici. On constate que si le législateur, aux fins de ce contrôle, a doté le comité d'entreprise d'attributions - s'articulant principalement autour de l'information et de la consultation menées à l'occasion d'une procédure conduite par l'employeur -, il semble qu'il soit sans conséquence sur la décision contrôlée, celle-ci relevant de la seule responsabilité du dirigeant auquel incombe la gestion de l'entreprise. Peut-on alors parler de contrôle lorsque celui-ci reste neutre sur la décision concernée ?

Il n'en demeure pas moins que cette fonction de contrôle est exercée par un organe représentatif élu, qui cohabite avec des institutions désignées, détentrices d'autres fonctions, ce qui pose immanquablement des problèmes de compétences respectives.

Nous chercherons à découvrir si, par ses attributions économiques, le comité d'entreprise exerce réellement un contrôle sur la décision patronale et à en préciser alors la nature (Titre 1). Puis nous étudierons la coexistence de ce contrôle avec l'autre forme de participation des travailleurs au sein de l'entreprise incarnée par la représentation syndicale (Titre 2).

55 *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, Puf, 8ème édition, 2007, v° Contrôle.

56 Article 604 du Code de procédure civile.

57 Article L. 1322-1 et s. du Code du travail.

58 Sur le droit disciplinaire, v. par exemple J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *préc.*, Dalloz, 24ème édition, 2008, n° 631 et s., p. 796.

59 J. Auroux, *préc.*, La Documentation française, 1982, p. 62.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Titre 1. Un contrôle de type procédural

12. En 1955 Gérard Lyon-Caen, dans son manuel de droit du travail, expliquait la volonté du législateur de l'immédiat après-guerre qui avait voulu un comité d'entreprise « simplement tenu informé des décisions patronales et éventuellement consulté sur elles. Rien de plus »[60]. Initialement peu de prérogatives donc, qui ont pourtant constitué le germe de l'ensemble des attributions économiques dont dispose aujourd'hui le comité d'entreprise, et ont conduit Madame Raymonde Vatinet, en 1984, à se demander si elles avaient conféré un pouvoir propre à l'institution élue[61].

Aujourd'hui, les comités d'entreprise disposent de droits permanents et renforcés à l'information et à la consultation pour mener leur mission énoncée à l'article L. 2323-1 du Code du travail. Des droits devenus si nombreux qu'ils rendent le champ de l'étude très vaste. Dans ces conditions, de manière à cibler notre recherche sur la nature du contrôle exercé par le comité, il s'agira moins de dresser un inventaire exhaustif de ses attributions économiques[62] que de détailler celles qui pourraient conduire l'institution élue à exercer un contrôle de la décision patronale, comme l'avait souhaité le législateur de 1982.

L'étude portera donc sur l'origine du contrôle caractérisant la relation entre la représentation élue du personnel et l'employeur. Elle traitera également des moyens mis à la disposition du comité d'entreprise par le législateur pour l'exercer (I) afin de vérifier sa portée sur la décision patronale en matière économique (II).

I. Les moyens du contrôle

13. L'information est au cœur du dispositif de contrôle de l'institution élue sur la vie économique de l'entreprise. Elle constitue un préalable indispensable à l'exercice de ses prérogatives, et donc à l'accomplissement de sa mission. L'œuvre législative française en la matière est importante, particulièrement depuis que le législateur a érigé en 1982 les représentants élus en acteurs du contrôle des décisions de l'employeur en matière économique. Parallèlement, l'intervention communautaire a servi l'information des représentants des travailleurs en appréhendant, notamment, le phénomène de multiplication des lieux de décisions au sein des entreprises à structure supranationale (A). Mais si le droit à l'information du comité d'entreprise est étendu, son accès peut rencontrer des difficultés. C'est pourquoi l'institution élue dispose de recours judiciaires au service du respect de ses attributions, garantes de l'effectivité de sa participation à la gestion de l'entreprise (B).

A. L'information

14. « Savoir, connaître (…) est le fondement du pouvoir »[63]. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 induit un droit à l'information des travailleurs, qui trouve

60 G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, p. 146.

61 R. Vatinet, *préc.,* Sirey, 1984, p. 20. L'auteur concluait en soulignant que « [le comité d'entreprise], s'il n'a pas de pouvoir de décision, (…) a des moyens d'action ».

62 Pour une présentation extrêmement détaillée des attributions économiques du comité d'entreprise, v. M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9ème édition, 2009.

63 E. Escolano, Le droit à l'information des travailleurs, *in L'information en droit privé*, sous la dir. de Y. Loussouarn et P. Lagarde, LGDJ, 1978, p. 165.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

sa place aux côtés des droits sociaux proclamés par ce texte constitutionnel tel que le droit syndical, le droit de grève ou le droit à la sécurité sociale.

Le législateur, par l'Ordonnance de 1945, modifiée par les lois du 16 mai 1946 et du 18 juin 1966, a créé le comité d'entreprise et en a fait la pièce maîtresse de l'organisation de l'information dans l'entreprise. Depuis, il n'a cessé de confirmer ce droit à l'information au gré « de textes successifs, autonomes, empilés les uns sur les autres au fur et à mesure des besoins » selon l'expression de Monsieur Charles Freyria[64]. Mais, alors que le législateur accroissait de manière continue les moyens du comité d'entreprise, il n'en modifiait pas pour autant sa fonction d'origine, qui demeurait celle d'un organe obligatoirement consultatif et informatif. Toutefois, à partir de 1982, il en a modifié la conception en abandonnant la logique de coopération choisie en 1945 pour celle de contrôle[65].

15. Le droit des travailleurs à une diffusion de l'information s'observe au-delà de nos frontières et est d'abord perceptible dans les instruments internationaux. Il est présent dans les lignes de conduite de l'Organisation internationale du travail (OIT) puisque le point n° 26 de la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale énonce : « Les multinationales qui envisagent d'apporter à leurs activités des modifications (…) pouvant avoir des effets sur l'emploi devraient signaler suffisamment à l'avance ces modifications aux autorités gouvernementales appropriées et aux représentants des travailleurs qu'elles emploient (…) de manière à ce que les répercussions puissent être examinées conjointement et qu'en soient atténuées le plus possible les conséquences défavorables »[66].

16. Le droit communautaire s'en est également emparé. Il consacre le droit pour les travailleurs ou leurs représentants d'être informés et ce, dans plusieurs textes. C'est le cas du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui énonce que l'Union soutient et complète l'action des Etats membres dans le domaine de l'information et de la consultation des travailleurs[67]. Dès 1974, le Programme d'Action Sociale avait fait de « la participation croissante des partenaires sociaux aux décisions économiques et sociales de la Communauté des travailleurs à la vie des entreprises »[68] un de ses objectifs prioritaires[69]. Depuis le 9 décembre 1989, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux proclame solennellement que « l'information, la consultation et la participation des travailleurs doivent être développées, selon des modalités adéquates, en tenant compte des pratiques en vigueur dans les différents Etats membres »[70]. La circulation de l'information de l'entreprise vers les travailleurs et leurs représentants résulte aussi de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, à laquelle

64 C. Freyria, Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise, *in Mélanges G.H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 272, spé. p. 292.

65 Cf. Introduction, n° 7.

66 *Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, Bureau international du travail, Genève, 2006, http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf.

67 Article 153 de la version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité FUE), *JOUE* C 83 du 30 mars 2010.

68 *Bull.* C.E, suppl. 2/74.

69 V. *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 23.

70 Point 17 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

le traité sur l'Union européenne reconnaît la même valeur juridique que les traités[71]. Celle-ci reconnaît un droit à l'information dans son article 27 précisant que « les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales ». La législation européenne, également, n'est pas en reste. Elle garantit un droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans deux directives fondatrices : la directive du 17 février 1975 sur l'information et la consultation en cas de licenciements collectifs[72] et celle du 14 février 1977 sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements[73]. Alors que ce droit n'apparaissait que de façon parcellaire dans plusieurs textes[74], la directive du 11 mars 2002[75] a établi « un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne »[76].

Parallèlement à la reconnaissance, particulière puis générale, du droit à l'information, le droit de l'Union européenne s'est appliqué, dès les années soixante dix, à prendre en compte la structure des entreprises dans lesquelles le droit d'être informé a vocation à s'exercer. Il a en conséquence élaboré un système transnational de représentation collective, dans la mesure où le développement des entreprises avait entraîné une inadaptation des systèmes d'information et de consultation des travailleurs aux nouvelles structures[77]. Simultanément, des instances de représentation des travailleurs avaient vu le jour dans des entreprises de dimension européenne où le besoin d'information et d'échange entre les acteurs sociaux existait[78]. Dans ce cadre, un projet de directive - qui échoua - sur l'information et la consultation dans les entreprises multinationales européennes présenté dès 1980 par le commissaire européen de l'Emploi et des Affaires

71 Article 6 de la version consolidée du traité sur l'Union européenne (traité UE), *JOUE* C 83 du 30 mars 2010.

72 Directive 75/129/CEE du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, *JO* L 48 du 22 février 1975.

73 Directive 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *JO* L 61 du 5 mars 1977.

74 Articles 10 et 11 de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, *JOCE* L 183 du 29 juin 1989 ; article 2 de la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE* L 225 du 12 août 1998 ; article 7 de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, *JOCE* L 82 du 22 mars 2001.

75 Article 2 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *JOCE* L 80 du 23 mars 2002.

76 P. Rodière, Le « cadre général » relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise, *Semaine sociale Lamy*, 2002, n° 1098.

77 F. Vandamme, La proposition de directive du 24 octobre 1980 de la Commission des Communautés Européennes sur l'information et la consultation des travailleurs des entreprises à structure complexe, *in L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales*, sous la dir. de J. Vandamme, IRM, 1984, p. 167.

78 V. X. Blanc-Jouvan, L'internationalisation des rapports de travail, *in Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen,* Dalloz, 1989, p. 67 ; S. Laulom, La directive sur les comités d'entreprise européens : l'importance d'une transition, *Droit social,* 2005, p. 1026. Parmi ces multinationales qui avaient créé des instances antérieurement à la directive, on peut citer des groupes français comme Danone ou Saint-Gobain.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

sociales Monsieur Vredeling mérite d'être rappelé. La Commission avait constaté que les mutations des structures industrielles et leurs conséquences sociales mettaient en évidence l'importance d'une plus grande transparence et d'une meilleure information sur l'ensemble des opérations des grandes entreprises dont les décisions pouvaient affecter directement l'avenir des travailleurs. C'est pourquoi elle avait considéré nécessaire de soumettre les structures complexes aux mêmes obligations que les autres, notamment vis-à-vis de leurs travailleurs dans la Communauté, quelle que soit la localisation des sièges d'activité. Elle avait alors présenté un projet de directive le 24 octobre 1980 dont l'objectif était le rapprochement des Etats membres, en matière d'information des travailleurs[79]. Il fallut attendre la décennie suivante pour que le projet aboutisse. La directive du 22 septembre 1994, récemment révisée[80] suite à un processus original d'adoption[81], prévoyait l'institution du comité d'entreprise européen ou d'une procédure visant à informer et consulter les travailleurs dans les entreprises et groupes de dimension communautaire[82]. Poursuivant son œuvre en matière de représentation collective des travailleurs, le droit communautaire a créé, concomitamment à l'institution de la société européenne, les mécanismes visant à l'information de ses travailleurs[83].

17. L'information est un acquis pour les représentants du personnel. Elle est, avec la consultation, l'un des volets de la participation économique du comité d'entreprise dont l'objet est spécifié par le législateur. Elle doit permettre à la représentation élue de faire face à ses attributions car « le droit des salariés à participer à la gestion des entreprises (…)

[79] Sur ce projet de directive v. F. Vandamme, préc., *in L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales*, sous la dir. de J. Vandamme, IRM, 1984, p. 167.

[80] Directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOUE* L 122 du 16 mai 2009.

[81] En matière de politique sociale, la procédure d'adoption des directives présente la particularité d'associer étroitement les partenaires sociaux. Dans ce cadre, la Commission a pour tâche de promouvoir le dialogue social entre lesdits partenaires (article 154.1 du traité FUE). A cet effet, elle doit, dans un premier temps, les consulter sur l'orientation possible d'une action communautaire. Puis, si la Commission estime qu'une action communautaire est souhaitable, une seconde consultation doit alors avoir lieu sur le contenu de la proposition envisagée, consultation à l'occasion de laquelle les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus de l'article 155 du traité FUE, c'est-à-dire de débuter des négociations conventionnelles menant à un accord ayant pour objet de se substituer à une directive (article 154.2, 3 et 4 du traité FUE). En l'espèce, les partenaires sociaux avaient donc été consultés une première fois, en avril 2004, sur l'orientation possible d'une action communautaire consistant à réviser la directive 94/45. En juillet 2008, la Commission lançait la deuxième phase de la consultation, à l'issue de laquelle les partenaires sociaux déclinaient l'invitation faite à négocier la révision. Face à ce refus, la Commission présentait alors une proposition de révision de la directive, devant être soumise au Conseil et au Parlement européen, conformément au cadre institutionnel défini par le traité. C'est alors que les partenaires sociaux, qui s'étaient pourtant retirés de la procédure de révision, rendirent, sur invitation de la Présidence française et de façon informelle, un avis commun amendant le projet de la Commission, qui fut suivi très rapidement d'un vote du Parlement du texte de la directive, obtenu de façon tout à fait originale et inédite. V. J.-P. Lhernould, La nouvelle directive CE européen : une victoire française…quelle victoire ?, *RJS*, 2009, p. 101, spé. p. 104.

[82] Directive 94/45/CE du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOCE* L 10 du 30 septembre 1994.

[83] Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE* 294 du 10 novembre 2001.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

ne [prend son] sens que si les salariés disposent des informations indispensables »[84]. En tant que droit fondamental reconnu par l'Union européenne, l'information des travailleurs, par leurs représentants élus, ne doit pas se réduire à une simple formalité. Pour exercer leur mission, les représentants doivent disposer d'une information fiable et précise (1). Dans cette perspective, un traitement efficace de l'information dépend de sa bonne compréhension qui peut se révéler ardue (2).

1. La délivrance de l'information

18. L'information à laquelle les représentants élus du personnel ont accès est telle qu'elle a pu être qualifiée de pléthorique[85]. Sa densité tient autant à la fréquence avec laquelle elle est transmise au comité qu'à son contenu (a). Parallèlement à l'extension de l'objet de l'information, le droit a multiplié les destinataires à mesure de l'évolution et de la transformation de la structure des entreprises (b).

a. La fréquence de l'information et son contenu

19. Le droit à l'information du comité d'entreprise se caractérise essentiellement par l'obligation pour l'employeur de lui remettre régulièrement un volume toujours plus important d'informations (a.1). Ce droit permet également à l'institution élue de demander l'information ou d'en obtenir de sa propre initiative (a.2).

a.1. Les informations dues au comité d'entreprise

20. Dans les entreprises revêtant la forme de sociétés commerciales, les informations communiquées à l'institution élue sont d'abord celles dont sont destinataires les associés et les actionnaires. Cette règle est énoncée à l'alinéa 1 de l'article L. 2323-8 du Code du travail qui dispose que « dans les sociétés commerciales, l'employeur communique au comité d'entreprise, avant leur présentation à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés, l'ensemble des documents transmis annuellement à ces assemblées ainsi que le rapport des commissaires aux comptes ». Dans ce cadre, l'institution élue est destinataire d'un volume important d'informations. C'est le cas en particulier des sociétés anonymes qui doivent communiquer à leur comité d'entreprise les documents remis aux actionnaires avant la réunion de l'assemblée générale[86]. L'alinéa 3 de l'article L. 2323-8 prévoit également que « les membres du comité d'entreprise ont droit aux mêmes communications et copies que les actionnaires, aux mêmes époques, dans les conditions prévues par l'article L. 225-100 du Code de commerce ». Cette disposition donne ainsi accès au comité d'entreprise aux informations prévues aux articles L. 225-115 à L. 225-117 du Code de commerce. Dans d'autres formes de sociétés commerciales, l'information délivrée aux associés et actionnaires – et donc au comité d'entreprise – est moins dense et complexe[87] ; elle contient notamment le rapport de gestion qui « expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les évènements

[84] B. Lardy-Pélissier, L'information du salarié, *in Analyse juridique et valeur en droit social. Etudes offertes à Jean Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 331.

[85] Monsieur Maurice Cohen cite un spécialiste du droit des sociétés qui avait écrit, il y a 15 ans déjà, que « les droits d'information du comité d'entreprise sur la vie de la société sont très supérieurs dans leur nature, dans leur contenu et dans leurs modalités d'exercice, à ceux des associés ou des actionnaires ». V. M. Cohen, *préc.*, LGDJ, 7ème édition, 2003, p. 493.

[86] Ces documents sont ceux listés à l'article R. 225-83 du Code de commerce.

[87] Concernant les SARL : C. com. art. L. 223-26 al. 2 ; concernant les sociétés en nom collectif : C. com. art. L. 221-7.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

importants survenus entre la date de la clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi, ses activités en matière de recherche et de développement »[88]. Dans certaines formes sociétales, cette disposition est tout simplement sans objet. Ainsi, dans une société par actions simplifiée, par exemple, l'article L. 2323-8 ne s'appliquera qu'à la condition qu'il existât une assemblée, ce qui n'est pas le cas de la société par actions simplifiée unipersonnelle[89].

La concordance de l'information des associés et du comité d'entreprise existe pareillement quand l'entreprise est dirigée par une société civile. Dans ce cas, le comité d'entreprise doit recevoir les documents relatifs au compte-rendu de la gestion de la société que les gérants ont l'obligation de remettre, au moins une fois par an, aux associés[90]. Enfin, l'information des comités des entreprises qui ne revêtent pas une forme sociétaire est également prévue, même si son contenu apparaît moins détaillé. Ces comités doivent être destinataires des « documents comptables [que ces entreprises] établissent »[91].

L'ajustement de l'information des associés et des actionnaires – par ailleurs toujours plus fournie et étendue – à celle dont est destinataire le comité d'entreprise permet à celui-ci d'avoir une meilleure connaissance du fonctionnement des organes dirigeants de l'entreprise, au service d'un exercice plus efficace de sa mission de contrôle. Si le comité d'entreprise reçoit les mêmes informations que les associés, le manquement à cette obligation devrait entraîner les mêmes effets que le défaut de délivrance de l'information aux associés : la faculté, pour le comité, d'obtenir l'ajournement de l'assemblée générale[92] ou son annulation[93], dans la mesure où il ne serait pas en situation de faire part de ses observations comme les articles L. 2323-8 et L. 2323-67 l'y autorisent. Une telle hypothèse tendrait sans conteste vers une meilleure prise en compte des intérêts des salariés.

21. Le droit à l'information du comité d'entreprise ne se limite pas aux seules informations destinées aux associés et actionnaires. D'autres lui sont dues, toujours plus nombreuses, au gré de l'intervention du législateur particulièrement actif en la matière.

22. En premier lieu, le comité d'entreprise dispose d'un droit à l'information permanent sur la marche de l'entreprise. Il a ainsi vocation à être informé et consulté sur « les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise »[94]. Il en va de même pour les projets de restructuration et de compression des effectifs[95] et pour tout projet important d'introduction de nouvelles technologies susceptible d'avoir des conséquences

88 Article L. 232-1 du Code de commerce.

89 S. Vernac, Les statuts de la SAS et le droit du travail, *Droit ouvrier,* 2010, p. 181.

90 Article 1856 du Code civil.

91 Article L. 2323-9 du Code du travail.

92 L'autorité compétente pour ajourner l'assemblée est la même que celle qui possède le droit de la convoquer. L'ajournement peut également être prononcé par un tribunal en cas de contestation sérieuse. Or il peut être considéré que le non-respect du droit de l'actionnaire à l'information constitue une contestation sérieuse à la tenue de l'assemblée. V. M. Germain, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 2009, n° 1576, p. 385.

93 Article L. 225-121 du Code de commerce. Conformément au second alinéa de cet article, si une assemblée a été réunie sans que les dirigeants aient tenu à disposition des actionnaires les informations périodiques, préalables à l'assemblée, auxquels ceux-ci avaient droit, l'assemblée peut être annulée. V. M. Germain, *préc.*, LGDJ, 2009, n° 1574, p. 384.

94 Article L. 2323-6 du Code du travail.

95 Article L. 2323-15 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

sur la situation des salariés[96]. L'information et la consultation de l'institution élue sont également requises sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, ou de modification importante des structures de production ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales[97] ; ou encore sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération[98]. Tous ces sujets donnant lieu à une information permanente de l'institution élue s'accompagnent aussi de sa consultation, bien que cela ne soit pas systématique. Ainsi, seule l'information du comité est requise dans le cas, par exemple, d'une offre publique d'acquisition[99] ou d'une opération de concentration à laquelle l'entreprise est partie[100]. C'est également le cas lorsque l'employeur a connaissance d'une prise de participation dans la société exploitant l'entreprise[101], et lorsque, en tant qu'entreprise sous-traitante, son cocontractant qu'est l'entreprise donneuse d'ordre est concerné par un projet de restructuration[102].

23. En second lieu, l'employeur est tenu de communiquer à l'institution élue divers documents et rapports à différentes échéances. Un mois après chaque élection, il remet au comité nouvellement élu une « documentation économique et financière » de l'entreprise (C. trav. art. L. 2323-7)[103]. Trimestriellement, il est dans l'obligation d'informer son comité sur l'évolution générale des commandes, l'exécution des programmes de production et les cas de retard dans le paiement par l'entreprise des cotisations de sécurité sociale et celles dues aux institutions de retraites complémentaires[104]. Dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, s'ajoute la communication des mesures envisagées en matière d'amélioration, de renouvellement ou de transformation de l'équipement, des méthodes de production et d'exploitation[105], dont la délivrance ne peut qu'être annuelle dans l'hypothèse où un accord collectif le prévoit[106]. La périodicité annuelle est privilégiée dans l'entreprise pour la remise d'information à l'institution élue[107]. A ce titre, le comité reçoit un rapport d'ensemble sur la situation économique de l'entreprise et les perspectives pour l'année à venir, qui doit

96 Article L. 2323-13 du Code du travail.

97 Article L. 2323-19 du Code du travail.

98 Article L. 2323-27 et s. du Code du travail.

99 Article L. 2323-21 et s. du Code du travail [cf. n° 316 et s.].

100 Article L. 2323-20 du Code du travail [cf. n° 311 et s.].

101 Article L. 2323-19 al. 3 du Code du travail.

102 Article L. 2323-16 du Code du travail.

103 Cette documentation comprend la forme juridique de l'entreprise et son organisation, les perspectives économiques de l'entreprise telles qu'elles peuvent être envisagées, la position de l'entreprise au sein du groupe le cas échéant, et enfin la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et la position de l'entreprise dans la branche d'activité à laquelle elle appartient.

104 Articles L. 2323-46 du Code du travail concernant les entreprises de moins de trois cents salariés et L. 2323-50 à L. 2323-54 du Code du travail concernant les entreprises d'au moins trois cents salariés.

105 Article L. 2323-51 du Code du travail.

106 Article L. 2323-61 du Code du travail.

107 Articles L. 2323-47 à L. 2323-49 concernant les entreprises de moins de trois cents salariés et L.2323-55 à L. 2323-60 du Code du travail concernant les entreprises d'au moins trois cents salariés.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

contenir un nombre important d'informations énumérées dans la partie réglementaire du Code du travail[108]. Toujours dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, l'employeur est tenu, en plus, d'établir et de communiquer aux représentants le bilan social sur lequel ils émettent un avis[109]. Cette présentation de l'objet de l'information du comité d'entreprise ne serait pas complète si n'était pas mentionnée également l'obligation pour l'employeur d'élaborer des rapports spécifiques, comme par exemple celui faisant le bilan de la situation générale de l'hygiène, de la sécurité et des conditions de travail dans l'entreprise[110].

a.2. Les informations demandées par le comité d'entreprise

24. Outre l'ensemble des informations que lui fournit l'employeur, le comité d'entreprise peut directement lui en réclamer ou en obtenir de sa propre initiative.

25. Aux termes de l'article L. 2325-11 du Code du travail, les membres élus de l'institution peuvent, sur les heures de délégation, se déplacer hors de l'entreprise pour rechercher toute information qu'ils estiment utile[111]. Le droit de circuler librement dans l'entreprise leur est également reconnu afin « d'y prendre tout contact nécessaire à l'accomplissement de leur mission »[112], particulièrement auprès des salariés. Par ailleurs, ils disposent de l'accès à l'information « détenue par les administrations publiques et les organismes agissant pour leur compte »[113]. Pour parfaire ses connaissances et l'éclairer sur les conditions de travail, le comité peut confier au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) le soin de procéder à des études[114].

Bénéficiant du droit de s'informer librement, rien ne s'oppose à ce qu'il prenne connaissance, par exemple, au greffe du tribunal de commerce, des documents dont les sociétés sont tenues légalement de faire la publicité, comme ceux énumérés aux articles L. 232-21 à L. 232-23 du Code de commerce (il s'agit notamment des comptes annuels, du rapport de gestion et de la proposition de l'affectation des résultats).

26. Le comité d'entreprise a également la possibilité d'accéder à des documents, sur sa demande, auprès de l'employeur. C'est le cas des contrats passés avec les entreprises de travail temporaire et les établissements de travail protégé que l'institution peut demander à l'occasion de la réunion trimestrielle d'information sur la situation de l'emploi dans les entreprises d'au moins trois cents salariés[115].

27. Des demandes d'explication peuvent également être formulées sur des actions de la direction qui auraient attiré l'attention du comité d'entreprise. C'est le cas lorsque le comité a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation

[108] Articles L. 2323-47, R. 2323-8 et R. 2323-9 du Code du travail concernant les entreprises de moins de trois cents salariés, et L. 2323-55 et R. 2323-11 du Code du travail concernant les entreprises d'au moins trois cents salariés.

[109] Article L. 2323-68 et s. du Code du travail.

[110] Articles L. 4612-16 à L. 4612- 18. A titre d'exemples de rapports spécifiques, citons également le rapport sur les réserves de participation (article D. 3323-13 du Code du travail) et la déclaration annuelle sur les travailleurs handicapés (article R. 5212-4 du Code du travail).

[111] Article L. 2325-6 et s. du Code du travail.

[112] Article L. 2325-11 al. 2 du Code du travail.

[113] Article L. 2323-5 du Code du travail.

[114] Article L. 2323-28 du Code du travail.

[115] Article L. 2323-52 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de l'entreprise et qu'il exerce son droit d'alerte économique[116]. Cette procédure lui permet de se faire assister par un expert-comptable et convoquer le commissaire aux comptes pour obtenir les éclaircissements souhaités sur la situation de l'entreprise et sa gestion[117]. Le comité peut également requérir des renseignements en demandant, en référé, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une opération de gestion précisément identifiée qu'il estime douteuse[118]. Cette faculté est réservée aux comités d'entreprise de certaines formes de sociétés[119]. L'expertise qui en résulte permet de renseigner le comité d'entreprise sur une opération spécifique. Par ailleurs, lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats précaires, il a la faculté de saisir l'inspection du travail, ce qui conduira l'employeur à devoir fournir à cette administration les informations sur les faits que le comité aura constatés et relevés[120].

On notera que la possibilité qu'a l'institution élue de requérir des éclaircissements sur des opérations de gestion patronale possède les caractères d'une mission de contrôle. Elle permet également d'extraire le comité d'entreprise d'un rôle de destinataire passif de l'information. Octroyer la faculté de chercher l'information induit nécessairement une capacité à agir pour le comité.

Le droit à l'information du comité d'entreprise est, on le voit, dense, et l'énumération qui vient d'être faite de ses dispositions n'est en rien exhaustive. Cette inflation de données n'est pas sans conséquence sur la réalité des pratiques des attributions par l'institution élue qui demeure confrontée à une masse d'informations dont l'extrême complexité peut clairement nuire à sa compréhension.

28. Car au fil des années et des réformes, le législateur n'a cessé d'allonger la liste des cas d'information et de consultation obligatoires des représentants du personnel. Une liste qui augmente régulièrement de part la mutation perpétuelle de l'entreprise. Des voix se sont élevées contre cet élargissement sans fin des objets d'information et des exemples de consultation, assurant qu'il menace d'affaiblir la règle de base qui était énoncée à l'article L. 432-1, 1er alinéa de l'ancien Code du travail (C. trav. art. L. 2323-6). Qui plus est, cette multiplication de textes entraîne le risque que certaines dispositions soient négligées. Une proposition était alors faite de centrer les attributions économiques du comité sur ledit article, dont la consultation du comité d'entreprise sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise qu'il énonce constitue, pour Monsieur Maurice Cohen, un principe fondamental qui suffirait à la jurisprudence pour régler tous les cas d'espèce.

29. Ce n'est pas l'orientation que choisit le législateur qui, conscient malgré tout de cette difficulté, procéda à une simplification de la délivrance de l'information.

Il organisa d'abord la remise de nombreuses informations par la communication d'un seul document : le rapport unique d'information sur « la situation économique de l'entreprise » à remettre au comité d'entreprise dans les structures de moins de trois cents

[116] Article L. 2323-78 du Code du travail.

[117] Article L. 2323-79 du Code du travail.

[118] Voir sur l'expertise de gestion : I. Urbain-Parléani, L'expertise de gestion et l'expertise *in futurum*, *Revue des sociétés,* 2003, p. 224 ; M.-F. Bied-Charreton, L'expertise de gestion et le comité d'entreprise, *Droit ouvrier,* 1994, p. 257.

[119] Les sociétés anonymes (C. com. art. L. 225-231), les SARL (C. com. art. L. 223-37), les sociétés en commandite par actions (C. com. art. L. 226-1) et les SAS (C. com. art. L. 227-1). Dans les autres formes de société, le comité d'entreprise ne peut pas faire la demande d'une expertise de gestion : Cass. com. 30 novembre 2004, *Bull.*, IV, n° 212, n° 01-16.274.

[120] Article L. 2323-17 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

salariés[121]. En 2006[122], le législateur étendit ce dispositif aux entreprises d'au moins trois cents salariés en offrant la faculté aux agents de la négociation collective de ces entreprises d'instaurer par accord un rapport similaire[123]. Si le législateur admet que les acteurs de l'entreprise puissent convenir des modalités de la communication de l'information, ces derniers n'ont en revanche que peu de liberté concernant la détermination de son contenu, que la loi s'applique à garantir [cf. n° 157 et s.].

Ensuite, à l'occasion de la recodification du Code du travail, entrée en vigueur le 1er mai 2008, le législateur réaménagea les règles relatives à l'information et à la consultation du comité d'entreprise, dans un souci de clarté et de lisibilité qui, il est vrai, manquait aux anciens articles L. 432-1, L. 432-3 et L. 432-4 notamment. Le premier article a été scindé et la compétence générale du comité d'entreprise figure désormais à l'article L. 2323-1 du Code du travail, en tête de la partie relative aux attributions économiques. Les autres alinéas de l'ancien article L. 432-1 et les articles suivants sont codifiés dans des paragraphes distincts sous différents intitulés explicatifs[124]. Un travail similaire a été mené concernant les dispositions relatives à l'information périodique du comité, auparavant incluses dans les articles L. 432-4 et L. 432-3 de l'ancien Code du travail, et aujourd'hui distinguées selon l'effectif de l'entreprise, avant d'être classées selon la périodicité de leur communication[125].

A la complexité de l'objet de l'information, s'ajoute celle des destinataires, dont le nombre croît à mesure que les lieux de décisions se diversifient.

b. Les destinataires de l'information

30. Le droit a saisi la complexité qui caractérise l'organisation actuelle des entreprises et appréhendé le phénomène d'« externalisation croissante de la décision au sein des entreprises »[126]. Cette prise en compte résulte des définitions attachées aux notions d'information et de consultation issues tant des normes nationales que communautaires, qui visent à permettre un contrôle des représentants du personnel à chaque niveau de décision.

Les normes juridiques doivent en effet s'adapter aux spécificités de l'organisation économique mise en place dans le cadre de la mondialisation et être ajustées aux nouveaux modes d'agencement des entreprises, qui peuvent être transnationales. Le cadre de la prise des décisions a changé, il n'est plus limité au territoire national. La représentation des travailleurs, structurée nationalement, n'est donc plus adaptée. Elle doit être mise en correspondance avec le champ d'action des entreprises multinationales. Cette inadaptation

[121] Article L. 2323-47 du Code du travail dont les dispositions sont issues de la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *JO* 21 décembre.

[122] Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, *JO* 31 décembre.

[123] Article L. 2323-61 du Code du travail.

[124] §1er Marche générale de l'entreprise ; §2 Communication des documents comptables et financiers ; §3 Politique de recherche et introduction de nouvelles technologies ; §4 Projets de restructuration et de compression des effectifs (…) ; §7 Modification dans l'organisation économique ou juridique de l'entreprise ; §8 Offre publique d'acquisition.

[125] Articles L. 2323-46 à L. 2323-60 du Code du travail.

[126] S. Laulom, *L'harmonisation en droit social communautaire : les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, Thèse Paris X, 1996, p. 108.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

est réelle. Comme le constate Madame Marie-Ange Moreau[127], « la séparation et la dissociation créées entre les lieux de décision (…) conduisent à former des séparations qui bloquent les mécanismes de représentation des travailleurs, traditionnellement organisés au niveau national ». Car le caractère transnational d'une entreprise mène à la multiplicité des niveaux de décision auxquels les institutions représentatives locales ne sont pas en mesure d'accéder utilement par l'exercice de leurs prérogatives issues du droit national[128].

31. Le droit français a pris en compte ces mutations économiques. Il a d'abord permis une représentation des salariés au sein des entreprises à structure complexe grâce à la notion d'établissement distinct. Cette notion vise à différencier, au sein d'une collectivité formée par l'ensemble des salariés de l'entreprise, des petites collectivités aux intérêts propres constituant des entités déterminant l'application de la législation relative à la représentation du personnel[129]. Dans ces entreprises, l'information se partage entre le comité central d'entreprise et les comités d'établissement, afin d'atteindre tous les salariés. La répartition des informations entre ces instances doit se faire selon leur finalité. L'administration peut se référer à leur nature pour déterminer l'instance à laquelle elles doivent être communiquées[130]. D'autres, par exemple, auront vocation à être transmises aux comités d'établissement, leur périodicité pouvant être incompatible avec les modalités de réunions du comité central d'entreprise[131]. Le législateur a ensuite, dès 1982[132], organisé une représentation des intérêts des salariés dans les groupes de sociétés en consacrant la fiction reconnue par la jurisprudence de l'unité économique et sociale[133] et en créant le comité de groupe[134] pour faire face au phénomène de regroupement grandissant[135]. L'unité économique et sociale permet la réunion de sociétés juridiquement distinctes en une unité qui sert de cadre à l'installation d'un seul comité d'entreprise. Les sociétés ne forment plus alors qu'une entreprise au regard du droit des comités. Quant au comité de groupe, il a vocation à se superposer aux institutions de représentation du personnel déjà existantes dans les sociétés composant le groupe, c'est-à-dire la société dominante et ses filiales. Sa fonction et ses attributions, énoncées à l'article L. 2332-1 du Code du travail, sont de recevoir l'information relative au groupe et notamment à sa stratégie à laquelle il doit avoir

127 M.-A. Moreau, L'internationalisation de l'emploi et le débat sur les délocalisations en France : perspectives juridiques, *in Délocalisations, normes du travail et politique d'emploi. Vers une mondialisation plus juste ?*, sous la dir. de P. Auer, G. Besse, D. Méda, La découverte, 2005, p. 177, spé. p. 199.

128 A. Jeammaud, Le droit du travail à l'épreuve de la mondialisation, *Droit ouvrier*, 1998, spé. p. 243.

129 Sur la notion d'établissement distinct, v. par exemple R. de Quenaudon, *Répertoire Dalloz de droit du travail*, Comité d'entreprise (mise en place, composition, fonctionnement), n° 81 à 104.

130 Circulaire DRT n° 12 du 30 novembre 1984 relative à l'application des dispositions relatives au comité d'entreprise dans la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, *BO Trav.*, n° 84/8.

131 Nous faisons référence ici aux informations qui doivent être remises trimestriellement aux représentants élus, qui ne pourraient donc être communiquées au comité central d'entreprise selon cette périodicité, ce dernier ne se réunissant légalement qu' « au moins une fois tous les six mois » (C. trav. art. L. 2327-13).

132 Monsieur Jean Auroux, conscient de ces mutations, écrivait dans son rapport : « Le phénomène de concentration industrielle s'est opéré beaucoup plus par la constitution d'ensemble de sociétés dépendant d'un même centre de décision (…). Or la législation sociale n'a pas suivi cette évolution, notamment au niveau des institutions représentatives du personnel ». V. J. Auroux, *préc.*, La Documentation française, 1982, p. 59.

133 Article L. 2322-4 du Code du travail.

134 Article L. 2331-1 et s. du Code du travail.

135 P.-Y. Verkindt, La représentation du personnel dans les groupes de sociétés, *Droit social*, 2010, p. 771.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

accès compte tenu de sa présence au niveau de la société dominante. Le traitement de cette information recueillie relève de la compétence des comités d'entreprise des différentes entreprises du groupe.

32. Mais de plus en plus de grandes entreprises sont aujourd'hui transnationales, et le comité d'entreprise, à l'instar du comité de groupe, n'est pas en mesure d'appréhender cette dimension[136]. Il en résulte qu' « un sujet de droit occupant le pôle « employeur » des relations professionnelles agencées par la loi locale pourra – ou être contraint de - livrer des informations, consulter, mais sans disposer de réel pouvoir de décision. Les règles du code risquent de rester vaines »[137]. Le cas d'une filiale française d'une société étrangère, soumise à l'application du droit français conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation[138], est caractéristique à cet égard. Les dispositions du Code du travail sur la représentation du personnel sont des lois de police au sens de l'article 3 du Code civil[139]. La législation française sur les comités d'entreprise doit alors être appliquée par toute personne physique ou morale exerçant en France, à l'exception des représentations officielles des Etats étrangers couvertes par le principe de souveraineté des Etats qui s'oppose à ce qu'il y soit fait application des règles du Code du travail[140]. Ladite entreprise étrangère doit donc disposer d'un comité d'entreprise quand elle réunit les obligations de sa mise en place, mais ce comité ne peut exiger la communication des documents financiers et comptables qui concernent l'ensemble de l'activité de l'entreprise, ou sa consultation sur un projet relatif à l'activité supranationale de la société[141]. Plus récemment, toutefois, certaines juridictions ont autorisé l'accès par le comité à des informations détenues à l'étranger mais concernant l'activité de la succursale française[142]. De la même façon, la Cour de cassation a admis que l'expert-comptable, d'un comité de groupe ou d'un comité d'entreprise, puisse demander la communication des informations relatives aux entreprises étrangères, en l'espèce les comptes consolidés mondiaux[143] et disposer de toutes les informations qu'il

[136] La compétence du comité de groupe se limite en effet aux grands groupes français. Pour la constitution du comité de groupe, les entreprises prises en compte sont celles qui ont leur siège social situé en France (C. trav. art. L. 2331-1).

[137] A. Jeammaud, préc., *Droit ouvrier*, 1998, spé. p. 243.

[138] CE, 29 juin 1973, Syndicat général CGT de la Compagnie internationale des wagons-lits (*Droit social*, 1974, p. 85 ; *Droit ouvrier,* 1974, p. 85 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, LGDJ, 2008, p. 89) ; Cass. ch. mixte 28 février 1986, Air Afrique, *Bull. C.M.*, n° 1, n° 84-93.287.

[139] Article 3 du Code civil : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

[140] Cass. soc. 4 novembre 2009, *Bull.,* V, n° 242, n° 08-60.593, *RJS*, 2010, n° 57.

[141] Dans l'arrêt Air Afrique précité (Cass. ch. mixte 28 février 1986, *Bull. C.M.*, n° 1, n° 84-93.287), la Cour juge que le droit français doit « pouvoir s'appliquer, sous réserve du respect de la souveraineté nationale étrangère et des adaptations nécessaires aux sociétés multinationales ayant une succursale en France » mais que « les documents financiers et comptables relatifs à l'ensemble de l'activité d'une telle société n'ont pas à être communiqués au comité d'entreprise de cette succursale ». Ainsi, les juges décident que l'acquisition d'appareils destinés à la navigation aérienne internationale relevait de la compétence de la seule administration d'Air Afrique, et que le comité de la succursale parisienne, « étrangère à l'organisation des réseaux de navigation », n'avait donc pas à être informé et consulté à ce sujet.

[142] CA Paris, 1ère ch. 1ère section, 27 septembre 1994, confirmant TGI Paris, 11 mai 1993, *Droit ouvrier,* 1993, p. 336, cité dans M. Cohen, *préc.*, LGDJ, 9ème édition, 2009, p. 67.

[143] Cass. soc. 6 décembre 1994, *Bull.,* V, n° 327, n° 92-21.437, obs. M. Cohen, *Droit social*, 1995, p. 40 ; D. Vidal, La banalisation de notion juridique d'information consolidée, *Revue des sociétés*, 1995, p. 725. En l'espèce, il convient de préciser que les entreprises étrangères appartenaient à un groupe français et que la Cour a donc autorisé l'accès par l'expert aux comptes des entreprises

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

estime utile à l'exercice de sa mission et ce, dans toutes les entreprises du groupe, fussent-elles à l'étranger, à la condition que l'entreprise ne soit pas dans l'impossibilité de les produire[144].

L'accès aux niveaux décisionnels se limite à l'échelon national. Les institutions représentatives du personnel semblent donc privées de compétence à l'égard d'opérations, de décisions stratégiques qui produisent leurs effets hors du territoire français[145].

33. Les instruments internationaux expriment cette idée de l'accès par les travailleurs aux centres réels de prise de décision. La déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale précise dans son point 52, s'agissant de la négociation collective, que « les entreprises multinationales devraient faire en sorte que les représentants dûment autorisés des travailleurs employés par elles puissent, dans chacun des pays où elles exercent leur activité, mener des négociations avec les représentants de la direction qui sont autorisés à prendre des décisions sur les questions en discussion »[146]. Cette règle devrait aussi pouvoir s'appliquer au mécanisme de l'information et de la consultation. Les représentants des travailleurs doivent avoir accès à l'information et pouvoir être consultés au sein de l'entreprise par une personne « qui a l'autorité », qui « est plus qu'un simple messager, plus qu'un intermédiaire. Cela implique qu'il a le pouvoir de déterminer le contenu de la décision qui doit être prise »[147].

34. A l'échelon communautaire, l'Union européenne a compris, depuis 1994, la nécessité de contribuer à la construction d'un nouveau système de représentation collective transnational[148]. Outre l'institution du comité d'entreprise européen, le droit communautaire tend également à prendre en compte ces transformations de l'organisation économique et à mettre en place les structures de représentation adéquates aux structures des sociétés. C'est ainsi que la directive du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations sur les licenciements collectifs prévoit, dans son préambule, qu' « il convient de faire en sorte que les obligations des employeurs en matière d'information, de consultation et de notification s'appliquent indépendamment du fait que la décision concernant les licenciements collectifs émane de l'employeur ou d'une entreprise qui contrôle cet employeur »[149]. En outre, la directive 2002/14/CE établissant un cadre général à l'information et à la consultation des travailleurs, sans prendre parti sur le niveau où

concernées par la consolidation des comptes, y compris les filiales étrangères et les sociétés françaises contrôlées majoritairement par des filiales étrangères d'un groupe français.

144 Cass. soc. 5 mars 2008, *Bull.*, V, n° 50, n° 07-12.754. Nous reviendrons sur l'étendue du champ d'investigation de l'expert *infra* [cf. n° 44 et s.].

145 A. Jeammaud, préc., *Droit ouvrier,* 1998, p. 240, spé. p. 243.

146 *Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, Bureau international du travail, Genève, 2006, http://www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf.

147 R. Blanpain, Les principaux systèmes d'information et de consultation du personnel dans les relations industrielles en Europe, *L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales*, sous la dir. de J. Vandamme, IRM, 1984, spé. p. 45.

148 Directive 94/45/CE du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOCE* L 10 du 30 septembre 1994. Nous mentionnons ici la directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs comme élément participant au système de représentation des travailleurs.

149 Considérant n° 11 de la directive 98/59/CE.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

les représentants des travailleurs ont à exercer leurs compétences, prévoit que les Etats membres doivent déterminer les modalités d'exercice du droit à l'information et à la consultation « au niveau approprié »[150]. Elle précise par ailleurs dans son article 4.4, que la consultation s'effectue « au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité », mention reprise à l'article 1.3 de la directive du 6 mai 2009. Charge est laissée aux Etats membres d'organiser dans leurs législations les modalités de garanties de ces droits, dans le cadre d'instances représentatives du personnel définies au plan national.

35. Malgré ces instruments hiérarchiquement supérieurs au droit français, la prise en compte par ce dernier des rapports transnationaux de travail ne se fait pas sans difficultés. C'est le cas, en particulier, lorsque le lieu de prise de décision et celui de sa mise en œuvre se situent à des niveaux différents. La célèbre affaire Marks & Spencer en est un exemple, qui a trouvé sa conclusion le 28 octobre 2008 devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation[151] après sept années de procédure. Dans sa décision du 9 avril 2001[152], le Tribunal de grande instance de Paris concernant le recours de la fédération CGT (Confédération générale du travail) contre le groupe, rappelait le caractère d'ordre public des dispositions du Code du travail. Alors qu'il était soutenu par la société défenderesse que l'information des représentants du personnel français était prématurée en l'absence de saisine préalable et d'avis du comité d'entreprise européen, le juge des référés énonçait qu'il « n'existe aucune disposition légale subordonnant l'information et la consultation des instances représentatives des salariés de droit français à l'information et à la consultation d'une instance représentative européenne ». Il poursuivait en affirmant « qu'il n'est pas sérieusement contestable que la société demanderesse est une société de droit français, dotée d'une pleine capacité juridique, ayant ses activités sur le territoire français et soumise aux dispositions du Code du travail, dont il convient de rappeler en l'espèce le caractère d'ordre public, et qui ne sauraient être méconnues en raison de pratiques économiques transnationales ».

2. Le traitement de l'information

36. L'essor du droit à l'information du comité d'entreprise s'est accompagné de la nécessité d'assurer l'intelligibilité de celle dont il est destinataire. Sa compréhension s'avère indispensable si l'institution élue doit contrôler la décision économique. L'assistance d'experts apparaît alors comme une garantie de l'utilité de ce contrôle. Désigné par le législateur comme capable de recevoir des informations nombreuses, certaines nécessitant des compétences particulières, le comité d'entreprise doit être en mesure de les comprendre (b). Cet accès à l'information économique et à sa lisibilité induit une transparence accrue de l'employeur, propulse l'institution élue dans la vie économique de l'entreprise, mais subordonne les membres de la délégation du personnel à des exigences de secret et de discrétion (a).

a. Un traitement encadré

37. L'information des salariés, pris dans les rapports collectifs de travail, est acquise. Il y a peu d'exceptions à l'information du comité préalablement à l'adoption d'une décision. La

150 Article 4.1 de la directive 2002/14/CE.

151 Cass. crim. 28 octobre 2008, n° 04-87.365 et n° 05-86.264.

152 TGI Paris, 9 avril 2001, *RPDS,* 2001, p. 263.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

principale est celle introduite pas la loi du 18 janvier 2005[153], codifiée à l'article L. 2323-25 du Code du travail. Aux termes de cet article, l'employeur, par dérogation à l'article L. 2323-2, n'est pas tenu de consulter le comité d'entreprise avant le lancement d'une offre publique d'acquisition portant sur le capital d'une entreprise. En pareil cas, la réunion de l'institution élue n'est requise que dans les deux jours ouvrables suivant la publication de l'offre, en vue de lui transmettre des informations écrites et précises sur son contenu et sur les conséquences en matière d'emploi qu'elle est susceptible d'entraîner. On peut citer également le décret du 30 mars 2009[154] qui a créé une procédure de consultation de l'institution élue en matière d'aides publiques octroyées à l'entreprise, qui s'ajoute aux informations dont le comité disposait déjà en la matière (C. trav. art. R. 2323-7)[155]. Il prévoit que « le comité d'entreprise est informé et consulté après notification à l'entreprise de l'attribution directe, par une personne publique, de subventions, prêts ou avances remboursables (…) »[156]. S'il est vrai que ce dispositif permet une information au moment de la notification, de sorte que le comité n'ait plus à attendre le rapport annuel pour en être informé, on peut regretter que la consultation intervienne en aval de la décision de l'octroi de l'aide et des discussions entre l'entreprise et le financeur[157].

Hormis ces cas particuliers, il n'existe pas d'obstacle à la délivrance de l'information et à son traitement par le comité. Cependant, il apparaît indispensable que l'employeur puisse assurer la protection de certaines de ses informations relevant de son activité, qui peut lui imposer de garder confidentiels des renseignements qui lui sont fournis, ou de considérations économiques (nécessité, par exemple, de protéger sa stratégie industrielle de ses concurrents)[158].

Face à cette « contradiction apparente »[159] entre communication de l'information et protection des intérêts de l'entreprise, le législateur, dès 1945 et particulièrement en 1966, a soumis les membres du comité d'entreprise, d'une part au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication[160], et d'autre part à une obligation

153 Article 77 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JO* 19 janvier.

154 Décret n° 2009-349 du 30 mars 2009 relatif à l'information et à la consultation du comité d'entreprise sur les interventions publiques en faveur de l'entreprise, *JO* 31 mars.

155 Le comité d'entreprise doit chaque année être consulté sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise. A défaut, les aides publiques en faveur des activités dans ces domaines sont suspendues (C. trav. art. L. 2323-12). En outre, dans les entreprises de moins de trois cents salariés, le rapport annuel remis au comité doit indiquer « les aides ou avantages financiers consentis à l'entreprise par l'Union européenne, l'Etat, une collectivité territoriale, un de leurs établissements publics ou un organisme privé chargé d'une mission de service public. Pour chacune de ces aides (…), le rapport indique la nature de l'aide, son objet, son montant, les conditions de versement et d'emploi fixées, le cas échéant, par la personne publique qui l'attribue et son emploi » (C. trav. art. R. 2323-9 I 1°). Des informations analogues doivent être remises aux comités des entreprises d'au moins trois cents salariés (C. trav. art. R. 2323-11).

156 Article R. 2323-7-1 al. 1 du Code du travail.

157 V. D. Boulmier, Le comité d'entreprise touché à son tour par l'oxymore. A propos du décret n° 2009-349 du 30 mars 2009, *JCP S*, 2009, act. 193.

158 D. Poracchia, Secret et confidentialité dans les rapports de travail, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1352.

159 C. Tetard, Transparence et secret dans l'information économique du comité d'entreprise, *Travail et protection sociale*, 2003, p. 6.

160 Il convient de relever l'imprécision de ce renvoi. L'alinéa 1 de l'article L. 2325-5 fait en effet référence à la fois au secret professionnel et aux « questions relatives aux procédés de fabrication ». On s'interroge donc sur les infractions visées. S'agit-

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de discrétion[161]. Cette sujétion des membres de l'institution élue[162] à cette obligation de discrétion est devenue le pendant du rôle qu'ils ont acquis en matière d'information économique depuis 1982. Monsieur Jean Auroux le soulignait dans son rapport en affirmant que « le nombre et l'importance de l'information transmise implique que les principes de secret professionnel et de confidentialité soient solennellement réaffirmés. La définition d'une responsabilité nouvelle des représentants du personnel impose le strict respect des règles du jeu dans ce domaine »[163]. Cette obligation constitue donc « un compromis entre les droits et intérêts en présence »[164], c'est-à-dire « entre, d'une part, droit des sociétés et secret des affaires et, d'autre part, droit du travail et droit à l'information des travailleurs »[165].

Mais, plus qu'un frein à l'accès à l'information, l'obligation légale de discrétion en est en réalité une des clés. Son existence empêche l'invocation du secret des affaires pour justifier la rétention par l'entreprise de données que l'institution élue aurait vocation à connaître, dans la mesure où elle est suffisante à démontrer que la communication des informations considérées comme confidentielles est obligatoire[166]. De surcroît, elle interdit de conditionner la fourniture d'informations à un engagement des membres élus « d'observer le secret »[167] sur celles-ci. Enfin, elle ne présente aucun caractère général et ne joue que si l'information transmise est objectivement confidentielle[168] et si elle est donnée comme telle par l'employeur[169]. La discrétion apparaît donc « comme un facteur de réalisation du droit à l'information »[170].

il de l'infraction prévue à l'article L. 226-13 du Code pénal relatif au secret professionnel, ou au délit de violation du secret de fabrication prévu l'article L. 1227-1 du Code du travail ? En outre, l'application de ces délits aux membres du comité d'entreprise n'est pas évidente. Le secret professionnel concerne des professions particulières et non les représentants du personnel. Quant au délit de violation du secret de fabrication, l'article L. 1227-1 vise « un directeur ou un salarié » et non les membres du comité d'entreprise. Ce délit pourrait cependant leur être étendu, compte tenu du fait que les membres élus sont des salariés de l'entreprise. V. sur ce sujet M. Desgranges, *L'obligation de confidentialité dans le droit de la représentation du personnel*, Thèse Paris II, 2002.

161 Article L. 2325-5 du Code du travail. L'alinéa 2 impose l'obligation de discrétion également aux « représentants syndicaux ».

162 On remarque que les membres des comités d'établissement, du comité central d'entreprise et du comité de groupe ne sont pas visés par l'article L. 2325-5 du Code du travail. Cependant, on peut considérer que ceux des deux premières instances y sont soumis, l'article L. 2327-19 du Code du travail précisant que « le fonctionnement des comités d'établissement est identique à celui des comités d'entreprise ». Quant aux membres des comités de groupe, ils devraient y être également tenus eu égard au fait qu'ils sont désignés parmi les membres des comités d'entreprise ou des comités d'établissement (C. trav. art. L. 2333-2).

163 J. Auroux, *préc.*, La Documentation française, 1982, p. 55.

164 R. Vatinet, *préc.,* Sirey, 1984, p. 192.

165 H. Tissandier, Membres des comités d'entreprise : de la discrétion ! Cass. soc. 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-47.558, *Revue de droit du travail*, 2006, p. 402.

166 R. Vatinet, *préc.,* Sirey, 1984, p. 178.

167 Cass. crim. 4 novembre 1982, *Bull. crim.*, n° 241, n° 82-90.715.

168 La loi qualifie parfois expressément certaines informations de confidentielles. Elle le fait par exemple pour les informations obtenues dans le cadre de l'exercice du droit d'alerte (C. trav. art. L. 2323-82).

169 Cass. soc. 12 juillet 2006, *Bull.,* V, n° 256, n° 04-47.558, H. Tissandier, préc., *Revue de droit du travail*, 2006, p. 402 ; G. Auzero, *Bulletin Joly Sociétés*, 2006, p. 1429. Un délégué syndical membre élu du comité d'entreprise ne manque pas à son obligation de confidentialité en divulguant lors d'une réunion du personnel suite à la réunion du comité d'entreprise des informations qualifiées de confidentielles *a posteriori* par l'employeur. En effet, il n'était pas établi que l'employeur avait présenté ces informations comme étant confidentielles au moment de la réunion du comité d'entreprise.

170 C. Tetard, préc., *Travail et protection sociale*, 2003, p. 6.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

38. En cela, le droit français se distingue de la législation communautaire qui, en la matière, s'avère plus stricte et admet que l'employeur puisse s'exonérer de son obligation d'information. La directive 2002/14/CE énonce ainsi que les Etats « prévoient » la possibilité pour l'employeur, dans certains cas, de ne pas communiquer certaines informations[171]. Une telle disposition ne compromet-elle pas le droit à l'information reconnu au comité d'entreprise ? Le droit français semble déjà s'en être imprégné au regard de l'article L. 2323-25 du Code du travail, qui dispense l'employeur de toute information des représentants du personnel avant le lancement d'une offre publique d'acquisition.

Mais s'il est vrai que le droit de l'Union européenne peut susciter quelques inquiétudes quant à la possibilité pour l'employeur de se soustraire à son obligation d'information, il ne s'oppose pas, à l'inverse, à ce qu'un représentant des travailleurs recevant une information dite confidentielle puisse, dans de strictes conditions, la communiquer à des tiers. Cette communication est rendue possible par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) – anciennement Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)[172] - du 22 novembre 2005[173]. En l'espèce, un représentant salarié au conseil d'administration avait eu accès à des informations privilégiées au cours d'un conseil d'administration, informations qu'il avait communiquées au président de son syndicat. La question posée à la Cour était de savoir si, au regard de l'article 3.a de la directive du 13 novembre 1989 concernant la coordination des règlementations relatives aux opérations d'initiés[174], le représentant salarié au conseil d'administration était en droit de transmettre une information privilégiée dont il avait connaissance au président du syndicat professionnel auquel il appartenait. Dans son jugement, la Cour décidait de l'interdiction, pour une personne qui reçoit des informations privilégiées en sa qualité de représentant des salariés, de les transmettre au président de l'organisation professionnelle qui l'a désigné, « sauf : s'il existe un lien étroit entre la communication et l'exercice de son travail, de sa profession ou de ses fonctions ; et si cette communication est strictement nécessaire à l'exercice desdits travail, profession ou fonctions ».

Etendu au comité d'entreprise, le contenu de cette décision prendrait tout son sens quand ce dernier, dans le but de préparer ses travaux aux fins de l'exercice de sa mission et de la réalisation de son contrôle, recourt à l'assistance d'un expert. Dans ce cadre, l'exigence d'une confidentialité absolue rendrait en effet vaine la finalité attachée à un tel

[171] Article 6.2 de la directive 2002/14/CE : « Les États membres prévoient que, dans des cas spécifiques et dans les conditions et limites fixées par les législations nationales, l'employeur n'est pas obligé de communiquer des informations ou de procéder à des consultations lorsque leur nature est telle que, selon des critères objectifs, elles entraveraient gravement le fonctionnement de l'entreprise ou de l'établissement ou lui porteraient préjudice ».

[172] Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1er décembre 2009, a modifié l'appellation de la Cour de justice des Communautés européennes, désormais nommée Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que le domaine de compétence de cette juridiction. Le décret n° 2009-1466 du 1er décembre 2009 (*JO* 2 décembre) porte publication du traité de Lisbonne. V. Entrée en vigueur du traité de Lisbonne : modifications à la CJCE, *JCP G*, 2009, 547.

[173] CJCE 22 novembre 2005, aff. C-384/02, R. Vatinet, La communication d'informations privilégiées par des représentants du personnel initiés, *JCP S*, 2006, 1119 ; L. Gamet, L'information du comité d'entreprise préalablement à sa consultation sur un projet de restructuration, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1380.

[174] Article 3.a de la directive 89/159/CEE du 13 novembre 1989 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés(*JO* L 334du 18 novembre 2008) : « Chaque État membre interdit aux personnes soumises à l'interdiction prévue à l'article 2 qui disposent d'une information privilégiée : a) de communiquer cette information privilégiée à un tiers, si ce n'est dans le cadre normal de l'exercice de leur travail, de leur profession ou de leurs fonctions (…) ». Cette directive a été remplacée par la directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, *JOUE* L 96 du 12 avril 2004.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

recours, si le comité n'était pas en mesure de partager l'information reçue de l'employeur avec l'expert. Il en résulterait alors une inutilité du droit à l'information, la circulation de l'information ne présentant un intérêt que si les représentants du personnel sont en mesure de l'exploiter et de la comprendre.

b. Un traitement facilité

39. Au début des années soixante-dix, on constatait que la masse d'informations reçues par le comité d'entreprise était « aussi imparfaitement exploitée que hautement revendiquée »[175]. Il est possible qu'à eux seuls, les représentants du personnel aient des difficultés à analyser cette matière livrée par l'employeur pour connaître la situation de leur entreprise. Il leur manque bien souvent la formation et les connaissances économiques nécessaires à une telle analyse, même si le Code du travail leur octroie des moyens à cette fin. Ainsi, bénéficient-ils d'une formation économique, une mesure utile qui leur permet de mieux appréhender des données de plus en plus nombreuses et complexes pour le profane[176]. Par ailleurs une commission économique doit être mise en place au sein du comité, dans les entreprises réunissant au moins mille salariés[177]. L'information de l'institution élue ne doit en aucun cas être appréhendée comme la réalisation d'une simple obligation formelle. Informer et consulter ne consistent pas à transmettre « un signal d'un émetteur vers un récepteur »[178] mais à nouer un dialogue, à permettre un échange lors de la consultation du comité d'entreprise pour lui donner la possibilité de formuler l'avis qu'on lui demande sur un projet de décision, de dégager des solutions alternatives, ce qui implique « l'existence d'une langue commune »[179]. La défense des intérêts collectifs des salariés suppose donc que les élus disposent de tous les moyens nécessaires à l'intelligence des informations reçues.

Des droits d'expertise sont reconnus au comité d'entreprise depuis l'Ordonnance de 1945 et la loi du 16 mai 1946. Ces textes fondent la capacité d'exercer les prérogatives économiques de l'institution élue sur une information comptable régulière et sur l'assistance d'un expert maîtrisant les normes de comptabilité[180]. La montée des droits d'information et de consultation du comité s'est donc naturellement accompagnée d'une progression concomitante de droits d'expertise. Pour le législateur de 1982, le recentrage « sur le suivi économique de l'entreprise » pour « assurer l'information, le contrôle et l'initiative des salariés »[181] passait également par le développement et la diversification du rôle des experts auxquels le comité peut faire appel pour exercer sa mission de contrôle[182]. Il a donc élargi les possibilités de l'expert-comptable (b.2) et ajouté la possibilité de faire appel à deux autres types d'expertise (b.1).

175 L'information économique du comité d'entreprise, *Droit social*, 1971, p. 661.

176 Article L. 2325-44 du Code du travail.

177 Articles L. 2325-23 à L. 2325-25 et R. 2325-4 du Code du travail.

178 A. Supiot, *Droit du travail*, Puf, Que sais-je, 2006, p. 94.

179 *Ibid*.

180 S. Jubé, La normativité comptable : un angle mort du droit du travail, *Revue de droit du travail,* 2009, p. 211.

181 *JO* AN 3 juin 1982.

182 Lorsque les attributions du comité d'entreprise sont exercées par les délégués du personnel, ils disposent de la faculté de recourir à un expert dans les mêmes conditions que le comité d'entreprise (C. trav. art. L. 2323-13 al. 5).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

b.1. L'expertise libre, l'expertise technique

40. La seule expertise comptable ne suffit pas à appréhender l'ensemble de la situation de l'entreprise. C'est pourquoi l'institution élue peut faire appel à tout expert de son choix, qu'elle rémunère, pour la préparation de ses travaux[183]. Le comité d'entreprise dispose d'une grande liberté dans la désignation de l'expert et la détermination de sa mission : celui-ci peut être choisi à l'extérieur de l'entreprise ou en faire partie, avoir le statut de personne physique ou morale, être l'émanation d'une organisation syndicale[184]. Cet expert assiste l'institution élue dans ses travaux qui peuvent être extrêmement variés, comme par exemple, pour l'établissement du bilan annuel des activités sociales et culturelles[185]. Les moyens de cet expert « libre » sont en revanche limités puisqu'il n'a accès qu'aux documents en possession du comité d'entreprise et à ses locaux, l'accès à l'entreprise ne lui étant autorisé qu'en cas d'accord entre les représentants du personnel et l'employeur.

41. Un accord entre les mêmes parties est également requis si le comité, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, souhaite recourir à une expertise technique[186]. Celle-ci, selon Monsieur Pierre-Yves Verkindt, « se situe (…) par nature sur deux frontières. La première est celle qui permet de passer de la science à la technique, de la connaissance technique à ses applications concrètes (…). La seconde est celle qui permet de passer de l'invention technique au « social » ou, mieux encore, à une décision politique, fût-elle une décision de politique d'entreprise. L'expert en technologie (…) est en fait l'instrument de ce double passage »[187]. Son introduction dans le droit du travail par la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 participait de la volonté du législateur de doter les institutions représentatives du personnel des moyens nécessaires à la compréhension des nouvelles technologies et de leurs incidences sociales dans l'entreprise. Le comité ne peut en effet y recourir que dans deux cas : lors de sa consultation sur un important projet d'introduction de nouvelles technologies (C. trav. art. L. 2323-13) ; ou lorsque l'employeur lui transmet un plan d'adaptation établi lorsqu'il envisage de mettre en œuvre des mutations technologiques et rapides (C. trav. art. L. 2323-14). Mais ces consultations ne sont requises, selon l'article L. 2323-13, que lorsque les nouvelles technologies sont susceptibles d'avoir des conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation ou les conditions de travail. Une interrogation sur le champ de la mission de l'expert demeure alors : couvre-t-il le projet lui-même ou est-il cantonné à l'examen des incidences sociales dudit projet ?

A l'inverse de l'expert auquel l'institution peut recourir librement, l'expert technique est rémunéré par l'employeur[188] et dispose d'un libre accès aux locaux de l'entreprise[189]. Le régime de l'expert technique n'ayant pas été calqué sur le modèle de l'expertise comptable, il en a résulté, selon Monsieur Pierre-Yves Verkindt, *«* une institution aux contours incertains

183 Article L. 2325-41 du Code du travail.

184 P.-Y. Verkindt, Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles expertises, *Droit social,* 2002, p. 54.

185 Article R. 2323-7 du Code du travail.

186 Article L. 2325-38 du Code du travail. V. P.-Y. Verkindt, préc., *Droit social,* 2002, p. 54 ; P. Chaumette, L'expertise technologique du comité d'entreprise, *Droit social,* 1989, p. 220.

187 P.-Y. Verkindt, préc., *Droit social,* 2002, p. 55.

188 Article L. 2325-40 du Code du travail.

189 Article L. 2325-39 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

et une place de l'expertise dans les processus de décision que la jurisprudence a dû préciser au gré des espèces qui lui étaient soumises »[190].

b.2. L'expertise comptable : son champ d'investigation, le cadre de sa mission

42. Le comité d'entreprise peut également se faire assister d'un expert-comptable, à l'instar du comité de groupe[191]. La Cour de cassation a reconnu le même droit au comité d'établissement. Elle l'a d'abord admis dans des cas particuliers[192], avant d'estimer que la seule qualité d'établissement distinct lui permettait de recourir aux services d'un expert[193]. Elle décide désormais que la reconnaissance d'un établissement distinct supposant nécessairement une autonomie suffisante en matière de gestion du personnel et de conduite de l'activité économique, le comité d'établissement peut se faire assister d'un expert pour l'examen des documents comptables de cette entité[194]. S'agissant du comité d'entreprise européen, la directive 2009/38/CE évoque, dans les dispositions relatives à la confidentialité des informations présentées au comité, la présence éventuelle d'un expert chargé de l'assister[195]. Mais la directive en prévoit aussi expressément le recours dans les prescriptions subsidiaires visées à l'article 7[196]. La seule limite à cette assistance est que l'intervention de l'expert doit être « nécessaire pour l'accomplissement [des] tâches [du comité] ». En outre, les Etats membres peuvent limiter la prise en charge financière à un seul expert[197]. Le droit français, lors de la transposition de la première directive 94/45/CE sur les comités d'entreprise européens, qui comportait également ces mentions, n'a pas choisi d'assortir la possibilité de recours à cette limite. L'article L. 2343-13 du Code du travail se contente d'énoncer dans son alinéa 1 que « le comité d'entreprise européen et son bureau peuvent être assistés d'experts de leur choix ». Ces prescriptions ont vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où les négociations pour un accord de mise en place ont échoué ou n'ont pas eu lieu, ou si la direction centrale et le groupe spécial de négociation le décident. On doit donc en déduire que liberté est laissée aux parties pour décider, lors de la détermination des attributions de l'institution européenne conformément au paragraphe 2 de l'article 6 de la directive 2009/38/CE, des cas et des modalités de recours à un ou des experts, mais aussi de la simple possibilité d'un tel recours.

[190] P.-Y. Verkindt, préc., *Droit social,* 2002, p. 54.

[191] Article L. 2334-4 du Code du travail.

[192] Cass. soc. 25 janvier 1995, *Bull.*, V, n° 37, n° 92-13.546 : la Cour admettait que le comité d'établissement puisse être assisté d'un expert lors d'une procédure de licenciement collectif, à la condition que le comité central n'en ait pas désigné ; Cass. soc. 11 mars 1992, *Bull.*, V, n° 176, n° 89-20.670 : le comité d'établissement a pu recourir à un expert pour l'examen annuel des comptes propres à cet établissement.

[193] Cass. soc. 14 décembre 1999, *Bull.*, V, n° 487, n° 98-16.810, *RJS*, 2000, n° 64.

[194] Cass. soc. 18 novembre 2009, *Bull.*, V, n° 259, n° 08-16.260, *RJS,* 2010, n° 194.

[195] Article 8 de la directive 2009/38/CE : « Les Etats membres prévoient que les membres du groupe spécial de négociation et du comité d'entreprise européen ainsi que les experts qui les assistent éventuellement ne sont pas autorisés à révéler à des tiers des informations qui leur ont été expressément communiquées à titre confidentiel ».

[196] Annexe I de la directive 2009/38/CE, point 5 : « Le comité d'entreprise européen ou le comité restreint peut être assisté par des experts de son choix, pour autant que ce soit nécessaire pour l'accomplissement de ses tâches ».

[197] Annexe I de la directive 2009/38/CE, point 7.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

43. Cette faculté de se faire assister par un expert-comptable est offerte dans cinq cas énumérés à l'article L. 2325-35 du Code du travail ; les comités d'entreprise de toutes les entreprises et de toutes les sociétés peuvent se prévaloir de ses services, le coût de la prestation étant à la charge de l'entreprise[198]. Cette assistance est possible à l'occasion de l'examen des comptes annuels[199], tant dans les entreprises dirigées par une société commerciale que dans celles qui n'en ont pas la forme (C. trav. art. L. 2325-35 1°)[200]. Elle est également prévue, dans la limite de deux fois par exercice, pour accompagner le comité d'entreprise lors de l'examen des documents comptables prévisionnels établis en application des articles L. 232-2 et L. 232-3 du Code de commerce (C. trav. art. L. 2325-35 2°). En outre, l'institution élue a la possibilité de recourir à un tel expert lorsqu'elle déclenche une procédure d'alerte (C. trav. art. L. 2325-35 4°) ; lorsqu'une procédure de concentration vise l'entreprise (C. trav. art. L. 2325-35 3°) ; ou à l'occasion de sa consultation sur un projet de licenciement collectif pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours (C. trav. art. L. 2325-35 5°)[201].

Afin de mener sa mission, l'expert comptable dispose de larges possibilités d'investigation[202]. Fort de cet accès étendu à l'information, une extension de la mission pour laquelle il a été expressément désigné par le comité d'entreprise peut être constatée.

44. L'étendue du champ d'investigation de l'expert-comptable.

Elle est importante puisque sa mission « porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à l'intelligence des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise »[203]. A cette fin, l'expert a librement accès aux locaux de l'entreprise[204]. Le Code du travail ne fournit pas de liste de documents devant lui être remis par la direction mais précise qu'il bénéficie des mêmes documents que ceux dont peut disposer le commissaire aux comptes (C. trav. art. L. 2325-37). Or, ce dernier a accès sans restriction à tout document comptable, pièces justificatives ou tout autre information demandée dans le cadre de ses fonctions[205]. Selon une règle bien établie par la Cour de cassation, l'expert peut se faire communiquer tout document qu'il estime utile. L'employeur ne peut s'opposer à la remise de documents qui, selon lui, ne seraient pas nécessaires à

198 Article L. 2325-40 du Code du travail. Concernant l'expert auquel a recours le comité de groupe, ses honoraires sont dus par l'entreprise dominante (C. trav. art. L. 2334-4).

199 La Cour de cassation décide que le droit pour le comité d'entreprise d'exercer l'examen annuel des comptes et de recourir à un expert à cette fin s'exerce au moment où les comptes lui sont transmis, et est indépendant de la date à laquelle ces comptes sont approuvés : Cass. soc. 18 décembre 2007, *Bull.*, V, n° 214, n° 06-17.389, *RJS*, 2008, n° 301.

200 Laloi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (*JO* 13 mai) a rétabli la faculté de recourir à un expert-comptable pour l'examen des comptes remis au comité d'entreprise en application de l'article L. 2323-9 du Code du travail, comme le prévoyait déjà l'article L. 434-6 de l'ancien Code. En effet, cette possibilité offerte aux comités d'entreprise des entreprises qui ne sont pas des sociétés commerciales ne figurait plus dans la version de l'article L. 2325-35 1° issue de la recodification et entrée en vigueur le 1er mai 2008.

201 G. Bélier, L'assistance du comité d'entreprise par un expert-comptable en cas de licenciement économique, *Droit social*, 1988, p. 158.

202 V. M. Cohen, La liberté d'investigation de l'expert-comptable du comité d'entreprise, *Droit social*, 1991, p. 47.

203 Article L. 2325-36 du Code du travail.

204 Article L. 2325-39 du Code du travail.

205 Article 9 de la norme d'exercice professionnel des commissaires aux comptes, homologuée par arrêté du 14 décembre 2006, *JO* 21 décembre. V. Q. Urban, Etendue du droit à l'information du comité central d'entreprise à l'occasion d'une opération de LBO, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 755.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

la mission de l'expert[206]. Tenu par application de l'article L. 2325-42 du Code du travail à des obligations de secret et de discrétion[207], l'expert ne peut se voir opposer le caractère confidentiel des documents demandés[208]. La violation de ce droit d'accès à l'information est considérée comme un délit d'entrave à la mission du comité d'entreprise et est sanctionnée comme tel[209].

Une limite existe cependant. L'expert ne peut exiger que les documents actuellement disponibles dans l'entreprise, l'employeur n'étant pas tenu de communiquer ceux dont l'établissement n'est pas obligatoire pour l'entreprise ou qui n'existent pas[210]. Mais ce frein, certes raisonnable, à la communication d'informations s'avère cependant relatif. La Cour de cassation a en effet considéré, à l'occasion d'une opération de rachat d'entreprise avec recours à l'emprunt (LBO), qu'une telle opération impliquait « nécessairement »[211] l'existence de certains documents, qui doivent donc être transmis à la demande de l'expert de l'institution élue. Comme le souligne Monsieur Quentin Urban, la Cour déduit d'une mécanique juridique et financière l'existence de documents, usant ainsi de la technique de la présomption[212]. En l'espèce, l'argument opposé par l'employeur selon lequel il ne pourrait fournir cette information au motif qu'elle n'existerait pas serait donc privé d'effet.

Concourant à l'élargissement du champ d'accès à l'information de l'expert, la Cour régulatrice admet, en outre, qu'il puisse réaliser des investigations hors du cadre de la société dans laquelle est institué le comité d'entreprise qui l'a mandaté. Lorsqu'une société fait partie d'un groupe, l'expert-comptable du comité d'entreprise a accès aux comptes et documents des sociétés filiales et mère[213] - s'il estime les documents demandés utiles à l'exercice de sa mission[214] - et ce, même si le siège du groupe est implanté à l'étranger[215].

[206] Cass. soc. 16 mai 1990, *Bull.,* V, n° 222, n° 87-17.555, *RJS*, 1990, n° 592 ; Cass. crim. 23 avril 1992, *Bull. crim.,* n° 180, n° 90-84.031, *RJS,* 1992, n° 1117 ; Cass. soc. 18 novembre 2009, *Bull.*, V, n° 259, n° 08-16.260, *RJS,* 2010, n° 194 ; Cass. soc. 15 décembre 2009, *Bull.*, V, n° 286, n° 08-18.228, *RJS*, 2010, n° 270.

[207] Outre les obligations résultant du Code du travail, l'expert-comptable est soumis au secret professionnel, comme le prévoit l'article 21 de l'Ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre de la profession. Si ces obligations s'appliquent à l'égard des tiers, la question de leur opposabilité au comité d'entreprise s'est posée. L'Ordre de la profession décide que l'expert ne peut se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser la communication d'informations relevant du champ d'investigation normal du comité d'entreprise, à l'exception de celles dont la divulgation constituerait un danger grave pour la marche de l'entreprise ou entraînerait une atteinte au droit des personnes. C'est à l'expert, estime l'ordre professionnel, de juger du caractère confidentiel des informations qu'il détient (Recommandation de l'Ordre des experts-comptables, 1986, n° 24-01). Certains auteurs vont à l'encontre de cette idée selon laquelle l'expert pourrait opposer le secret professionnel à l'institution élue (M. Cohen, *préc.*, LGDJ, 9ème édition, 2009, p. 597). D'autres sont plus nuancés et estiment que l'expert-comptable est lié, dans sa mission d'assistance au comité comme en matière générale, par le secret professionnel et qu'en conséquence, ses investigations ne devraient pas le conduire à divulguer des faits étrangers à sa mission de contrôle de la sincérité des documents légalement soumis au comité (N. Catala, *L'entreprise*, Dalloz, 1980, p. 823).

[208] Cass. soc. 15 décembre 2009, *Bull.*, V, n° 286, n° 08-18.228, *RJS*, 2010, n° 270.

[209] Cass. crim. 23 avril 1992, *Bull. crim.,* n° 180, n° 90-84.031.

[210] Cass. soc. 27 mai 1997, *Bull.,* V, n° 192, n° 95-20.156, *RJS*, 1997, n° 827.

[211] Cass. soc. 23 septembre 2008, n° 07-18.879.

[212] Q. Urban, préc., *Revue de droit du travail*, 2008, p. 755.

[213] Cass. soc. 27 novembre 2001, *Bull.*, V, n° 367, n° 99-21.903, obs. G. Couturier, *Droit social,* 2002, p. 164.

[214] Cass. soc. 8 novembre 1994, *Bull.*, V, n° 298, n° 92-11.443, obs. M. Cohen, *Droit social*, 1995, p. 73.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Cette solution paraît en tout point conforme à l'article L. 2325-37 du Code du travail qui aligne les prérogatives de l'expert à celles du commissaire aux comptes. Or ce dernier a la faculté de conduire ses investigations tant auprès de la société qu'il contrôle que des sociétés mère et filiales[216]. La collecte des documents requis par l'expert est à la charge de l'entreprise dans laquelle il a été désigné, et qui devra être en mesure de la réaliser auprès des sociétés implantées à l'étranger.

45. Le cadre de la mission de l'expert-comptable

S'il est vrai que l'accès à l'information de l'expert-comptable désigné aux frais de l'entreprise est vaste, le comité ne peut y avoir recours que pour les cas définis par l'article L. 2325-35 du Code du travail. L'institution n'a donc pas la faculté de se faire assister par un expert - si ce n'est en le rémunérant sur son budget - lors de son information sur des projets de restructuration et de compression d'effectifs[217], de modification dans l'organisation économique ou juridique de l'entreprise[218], ou encore sur des projets relevant de l'article L. 2323-6 du Code du travail. La Cour de cassation l'a jugé en décidant que l'article L. 434-6 de l'ancien Code du travail, devenu l'article L. 2325-35, « ne prévoit pas que le comité d'entreprise peut être assisté par un expert rémunéré par l'entreprise en cas d'information-consultation sur un projet de cession de l'entreprise »[219].

Ces opérations ne restent cependant pas totalement hors d'atteinte de l'expert. Elles peuvent intégrer le cadre de sa mission lorsqu'il intervient à l'occasion d'un droit d'alerte déclenché par le comité d'entreprise. Aux termes de l'article L. 2323-78 du Code du travail, le comité d'entreprise peut en effet, s'il « a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise », déclencher une procédure d'alerte pour laquelle il dispose de la faculté de recourir à un expert légal[220]. Certes, la seule connaissance par le comité d'entreprise d'un projet devant donner lieu à sa consultation au titre des articles L. 2323-6 ou L. 2323-19 du Code du travail ne constitue pas une circonstance justifiant la mise en œuvre de ce droit[221]. Mais il en va différemment si le comité croit y déceler « des faits qu'il estime être de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise »[222]. C'est ainsi que la Haute juridiction a jugé que la mission de l'expert désigné dans le cadre d'une procédure d'alerte déclenchée à l'occasion de la privatisation par une société (Snecma) d'une de ses filiales devait être étendue aux

215 Cass. soc. 5 mars 2008, *Bull*., V, n° 50, n° 07-12.754. Dans cette affaire, la société à l'origine du pourvoi se fondait sur les directives relatives au comité d'entreprise européen et au cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs pour soutenir que les documents demandés afférents au groupe n'étaient que de la seule compétence du comité d'entreprise européen et donc ne relevaient pas de la mission de l'expert désigné par le comité d'entreprise d'une des filiales dudit groupe. Argument rejeté par les magistrats.

216 Article L. 823-14 du Code de commerce. Sont concernées les sociétés mères ou filiales au sens de l'article L. 223-1 de ce même code, c'est-à-dire des sociétés qui possèdent plus de 50 % du capital de la société contrôlée ou dont celle-ci détient plus de 50 % du capital. Mais en cas d'établissement des comptes consolidés, les commissaires peuvent procéder à des investigations dans toutes les entreprises comprises dans la consolidation (C. com. art. L. 823-14 al. 1).

217 Article L. 2323-15 du Code du travail.

218 Article L. 2323-19 du Code du travail.

219 Cass. soc. 14 mars 2006, *Bull.*, V, n° 101, n° 05-13.670, *RJS*, 2006, n° 593 ; *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1271.

220 Article L. 2325-35 4° du Code du travail.

221 Cass. soc. 30 juin 1993, *Bull*., V, n° 190, n° 90-20.158, obs. M. Cohen, *Droit social*, 1993, p. 777.

222 Cass. soc. 8 mars 1995, *Bull*., V, n° 81, n° 91-16.002, obs. M. Cohen, *Droit social*, 1995, p. 393.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

conséquences du projet de fusion du groupe Snecma avec le groupe Sagem. La Cour considère que « la mission de l'expert-comptable s'étend aux faits de nature à confirmer la situation économique préoccupante de l'entreprise qui sont la suite nécessaire de ceux qui ont motivé l'exercice du droit d'alerte »[223]. Par le truchement du droit d'alerte, la fusion intègre donc le champ de compétence de l'expert-comptable qui sera conduit à connaître de l'information relevant de cette opération.

D'aucuns verront que l'on assiste ici au « dévoiement de la finalité de [la] procédure [d'alerte] » dont l'utilisation « procède d'une stratégie [de l'institution élue] dans le seul et unique dessein d'obtenir le soutien de l'expert-comptable à l'occasion d'un projet patronal »[224]. D'autres, en revanche, y percevront un encadrement « plus strict de la faculté d'étendre la mission de l'expert-comptable » du fait du contrôle qu'exerce la Cour en l'espèce sur la validité de l'extension[225]. Ce contrôle se perçoit en effet dans la formulation de l'arrêt lorsque la Cour régulatrice approuve la Cour d'appel qui « a fait ressortir » un lien entre les faits qui ont motivé l'exercice du droit d'alerte et ceux de nature à confirmer la situation préoccupante de l'entreprise. Cette décision se distingue de la position de la Cour qui laissait au comité d'entreprise l'appréciation tant de l'opportunité de déclencher le droit d'alerte, que du caractère préoccupant des faits invoqués à l'appui de cette décision[226]. La Cour se démarque également de son choix, affirmé à maintes reprises, d'abandonner le contrôle de la décision de déclencher l'alerte à la seule appréciation des juges du fond[227].

En tout état de cause, la solution choisie ici par la Cour régulatrice ouvre des perspectives. En effet, il pourrait être envisagé, aux fins d'une information suffisante du comité d'entreprise, d'attendre l'issue de la procédure d'alerte et la remise par l'expert de son rapport pour procéder à la consultation de l'institution élue sur le projet ayant motivé le déclenchement de l'alerte, auquel s'étendrait, en l'espèce, la fusion. Une telle suspension a déjà été admise par certains juges, qui ont subordonné la reprise de la consultation des représentants du personnel à la présentation du rapport de l'expert établi dans le cadre d'une telle procédure[228].

[223] Cass. soc. 29 septembre 2009, *Bull.*, V, n° 209, n° 08-15.035, O. Leclerc, L'expert-comptable désigné dans le cadre de la procédure d'alerte économique : l'étendue de sa mission, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 46 ; N. Tagliarno-Vignal, Le droit du comité d'entreprise d'être informé et consulté dans le cadre des opérations de fusion, *RJS*, 2010, p. 99 ; J.-Y. Kerbouc'h, *JCP S*, 2009, 1598.

[224] N. Tagliarno-Vignal, préc., *RJS*, 2010, p. 99.

[225] O. Leclerc, préc., *Revue de droit du travail*, 2010, p. 46.

[226] Cass. soc. 8 mars 1995, *Bull.*, V, n° 81, n° 91-16.002, obs. M. Cohen, *Droit social*, 1995, p. 393. Dans cette décision, la Cour énonçait à la fois que l'appréciation de l'opportunité du déclenchement du droit d'alerte était laissée au comité d'entreprise, et que le contrôle de cette appréciation relevait « du pouvoir souverain des juges du fond et [échappait] au contrôle de la Cour de cassation ».

[227] Cass. soc. 8 mars 1995, préc., *Bull.*, V, n° 81, n° 91-16.002 ; Cass. soc. 11 mars 2003, *Bull.*, V, n° 92, n° 01-14.434, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2003, p. 807 : « l'appréciation du caractère préoccupant de la situation dont se saisit le comité d'entreprise qui exerce le droit d'alerte relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation ».

[228] TGI Nanterre, ord. réf., 10 septembre 2004, *Semaine sociale Lamy,* 2004, n° 1183 : le juge des référés a approuvé le déclenchement d'une procédure d'alerte lors d'une procédure d'information et de consultation conduite en application de l'article L. 432-1 de l'ancien Code du travail (C. trav. art. L. 2323-6) et a suspendu le projet de l'employeur jusqu'au dépôt du rapport par l'expert désigné dans le cadre de la procédure d'alerte. V. également dans ce sens : CA Toulouse, 15 mars 2002, M. Cohen, Les délocalisations et les comités d'entreprise*, Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1194. Des positions contraires existent. On peut citer une décision dans laquelle le juge affirme que « le déclenchement par le comité d'entreprise de la procédure du droit d'alerte n'a pas pour effet de paralyser les projets mis en œuvre par le chef d'entreprise et visés à l'article L. 432-1 [L. 2323-6 et s.] du Code du travail » : TGI Créteil, ord. réf., 1er septembre 2005, *Les Cahiers Lamy du CE*, 2005, n° 47. Par ailleurs, la Cour d'appel de Versailles a admis qu'une

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

46. La mission de l'expert apparaît fondamentale. Elle permet à l'institution élue, par l'exercice de ses attributions économiques, de contribuer à la décision de l'employeur. L'intervention d'un tiers appelé à décoder des informations habituellement compliquées est de nature à renforcer la capacité d'analyse et donc de proposition des représentants des travailleurs à l'occasion d'une procédure de consultation. En cela, elle donne plus de sens au contrôle du comité d'entreprise sur la décision patronale. Pareillement, le droit communautaire reconnaît l'expertise comme un droit accordé aux représentants des travailleurs aux fins d'une meilleure compréhension de l'information. D'abord ignoré ou laissé à l'appréciation des Etats membres[229], le recours à un expert a été reconnu comme un droit des représentants dans les directives sur le comité d'entreprise européen et sur la société européenne (SE)[230]. Cependant, la directive générale de 2002 n'envisage pas expressément la faculté d'y recourir. La possible intervention d'un expert est simplement évoquée dans l'article 6 relatif aux informations confidentielles quand le texte envisage que « les Etats membres prévoient que, dans les conditions et limites fixées par les législations nationales, les représentants des travailleurs, ainsi que les experts qui les assistent éventuellement ne sont pas autorisés à révéler aux travailleurs ou à des tiers des informations qui, dans l'intérêt légitime de l'entreprise ou de l'établissement, leur ont été expressément communiquées à titre confidentiel ». On peut regretter cette absence de mention, particulièrement dans la directive ayant pour objectif d'établir un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, car elle aurait participé à une définition des moyens communs mis à la disposition de leurs représentants.

La circulation et la compréhension de l'information sont les premiers moyens mis au service de la réalisation d'un contrôle de la décision économique par le comité d'entreprise. D'autres lui sont reconnus, pour lui permettre, le cas échéant, de contester en justice ladite décision et peser ainsi, *a posteriori,* sur la gestion de l'entreprise.

B. L'action en justice

47. Si, préalablement à une décision de l'employeur, le comité d'entreprise considère que les attributions dont il bénéficie pour exercer sa mission ont été méconnues, il dispose d'un intérêt propre, personnel et direct à agir en justice pour demander le respect de ses prérogatives et de son fonctionnement. D'abord reconnue pour la gestion des œuvres sociales dès 1945, la loi, depuis 1982, a étendu de manière générale au comité d'entreprise la personnalité juridique propre aux groupements de personnes : la personnalité morale qui lui confère le droit d'agir en justice, conformément à l'article L. 2325-1 du Code du travail.

A l'instar du comité d'entreprise, le comité central d'entreprise et le comité d'établissement bénéficient de la même personnalité morale qui leur ouvre la possibilité d'ester en justice. Cette reconnaissance le fut, au début, par la Cour de cassation qui énonça, pour décider qu'un comité d'établissement pouvait exercer une action devant les tribunaux, que la personnalité morale devait être reconnue à « tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective, pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »[231]. Désormais, les articles L. 2327-12 et L. 2327-18

procédure d'alerte, qui n'est limitée ni dans son objet ni dans sa durée, n'interdit pas le déclenchement des procédures prévues par les articles L. 432-1 (L. 2323-6) et L. 321-1 et s. (L. 1233-8 et s. et L. 1233-28 et s.) : CA Versailles, 6 décembre 1996, *JCP E*, 1997, 289.

229 Article 2.2 de la directive 98/59/CE : « Les Etats membres peuvent prévoir que les représentants des travailleurs pourront faire appel à des experts, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ».

230 Partie 2 f) de l'annexe de la directive 2001/86/CE.

231 Cass. 2ème civ. 28 janvier 1954, *Bull.,* n° 32, n° 54-07.081, *Recueil Dalloz*, 1954, jurisprudence, p. 217.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

du Code du travail disposent que le comité central d'entreprise et le comité d'établissement sont dotés de la personnalité civile, alors que l'article L. 2343-7 en fait de même concernant le comité d'entreprise européen. La loi reste en revanche silencieuse s'agissant du comité de groupe dont la reconnaissance de la personnalité morale résulte d'une décision de la Cour de cassation[232].

Nous étudierons en premier lieu les conditions du recours au juge par le comité pour la défense de ses prérogatives économiques, qui nous renseignent sur les limites et la nature du contrôle qui lui est dévolu (1). Bien que l'intérêt du comité d'entreprise soit distinct de celui des salariés qu'il représente nous verrons, en second lieu, que les effets des actions de l'institution élue ne sont pas, dans de nombreux cas de figure, limités à son seul bénéfice (2).

1. Les conditions à l'action en justice du comité d'entreprise

48. Le comité d'entreprise dispose, en tant qu'organe collégial de représentation doté de la personnalité morale, d'un droit d'action devant les juridictions d'ordre judiciaire et administratif. La recevabilité de son action suppose qu'il ait un intérêt à agir et la qualité pour le faire. Des conditions qui sont réunies, pour les juridictions judiciaires, dans les cas limités à la défense de ses droits et attributions. Alors que l'objet du comité d'entreprise est d' « assurer une expression collective des salariés »[233], il ne peut saisir les tribunaux de l'ordre judiciaire qu'à titre personnel pour les besoins de son fonctionnement ou lorsque ses prérogatives propres sont en cause. La Chambre sociale de la Cour de cassation a édicté cette règle qu'elle applique avec constance. De ce fait, le comité d'entreprise ne peut prétendre à la défense de l'intérêt des salariés. Il n'a pas non plus qualité pour les défendre, le syndicat restant à ce jour le seul détenteur de l'habilitation à représenter leurs intérêts (a). Face à cette jurisprudence judiciaire restrictive, des voix doctrinales, qui font notamment écho à la jurisprudence des juridictions administratives et de certaines formations de la Cour de cassation, se sont élevées en faveur de l'extension du droit d'agir en justice de l'institution élue (b).

a. Une définition résiduelle de l'intérêt à agir et restrictive de la qualité pour agir

49. Pour que le comité d'entreprise soit habilité à ester en justice, il faut que l'objet du litige concerne son fonctionnement. Il fait alors valoir un intérêt qui lui est personnel, propre et direct, des caractères obligatoires pour que son action soit recevable. L'article 31 du Code de procédure civile subordonne l'ouverture de l'action à un intérêt légitime. En outre, l'action civile devant les tribunaux répressifs n'est ouverte qu'à ceux qui ont personnellement souffert du dommage causé directement par l'infraction[234]. Les règles posées dans le cadre de la procédure pénale apparaissent plus exigeantes. Seul un préjudice direct rend recevable l'action devant les juridictions répressives, alors qu'un intérêt légitime indirect permet d'envisager une action devant les tribunaux civils.

[232] Cass. soc. 23 janvier 1990, *Bull.,* V, n° 20, n° 86-14.947, *Droit ouvrier*, 1990, p. 207. Monsieur Georges Picca, avocat général, soulignait dans ses conclusions qu'il pouvait « paraître logique, et dans le sens de l'évolution des institutions représentatives du personnel, de ne pas refuser la personnalité civile au comité de groupe ». Dans la mesure où le comité de groupe assure une représentation des salariés au niveau du groupe, il est souhaitable qu'il dispose « des moyens d'être présent dans une instance judiciaire intéressant l'avenir du groupe ». Concl. G. Picca, *RJS,* 1990, n° 133.

[233] Article L. 2323-1 du Code du travail.

[234] Article 2 du Code de procédure pénale.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

La Cour de cassation reconnaît un intérêt à l'institution élue d'agir chaque fois que sont en cause ses intérêts propres. Elle admet par exemple l'intérêt à agir de l'institution élue pour que soit ordonnée une mesure d'information en vue de vérifier les conditions de logement des salariés sur lesquelles elle devait être consultée[235]. En outre, elle a intérêt à agir en justice quand ses droits patrimoniaux, en tant que personne morale, sont affectés[236]. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de définir le cadre de mise en place d'un comité d'entreprise, l'intérêt à agir de l'institution élue est aussi reconnu et son action tendant à la reconnaissance d'une unité économique et sociale est jugée recevable[237].

L'intérêt propre du comité d'entreprise est également en jeu lorsque sa mission de représentation est entravée. Il peut se constituer partie civile devant les tribunaux répressifs pour entrave à sa fonction et exercer l'action civile en vue d'obtenir réparation du préjudice direct que lui cause nécessairement cette entrave à son fonctionnement[238]. A défaut d'intérêt personnel et direct, la position de la Cour de cassation est constante : le comité d'entreprise « ne tient d'aucune disposition légale le droit d'exercer les pouvoirs de la partie civile sans avoir à justifier d'un préjudice personnel découlant directement de l'infraction »[239].

50. Alors qu'elle participe à la délimitation du champ d'intervention du comité d'entreprise en matière d'action en justice comme le montrent les exemples cités, la Cour de cassation s'applique aussi, dans de nombreuses décisions, à définir ce que n'est pas l'intérêt du comité d'entreprise à ester en justice et à écarter sa qualité à agir dans un certain nombre de cas[240].

51. La Chambre sociale de la Cour de cassation décide que l'intérêt à agir du comité d'entreprise n'est pas l'intérêt individuel des salariés. Elle considère que le comité « ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés »[241], comme par exemple une action tendant à faire annuler une opération d'externalisation dont le comité remettait en cause la légalité des effets[242].

[235] Cass. soc. 16 octobre 1984, *Bull.*, V, n° 375, n° 82-12.387.

[236] Cass. 2ème civ. 28 janvier 1954, préc., *Bull.,* n° 32, n° 54-07.081, *Recueil Dalloz*, 1954, jurisprudence, p. 217. Dans cette espèce, le comité d'établissement avait agi en justice en vue d'obtenir le remboursement d'un marché de vêtements prétendument non exécuté.

[237] La Cour de cassation a, dans un premier temps, estimé que le comité d'entreprise n'avait pas qualité pour demander la reconnaissance d'une unité économique et sociale (Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 95-60.931) avant de décider que son action était recevable (Cass. soc. 27 juin 1990, *Bull.*, V, n° 324, n° 89-60.003 ; Cass. soc. 29 janvier 2003, *Bull.*, V, n° 33, n° 01-60.848 et 01-60.849 : « (…) Attendu que le comité d'entreprise d'une société, qui a, en particulier, pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives et à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, a qualité pour demander en justice, la reconnaissance d'une unité économique et sociale permettant la mise en place d'un comité d'entreprise commun à cette société et à d'autres »).

[238] Cass. crim. 29 mars 1973, *Bull. crim.*, n° 162, n° 72-90.784.

[239] Cass. crim. 28 mai 1991, *Bull. crim.*, n° 226, n° 90-83.957, G. Levasseur, Accidents de chantier : précisions diverses, *Revue de science criminelle*, 1992, p. 75. Une position similaire est retenue s'agissant du CHSCT : Cass. crim. 11 octobre 2005, *Bull. crim.,* n° 254, n° 05-82.414, *Recueil Dalloz,* 2005, p. 2821 ; O. Gouël, Défense en justice des intérêts des salariés : CHSCT et syndicat ne sont pas à armes égales, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1254.

[240] V. M. Keller, L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques, *Droit social*, 2006, p. 861.

[241] Cass. soc. 18 mars 1997, *Bull.*,V, n° 110, n° 93-43.989, 93-43.991 et 93-44.297 ; obs. G. Couturier, *Droit social,* 1997, p. 546 ; A. Lyon-Caen, *Recueil Dalloz,* 1998, p. 256 : la dénonciation d'un avantage consenti aux salariés résultant d'un protocole d'accord

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

La Cour considère également que l'intérêt à agir du comité d'entreprise n'est pas l'intérêt collectif de la profession et estime irrecevable son intervention s'opposant à la liquidation des biens d'une société[243]. L'institution élue ne peut prétendre à cette défense dans la mesure où elle ne dispose en la matière ni d'un intérêt à agir – l'intérêt personnel exigé faisant défaut -, ni de la qualité à agir. Seuls les syndicats ont vocation à représenter cet intérêt, étant les seuls habilités à l'invoquer, conformément à l'article L. 2132-3 du Code du travail. Si le comité entend agir au nom des salariés, il doit justifier d'une habilitation légale. En matière d'actions collectives, la règle est celle de l'irrecevabilité. Elle apparaît dans le célèbre adage « Nul ne plaide par procureur ». Une habilitation législative expresse comme celle dont disposent les syndicats est nécessaire, et la recevabilité d'une action d'une association visant à défendre un intérêt collectif est exceptionnelle[244]. Dans ce cadre, le fait d'entraver le fonctionnement du comité d'entreprise étant constitutif, s'il est établi, du préjudice subi par l'ensemble de la profession, la Cour de cassation décide depuis longtemps que le syndicat peut obtenir réparation du préjudice causé à la profession devant le juge répressif « indépendamment des actions pouvant être intentées par le comité d'entreprise ou d'établissement lui-même »[245]. Il en va désormais de même devant le juge civil puisque les magistrats de la Cour ont jugé, qu'en application de l'article L. 2132-3, les syndicats ont compétence pour demander le respect des attributions de l'institution élue[246], leur non-respect étant à l'origine d'un trouble manifestement illicite porté à l'intérêt collectif professionnel permettant l'intervention du juge des référés[247].

La règle en droit judiciaire privé est donc que le demandeur défend des intérêts qui lui sont propres, et seule la loi peut instituer un cadre strict pour les actions exercées

et constituant un engagement unilatéral de l'employeur doit être notifiée individuellement aux intéressés. Le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés. V. également CA Paris, 1er ch. S, 26 septembre 2001, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 3019.

242 Cass. soc. 14 mars 2007, *Bull.*,V, n° 51, n° 06-41.647, E. Andreo, Le comité d'entreprise n'est pas recevable à contester l'application de l'article L. 122-12, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 401 ; O. Gouël, L'action en justice du CE toujours cantonnée à la défense de ses intérêts propres, *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1306 ; R. Vatinet, Action en justice du comité d'entreprise, *JCP S*, 2007, 1943 ; P. Maynial, S'en tenir au droit commun de la procédure, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 428. Dans cette affaire, les demandes de salariés à l'origine de l'instance prud'homale dans laquelle le comité d'entreprise prétendait intervenir visaient à faire annuler les conventions tripartites relatives au transfert du contrat de travail de chacun des salariés concernés, afin d'obtenir la réintégration des demandeurs principaux dans leur emploi antérieur, au sein de la société cédante du service. La Cour décide que le comité n'a pas qualité à agir et à intervenir dans une relation individuelle de travail liant le salarié avec son ancien employeur.

243 Action jugée irrecevable : Cass. soc. 6 février 1980, *Bull.*, n° 107, n° 77-14.611.

244 La Chambre criminelle a reconnu de manière très ponctuelle la qualité pour agir de certaines associations en vue de la défense d'un intérêt collectif : v. J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 27ème édition, 2003, n° 99.

245 Cass. crim. 7 octobre 1959, *Bull. crim.*, n° 410, n° 58-93.562, J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 188.

246 Cass. soc. 24 juin 2008, *Bull.,* V, n° 140, n° 07-11.411, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2008, n° 241 : « (…) Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 411-11 du code du travail, devenu l'article L. 2132-3, les syndicats professionnels peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ; qu'il en résulte qu'ils peuvent demander en référé les mesures de remise en état destinées à mettre fin à un trouble manifestement illicite affectant cet intérêt collectif ; Que la cour d'appel a dès lors exactement retenu que le défaut de réunion, d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel lorsqu'elles sont légalement obligatoires portait atteinte à l'intérêt collectif de la profession et déclaré recevable l'action des fédérations syndicales (…) ».

247 O. Levannier-Gouël, Réorganisation de la sous-traitance : le volet collectif, *Semaine sociale Lamy,* 2008, n° 1378.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

en vue de la défense d'intérêts n'appartenant pas au demandeur. L'institution élue ne peut pas, par exemple, demander l'annulation d'un accord sur la modification du mode de calcul des salaires dont il critique la validité puisque ce point, qui concerne l'intérêt collectif de la profession, est hors de son champ de compétence[248]. De même, la faculté à réclamer l'exécution d'un engagement de la direction de paiement d'heures de travail pris au cours de l'une de ses réunions a été considérée comme excédant la mesure nécessaire à l'exercice de ses attributions légales[249]. Pourtant, en 2003, la Chambre sociale décidait que le manquement de l'employeur à un engagement unilatéral pris devant la représentation du personnel justifiait l'octroi de dommages-intérêts à cette dernière[250]. Une partie de la doctrine a vu, par cette reconnaissance au comité du droit de demander des dommages et intérêts, l'aptitude pour l'institution élue à représenter l'intérêt collectif des salariés de l'entreprise[251]. D'autres voix ont considéré qu'une telle solution était justifiée car il existait un contrat civil, ne serait-ce que tacite, entre le comité d'entreprise et l'employeur, qui lui permettait d'avoir qualité pour solliciter une réparation en cas d'inexécution de l'engagement unilatéral pris devant lui et avec son accord[252].

Seul un texte habilitant le comité d'entreprise à agir peut donc autoriser l'institution élue à assurer la défense d'un intérêt qui ne lui est pas personnel, tels les intérêts collectifs. Le Code du travail le prévoit ponctuellement, comme par exemple à l'article L. 2323-67 qui permet au comité de demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence. L'institution élue dispose également de la faculté de faire appel des décisions du tribunal de commerce statuant sur la liquidation judiciaire, le plan de sauvegarde ou le plan de redressement de la société (C. com. art. L. 661-1). Ces habilitations légales expresses demeurent cependant limitées et restrictives. Dans le silence de la loi, il apparaît que le comité d'entreprise ne peut prétendre défendre en justice les intérêts des salariés, les juridictions judiciaires ne tirant aucune règle générale des lois spéciales reconnaissant au comité qualité pour exercer certaines actions.

52. Enfin, « l'intérêt à agir du comité d'entreprise n'est pas l'intérêt de la société »[253]. La Chambre criminelle de la Cour de cassation n'admet pas son intervention dans les instances pénales pour abus de biens sociaux, son préjudice n'étant qu'indirect[254], même

[248] Cass. soc. 1er juin 1994, *Bull.*, V, n° 186, n° 92-18.896 : « Mais attendu que, s'agissant d'un accord d'entreprise conclu dans le cadre de la négociation annuelle entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives, la cour d'appel a jugé à bon droit que le comité d'établissement, qui n'était ni partie à l'accord ni de droit partie à sa négociation, n'avait pas, quel que soit son intérêt à agir, qualité pour en critiquer la validité ». V. obs. A. Lyon-Caen, *Droit social*, 1994, p. 715.

[249] Cass. soc. 23 octobre 1985, *Bull.,* V, n° 486, n° 84-14.272 : en l'absence d'accord bilatéral conclu entre l'employeur et le comité d'entreprise, la Cour a décidé que « celui-ci, qui n'avait pas qualité pour représenter les intérêts individuels des salariés ni les intérêts collectifs de la profession, n'était pas recevable à demander en justice qu'il soit prononcé sur la force obligatoire d'une décision unilatérale de l'employeur ».

[250] Cass. soc. 25 novembre 2003, *Bull*., V, n° 294, n° 01-17.501.

[251] I. Omarjee, La violation par l'employeur d'un engagement unilatéral en matière d'emploi, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2395.

[252] R. Vatinet, Le comité d'entreprise cosignataire d'un accord de fin de conflit a qualité pour en demander l'application, *JCP S*, 2006, 1927.

[253] M. Keller, préc., *Droit social*, 2006, p.861, spé. p. 863.

[254] Cass. crim. 7 juin 1983, *Bull. crim.,* n° 172, n° 83-91.210, *Revue des sociétés*, 1984, p. 119 ; Cass. crim. 11 décembre 2002, n° 02-82.679, *Bulletin Joly Sociétés*, 2003, p. 451 : « Attendu qu'en cet état, et dès lors que le comité d'établissement, n'ayant pas pour mission de représenter les salariés de l'entreprise, ne pouvait invoquer le préjudice subi par ces derniers, préjudice, en

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

si ce délit peut avoir des effets susceptibles de compromettre ses moyens et son existence. Pareillement, la Cour de cassation rejette la constitution de partie civile des syndicats en cas d'infractions économiques, même si les salariés ont eu à en subir les conséquences[255]. Les infractions au droit des sociétés ne visent donc qu'à protéger les intérêts de la société[256]. La Haute juridiction n'admet pas que tous les acteurs de l'entreprise, particulièrement les salariés[257], puissent se constituer partie civile lorsqu'une infraction est commise dans l'entreprise.

On peut justement conclure avec Madame Marianne Keller que « l'intérêt à agir du comité d'entreprise n'est ni l'intérêt individuel des salariés, ni l'intérêt collectif de la profession, ni l'intérêt social. Mais manque toujours la définition de ce qu'il est »[258].

b. L'opportunité de la qualité à agir pour la défense de l'intérêt collectif du personnel de l'entreprise

53. Cette position restrictive de la Chambre sociale de la Cour de cassation a conduit une partie de la doctrine, forte de la position de certaines juridictions, tant administratives que judiciaires, à se prononcer en faveur de la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise.

54. La qualité à agir du comité d'entreprise est appréciée différemment par les juridictions administratives, mais également par certains juges judiciaires, dont les décisions sont systématiquement cassées par la Chambre sociale. Les prémices d'une évolution semblent cependant perceptibles : du côté du CHSCT d'une part, et de la récente définition qu'a donnée la Chambre sociale de son intérêt à agir ; de la position des chambres civiles d'autre part, concernant l'action collective des associations.

55. Le Conseil d'Etat reconnaît à l'institution élue la qualité pour agir en représentation des intérêts collectifs du personnel de l'entreprise. Il l'affirme explicitement quand il admet que les comités d'entreprise représentent les salariés de l'entreprise[259]. Il l'établit implicitement quant il estime que l'action de l'institution élue est irrecevable lorsqu'il n'est porté ni atteinte aux intérêts des salariés dont l'article L. 2323-1 du Code du travail lui a confié la charge, ni à des intérêts propres[260]. La reconnaissance de la vocation du comité

tout état de cause, indirect, mais devait justifier d'un préjudice personnel découlant directement des infractions poursuivies, la cour d'appel a justifié sa décision ».

255 Cass. crim. 27 novembre 1991, *Bull. crim.*, n° 439, n° 89-86.983, *Bulletin Joly Sociétés*, 1992, p. 405 : la Cour de cassation a rejeté l'action du syndicat, considéré comme non recevable à agir dans une affaire d'abus de biens sociaux commis par l'employeur.

256 Cass. crim. 4 novembre 1988, *Bull. crim.,* n° 373, n° 88-83.468.

257 Les salariés ne peuvent être considérés comme ayant subi un préjudice direct : Cass. crim. 7 mars 2000, n° 99-81.011, *Bulletin Joly Sociétés*, 2000, p. 720 ; Cass. crim. 28 janvier 2004, n° 03-81.345, note G. Auzero, *Bulletin Joly Sociétés,* 2004, p. 827 ; Cass. crim. 23 février 2005, n° 04-83.768, *Bulletin Joly Sociétés*, 2005, p. 845.

258 M. Keller, préc., *Droit social*, 2006, p.861, spé. p. 863.

259 CE, 4 janvier 1985, n° 20.412 : « Sur la recevabilité de la demande des comités d'établissement devant le tribunal administratif : considérant que la circonstance que les dispositions du code du travail ne leur reconnaissent la personnalité civile que pour la gestion des œuvres sociales de l'entreprise ne fait pas obstacle à ce que le comité d'entreprise ou les comités d'établissement se pourvoient devant le juge administratif par la voie de l'excès de pouvoir contre les décisions administratives autorisant le licenciement, pour raison économique, des salariés de l'entreprise ou des établissements qu'ils représentent ; qu'ainsi, la demande présentée devant le tribunal administratif par les deux comités d'établissement (…) était recevable ».

260 CE, 1er décembre 1993, n° 111.730, *RJS,* 1994, n° 715.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'entreprise à représenter le personnel résulte aussi du fait qu'il a « qualité pour déférer au juge de l'excès de pouvoir (…) les mesures qui sont de nature à affecter les conditions d'emploi et de travail du personnel dans l'entreprise »[261]. Ces mesures ne doivent pas nécessairement relever du strict domaine du droit du travail. Il peut s'agir d'une décision de nature économique dont les retombées sociales qu'elle aura sur les salariés de l'entreprise caractérisent l'intérêt du comité à faire un recours pour excès de pouvoir aux fins de permettre un contrôle de la légalité de la décision économique en cause.

Par ces décisions, la jurisprudence administrative donne, selon Madame Raymonde Vatinet[262], une portée effective aux dispositions de l'article L. 2323-1 du Code du travail : le comité d'entreprise ayant pour objet d'assurer une expression collective des salariés, il doit avoir qualité à agir en justice dans l'intérêt collectif de ceux-ci. Dès lors, il a qualité pour agir chaque fois que sont spécialement en cause les intérêts du personnel de l'entreprise au sein de laquelle il a été mis en place.

Ce faisant, la jurisprudence administrative se différencie de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation. On constate cependant que des décisions des juridictions du fond ont pu déclarer recevable une action du comité d'entreprise, sans que soit invoqué l'intérêt individuel des salariés ou l'intérêt collectif de la profession. Certes l'action apparaît être aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise, mais cela n'est pas explicitement affirmé par les juges qui admettent l'action du comité fondée sur son intérêt propre. La Cour d'appel de Paris a ainsi admis la recevabilité de l'action du comité en contestation de l'application de l'article 1224-1 du Code du travail[263]. Elle indique que « le comité d'entreprise invoque avec pertinence qu'il a un intérêt direct et personnel à agir » et qu'il est « de manière immédiate, concerné par le changement d'employeur au regard de ses attributions aussi bien économiques que sociales ». Une position confirmée dans une décision du 18 décembre 2008. Encore dans une affaire concernant l'article L. 1224-1 du Code du travail, la Cour d'appel de Paris reconnaît au comité d'entreprise sa qualité à agir pour défendre son intérêt propre dans le cadre d'une contestation relative à la légalité et aux effets d'une décision de transfert sur laquelle il a été consulté. Ainsi, « il ne peut être sérieusement soutenu qu'une fois qu'il a rendu son avis sur le projet en cause (…), le comité a épuisé son intérêt à agir » précise la Cour, avant d'affirmer que « nier la persistance d'un intérêt à agir du comité postérieurement à sa délibération, au seul motif qu'il a rendu son avis, et limiter l'expression du comité aux seuls lieu et moment de sa consultation serait ôter leur portée aux attributions propres, reconnues par la loi au comité en matière économique » et que donc, « pour ne pas devenir illusoire, l'exercice de ces attributions suppose (…) que le comité d'entreprise soit nécessairement doté du moyen de faire reconnaître en justice le bien-fondé de son point de vue (…) » [264].

Ces décisions n'éclairent pas sur la difficulté relative au fondement de l'intérêt à agir et à l'exigence posée par l'article 31 du Code de procédure civile. En effet, elles s'appuient sur la mission confiée au comité par l'article L. 2323-1 du Code du travail sans apporter de réponse à la question des intérêts défendus. Qui plus est, concernant la question particulière

[261] CE, 3 mars 2006, n° 287.960, R. Vatinet, Le droit d'action du comité d'entreprise devant les juridictions administratives - A propos de CE, 3 mars 2006, Sté Oberthur Fiduciaire c/ CCE de l'Imprimerie nationale, *JCP S*, 2006, 1490 ; O. Gouël, Les jurisprudences administrative et judiciaire s'opposent, *Semaine sociale Lamy,* 2006, n° 1256.

[262] R. Vatinet, préc., *JCP S*, 2006, 1490.

[263] CA Paris, 18ème ch. C, 10 novembre 2005, n° 04/10978, *Semaine sociale Lamy*, 2005, n° 1241. V. aussi TC Nanterre, 11 décembre 1986, *Gazette du palais*, 1987, jurisprudence, p. 159.

[264] CA Paris, 18ème ch. C, 18 décembre 2008, E. Lafuma, Note sous arrêt, *Droit ouvrier,* 2009, p. 447.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de la recevabilité à contester l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail par le comité d'entreprise, la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 mars 2007, a tranché. Elle considère l'action en justice de l'institution élue irrecevable en rappelant à nouveau que « le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés ou de se joindre à l'action de ces derniers lorsque ses intérêts propres ne sont pas en cause »[265].

Mais, sans invoquer l'intérêt individuel des salariés ou l'intérêt collectif de la profession, le comité devrait avoir qualité à agir, selon les juges du fond, quand une décision présente « de manière incontestable des répercussions sur les contrats de travail »[266] et que l'action tend « à voir reconnaître le droit collectif des salariés »[267].

56. Cette position n'est pas celle de la Chambre sociale, qui applique strictement la règle de l'irrecevabilité des actions collectives. Pourtant, un assouplissement de sa rigueur est observé. Il est conduit par d'autres formations de la Cour de cassation qui se prononcent en faveur d'une plus large recevabilité des associations pour défendre un intérêt collectif. La première Chambre civile de la Cour a ainsi admis, au visa de l'article 31 du Code de procédure civile, que « même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom des intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social »[268]. L'exigence de l'habilitation législative est ici abandonnée, la recevabilité de l'action visant la défense d'un intérêt collectif étant subordonnée au seul fait que l'intérêt défendu par l'association devant les tribunaux entre dans son objet social. L'existence d'une qualité à agir n'est donc plus nécessaire à l'action pour la défense d'un intérêt collectif.

De cette solution concernant l'action collective des associations, formulée en termes généraux, est-il possible de tirer les fondements d'une extension au comité d'entreprise ? L'organe collégial de représentation n'a pas la forme juridique d'une association, ne possède ni statut ni objet social, mais dispose d'une mission - octroyée par la loi - par laquelle il doit veiller à la prise en compte des intérêts des salariés dans les décisions patronales[269]. Or il ne paraît pas exclu qu'un lien puisse exister entre l'intérêt que l'action en justice se propose de défendre et la mission du comité d'entreprise qui la conduit. La Chambre sociale semble l'avoir reconnu s'agissant du CHSCT dans un arrêt du 2 décembre 2009[270]. A la suite de l'effondrement du terminal 2 E de l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle, un des CHSCT de la société Air France - institution ayant la personnalité morale lui permettant d'agir en justice[271] - s'était constitué partie civile. Cette constitution avait été déclarée irrecevable

[265] Cass. soc. 14 mars 2007, préc., *Bull.,*V, n° 51, n° 06-41.647.

[266] CA Paris, 18ème ch. C, 18 décembre 2008, préc.

[267] *Ibid.*

[268] Cass. 1ère civ. 18 septembre 2008, *Bull.,* I, n° 201, n° 06-22.038, X. Delpech, Droit d'agir d'une association, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2437 ; N. Dupont, Recevabilité de l'action en justice d'une association non habilitée à agir par la loi, *JCP G*, 2008, II, 10200. Cette décision reprend, en les amplifiant, des solutions admises par d'autres formations de la Cour de cassation : Cass. 2ème civ. 27 mai 2004, *Bull.,* II, n° 239, n° 02-15.700, obs. E. Lamazerolles, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2931 ; Cass. 3ème civ. 26 septembre 2007, *Bull.,* III, n° 155, n° 04-20.636, obs. P. Jourdain, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 305.

[269] Article L. 2323-1 al. 1 du Code du travail.

[270] Cass. soc. 2 décembre 2009, *Bull.*, V, n° 275, n° 08-18.409, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel, quatrième trimestre 2009 (1ère partie), *Semaine sociale Lamy*, 2010, n° 1441.

[271] Cass. soc. 17 avril 1991, *Bull.*, V, n° 206, n° 89-17.993.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale qui exige un préjudice direct et personnel[272]. Le comité d'hygiène et de sécurité, ne disposant pas de fonds propres, avait demandé à la compagnie aérienne le remboursement des frais de procédure et des honoraires d'avocat[273]. Suite au refus de l'employeur qui considérait que l'action de son CHSCT, vouée à l'échec car ne visant pas à la réparation d'un préjudice personnellement subi, était abusive, le comité avait alors saisi le juge. La Cour de cassation a rejeté cette analyse et livré une nouvelle définition de l'intérêt à agir du CHSCT en estimant « qu'il entre dans sa mission, aux termes de l'article L. 4612-1 du code du travail, de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ; qu'il en résulte que si son action devant les juridictions pénales a été déclarée irrecevable en application de l'article 2 du code de procédure pénale, faute de préjudice direct et personnel né des infractions poursuivies, la cour d'appel, qui a constaté que cette action n'était pas étrangère à sa mission, en a déduit à bon droit qu'en l'absence d'abus, les frais de procédure exposés par le CHSCT qui n'a aucune ressource propre, devaient être pris en charge par l'employeur ». Dans cette décision, la Chambre sociale admet que le CHSCT peut ester en justice pour toute action qui n'est pas étrangère à sa mission. L'intérêt à agir en justice est ici clairement lié à l'objet de l'institution et non pas cantonné à la défense des intérêts propres de l'organe représentatif du personnel. Toute action en justice du CHSCT concordant avec sa mission est donc recevable. Cette décision permet, à notre sens, de soutenir qu'une position similaire puisse être reconnue pour le comité d'entreprise, organe collégial de représentation à l'instar du CHSCT.

La jurisprudence administrative l'affirme déjà, alors qu'une partie autorisée de la doctrine le défend.

57. Les auteurs sont nombreux à se prononcer en faveur de la recevabilité d'une action du comité d'entreprise pour la défense de l'intérêt collectif du personnel de l'entreprise[274].

Comme le souligne Monsieur François Gaudu, « entre l'intérêt de la profession et l'intérêt individuel, il existe un niveau intermédiaire, qui est celui de l'entreprise »[275]. Ce niveau intermédiaire appelle une représentation spécifique qui devrait être assurée par le comité d'entreprise. Ce dernier, « parce qu'il est l'organe chargé d'assurer l'expression collective des salariés dans le cadre d'une consultation sur les projets de décisions

[272] Cass. crim. 11 octobre 2005, préc., *Bull. crim.,* n° 254, n° 05-82.414, *Recueil Dalloz,* 2005, p. 2821.

[273] En l'absence de budget, la Cour de cassation reconnaît le droit au CHSCT d'être remboursé par l'employeur de frais liés à des actions menées devant les tribunaux. Elle conditionne cette prise en charge à l'absence d'abus dans la procédure mise en œuvre par le comité : Cass. soc. 25 juin 2002, *Bull.,* V, n° 215*,* n° 00-13.375 (s'agissant d'une action en contestation de la désignation du président du CHSCT) ; Cass. soc. 8 décembre 2004, *Bull.,* V, n° 328, n° 03-15.535.

[274] F. Gaudu, *L'emploi dans l'entreprise privée, essai de théorie juridique,* Thèse Paris I, 1986 ; F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives de travail,* LGDJ, 2000, n° 283, p. 326 ; F. Géa, L'intervention des différents acteurs de l'entreprise en matière d'exécution du plan social, *in Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi,* sous la dir. de J.-Y. Kerbouc'h et C. Willmann, La Documentation française, 2001, p. 139 ; M. Vericel, Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise, *Droit social*, 2007, p. 1153 ; M. Keller, Ouvrir l'action en justice du comité d'entreprise, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 431. Pour une position contraire, v. P. Maynial, préc., *Revue de droit du travail*, 2007, p. 428.

[275] F. Gaudu, La fraternité dans l'entreprise, *Droit social*, 1990, spé. p. 137.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

patronales (…) disposerait nécessairement de l'aptitude à agir pour contester la validité de ces dernières »[276].

Mais quelle distinction entre l'intérêt collectif de la profession et l'intérêt collectif du personnel ? Monsieur Frédéric Géa précise les raisons qui les différencient. Le critère de l'action en défense de l'intérêt collectif de la profession tient en la nécessité d'une question de principe dont la solution est susceptible d'être étendue puisqu'elle est destinée à protéger le salarié en tant que tel. Or en matière d'exécution d'un acte unilatéral, un intérêt collectif, autre que celui de la profession, peut aussi être lésé. Car l'acte unilatéral a vocation à être mis en œuvre uniquement dans le cadre de l'entreprise concernée, seul son auteur étant lié par cette norme qu'il a édictée. Il ne s'agit plus alors de défendre le salarié en tant que tel mais seulement les salariés d'un employeur. L'intérêt collectif du personnel, lésé en cas de non-respect d'une norme édictée par l'employeur, serait donc bien distinct de l'intérêt collectif de la profession puisqu'il concerne un groupe social plus restreint que celui constitué par les salariés d'une même profession[277]. Le comité d'entreprise pourrait alors être habilité à agir afin de défendre l'intérêt collectif du personnel. Monsieur Frédéric Géa avait semblé percevoir une évolution en ce sens de la Chambre sociale dans un arrêt du 18 mars 1997 déjà cité[278] dans lequel elle avait affirmé que « le comité d'entreprise ne tient d'aucune disposition légale le pouvoir d'exercer une action en justice au nom des salariés ». La Cour privait clairement dans cette décision le comité d'entreprise de la possibilité de représenter collectivement les intérêts individuels des salariés. Mais l'auteur remarquait que l'assimilation entre l'intérêt collectif de la profession et l'intérêt collectif du personnel d'une entreprise n'apparaissait plus comme un élément du raisonnement des magistrats et permettait, en conséquence, de ne pas fermer définitivement la voie judiciaire de l'action du comité d'entreprise dans l'intérêt collectif des salariés de l'entreprise[279]. La formulation par laquelle l'auteur percevait une possible évolution est toujours utilisée par la Cour de cassation dans ses décisions[280], mais elle n'a pas encore conduit, à ce jour, à la consécration de l'action de l'institution élue en vue de la défense de l'intérêt collectif du personnel.

58. La reconnaissance de l'intérêt collectif du personnel n'est pas la seule orientation doctrinale avancée pour permettre un élargissement du droit d'agir du comité d'entreprise. Madame Marianne Keller avance l'idée d'une action en justice du comité d'entreprise dont l'objet serait ce qu'elle nomme « un contrôle procédural de l'emploi et des conditions de travail »[281]. Cette proposition est inspirée par deux décisions du Tribunal de première instance de l'Union européenne (TPIUE) – anciennement Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) -, qui, en 2002, ont admis la possibilité d'intervention de représentants des salariés dans les procédures de contrôle d'une concentration. Ces décisions intervenaient alors que le même tribunal, en 1995[282], avait écarté, dans un premier

276 F. Petit, *préc.*, LGDJ, 2000, n° 283, p. 326.

277 F. Géa, préc., *in Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi,* sous la dir. de J.-Y. Kerbouc'h et C. Willmann, La Documentation française, 2001, p. 139.

278 Cass. soc. 18 mars 1997, préc., *Bull.,*V, n° 110, n° 93-43.989, 93-43.991 et 93-44.297, obs. G. Couturier, *Droit social,* 1997, p. 546 ; A. Lyon-Caen, *Recueil Dalloz,* 1998, p. 256.

279 F. Géa, préc., *in Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi,* sous la dir. de J.-Y. Kerbouc'h et C. Willmann, La Documentation française, 2001, p. 139.

280 Cass. soc. 14 mars 2007, préc., *Bull.,*V, n° 51, n° 06-41.647.

281 V. M. Keller, préc., *Revue de droit du travail*, 2007, p. 431.

282 TPICE 27 avril 1995, aff. T-96/92 et aff. T-12/93.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

temps, une telle possibilité en raison de l'absence d'intérêt propre et personnel à agir des représentants des travailleurs. Il avait rejeté le recours en annulation des institutions représentatives du personnel contre une décision de la Commission qui autorisait une concentration, estimant qu'une telle décision n'était pas « susceptible d'exercer une incidence sur le statut des organismes représentatifs des salariés, ou sur l'exercice des prérogatives et des missions qui leur sont confiées par la réglementation en vigueur »[283], et donc affecter leurs intérêts propres. Une solution similaire fut adoptée en 2000. Un syndicat et un comité d'entreprise avaient formé un recours pour faire annuler une décision de la Commission européenne qui déclarait incompatible avec le marché commun une aide de la France à une entreprise. Le Tribunal déclarait irrecevable ce recours, « les requérants n'étant pas directement concernés par la décision attaquée »[284].

A l'instar de la Chambre sociale de la Cour régulatrice, la juridiction européenne subordonnait donc la recevabilité d'un recours des représentants des travailleurs (dont le comité d'entreprise) à un intérêt personnel. Une position modifiée en 2002, quand le Tribunal admit qu'un comité central d'entreprise et qu'un comité d'entreprise européen, qui n'avaient pas attaqué eux-mêmes la décision de la Commission, puissent intervenir dans le recours intenté par l'une des parties à la concentration et fassent valoir les intérêts des salariés de cette façon[285]. Il a considéré « qu'en leur qualité de représentants des travailleurs de l'entreprise, le comité central de l'entreprise (…) et le comité européen (…) justifient d'un intérêt suffisant pour intervenir au présent litige » afin de « faire valoir les conséquences sociales pour les salariés de la décision » que le Tribunal prendra. Les représentants des salariés ont pu ainsi faire valoir les intérêts des salariés devant le tribunal, une formule de la juridiction européenne que Madame Marianne Keller juge généralisable. Le fondement de l'intérêt à agir du comité d'entreprise serait, selon l'auteur, d'une autre nature que l'intérêt collectif de la profession ou d'un personnel déterminé : celui de veiller à la garantie procédurale de l'expression collective des intérêts des salariés à l'occasion de toute prise de décision patronale de gestion au niveau de l'entreprise et du groupe. Au-delà du seul intérêt collectif du personnel de l'entreprise, l'intérêt à agir de l'institution élue serait l'intérêt collectif de l'entreprise « qui ne serait plus confondu avec la défense des seuls profits », avec l'idée de la défense de l'emploi en général dans la décision de gestion[286].

59. La Chambre sociale de la Cour de cassation reste encore insensible aux nombreux arguments avancés qui militent en faveur d'une admission plus large du droit d'agir en justice du comité d'entreprise, qu'ils soient issus de la doctrine ou des juridictions. Elle campe sur une répartition nette en la matière des rôles entre le comité et les syndicats professionnels. Une position qui apparaît désormais quelque peu dépassée eu égard à la reformulation de la mission de l'institution élue depuis 1982 et à l'élargissement constant de ses prérogatives. Le comité d'entreprise est devenu l'organe de représentation en charge de la défense des intérêts des salariés face aux décisions patronales. En ce sens, il est justement souligné

283 TPICE 27 avril 1995, aff. T-96/92, point 38.

284 TPICE, ordonnance du 18 février 1998, aff. 189/97. Le tribunal a énoncé que les « requérants ne peuvent faire valoir une atteinte quelconque de nature à démontrer que leur situation juridique est substantiellement affectée par la décision attaquée. Ils ne peuvent, dès lors, être considérés comme individuellement concernés par la décision attaquée (…). De surcroît, les requérants ne sont pas directement concernés par la décision attaquée » (points 45 et 46). La CJUE a confirmé l'analyse du TPICE (CJCE 23 mai 2000, aff. C-106/98, SFP).

285 TPICE, ordonnances du 26 juin 2002, aff. T-77/02, Schneider Electric SA/Commission. V. E. Pichot, Le contrôle communautaire des concentrations et les droits des salariés, 2004, http://www.social-law.net/rubrique.php3?id_rubrique=41&lang=.

286 M. Keller, préc., *Revue de droit du travail*, 2007, p. 431.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

que l'étude du contentieux en matière de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) « conforte l'idée selon laquelle [l'organe représentatif] est autorisé à défendre l'intérêt collectif des salariés »[287]. La Cour de cassation admet en effet que la demande de l'institution élue puisse permettre de faire valoir des règles de droit dont elle n'est pas destinataire et qui visent la défense des intérêts collectifs des salariés. C'est le cas lorsque la Cour régulatrice estime recevable l'action d'un comité d'entreprise aux fins de savoir si le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi est conforme aux exigences de l'article L. 1235-10 du Code du travail, comme elle l'a autorisée dans ses décisions Everite[288] et Samaritaine[289]. Une telle demande du comité d'entreprise, qui n'est pourtant pas fondée sur la violation d'une des prérogatives qui lui sont propres, est néanmoins jugée recevable.

60. Il est vrai qu'une telle action pour le comité, aux fins de la défense des intérêts des salariés d'une entreprise, relèverait de la fonction que lui a confiée le législateur. C'est ce que précise Madame Sandrine Jean quand elle énonce : « assurer l'expression collective des salariés pour défendre leurs intérêts nécessite une pluralité de prérogatives dont le droit d'agir en justice »[290]. A l'inverse, il est également soutenu que dans la mesure où le comité d'entreprise a été régulièrement consulté sur une question, il n'a plus la qualité pour agir à l'encontre des décisions prises sur le sujet. « Lui reconnaître une telle qualité pour toute question à propos de laquelle son avis doit être recueilli, lui donnerait un moyen d'agir directement sur les choix de la direction de l'entreprise par l'intermédiaire du juge »[291]. La discordance est pourtant patente. Il apparaît incohérent que le comité d'entreprise, en charge de l'expression collective des salariés et de la prise en compte permanente de leurs intérêts ne puisse, selon le droit judiciaire privé, agir en leur nom. A défaut d'une évolution de la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation, qui pourrait être similaire à celle constatée pour le CHSCT, une intervention du législateur apparaît donc souhaitable[292]. Elle permettrait la reconnaissance d'une action fondée sur l'objet même du comité qui répondrait parfaitement à sa mission de contrôle des décisions de l'employeur en matière économique.

Mais l'intérêt à agir du comité demeure encore propre et personnel. On constate cependant que la Cour de cassation, par de nombreux arrêts, met souvent en accord ce droit d'agir avec la mission légale d'expression de l'intérêt collectif des salariés du comité.

2. Des effets pour autrui de l'action du comité d'entreprise

61. Dans le silence de la loi, les représentants élus du personnel ne peuvent prétendre défendre en justice les intérêts des salariés de l'entreprise. Pourtant il apparaît que les effets de l'action de l'institution élue peuvent être plus importants pour autrui, et notamment les salariés, que les effets de l'action des syndicats, titulaires exclusifs de la qualité à agir au nom de leurs intérêts (a). Est-ce pour atténuer ces effets que le législateur a opéré un

[287] F. Géa, préc., *in Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi,* sous la dir. de J.-Y. Kerbouc'h et C. Willmann, La Documentation française, 2001, p. 139, spé. p. 155 ; F. Petit, *préc.*, LGDJ, 2000, n° 283, p. 326.

[288] Cass. soc. 17 mai 1995, Everite, *Bull.,* V, n° 159, n° 94-10.535, *Droit ouvrier,* 1995, p. 220 ; G. Couturier, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 436 ; Concl. P. Lyon-Caen, *Droit social,* 1995, p. 574 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 512.

[289] Cass. soc. 13 février 1997, 1ère espèce, *Bull.,* V, n° 63, n° 95-16.648*, Droit social*, 1997, p. 254 ; *RJS,* 1997, n° 268.

[290] S. Jean, *L'acte unilatéral de l'employeur*, Thèse Paris I, 1999, p. 218.

[291] M. Vericel, préc., *Droit social*, 2007, p. 1153.

[292] F. Petit, *préc.*, LGDJ, 2000, n° 283, p. 326.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

raccourcissement des délais octroyés au comité d'entreprise pour se prévaloir en justice d'une violation de ses attributions lors des procédures de licenciements ? (b)

a. Les conséquences de l'action en justice du comité d'entreprise sur le rapport contractuel

62. Lorsque l'intérêt de la collectivité est en jeu, le comité d'entreprise ne peut agir en justice qu'en démontrant qu'il existe un intérêt qui lui est propre. Il n'en reste pas moins que les intérêts personnels du comité d'entreprise entrent parfois en résonance avec les intérêts des salariés.

C'est particulièrement le cas lorsque la méconnaissance des attributions du comité d'entreprise constitue un trouble manifestement illicite[293] autorisant le président du Tribunal de grande instance à prescrire des mesures provisoires ou de remise en état. Les situations sont multiples et variées[294]. Elles sont particulièrement nombreuses en matière de restructurations suivies de licenciements pour motif économique lorsque des irrégularités de procédure permettent d'en obtenir la suspension[295], qui peut être assortie d'une astreinte[296]. La suspension de la notification des licenciements peut être ainsi ordonnée quand l'employeur substitue pendant la procédure un nouveau plan de sauvegarde de l'emploi à celui qu'il avait présenté[297]. On note d'ailleurs que « la saisine en référé du président du Tribunal de grande instance [par le comité d'entreprise] s'est développée et banalisée depuis une dizaine d'années, pour faire ordonner à un employeur de conduire ou recommencer régulièrement une procédure d'information et de consultation des représentants du personnel sur un projet de licenciement collectif ou pour faire suspendre cette procédure »[298].

[293] Article 809 du Code de procédure civile.

[294] Citons par exemple la suspension d'un projet de fermeture d'entreprise : Cass. soc. 16 avril 1996, *Bull.,* V, n° 163, n° 93-15.417, *Droit social*, 1996, p. 489 ; la suspension d'un projet de transfert d'activité (action à l'initiative du CHSCT) : Cass. soc. 12 juillet 2005, n° 03-10.633, *Droit ouvrier*, 2006, p. 130 ; la suspension d'une opération de fusion entre deux sociétés (action à l'initiative du comité d'entreprise européen) : Cass. soc. 16 janvier 2008, préc., *Bull.*, V, n° 6, n° 07-10.597 ; la suspension de la fermeture d'une usine : CA Versailles, 7 mai 1997, *Droit social*, 1997, p. 506.

[295] La suspension a pu être ordonnée, par exemple, en raison de l'absence de consultation régulière du comité en temps voulu (CA Versailles, 12 janvier 1996, *Droit ouvrier,* 1996, somm. 354) ou parce que le comité central d'entreprise n'avait pas été consulté avant le comité d'établissement alors que les mesures envisagées relevaient de la direction générale (TGI Strasbourg, ord. réf., 24 octobre 1995, *Droit ouvrier,* 1996, somm. 353). L'absence d'informations sérieuses sur les causes de suppression d'emplois constitue également un trouble manifestement illicite que le juge des référés doit faire cesser en faisant défense à l'employeur de poursuivre la procédure de licenciement collectif à peine d'astreinte (CA Paris, 1er ch. A, 8 septembre 1993, *RJS*, 1993, n° 1085). Le juge des référés peut également ordonner la suspension lorsqu'une décision de fermeture de site a été prise au mépris des dispositions de l'article L. 432-1 de l'ancien Code du travail (aujourd'hui article L. 2323-6 et s.), c'est-à-dire en l'absence de convocation du comité d'entreprise comportant à son ordre du jour la question de la fermeture dudit site ou d'un procès-verbal de réunion de celui-ci au cours duquel cette question aurait été régulièrement débattue (CA Paris, 1er ch. A, 1er mars 1994, *RJS,* 1995, n° 717). V également Cass. soc. 13 février 2008, n° 06-44.933.

[296] TGI Paris, ord. réf., 14 janvier 1999, *RPDS*, 1999, p. 77.

[297] Cass. soc. 17 décembre 2004, *Bull.,* V, n° 344, n° 03-17.031, *Semaine sociale Lamy,* 2005, n° 1199 ; *Recueil Dalloz,* 2005, p. 111 ; *JCP E*, 2005, 356 ; *Procédures,* 2005, n° 3, 71.

[298] J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *préc.,* Dalloz, 24ème édition, 2008, n° 90, p. 151.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

L'action en référé du comité d'entreprise pour violation de ses prérogatives assure donc la sauvegarde des intérêts des salariés dans la mesure où la procédure devra être recommencée. Par ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le comité utilise cette action dans un autre contexte que celui d'une opération entraînant des licenciements. Des ordonnances de juges des référés ont pu ainsi suspendre des projets patronaux intervenus en violation de la procédure de consultation prévue à l'article L. 2323-6 du Code du travail, car l'information fournie au comité avait été incomplète[299] ou que le temps laissé à son traitement s'était révélé insuffisant[300].

L'action en référé ne permet cependant qu'une sauvegarde relative des intérêts des salariés puisque le défaut de consultation du comité qui concerne une décision prise par l'employeur n'entraîne pas son abandon, mais son ajournement dès lors qu'elle n'est pas devenue définitive. Le non-respect des droits d'information et de consultation ne permet pas en conséquence au comité de s'opposer à la décision de l'employeur, qui pourra prendre effet dès que ce dernier aura rempli ses obligations. La Cour de cassation l'affirme par exemple clairement et de façon constante dans le cas des procédures de licenciement. C'est le cas quand elle juge qu'une irrégularité ayant trait à la procédure de consultation « permet seulement d'obtenir la suspension de la procédure de licenciement, si celle-ci n'est pas terminée »[301] ou, à défaut, l'indemnisation prévue à l'article L. 1235-2 du Code du travail. Le comité exerce certes un contrôle de la décision patronale, mais dépourvu de tout caractère contraignant dans la mesure où les sanctions encourues en cas de son non-respect n'atteignent que relativement peu la décision patronale.

63. Des sanctions plus efficaces en faveur de la préservation des intérêts des salariés existent cependant en cas de manquements à l'information et à la consultation de l'institution élue.

La Cour de cassation admet depuis très longtemps qu'en l'absence de consultation du comité d'entreprise lors de l'élaboration du règlement intérieur, ce dernier ne saurait être valable et entrer en vigueur dans l'entreprise[302], et être opposable aux salariés. Le défaut de consultation de l'institution élue dans ce cas précis semble être la seule situation où la sanction de l'inopposabilité[303] de la décision est retenue.

La nullité de la décision patronale prise en violation des droits de l'institution élue constitue également une sanction emportant des conséquences sur le rapport entre l'employeur et ses salariés, particulièrement en matière de procédure de licenciement économique. Le Code du travail l'invoque en énonçant, aux termes de l'article L. 1235-10, qu'un plan de reclassement s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi doit être présenté par l'employeur aux représentants du personnel, sous peine de nullité de la procédure de licenciement. Par ailleurs, lorsque la procédure est déclarée nulle, elle s'étend aux licenciements prononcés par l'employeur. Cette solution, issue de la jurisprudence de la

299 CA Paris, 20 septembre 1994, *Droit ouvrier*, 1995, p. 93.

300 TGI Lyon, 8 août 1991, *Droit ouvrier*, 1995, p. 93.

301 Cass. soc. 18 novembre 1998, *Bull.*, V, n° 501, n° 96-22.343, obs. F. Gaudu, *Droit social*, 1999, p. 99 ; Cass. soc. 11 janvier 2007, *Bull.*, V, n° 5, n° 05-10.350, P. Morvan, *JCP S,* 2007, 1123 ; Cass. soc. 12 novembre 2008, n° 07-43.242 : la procédure de licenciement est considérée comme achevée au moment de la notification des licenciements.

302 Article L. 1231-4 du Code du travail. Cass. soc. 4 juin 1969*, Bull.*, n° 367, n° 68-40.377, obs. J. Savatier, *Droit social*, 1969, p. 516.

303 Cette notion est définie comme « l'inefficience d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce tiers de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effet ». Cf. *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, Puf, 8ème édition, 2007, v° Inopposabilité.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Cour de cassation[304], est aujourd'hui codifiée à l'article L. 1235-11 du Code du travail qui dispose que lorsque la procédure de licenciement est nulle, le juge peut prononcer la nullité du licenciement et ordonner la réintégration du salarié, sauf si cette réintégration est devenue impossible[305].

Au-delà de l'hypothèse légale, la Cour de cassation a étendu la nullité comme sanction d'irrégularités dans des situations limitées. D'abord, la Cour a admis la nullité d'une procédure de licenciement économique lorsque l'irrégularité a été soulevée avant qu'elle ne s'achève, à un moment où la consultation à laquelle elle donnait lieu pouvait encore être suspendue ou reprise, alors que l'employeur avait poursuivi cette procédure jusqu'aux licenciements. Il s'agit de l'affaire « Euridep »[306] dans laquelle un différent relatif à l'établissement de l'ordre du jour est à l'origine de la saisine du juge des référés. Ensuite, la Cour a considéré que lorsqu'une première procédure de licenciement a été annulée en raison de l'insuffisance d'un PSE, la consultation sur un nouveau plan doit être entièrement reprise, à peine de nullité de la procédure de licenciement[307].

64. Clairement, la suspension en référé de la décision patronale irrégulière, comme sa nullité en référé ou au fond, toutes deux issues d'une action en justice propre du comité d'entreprise ont des conséquences sur les rapports entre salariés et employeur. Celui-ci devra régulariser la procédure, garante du respect des obligations qui lui incombent au profit des salariés, telle son obligation de reclassement qui vise à préserver l'emploi et faire que le licenciement soit, dans ce cas, le recours ultime. Certes, l'action en justice du comité d'entreprise n'autorise pas la réalisation individuelle des droits des salariés intéressés. Ceux-ci devront agir eux-mêmes, ou se faire représenter par une organisation syndicale lorsque la loi reconnaît aux syndicats une action de substitution[308], de telle sorte qu'ils puissent solliciter, lorsque les licenciements sont déclarés nuls, soit leur réintégration dans leur emploi, soit demander une indemnisation.

[304] Cass. soc. 13 février 1997, Samaritaine, *Bull.*, V, n° 64, n° 96-41.874, 96-41.875 (obs. G. Couturier, *Droit social*, 1997, p. 249 ; A. Lyon-Caen, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 171 ; F. Gaudu, *JCP*, II, 22843 ; P. Moussy, *Droit ouvrier,* 1997, p. 91 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 514) ; Cass. soc. 3 juillet 2003, *Bull.*, V, n° 207, n° 01-44.522 (*RJS*, 2003, n° 1141).

[305] La rédaction actuelle de l'article L. 1235-11 du Code du travail, issue de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, ne semble pas faire du prononcé de la nullité une obligation pour le juge, comme le faisait la formulation antérieure de l'article L. 122-14-4 de l'ancien Code du travail. Néanmoins, le texte actuel doit être interprété comme imposant au juge le prononcé de la nullité du licenciement lorsque la procédure est nulle, conformément à la position du Conseil constitutionnel (C.C., 13 janvier 2005, n° 2004-509 DC, point 26).

[306] Cass. soc. 14 janvier 2003, Euridep, *Bull.,* V, n° 5, n° 01-10.239, obs. L. Millet, *Droit social*, 2003, p. 344 ; *Semaine sociale Lamy*, 2003, n° 1107 ; *Recueil Dalloz,* 2003, p. 399 ; *JCP G*, 2004, I, 177. V. également Cass. soc. 7 avril 2004, *Bull.*, V, n° 108, n ° 02-17.128, *Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1179.

[307] Cass. soc. 10 février 2004, *Bull.*, V, n° 45, n° 02-40.182, *JCP E*, 2004, 547 ; Cass. soc. 16 avril 1996, *Bull.,* V, n° 164, n ° 94-11.660, 94-14.915 et 94-14.916.

[308] Les syndicats ont qualité pour défendre l'intérêt collectif des travailleurs (C. trav. art. L. 2132-3), mais également, dans des cas déterminés, qualité pour agir pour la défense des intérêts individuels des salariés. Il s'agit de l'action en substitution syndicale qui permet au syndicat d'agir à la place du salarié, sans qu'il soit nécessaire que celui-ci l'ait mandaté pour le faire. On peut citer, à titre d'exemple, le cas des actions résultant des dispositions légales ou conventionnelles régissant le licenciement pour motif économique d'un salarié (C. trav. art. L. 1235-8), de l'action pour la défense d'intérêts individuels de salariés ayant conclu un contrat à durée déterminée (C. trav. art. L. 1247-1) et de l'action visant à la défense des intérêts individuels dans le cadre de l'application d'une convention collective de travail (C. trav. art. L. 1144-2). Le bénéfice d'une action en substitution profite aux salariés qui peuvent invoquer le dispositif de la décision rendue.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Il ne fait pas de doute que cette « confusion complète entre la défense de ses intérêts propres et de ceux des salariés »[309] érige l'action en justice du comité d'entreprise en instrument de défense des droits de ces derniers. Parallèlement aux effets pour autrui que cette action provoque, on constate que le législateur, en 2005[310], a décidé d'opérer un raccourcissement des délais de l'action en justice du comité, spécifiquement l'action en référé, qui lui permet de se prévaloir d'une violation de la procédure de licenciement. La brièveté des délais qu'a choisie le législateur semble exprimer sa volonté de préserver d'un contentieux judiciaire l'employeur qui n'aurait pas observé une règle de procédure applicable aux licenciements économiques.

b. L'encadrement du contentieux du comité d'entreprise en matière de licenciement pour motif économique

65. Les règles relatives aux délais de recours contentieux, qui relevaient jusque là du droit commun, ont été modifiées en 2005 pour intégrer le Code du travail. Dans la situation qui prévalait antérieurement à la loi n° 2005-32, la saisine du juge des référés n'était soumise à aucun délai particulier et pouvait être exercée tout au long de la procédure, jusqu'à son achèvement. Aux termes de l'article L. 1235-7, le comité d'entreprise dispose désormais de quinze jours après chaque réunion pour saisir le juge des référés d'une contestation de « la régularité de la procédure de consultation des instances représentatives du personnel »[311]. Cette disposition mérite attention, tant par la brièveté des délais qu'elle instaure que par l'objet des contestations qu'elle vise. Des auteurs l'ont analysée comme la révélation par le législateur de « sa volonté manifeste de cantonner les débats judiciaires que peuvent susciter des projets de licenciements pour motif économique »[312], une analyse que ne paraissent pas contredire les travaux parlementaires[313]. En effet, l'alinéa 1 de l'article 1235-7 ne vise que l'action destinée à sanctionner les irrégularités de la procédure de licenciement

309 M. Vericel, préc., *Droit social*, 2007, p. 1156.

310 Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JO* 19 janvier.

311 La possibilité n'étant pas évoquée dans l'article L. 1235-7, la Cour de cassation décide qu'une procédure au fond à jour fixe, aux mêmes fins, n'est pas soumise à ces délais : Cass. soc. 26 juin 2008, n° 07-41.786, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1385. L'action devant le TGI statuant au fond reste donc ouverte au-delà de l'écoulement du délai de quinze jours suivant la dernière réunion du comité d'entreprise. Plus lente, elle s'avère cependant moins efficace en terme de maintien dans l'emploi.

312 A. Lyon-Caen, Justice et justification dans les réformes actuelles du droit du travail, *Droit ouvrier*, 2005, p. 283, spé. p. 284. V. aussi S. Maillard, Réflexions autour de l'article L. 321-16 du Code du travail, alinéa 1er du Code du travail, *RJS*, 2007, p. 507, spé. p. 509.

313 A. Gournac, *Rapport supplémentaire n° 39 fait au nom de la commission des Affaires sociales sur la lettre rectificative au projet de loi de programmation pour la cohésion sociale,* déposé le 26 octobre 2004, p. 18, http://www.senat.fr/rap/l04-039/l04-0391.pdf : « La fixation de délais de recours contre l'irrégularité de la procédure de consultation ou de licenciement est utile pour éviter le prolongement indéfini des actions contentieuses, ce qui peut être source d'insécurité juridique à la fois pour le salarié et l'employeur ». F. de Panafieu, D. Dord, *Rapport n° 1930 fait au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi, adopté par le Sénat, de programmation pour la cohésion sociale*, déposé le 18 novembre 2004, p. 371, http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r1930-t1.pdf : « Cet article vise par l'insertion dans le code du travail d'un article L. 321-7-2 à encadrer les délais de recours des actions en contestation des procédures de consultation et de licenciement pour motif économique afin d'accroître la sécurité juridique. De façon paradoxale, alors que les procédures applicables en matière de licenciement sont soumises à un ensemble complexe de règles et de délais contraignants dont le non-respect peut entraîner l'irrégularité desdites procédures, les recours en la matière sont largement ouverts puisqu'aucun délai n'existe en matière de référé et que la contestation des procédures de licenciement relève pour sa part des délais de droit commun. Le présent article vise à encadrer des délais dont la longueur actuelle, jointe à celle des procédures elles-mêmes, crée une insécurité juridique tant pour les entreprises que pour les salariés ; ces délais, tout en permettant un exercice effectif du droit de recours, devraient éviter une prolongation excessive de la période d'incertitude ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

économique, dont les titulaires sont le comité d'entreprise ou les syndicats. Or cette action, comme on l'a vu, peut être lourde de conséquences comme en témoigne l'importance du contrôle effectué par le juge des référés et l'étendue de ses pouvoirs, puisqu'il peut suspendre la procédure de licenciement. Ces nouveaux délais encadrant l'action en référé contiennent donc la capacité de « blocage » de la procédure de licenciements par le juge et tendent à multiplier le risque que des licenciements soient prononcés en dépit d'un manquement à la procédure de consultation du comité d'entreprise, acteur principal de la procédure.

66. Outre les délais, l'objet des contestations fait débat. Tout d'abord, quelles sont les procédures de licenciement économique visées ? L'article L. 1235-7 évoquant « chaque réunion du comité d'entreprise », les procédures concernant moins de dix licenciements sur une période de trente jours pourraient donc ne pas être concernées par ce dispositif. En effet, ces dernières ne requièrent légalement qu'une réunion de l'institution élue (C. trav. art. L. 1233-8), alors que les termes de l'article L. 1235-7 induisent une hypothèse de plusieurs réunions. Ensuite, l'article L. 1235-7 vise « la procédure de la consultation des instances représentatives du personnel » sans préciser si cette mention recouvre celle menée au titre des articles L. 1233-28 et s. du Code du travail, celle conduite en application des articles L. 2323-6 et s. du même Code, ou les deux. La circulaire du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations considère que l'article L. 321-16 – aujourd'hui L. 1235-7 - vise « les actions en référé relatives à la contestation de la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la marche générale de l'entreprise (livre IV) [C. trav. art. L. 2323-6 à L. 2323-15] et sur le projet de licenciement collectif pour motif économique (livre III) [C. trav. art. L. 1233-28 et s.] » [314].

Les tribunaux de grande instance adoptent des solutions contradictoires. Ceux de Créteil et d'Evreux ont pu décider de choisir celle énoncée par la circulaire, dans des ordonnances de référés en date du 12 mars 2007[315] et du 30 juin 2006[316]. Ne s'estimant pas tenu par la circulaire de 2005, le Tribunal de grande instance de Versailles s'est quant à lui opposé, le 5 mai 2006, à une telle interprétation. Il a décidé qu'en « l'absence de disposition ayant expressément étendu l'application de la procédure d'information consultation du livre IV [C. trav. art. L. 2323-6 à L. 2323-15] », seule la procédure tenue au titre du livre III de l'ancien Code du travail (C. trav. art. L. 1233-28 et s.) est visée par l'article L. 1235-7 car « les dispositions du Code du travail protectrices des salariés étant d'ordre public, les décisions entraînant une restriction de leurs droits sont d'interprétation stricte »[317]. La même position a été adoptée par une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance d'Evry[318]. La solution qu'adoptent les deux juridictions, paraît conforme à l'esprit des textes. Car si les deux procédures de consultation sont indéniablement liées – la loi prévoyant même

314 Circulaire DGEFP-DRT n° 2005-47 du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations, *BO Trav.*, n° 2, 28 février 2006, fiche n° 2 : les accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

315 TGI Créteil, 12 mars 2007, *RJS,* 2007, n° 721 : « il ne paraît pas contestable que le législateur a (…) entendu contribuer à resserrer dans le temps la période d'incertitude et de crise que fait naître l'annonce d'un plan de restructuration avec licenciements collectifs, pour que soit purgée, sans tarder, la procédure des vices qui pourraient lui être reprochés ».

316 TGI Evreux, 30 juin 2006, *RJS*, 2006, n° 1271 : la possible concomitance des procédures issues des actuels articles L. 2323-15 et 1233-28 du Code du travail justifie l'intégration de la procédure issue de l'article L. 1233-28 à celle visée par l'article L. 1235-7 du Code du travail.

317 TGI Versailles, 5 mai 2006, *RJS,* 2006, n° 939.

318 TGI Evry, 7 juillet 2006, *RJS*, 2006, n° 1271.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

expressément leur concomitance[319] -, elles n'en demeurent pas moins distinctes, fondées sur deux textes différents avec leur finalité propre. Cette solution permet en outre au comité d'entreprise d'agir en cas d'irrégularités de procédure et d'obtenir sa suspension[320], au-delà du délai de quinze jours dans lequel la loi cantonne l'action.

67. Dans leur mission de « dissiper les obscurités de la loi »[321], les juridictions nous renseignent également sur le champ d'application de « la régularité de la procédure de consultation » visée par l'article L. 1235-7 du Code du travail. Le Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand a ainsi décidé que cette procédure devait se distinguer de la procédure d'information du comité d'entreprise. Il est vrai que, malgré leur complémentarité, elles reposent sur des fondements juridiques distincts (C. trav. art. L. 1233-31 pour la procédure d'information ; C. trav. art. L. 1233-28 et s. pour la procédure de consultation), ce qui peut justifier qu'elles soient distinctes. Il faudrait donc en déduire que la contestation portant sur l'information délivrée au comité d'entreprise ne constitue pas une irrégularité de la procédure de consultation au sens de l'article L. 1235-7, et qu'elle pourrait donc être portée devant le juge des référés au-delà du délai de quinze jours suivant la dernière réunion du comité d'entreprise[322].

Le juge des référés pose donc des limites à la sécurisation voulue par le législateur dans les procédures de licenciements économiques, et aux atteintes à la mission de contrôle de l'institution élue que cette sécurisation constitue. Si en la matière la Cour de cassation n'a pas, à notre connaissance, adopté de position[323], l'étude des décisions des juges de première instance est une bonne illustration de la contribution que ceux-ci apportent à l'élaboration des attributions économiques de l'institution élue.

68. Au terme de ce développement, il peut être affirmé que la légitimité de l'intervention des salariés dans les décisions économiques, par l'intermédiaire de leurs représentants, est

319 Article L. 1233-30 al. 2 du Code du travail.

320 Cette suspension serait possible car la jurisprudence sociale admet qu'une irrégularité affectant la procédure de consultation au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail entache d'une irrégularité la procédure menée au titre de l'article 1233-28. Cass. soc. 17 juin 1997, Grands magasins de l'Ouest, *Bull.,* V, n° 223, n° 95-18.904 (*RJS*, 1997, n° 990 ; rapport J.-Y. Frouin, *Droit social,* 1997, p. 142 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 510) : il résulte de la combinaison des articles L. 432-1 (C. trav. art. L. 2323-6 et s.) et L. 321-3 (C. trav. art. L. 1233-29 et L. 1233-30) du Code du travail que la consultation du comité d'entreprise sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs prévue par le premier article et la consultation du même comité sur un projet de licenciement collectif pour motif économique prévue par le second constituent deux procédures distinctes, qui doivent être respectées l'une et l'autre ; si ces deux procédures peuvent être conduites de manière concomitante, sous réserve du respect des délais les plus favorables, la consultation simultanée du comité d'entreprise sur un projet de fermeture d'établissement et de licenciement collectif pour motif économique est nulle si la décision de fermeture d'un établissement a été préalablement arrêtée par l'employeur.

321 D. Balmary, Le licenciement économique : du contrôle à la négociation, *Droit social*, 2004, p. 272, spé. p. 274.

322 TGI Clermont-Ferrand, 10 janvier 2006, *RJS*, 2006, n° 939, S. Maillard, préc., *RJS*, 2007, p. 507.

323 Notons que la Cour de cassation s'est, en revanche, prononcée sur le champ d'application de la prescription de l'alinéa 2 de l'article L. 1235-7 du Code du travail qui dispose que « toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licenciement se prescrit par douze mois ». La Cour régulatrice limite le champ d'application de cette disposition aux seuls licenciements collectifs donnant lieu à un PSE et, dans ce cadre, aux contestations de nature à entraîner la nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique en raison de l'absence ou de l'insuffisance d'un PSE : Cass. soc. 15 juin 2010, n° 09-65.064, *Semaine sociale Lamy*, 2010, n° 1451. Les magistrats de la Chambre sociale vont donc à l'encontre de la conception plus large de l'administration qui, dans la circulaire DGEFP-DRT n° 2005-47 du 30 décembre 2005 (*BO Trav.*, n° 2), indiquait que « le délai de prescription de douze mois est applicable à la contestation de tout licenciement, qu'il soit individuel ou collectif ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

avérée. Cette légitimité ressort du renforcement continu et grandissant de l'information des comités d'entreprise en matière économique, tant par la loi que par l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de cassation. Mais l'information, préalable nécessaire, s'avère insuffisante pour permettre une participation effective du comité d'entreprise à la décision de gestion. C'est la raison pour laquelle elle s'accompagne, dans certains domaines, d'une consultation de l'institution élue. Il convient de s'interroger maintenant sur le point de savoir si les attributions consultatives exercées par le comité d'entreprise, fortes de l'information et des droits d'expertise mis à sa disposition, peuvent avoir une portée effective sur le pouvoir économique de l'employeur.

II. La portée du contrôle

Le droit du travail a imposé le partage de l'information « en obligeant l'employeur à rendre publiques, ou à diffuser auprès des salariés ou de leurs représentants, les informations relatives à la marche de l'entreprise, spécialement pour toutes les mesures affectant l'emploi »[324]. S'il n'a pas de pouvoir de décision en matière économique, le comité d'entreprise n'en a pas pour autant un rôle passif. La notion de consultation, qui caractérise l'exercice d'une large partie de ses attributions fait apparaître un encadrement procédural de la prise de décision dans l'entreprise (A). Outil par lequel le comité d'entreprise doit assurer la prise en compte des intérêts des travailleurs, la consultation peut se définir du point de vue de son impact sur le processus décisionnel (B).

A. La procédure de consultation

69. C'est principalement le droit public qui prend en compte la consultation[325]. Dans cette matière, la consultation est relative à la procédure d'élaboration des décisions. « Elle est une formalité liée à l'exercice d'un pouvoir unilatéral. Il s'agit de donner à des organes, constitués à cette fin, ou à des groupes réputés représentatifs, la possibilité d'intervenir dans le processus de décision en délivrant leur avis sur la décision en cause. L'autorité consultante doit mettre l'organisme consulté en mesure de se prononcer en connaissance de cause. (…) Quel que soit le contenu de l'avis qui sera délivré, l'autorité consultante demeure entièrement libre de sa décision »[326].

C'est le même mécanisme qui régit dans l'entreprise le droit de consultation. Il se réalise selon une procédure qui reconnaît à l'institution élue le pouvoir d'émettre un avis avant que l'employeur ne décide. Cette procédure répond à un certain nombre de règles concourant à l'utilité de la consultation, tant au niveau de ses acteurs (1) que de son déroulement dans le temps (2).

1. Les acteurs de la procédure

70. La notion de consultation implique la rencontre entre les représentants du personnel et le titulaire du pouvoir de décision dans l'entreprise.

a. Les représentants du personnel

324 A. Supiot, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.

325 R. Vatinet, Les conséquences du défaut de consultation par le comité d'entreprise, *RPDS*, 1990, p. 59.

326 S. Laulom, *préc.,* Thèse Paris X, 1996, p. 44.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

71. Les représentants du personnel ayant vocation à être consultés se sont multipliés à mesure que la structure des entreprises se complexifiait. Différentes instances collégiales disposent de compétences d'ordre consultatif. Outre le comité d'entreprise, le comité central d'entreprise et les comités d'établissement sont susceptibles d'être consultés[327]. Pareillement, à l'échelle communautaire, les comités européens des entreprises ou groupes d'entreprises disposent, quand ils sont mis en place selon les prescriptions légales, d'attributions consultatives, conformément à l'article L. 2343-4 du Code du travail. Citons également le comité de la société européenne qui, à l'instar du comité européen, est consulté « lorsqu'interviennent des circonstances exceptionnelles affectant considérablement les intérêts des salariés » (C. trav. art. L. 2353-5). L'institution spécialisée du CHSCT a également vocation à être consultée par l'employeur dans les domaines spécifiques concernant la santé et la sécurité des salariés (C. trav. art. L. 4612-8).

b. Les interlocuteurs des représentants du personnel

72. Dans l'entreprise, le comité d'entreprise est présidé par l'employeur[328], selon l'article L. 2325-1 du Code du travail. Il peut se faire représenter, de façon expresse, par un salarié qui devra être en mesure d'exercer toutes les attributions de l'employeur liées à la présidence de l'institution élue[329]. Dans les entreprises à structure complexe, les textes ne désignent pas spécifiquement l'interlocuteur des représentants du personnel : ce dernier doit être le chef d'établissement ou son représentant, même si le chef d'entreprise peut également être habilité à accomplir cette tâche. S'agissant du comité d'entreprise européen d'un groupe de dimension communautaire, le Code du travail prévoit que le chef de l'entreprise dominante en assure la présidence[330]. En tout état de cause, l'utilité du mécanisme de la consultation est subordonnée au fait que la délégation du personnel ait face à elle un interlocuteur disposant de la réalité du pouvoir.

Le président de l'institution représentative du personnel est responsable de la consultation de l'instance collégiale. Outre les cas de consultation spécifique, elle doit être réunie périodiquement[331] selon un ordre du jour élaboré de façon conjointe entre le président et le secrétaire du comité[332]. Cette élaboration commune connaît cependant des exceptions. C'est le cas lorsque l'institution élue est réunie à sa demande[333]. Cela peut arriver également s'il y a désaccord entre le secrétaire et le président sur l'inscription à l'ordre du jour de

327 Articles L. 2327-2 et L. 2327-15 du Code du travail.

328 L'employeur peut être assisté éventuellement de deux collaborateurs qui ont voix consultative (C. trav. art. L. 2325-1 al. 2).

329 Le représentant de l'employeur doit avoir un pouvoir effectif d'information et de consultation du comité d'entreprise. Constitue le délit d'entrave le fait pour l'employeur de désigner un représentant qui se limiterait à entendre les questions du comité et à les transmettre à l'employeur : Cass. crim. 20 février 1996, *Bull. crim.*, n° 81, n° 94-85.863.

330 Article L. 2343-7 du Code du travail.

331 Une fois par mois pour les entreprises de cinquante salariés et plus, et une fois tous les deux mois dans les entreprises de cent cinquante salariés et plus (C. trav. art. L. 2325-14) ; une fois tous les six mois pour le comité central d'entreprise (C. trav. art. L. 2327-13) ; une fois par an pour le comité d'entreprise européen et celui de la société européenne (C. trav. art. L. 2343-3 et L. 2353-4).

332 C. trav. art. L. 2325-15 pour le comité d'entreprise ; C. trav. art. L. 2327-14 pour le comité central d'entreprise ; C. trav. art. L. 2343-10 pour le comité d'entreprise européen ; C. trav. art. L. 2353-17 pour le comité de la société européenne.

333 C. trav. art. L. 2325-14 pour le comité d'entreprise ; C. trav. art. L. 2327-13 pour le comité central d'entreprise ; C. trav. art. L. 2343-4 pour le comité d'entreprise européen ; C. trav. art. L. 2353-5 pour le comité institué auprès de la société européenne. Précisons que la Cour régulatrice décide que l'inscription d'office par l'employeur d'un point à l'ordre du jour du comité d'entreprise nécessite qu'un désaccord préalable entre les parties ait été constaté : Cass. soc. 12 juillet 2010, n° 08-40.821.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

consultations rendues obligatoires par une disposition législative, réglementaire, ou par un accord collectif ; dans ce cas de figure, les consultations sont inscrites de plein droit soit par le président, soit par le secrétaire[334].

73. Dans le cadre de groupes de dimension internationale, une difficulté peut surgir dans la mesure où pouvoir de direction et pouvoir économique peuvent être dissociés[335]. Alors que le pouvoir de direction est exercé par l'employeur, cocontractant du salarié, le pouvoir économique - qui détermine celui de direction - est exercé extérieurement à cette relation de travail. Dans pareil contexte, quel est alors l'interlocuteur des représentants du personnel ? La CJUE, par un arrêt du 10 septembre 2009[336], nous renseigne sur la personne responsable de la consultation, dans le cas particulier d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique dans une entreprise partie d'un groupe dans lequel le lieu de la prise de décision diffère du lieu où elle s'appliquera. En d'autres termes, qui doit consulter les institutions représentatives du personnel d'une filiale dans laquelle sont envisagés des licenciements dont l'origine émane de la société dominante ? En l'espèce, une société holding avait pris une décision qui devait conduire l'une de ses filiales à prévoir des licenciements. Pour la Cour de justice, « l'adoption au sein d'un groupe d'entreprises, de décisions stratégiques ou de modifications d'activité qui contraignent l'employeur à envisager ou projeter des licenciements collectifs fait naître pour cet employeur une obligation de consultation des représentants des travailleurs »[337]. En application de l'article 2 de la directive du 20 juillet 1998[338], l'employeur direct est donc le titulaire de l'obligation de consultation dont il est redevable « même si la décision concernant un licenciement collectif émane non de celui-ci, mais de l'entreprise qui le contrôle, et quand bien même il n'aurait pas été immédiatement et correctement informé de cette décision »[339]. Si l'entité dominante et l'employeur direct sont deux sociétés distinctes, ils disposent d'une personnalité juridique propre, et seul ce dernier est reconnu comme l'employeur des salariés dont le licenciement est envisagé. En conséquence, il est seul obligé de procéder à la consultation des salariés sans qu'il y ait partage de responsabilité avec l'entreprise dominante, même dans l'hypothèse d'irrégularités dans le déroulement de la consultation. L'employeur désigné par la directive comme responsable de l'organisation de la procédure d'information et de consultation est la personne physique ou morale partie au contrat de

334 C. trav. art. L. 2325-15 pour le comité d'entreprise ; C. trav. art. L. 2327-14 pour le comité central d'entreprise. Cette faculté d'inscrire les consultations obligatoires à l'ordre du jour n'est en revanche pas offerte aux secrétaires des comités d'entreprise européens et des comités de sociétés européennes puisqu'en cas de désaccord sur l'élaboration de l'ordre du jour, le président le détermine unilatéralement (C. trav. art. L. 2343-10 pour le comité d'entreprise européen ; C. trav. art. L. 2353-17 pour le comité de la société européenne).

335 V. C. Hannoun, L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 288.

336 CJCE 10 septembre 2009, aff. n° C-44/08, Akavan c/ Fujitsu Siemens Computers OY. Sur cette décision, v. F. Kessler, Un arrêt pour rien ? Ou les difficultés de déterminer avec précision le moment du déclenchement de la consultation, *RJS*, 2009, p. 786 ; J.-E. Tourreil, Impact des décisions de la société mère sur la procédure d'information consultation au sein d'une filiale, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2009, n° 265 ; M. Bonnechère, *Droit ouvrier*, 2010, p. 159 ; S. Vernac, L'information et la consultation des travailleurs lors de la restructuration d'un groupe, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 285 ; S. Laulom, Information et consultation des représentants des travailleurs lors de licenciement, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2010, n° 1444.

337 CJCE 10 septembre 2009, aff. n° C-44/08, point 49.

338 Article 2.4 de la directive 98/59/CE : « Les obligations prévues aux paragraphes 1, 2, et 3 s'appliquent indépendamment du fait que la décision de l'employeur émane de l'employeur ou d'une entreprise qui contrôle cet employeur ».

339 CJCE 10 septembre 2009, aff. n° C-44/08, point 43.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

travail, juridiquement responsable de la rupture du contrat. L'entreprise concernée par les licenciements est donc débitrice de l'obligation de consulter.

Cette affaire concerne spécifiquement une décision de procéder à des licenciements pour motif économique. Mais cette position de la Cour paraît pouvoir être étendue à tous les cas de consultation, indifféremment de l'objet de la décision. De surcroît, la législation française recèle un cas où elle admet que l'identification de l'instance d'information et de consultation ne dépend pas seulement du lieu de prise de décision mais également de ses effets. C'est ainsi que l'article L. 2323-16 du Code du travail prévoit, lorsqu'un projet de restructuration est de nature à affecter le volume d'activité ou d'emploi d'une entreprise sous-traitante, que l'entreprise donneuse d'ordre l'en informe, laquelle entreprise sous-traitante, à son tour, dispense immédiatement l'information à son comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel. Ici, « la vision de la consultation, [ou en tout cas de l'information], amarrée à la localisation du lieu de prise de décision est dépassée »[340]. Mais c'est bien à l'entreprise sous-traitante et non à l'entreprise principale qu'incombe cette obligation d'information de son comité.

Le choix de l'employeur direct comme responsable de l'information et de la consultation par la Cour de justice ne permet pas de saisir la disjonction, issue de l'organisation actuelle des entreprises, entre l'employeur et le centre de décision. L'employeur, certes titulaire de l'obligation d'information et de consultation, n'est responsable que des conséquences juridiques de la décision à l'origine des licenciements prise à un niveau supérieur. L'accès pour le comité d'entreprise au niveau réel de décision ne peut donc pas se faire par l'implication de la responsabilité des autorités centrales de la structure à laquelle la société appartient. Cette dernière, *via* le chef d'entreprise, est la seule interlocutrice de l'institution élue.

74. Pourtant, si pour la juridiction européenne l'entreprise affectée par les licenciements est l'unique responsable de la mise en œuvre de la procédure de consultation, la Chambre criminelle de la Cour de cassation considère qu'elle n'est pas la seule à laquelle le délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise peut être imputé. C'est l'arrêt du 28 octobre 2008 qu'elle a rendu dans l'affaire Marks et Spencer[341]. La Cour admet la condamnation du président d'un groupe auquel appartient l'entreprise ayant procédé aux licenciements, y compris lorsqu'il s'agit du dirigeant d'une société étrangère (en l'espèce, le président du conseil d'administration de la société Marks et Spencer UK), dès lors que ce dernier « a, en tant qu'auteur de la décision, personnellement participé à la commission de l'infraction ». Par cet arrêt, la Cour appréhende la dissociation entre le lieu où la décision a été prise et celui de ses effets en sanctionnant le véritable auteur de la décision à l'origine de l'infraction. Une sanction rendue possible notamment par le fait que l'article L. 2328-1 du Code du travail ne vise pas spécifiquement l'employeur ou son représentant et laisse donc au juge une liberté d'appréciation pour se prononcer sur l'imputabilité du délit d'entrave[342]. Cette position de la juridiction répressive est à rapprocher de celle qu'elle adopte quand elle considère que le président d'une société, même s'il confie à un représentant le soin de présider les institutions représentatives du personnel, engage sa

340 E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail,* LGDJ, 2008, p. 302

341 Cass. crim. 28 octobre 2008, n° 04-87.365 et n° 05-86.264.

342 V. C. Gaillard, Entrave au fonctionnement du comité central d'entreprise : responsabilité pénale du dirigeant d'une société mère étrangère, *JCP S,* 2009, 1141.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

responsabilité personnelle, s'agissant des mesures relatives à son pouvoir de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation d'une délégation de pouvoir[343].

2. Le moment de la consultation

75. Le moment de la procédure de consultation par rapport à la prise de décision de l'employeur est connu : il doit lui être préalable (a). Cette exigence est également requise dans l'hypothèse où sont menées parallèlement, dans la même entité, plusieurs de ces procédures au sein de différentes institutions représentatives du personnel. Mais c'est alors le moment de l'intervention de chacune de ces institutions et l'articulation de leurs différentes consultations qui peuvent soulever des difficultés (b).

a. Un moment préalable à la décision

76. S'agissant du moment de la consultation, la règle est limpide : « les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité d'entreprise (…) »[344]. Aujourd'hui codifiée à l'article L. 2323-2, cette règle trouve son origine dans la jurisprudence de la Chambre criminelle développée au cours des années soixante-dix dans laquelle le législateur de 1982 n'a eu qu'à puiser[345]. Les organisations syndicales qui avaient pris le parti d'engager des procédures de poursuite pour délit d'entrave lorsque le comité d'entreprise était placé devant le fait accompli, ont permis à la Cour régulatrice de réagir à l'absence de consultation préalable[346]. Dès cette époque, les entreprises ont donc été tenues de consulter le comité d'entreprise avant d'arrêter une décision[347]. Cette consultation préalable supposait, toujours selon la Chambre criminelle, que les représentants élus du personnel disposent d'informations précises et écrites et d'un délai d'examen suffisant avant la consultation. Ces exigences, posées par la Cour de cassation, sont inscrites depuis 1982 dans le Code du travail, aujourd'hui à l'article L. 2323-4[348]. Elles complètent la règle de l'antériorité de la procédure de consultation.

77. Si le caractère préalable de la consultation à la prise de décision est acquis, demeure la détermination du moment de son déclenchement. Le droit impose une consultation entre l'élaboration du projet et la décision d'application prise par l'employeur. Mais à quel stade de l'élaboration du projet doit intervenir la saisine du comité d'entreprise ?

[343] Cass. crim. 15 mai 2007, *Bull. crim.,* n° 126, n° 06-84.318, A. Cerf-Hollender, Délit d'entrave: généralisation de l'exclusion du jeu de la délégation de pouvoirs à tous les « pouvoirs propres » du chef d'entreprise, *Revue de science criminelle,* 2008, p. 349 ; B. Bouloc, Responsabilité pénale du chef d'entreprise. Délit d'entrave, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2008, p. 198 : « (…) Même s'il confie à un représentant le soin de présider le comité central d'entreprise, le chef d'entreprise engage sa responsabilité à l'égard de cet organisme, s'agissant des mesures ressortissant à son pouvoir propre de direction, sans pouvoir opposer l'argumentation prise d'une délégation de pouvoir ».

[344] Il convient de noter l'emploi du pluriel à cet article quand l'article L. 431-5 de l'ancien Code du travail utilisait le singulier en disposant que « la décision du chef d'entreprise doit être précédée par la consultation du comité d'entreprise (…) ».

[345] G. Couturier, Cinquante ans d'histoire, *Droit ouvrier*, 1995, p. 44.

[346] Cass. crim. 4 mai 1971, *Bull. crim.,* n° 131, n° 70-91.862, *JCP*, 1971, II, 168888.

[347] Il y a donc entrave aux attributions consultatives si la consultation intervient alors que la décision de l'employeur était définitive, peu important si celle-ci n'avait pas encore été mise en œuvre au moment du déclenchement de la procédure de consultation : Cass. crim. 13 décembre 2004, *Bull. crim.,* n° 405, n° 93-85.092, *RJS*, 1995, n° 252.

[348] L'article L. 2323-4 du Code du travail dispose : « Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise doit disposer d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

La Cour de cassation a déterminé ce moment. Elle prescrit qu'un projet « même formulé en termes généraux » et sans mesures précises et concrètes doit donner lieu à consultation, dès lors que son « objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise » et « que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause, dans son principe, le projet adopté »[349]. Une intervention du comité d'entreprise aux stades préliminaires de la prise de décision n'est donc pas requise, si l'employeur n'est pas en mesure de lui fournir des éléments qui puissent lui permettre d'évaluer les conséquences du projet. La consultation doit donc être déclarée inopérante, si elle empêche le comité d'entreprise d'appréhender les conséquences prévisibles d'un projet[350]. Ce n'est qu'exceptionnellement que la loi fixe précisément les délais séparant l'amorce de la procédure de consultation et la décision. C'est le cas en matière de licenciement collectif[351], procédure pour laquelle le Code du travail détermine également les informations particulières qui doivent être remises à l'occasion de la convocation à la première réunion de consultation[352], laquelle remise conditionne donc le début de la procédure.

La consultation, qui intervient à un moment où le projet patronal est suffisamment déterminé pour en évaluer les conséquences - afin de garantir l'utilité de l'intervention du comité d'entreprise dans la décision patronale -, doit également être plurale. C'est le cas lorsque les procédures sont complexes, nécessitant des décisions échelonnées. Dans ce cas de figure, la Cour régulatrice estime que chacune des décisions doit donner lieu à une consultation du comité d'entreprise[353]. Cela étant, s'il y a nécessité de consulter le comité à chaque étape du projet, l'information qui lui est fournie dès l'origine devra être suffisamment détaillée pour que sa vision des objectifs poursuivis et des conséquences sociales du projet soit claire[354].

78. En droit français, la notion de consultation préalable ne suscite plus guère de commentaires, tant elle est intégrée aux rapports liant le comité d'entreprise et l'employeur. Il en va différemment en droit communautaire où l'antériorité de la consultation n'est pas affirmée. C'est l'effet utile, dans ce cas, qui détermine le moment de la consultation. Celui-ci pourra se situer avant la prise de décision patronale, mais également après si l'effet utile de la consultation l'exige[355]. A défaut de dispositions claires en la matière, les juridictions, tant

349 Cass. soc. 12 novembre 1997, *Bull.*, V, n° 375, n° 96-12.314, obs. M. Cohen, *Droit social*, 1998, p. 87 ; J.-Y. Frouin, *RJS*, 1997, n° 1391 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 649.

350 V. en ce sens CA Paris, 20 septembre 1994, *Droit ouvrier*, 1995, p. 93 : la consultation est trop précoce lorsque dans le cadre d'une restructuration de société, les dirigeants consultent les représentants du personnel sans évoquer les conséquences sociales, qui n'ont pas encore été arrêtées. Dans cette espèce, la Cour d'appel déclarait nulle la réunion du comité d'entreprise compte tenu de l'absence d'information relative aux implications qui résulteraient, notamment sur le plan économique, de la restructuration prévue.

351 Article L. 1233-30 du Code du travail.

352 Articles L. 1233-10 en cas de licenciement de moins de dix salariés dans une même période de trente jours et L. 1233-31 du Code du travail en cas de licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours.

353 Cass. soc. 7 février 1996, *Bull.*, V, n° 47, n° 93-18.756, *RJS*, 1996, n° 417 ; obs. M. Cohen, *Droit social*, 1996.

354 CA Paris, 31 juillet 2009, n° 09/14577, *RJS*, 2009, n° 862.

355 L'effet utile est qualifié de « standard juridique » par Madame Elsa Peskine (E. Peskine, préc., *Revue de droit du travail*, 2007, p. 256). Sur la notion de standard juridique, v. F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Thèse Paris X, 2000, p. 331. Monsieur Frédéric Guiomard conçoit la notion de standard juridique comme fixant « un cadre purement argumentatif, qui autorise un débat sur la rationalité de l'action. Il ne fournit pas un modèle de conduite prédéterminé, mais une référence nominale qui définit les contours d'un débat sur la légitimité des actes. Il appartient ensuite aux parties intéressées de mobiliser cette règle,

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

européennes que nationales, se prononcent à l'occasion de décisions dont il est difficile de tirer une règle d'application générale.

Ainsi, la CJUE a apporté le 10 septembre 2009, dans l'affaire Fujitsu Siemens, des précisions quant à la détermination du moment de la consultation des représentants des travailleurs d'une filiale dans laquelle étaient envisagés des licenciements dont l'origine émanait de la société dominante[356]. Pour la Cour de justice, « l'adoption au sein d'un groupe d'entreprises de décisions stratégiques ou de modifications d'activité qui contraignent l'employeur à envisager ou projeter des licenciements collectifs fait naître, pour cet employeur, une obligation de consultation des représentants des travailleurs »[357]. L'obligation de consultation survient donc, en l'espèce, le jour de l'adoption de la décision stratégique qui va conduire l'employeur direct à prévoir des licenciements, peu importe que cette décision ait été prise par la société mère et que sa filiale n'en ait pas été correctement informée. La Cour précise que la naissance de l'obligation n'est pas liée au fait que l'employeur soit déjà en mesure de fournir aux représentants des travailleurs les renseignements fixés par la directive 98/59/CE, qui pourront être communiqués tout au long des consultations[358]. Il faut donc considérer que la seule décision de l'entité dominante constitue une élaboration suffisante d'un projet de licenciement pour la filiale, qui doit déclencher l'obligation de consultation de son comité d'entreprise même si elle n'a pas encore élaboré de projet. La disponibilité d'informations précises et complètes qui permettraient, par exemple, de renseigner le comité sur les conséquences dudit projet n'est pas utile ici au déclenchement de la procédure[359].

Cette décision semble donc exiger une consultation en amont de la prise de décision définitive de licenciement, puisque son déclenchement résulte de « l'adoption de décisions stratégiques ou de modifications d'activité » de l'entité dominante qui a conduit la filiale a envisager le projet de licencier. Le degré d'information et de préparation du projet de licenciement par la filiale ne doit pas être un élément qui va déterminer le moment du déclenchement de la procédure d'information et de consultation, puisque les renseignements devront être délivrés « en temps utile au cours des consultations »

d'engager une discussion sur cette légitimité, et de convaincre le juge du sens donné à la rationalité de l'acte ». L'auteur illustre ensuite sa définition par l'exemple du standard de la cause réelle et sérieuse de licenciement, que nous appliquons à l'effet utile. Ainsi, l'effet utile ne renvoie *a priori* à aucun modèle de conduite concrète. Il est impossible de dire à l'avance s'il induit que la consultation doit être préalable ou non à la décision. Mais le standard de l'effet utile invite chaque partie à débattre, à argumenter du moment de cette consultation et de convaincre le juge du bien-fondé de son interprétation de la situation.

356 CJCE 10 septembre 2009, aff. n° C-44/08, Akavan c/ Fujitsu Siemens Computers OY, v. n° 73. Rappelons qu'en l'espèce, une société holding avait pris une décision qui devait conduire l'une de ses filiales à prévoir des licenciements.

357 CJCE 10 septembre 2009, aff. n° C-44/08, point 49.

358 CJCE 10 septembre 2009, aff. n° C-44/08, points 53, 54 et 55. Ces informations sont celles énumérées à l'article 2.3 premier alinéa sous b) de la directive 98/59/CE qui peuvent se rapprocher de celles prévues par l'article L. 1233-31 du Code du travail, dont la communication doit se faire aux élus lors de leur convocation à la première réunion de consultation.

359 L'objectif de la directive du 20 juillet 1998 (article 2.4) est ici respecté : le droit prend en compte le phénomène de complexification des structures de l'entreprise qui conduit des travailleurs à être affectés par des décisions décentralisées prises à un niveau plus élevé que l'employeur immédiat. L'obligation d'information et de consultation pèse sur le seul employeur direct. Il doit prendre les mesures nécessaires à l'obtention d'informations dues aux représentants des travailleurs, sans pouvoir se prévaloir de la structure de l'entreprise pour se décharger de son obligation puisque la directive prévoit expressément qu' « en ce qui concerne les infractions alléguées aux obligations d'information, de consultation et de notification (…), toute justification de l'employeur fondée sur le fait que l'entreprise qui a pris la décision conduisant aux licenciements collectifs ne lui a pas fourni l'information nécessaire ne saurait être prise en compte ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

conformément aux prescriptions de l'article 2.3 de la directive, comme le souligne la Cour de justice. Celle-ci explique d'ailleurs l'objectif de cette obligation qui est de « permettre aux représentants des travailleurs de participer au processus de consultation aussi complètement et effectivement que possible », ce qui justifie que « toutes nouvelles informations pertinentes doivent être fournies jusqu'au dernier moment dudit processus »[360]. La seule condition pour entamer la procédure est que la filiale concernée par les licenciements envisagés soit déterminée. En matière de licenciement collectif pour motif économique, la position de la Cour de justice européenne semble être celle du caractère préalable de la consultation des représentants des travailleurs. Sa tardiveté risquait en effet de priver de tout effet « les propositions constructives » éventuellement formulées par les représentants des travailleurs, comme les y invite la directive[361].

Mais il demeure que c'est la seule décision de la filiale d'un projet de licenciements, à laquelle le comité d'entreprise a accès, qui doit donner lieu à sa consultation préalable. La décision stratégique ou les modifications d'activités arrêtées par le siège semblent hors d'atteinte de la consultation menée par la filiale, même si celle-ci aura vocation à recevoir toutes les informations pertinentes tout au long du « processus de consultation »[362]. Ne faudrait-il pas plutôt admettre alors le début de l'information et de la consultation du comité d'entreprise de la filiale à partir du moment où la société mère envisage la décision qui conduirait aux licenciements projetés, et ainsi ne conditionner son caractère éventuellement définitif qu'après la fin de la procédure de consultation dans la filiale ? Ce n'est pas ce qui semble résulter de la décision en cause, qui fait peser une lourde responsabilité sur la filiale. La détermination du moment précis de la prise de décision dans une entreprise transnationale à structure complexe n'est pas aisée et l'employeur local peut ne pas en être informé.

79. S'agissant de la consultation du comité d'entreprise européen, l'antériorité de sa consultation n'est également pas établie, sans être pour autant exclue. Aucune solution claire ne s'impose à la lecture de la loi (C. trav. art. L. 2342-4) et de la directive 94/45/CE. L'effet utile est alors convoqué, et on constate qu'il peut dicter une consultation préalable de l'institution européenne. C'est ce qu'ont décidé les juges français, mobilisés par le comité d'entreprise européen aux fins de contester une opération à l'échelle européenne, en l'occurrence l'affaire Renault-Vilvorde[363]. La position adoptée par les juges en l'espèce a conduit à des précisions sur les modalités de sa consultation. La problématique posée dans ce cas tenait à la question du caractère préalable ou non de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise européen. Selon la direction de Renault, cette procédure pouvait se faire à partir d'une décision déjà prise puisque ni l'accord de mise en place de l'organe de représentation européen, ni la directive du 22 septembre 1994, ni le Code du travail n'exigeait, à l'inverse des règles relatives au comité d'entreprise français, la consultation préalable du comité européen. La réponse de la Cour d'appel de Versailles a été claire sur ce point. Même si le principe d'antériorité de la consultation n'est pas absolu car non explicitement prévu dans la directive, la notion d'effet utile commandait que seul

360 CJCE 10 septembre 2009, aff. n° C-44/08, point 53.

361 Article 2.3 de la directive 98/59/CE.

362 D'après l'expression employée par la CJCE dans cette affaire.

363 CA Versailles, 7 mai 1997, *Droit social*, 1997, p. 506 ; M.-A. Moreau, C. Pettiti, A. Lyon-Caen, A propos de l'affaire Renault, *Revue des Barreaux d'Ile-de-France*, 1997, p. 133 ; C. Pettiti, *Gazette du Palais,* 1997, p. 22. Pour un récit détaillé et chronologique de l'affaire Renault, v. C. Didry, Le comité d'entreprise européen devant la justice : mobilisation du droit et travail juridique communautaire, *Droit et société,* 2001, n° 49, p. 911.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

le projet et non pas la décision irrévocable devait être soumis à la consultation du comité d'entreprise européen.

Cette « jurisprudence Renault Vilvorde » a contribué à faire évoluer les notions d'information et de consultation du comité d'entreprise européen. Sans affirmer de façon absolue le principe de l'antériorité par rapport à la décision à prendre, elle ne l'exclut pas pour autant si cette décision correspond à « l'impératif de temps utile ou plus simplement d'effet utile »[364]. Cet arrêt pose également un ensemble de critères permettant de concevoir l'utilité. Parmi ceux-ci sont « la place laissée aux observations, contestations et critiques ; l'importance ou le caractère irrémédiable ou non des préjudices susceptibles d'être causés, ou encore le respect d'une chronologie propice aux mesures ou réactions utiles, voire à une modification des résolutions initiales »[365].

Les réactions des institutions européennes face à la décision de fermeture de l'usine Renault de Vilvorde furent immédiates, et le travail législatif qui en a résulté a conduit à l'adoption de deux directives concourant à l'adaptation des représentations des travailleurs aux nouvelles formes des entreprises : la directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs[366] et la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne[367]. Si ces textes n'établissent pas avec certitude le caractère préalable de la consultation à la décision[368], l'affaire aura néanmoins permis au droit communautaire d'entamer un processus visant à sortir le droit du travail de son enfermement national.

L'antériorité de la procédure de consultation du comité d'entreprise européen a été également affirmée par la Cour de cassation, dans une affaire où il s'est vu récemment élevé au rang d'acteur incontournable des restructurations. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 2008[369], qui clôt le contentieux né du projet de fusion entre les sociétés Gaz de France (GDF) et Suez, lui reconnaît ce rôle. Cette décision rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 21 novembre 2006[370] confirmant l'ordonnance[371]

364 CA Versailles, 7 mai 1997, préc.

365 *Ibid*.

366 Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE* 294 du 10 novembre 2001.

367 Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *JOCE* L 80 du 23 mars 2002.

368 La définition de la consultation prévue à l'article 2 j) de la directive 2001/86/CE tend vers l'idée de son caractère préalable car elle suppose l'émission d'un avis par les représentants des travailleurs qui pourra être « pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la SE ». L'incertitude quant à l'antériorité de la consultation dans la directive 2002/14/CE est plus grande [cf. n° 225 et s.].

369 Cass. soc. 16 janvier 2008, *Bull.*, V, n° 6, n° 07-10.597. V. F. Champeaux, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1338 ; H. Tissandier, GDF-Suez : une étape incontournable dans la reconnaissance du rôle majeur des comités d'entreprise européens dans les restructurations, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 191 ; J.-P. Lhernould, Fusion GDF-Suez. La consultation du comité d'entreprise européen rajoute de l'eau dans le gaz, *RJS*, 2008, p. 279 ; B. Teyssié, Etendue des renseignements à fournir au comité d'entreprise européen, *JCP S*, 2008, 1155.

370 CA Paris, 21 novembre 2006, n° 06/20033.V. A. Cerati-Gauthier, Fusion GDF-Suez : la consultation du CEE s'impose, *Les Cahiers Lamy du CE*, 2007, n° 56 ; F. Champeaux, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1285 ; M. Cohen, Quand l'inobservation des droits des représentants du personnel perturbe la fusion GDF-Suez, *Droit ouvrier*, 2007, p. 105 ; L. Millet, Suspension de procédure

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

du même jour qui avait interdit à GDF « de prendre toute décision relative au projet de fusion » tant que le comité d'entreprise européen n'aurait pas donné son avis sur l'opération projetée, à l'issue d'une réunion convoquée dans les dix jours suivant le dépôt du rapport demandé aux experts auxquels le comité avait décidé de recourir. Rappelons brièvement les faits : alors qu'était projetée une opération de fusion entre Suez et GDF, la procédure de consultation du comité d'entreprise européen de GDF s'est trouvée contestée par les organisations syndicales, qui ont fait valoir que le comité n'avait disposé ni d'un délai suffisant, ni des informations pertinentes pour rendre un avis sur l'opération en cause. La Cour d'appel avait alors imposé le report de la tenue du conseil d'administration[372].

Cette affaire nous renseigne sur deux points : l'étendue de l'information du comité d'entreprise européen et la date de sa consultation. Concernant le premier point, le comité refusait de donner son avis, considérant qu'il n'avait pas été suffisamment informé, notamment sur les conséquences sociales du projet de fusion, et souhaitait recourir à un expert comme l'accord constitutif de l'institution le prévoyait. A cet égard, peu importait que certains membres du comité d'entreprise européen aient eu, par ailleurs, accès à certaines informations lorsqu'ils assistaient aux travaux de la commission économique mise en place par le comité central d'entreprise. La Cour d'appel décidait que « seule l'information communiquée à l'ensemble des membres peut fonder la décision de la Cour ». La Chambre sociale approuvait en énonçant que « les procédures de consultation du comité d'entreprise et du comité d'entreprise européen n'ayant pas le même objet, ni le même champ d'application, les renseignements fournis lors de la réunion du comité d'entreprise n'assurent pas nécessairement une complète information du comité d'entreprise européen ».

Sur le second point, qui concerne la date de la consultation, la Cour d'appel précisait que l'avis devait être préalable à la tenue du conseil d'administration. La Cour de cassation le confirmait en se fondant sur le Code du travail, la directive communautaire et l'accord de mise en place du comité d'entreprise européen. Mais quelle solution faudrait-il retenir si l'accord ne requiert pas l'avis du comité ? La directive et l'article L. 2343-7 du Code du travail rendent facultative la formulation d'un avis et n'imposent pas que la consultation doive être préalable à la prise de décision. Le seul critère déterminant le moment du déclenchement de la procédure d'information et de consultation reste celui de l'effet utile du dialogue noué avec le comité d'entreprise européen[373].

La solution viendra-t-elle alors de la nouvelle définition de la consultation issue de la directive du 6 mai 2009 ? A la lecture de son article 2 g[374], il apparaît que la consultation est tenue d'intervenir préalablement à la décision. Certains détails pourraient cependant laisser subsister un doute sur cette antériorité : la mention « sans préjudice des responsabilités de la direction » insérée dans la définition de la consultation notamment, mais aussi des

de consultation du comité d'entreprise européen de Gaz de France sur le projet de fusion GDF-Suez, *RPDS*, 2007, n° 741, p. 21 ; B. Teyssié, A propos de l'information du comité d'entreprise européen sur un projet de fusion, *JCP S*, 2006, 1969.

371 TGI Paris, ord. réf., 21 novembre 2006, n° 06/59279, *RPDS*, 2007, n° 741, p. 21.

372 V. E. Peskine, Information-consultation du CEE : à la recherche du temps utile, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 256.

373 CA Versailles, 7 mai 1997, préc., *Droit social,* 1997, p. 506.

374 Article 2 g) de la directive 2009/38/CE : « l'établissement d'un dialogue et l'échange de vues entre les représentants des travailleurs et la direction centrale ou tout autre niveau de direction plus approprié, à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs d'exprimer, sur la base d'informations fournies dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures proposées qui font l'objet de la consultation, sans préjudice des responsabilités de la direction, lequel pourra être pris en compte au sein de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

éléments résultant du préambule de la directive[375]. Ceux-ci devront cependant être écartés, selon nous, eu égard à la nouvelle définition de la consultation[376] et à « l'effet utile » des dispositions de la directive qui devra être assuré par la mise en œuvre des modalités d'information et de consultation des travailleurs, conformément au considérant n° 14 du préambule[377]. En tout état de cause, et même si, dans l'affaire GDF-Suez, les juges ont trouvé en l'espèce un appui dans l'accord de mise en place du comité européen, la Cour de cassation manifeste son souci de garantir que l'information et la consultation du comité d'entreprise européen ne soient pas privées d'effet utile. S'il paraît peu probable d'imposer les exigences de cette décision à des dispositions conventionnelles instituant un comité d'entreprise européen, eu égard à l'autonomie collective des partenaires sociaux en la matière, les textes relatifs à l'institution représentative du personnel européenne légale devront, eux, être interprétés à la lumière de cet arrêt.

b. Un moment à l'épreuve du concours de consultations

80. Pour appréhender juridiquement les opérations menées par les entreprises, le législateur a multiplié les instances élues et leurs attributions. Dans les entreprises pluricellulaires, plusieurs instances représentatives peuvent avoir vocation à être consultées sur un même projet. Mais si la consultation de chaque instance est acquise, demeure la question de leur coordination, celle-ci n'étant que rarement établie légalement. C'est donc l'objet à débattre qui déterminera l'articulation des consultations des différents comités.

81. Evoquons, en premier lieu, l'exercice coordonné des attributions consultatives des institutions élues françaises des différents niveaux de l'entreprise. Aux termes des articles L. 2327-2 et L. 2327-15 du Code du travail et d'une jurisprudence constante, la combinaison des interventions des comités d'établissement et du comité central d'entreprise est établie. Dans le domaine économique, le comité d'établissement est informé et consulté sur toutes les questions intéressant la marche générale de l'établissement, dans les limites des pouvoirs confiés au chef d'établissement. En cas de compétences cumulées du comité central et du comité d'établissement, les pouvoirs du chef d'établissement déterminent par leur étendue la partie du projet à soumettre à la consultation du ou des comités d'établissement concernés. Il en résulte une compétence ordonnée du comité central d'entreprise et du comité d'établissement pour la partie de la décision soumise à l'avis préalable de l'instance locale. Sa consultation est requise avant l'application ou l'adaptation à l'établissement de la décision de la direction générale qui aura fait l'objet d'une consultation du comité central d'entreprise[378]. Dans certains cas, le législateur a prévu expressément cette répartition des compétences, et donc la nécessité de consulter séparément le ou les

375 Considérant n° 14 de la directive 2009/38/CE : l'information et la consultation ne doivent pas « remettre en cause la capacité d'adaptation » de l'entreprise ; considérant n° 22 de la directive 2009/38/CE : l'information ne doit pas « ralentir le processus décisionnel ».

376 Proche de celle prévue dans la directive 2001/86/CE.

377 Considérant n° 14 de la directive 2009/38/CE : « Les modalités d'information et de consultation des travailleurs doivent être définies et mises en œuvre de façon à assurer un effet utile aux dispositions de la présente directive ».

378 Cass. crim. 27 mars 1990, n° 89-82.951, *RJS*, 1990, n° 502 ; Cass. crim. 11 février 1992, *Bull. crim.,* n° 68, n° 90-87.500, *RJS*, 1992, n° 1120 ; Cass. soc. 5 juillet 2006, *Bull.,* V,n° 239, n° 04-18.814, *Semaine sociale Lamy,* 2007, n° 1297 ; Cass. soc. 1er avril 2008, n° 07-12.713.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

comités d'établissement et le comité central d'entreprise, comme en matière de licenciement économique tel que prévu à l'article L. 1233-36 du Code du travail[379].

82. S'agissant du comité de groupe, il ne fait pas de doute qu'en tant qu'instance d'information, il contribue au fonctionnement du comité d'entreprise. Il renforce l'intervention économique de ce dernier en facilitant l'exercice de sa mission : le comité de groupe devient un instrument de lisibilité pour le comité d'entreprise puisque le niveau où il se situe est de nature à élargir le champ de vision du comité d'entreprise ordinaire[380].

83. S'agissant enfin de l'articulation des prérogatives des institutions communautaires et nationales, la situation est tout autre. La Cour de cassation a reconnu l'objet distinct des consultations européennes et nationales dans l'affaire GDF-Suez[381]. Cette consécration aura-t-elle des effets sur leur articulation ? A ce jour, si quelques juridictions ont pu décider de l'ordre des consultations, ces décisions restent néanmoins largement dépendantes des particularités de chaque espèce. Le législateur français et son homologue communautaire n'apportent pas de réponse, même si ce dernier en tente timidement une évocation.

« Ni le Code du travail, ni la directive 94/45/CE n'indiquent la chronologie de l'information et de la consultation des comités d'entreprise ; ils se contentent de définir les attributions du comité d'établissement, du comité central d'entreprise et du comité central européen. L'ordre des consultations n'est pas prescrit et peut donc se réaliser dans n'importe quel ordre ou de manière concomitante »[382]. Le Tribunal de grande instance de Sarreguemines résume ainsi l'état du droit français et communautaire. En l'espèce, la question de l'antériorité de la consultation du comité d'entreprise européen à celle du comité central d'entreprise était posée. La décision de fermeture de sites d'un groupe situé en France ayant été prise au niveau du siège allemand, la consultation des représentants du personnel n'aurait-elle pas dû débuter par celle de l'institution européenne ? L'enjeu était de taille car, à défaut, la procédure n'aurait-elle pas dû être suspendue ? En l'absence de textes imposant une chronologie des consultations, le juge des référés refusait de se prononcer en ajoutant à la loi. Seul l'accord de mise en place du comité d'entreprise européen aurait pu prévoir un ordre d'intervention.

379 Outre les modalités d'articulation entre institutions des différents niveaux d'une entreprise, les juridictions ont eu également à connaître de la question de la coordination des procédures de consultation du comité d'entreprise et du CHSCT [cf. n° 137].

380 B. Vuibert, *Dynamique et avenir du comité central d'entreprise, Instrument de dialogue social dans l'entreprise mondialisée*, Vuibert, 2007, p. 273.

381 Cass. soc. 16 janvier 2008, préc., *Bull.*, V, n° 6, n° 07-10.597. En l'espèce, le comité d'entreprise européen refusait de donner son avis, considérant qu'il n'avait pas été suffisamment informé, notamment sur les conséquences sociales du projet de fusion et souhaitait recourir à un expert comme l'accord constitutif de l'institution le prévoyait. A cet égard, peu importait que certains membres du comité d'entreprise européen aient eu, par ailleurs, accès à certaines informations alors qu'ils assistaient aux travaux de la commission économique mise en place par le comité central d'entreprise. La Cour d'appel décidait que « seule l'information communiquée à l'ensemble des membres peut fonder la décision de la Cour ». La Chambre sociale approuvait en énonçant que « les procédures de consultation du comité d'entreprise et du comité d'entreprise européen n'ayant pas le même objet, ni le même champ d'application, les renseignements fournis lors de la réunion du comité d'entreprise n'assurent pas nécessairement une complète information du comité d'entreprise européen ».

382 TGI Sarreguemines, ord. réf., 21 avril 2009, n° 9.09/00048, H. Tissandier, Caractère préalable de la consultation d'un comité d'entreprise et suspension d'un projet de fermeture d'entreprise : un espoir déçu, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 391.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Si l'information et la consultation doivent avoir lieu en « temps utile » selon les considérants n° 9 de la directive 2002/14/CE[383] et n° 46 de la directive 2009/38/CE[384], les textes communautaires restent muets sur la question de l'articulation des procédures de consultation. Le législateur français s'étant refusé à toute exclusion automatique d'une instance en place à l'arrivée du comité d'entreprise européen, les institutions européenne et nationale sont donc autonomes et indépendantes l'une de l'autre. Cette séparation ne les préserve cependant pas de se trouver en situation d'interaction quand une décision concerne à la fois les intérêts des travailleurs à un niveau transnational et, plus directement, le personnel des entreprises concernées, « les superpositions de leurs missions respectives ayant nécessairement des effets sur leurs interventions respectives »[385].

Plusieurs décisions ont été rendues par les tribunaux français, sans qu'aucune ligne claire ne ressorte. Si les solutions retenues par les juges des référés civils dépendent amplement des dispositions de l'accord de mise en place du comité d'entreprise européen, deux courants opposés semblent néanmoins se dessiner. Le Tribunal de grande instance de Nanterre a ainsi eu l'occasion de décider que la consultation du comité d'entreprise ne pouvait débuter qu'une fois achevée celle du comité d'entreprise européen[386]. Cette antériorité semble résulter des données spécifiques de l'espèce : selon le tribunal, la consultation du comité d'entreprise européen devait précéder la consultation des instances locales, car la décision venait de l'instance centrale. Peu après, le Tribunal de grande instance de Paris rendait une décision semblable ; elle était alors fondée sur les dispositions de l'accord ayant institué le comité européen qui prévoyait sa consultation préalable à celle de l'institution élue française[387]. A l'inverse, en 2007, le Tribunal de grande instance de Paris jugeait que la consultation du comité d'entreprise français pouvait précéder l'information du comité d'entreprise européen. Là encore, le juge se basait sur l'accord de mise en place de l'institution européenne qui en l'espèce « n'établissait aucune priorité d'information du comité d'entreprise européen par rapport au comité d'entreprise français ». Il en déduisait donc que, cette priorité n'étant imposée ni par la directive 94/45/CE, ni par la loi française, la consultation du comité d'entreprise ne devait pas être différée « jusqu'à ce que l'information du comité européen ait été complétée »[388].

383 Considérant n° 9 de la directive 2002/14/CE : « Une information et une consultation en temps utile constituent une condition préalable à la réussite des processus de restructuration et d'adaptation des entreprises aux nouvelles conditions induites par la mondialisation de l'économie, notamment au travers du développement de nouveaux modes d'organisation du travail ». Il convient de noter que cette notion de « temps utile » n'est pas reprise dans le corps de la directive.

384 Considérant n° 46 de la directive 2009/38/CE : « (…) La présente directive vise à assurer le plein respect du droit des travailleurs ou de leurs représentants de se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales (…) ».

385 P. Rodière, Le comité d'entreprise européen, quel impact pour le devenir des comités d'entreprise ?, *Droit social*, 2006, p. 1015.

386 TGI Nanterre, ord. réf., 1 août 2003, *Semaine sociale Lamy*, 2003, n° 1136 : « Si la consultation des instances européennes ne se traduit (…) par aucune obligation légalement exprimée d'antériorité de cette consultation sur celle propre à chaque entreprise du groupe, il convient de rechercher si, (…) au regard de la situation spécifique (…), l'information soumise à la consultation nationale [a] un effet utile, compte tenu des décisions de l'instance investie du pouvoir de décision. (…) L'intérêt chronologique d'une concertation première à l'échelle du comité européen s'impose logiquement dans la recherche de solution globale et est de nature à influer sur le projet présenté à la consultation nationale ». Enfin, le tribunal conclut à l'existence du « droit des salariés de l'entreprise nationale de bénéficier de la consultation européenne préalable ».

387 TGI Paris, ord. réf., 10 octobre 2003, *Recueil Dalloz*, 2004, somm. 379.

388 TGI Paris, ord. réf., 27 avril 2007, *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1306.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

On le voit, aucune position ferme n'est arrêtée. C'est ce constat qu'illustre bien la décision du Tribunal de grande instance de Sarreguemines qui dans l'affaire précitée, à défaut d'une chronologie instituée par accord, énonce : « on peut estimer que la consultation aille du haut, là où la décision est prise, vers le bas, là où la décision est appliquée ; mais on peut aussi estimer que la consultation du comité d'entreprise européen sera d'autant plus fructueuse que cet organisme sera éclairé par les avis des comités centraux d'entreprise et des comités d'établissement ».

En tout état de cause, et indépendamment d'une chronologie définie conventionnellement ou, à défaut, décidée par la direction, l'articulation des procédures de consultation devra répondre aux objectifs de la récente directive relative au comité d'entreprise européen qui énonce que « les modalités d'information et de consultation des travailleurs doivent être définies et mises en œuvre de façon à en assurer l'effet utile et à permettre une prise de décision efficace (…) » (article 1 paragraphe 2 de la directive 2009/38/CE). Malgré cet objectif d'« effet utile » qui doit guider l'aménagement des interventions des institutions, les orientations contradictoires des juridictions démontrent, pour une partie de la doctrine[389], la nécessité de préciser une chronologie des interventions des divers représentants des travailleurs, au moment où le problème reste entier malgré la révision de la directive sur les comités d'entreprise européens. Celle-ci prévoit au paragraphe 2 de son article 12 que « les modalités de l'articulation entre l'information et la consultation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation des travailleurs sont établies par l'accord visé à l'article 6 (…) »[390] et, comme cela est précisé dans le paragraphe 1 du même article, « dans le respect des compétences et des domaines d'intervention de chacune d'entre elles ». Cette dernière mention limite la liberté du groupe spécial de négociation (GSN) comme le souligne Madame Sylvaine Laulom[391], puisqu'une consultation préalable du comité d'entreprise européen pourrait être considérée comme portant atteinte aux compétences des instances nationales. A défaut de telles modalités définies par accord, la directive décide alors que « les Etats membres prévoient que le processus d'information et de consultation soit mené tant au sein du comité d'entreprise européen que des instances nationales de représentation des travailleurs » (article 12, paragraphe 3). Là encore, la directive ne livre pas d'indication sur l'ordre des interventions des institutions qui sont présentées comme autonomes. Si elle semble renoncer à toute position ferme relative à la chronologie des consultations, la directive inscrit malgré tout l'antériorité d'une consultation de l'institution européenne mais cantonne cette évocation dans le considérant n° 37 de son préambule qui énonce que « les législations et/ou la pratique nationale devraient éventuellement être adaptées pour que le comité d'entreprise européen puisse, le cas échéant, être informé avant ou en même temps que les instances nationales de représentation des travailleurs ».

Des relations qui doivent se nouer entre les institutions communautaire et nationale coexistantes dépend une meilleure circulation de l'information. Le bon fonctionnement des institutions est également lié au contenu de ces relations de telle sorte que leur juxtaposition ne soit pas source de conflits et de contentieux judiciaires au motif d'empiètements, tant est ténue la frontière des attributions et complexe l'articulation du rôle de chaque

[389] S. Laulom, La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1399 ; J.-P. Lhernould, La nouvelle directive CE européen : une victoire française…quelle victoire ?, *RJS*, 2009, p. 101.

[390] L'article 6 de la directive 2009/38/CE prévoit que l'accord détermine « les attributions et la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise européen ainsi que les modalités d'articulation entre l'information et la consultation du comité d'entreprise européen et les instances nationales de représentation des travailleurs (…) ».

[391] S. Laulom, préc., *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1399.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

instance. La prudence avec laquelle la directive du 6 mai 2009 évoque dans son préambule une antériorité de la consultation de l'institution européenne, ne permet pas d'établir de solution claire. Les termes du corps de la directive n'indiquent pas, selon nous, que la consultation du comité d'entreprise européen doive nécessairement être préalable à celle du comité français. Seuls les accords à venir[392] pourront désormais prévoir une hiérarchie de la consultation, pas nécessairement en faveur du comité d'entreprise européen. A défaut, il reviendra alors au juge de trancher, en justifiant sa décision par la situation particulière qui lui aura été soumise, en tenant compte de la réalité économique et sociale de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire. Dans ce cas, la consultation devra être menée à un moment où elle sera susceptible d'avoir le plus d'effet, et qui sera le plus utile à l'exercice d'un contrôle par le comité d'entreprise. Or ce moment peut varier tant l'hétérogénéité des situations est grande, et il n'est pas exclu qu'il puisse alors être postérieur aux consultations des instances nationales. Cela pourrait être le cas dans un groupe réunissant plusieurs entreprises présentes dans différents Etats membres. Dans cette hypothèse, une intervention postérieure à celle des instances nationales pourrait être pertinente. Le comité européen disposerait alors de l'ensemble des informations recueillies par les comités locaux et leurs avis sur le projet. On devine la probable diversité de ces avis, tant la situation et les intérêts des salariés peuvent varier selon les pays. En revanche, dans le cas de figure d'une entreprise unique réunissant des établissements dans plusieurs Etats membres, la consultation préalable du comité européen pourrait être plus adéquate. Comme à l'image d'un comité central d'entreprise, il représenterait les intérêts des salariés de toute l'entreprise pour les décisions transnationales, avant que ne soient entamées les consultations nationales sur la mise en œuvre du projet dans chaque état[393]. Cette solution présenterait cependant le risque que soit porté préjudice aux droits de consultation des travailleurs nationaux, ce que la directive réprouve[394]. Le comité d'entreprise européen n'a en effet pas vocation à se substituer aux instances nationales, ce qui conduit donc à juxtaposer deux procédures ayant le même objet, se cumulant au niveau national et transnational de façon concomitante.

Des questions quant au déroulement de la procédure de consultation demeurent. Elles perdureront certainement tant son champ d'application est étendu. Cela étant, le mécanisme consultatif garde une finalité fondamentale : celui, en tant qu'instrument d'information, de permettre au comité d'entreprise de jouer un rôle dans la prise de décision patronale.

B. La contribution à la décision par la consultation

84. Les compétences élargies des représentants élus leur « assurent plus qu'avant des prérogatives qui bornent les pouvoirs patronaux »[395]. Mais, si elles ne peuvent aboutir à une diminution de l'autorité patronale, elles doivent pouvoir l'orienter. En effet, « la participation doit être considérée comme la possibilité dont disposent les travailleurs d'exercer équitablement une influence sur certaines décisions. Cette faculté d'influence se traduit dans la participation institutionnalisée qui s'exerce par l'intermédiaire d'organes déterminés représentant les travailleurs » [396]. Cette influence des représentants du

[392] La directive 2009/38/CE pose la règle de la sécurisation des accords existants.

[393] G. Perrier, *La participation des travailleurs*, Thèse Paris II, 2005, p. 139.

[394] Article 12.2 de la directive 94/45/CE et article 12.1 de la directive 2009/38/CE.

[395] A. Jeammaud, Les lois Auroux : plus de droit ou un autre droit ?, *Critique de l'Economie politique,* 1983, n° 23/24, p. 223, spé. p. 236.

[396] W. Daubler, Participation des travailleurs et entreprises transnationales, *Droit ouvrier,* 1984, p. 333.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

personnel sur la décision patronale, si elle existe, doit se matérialiser par la procédure de consultation dont l'objectif, posé par le Code du travail est d'assurer « une expression collective des salariés, permettant une prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion (…) économique (…) de l'entreprise »[397]. C'est à l'aune de cette finalité que la consultation doit être menée par l'employeur qui « garde le pouvoir de prendre des décisions qui lui sembleront les meilleures, tout en ayant écouté les points de vue des représentants des travailleurs »[398].

1. La rigueur de la procédure de consultation

85. La procédure de consultation peut conduire à une certaine forme de participation du comité d'entreprise à l'élaboration de la décision (a). La séparation nette du droit du travail et du droit des sociétés semble cependant limiter cette contribution au seul versant social de ladite décision (b).

a. Le rôle de la consultation dans l'élaboration de la décision

86. La procédure de consultation met l'employeur face à des interlocuteurs à qui le droit donne la possibilité d'émettre des avis et des vœux[399], de faire des observations à la suite des informations qui leur ont été délivrées[400]. Ce dialogue, imposé légalement, induit une participation des représentants des travailleurs à la formation de la décision. Il doit permettre à la « fonction de contrôle »[401] de l'institution élue de trouver « une signification réelle »[402]. Le respect de la procédure « nourrit la légitimité de la décision que l'employeur prendra au terme du processus »[403]. L'échange exigé par les prescriptions légales peut aboutir « à influencer, infléchir effectivement la décision initialement projetée par l'employeur »[404]. La procédure de consultation aura alors dans ce cas concouru à l'élaboration de la teneur de la décision. En inscrivant la décision de l'employeur dans une procédure où participent des représentants des travailleurs, elle opère un glissement de l'unilatéral vers le collectif qui a conduit Monsieur Antoine Lyon-Caen à la qualifier d' « ersatz de négociation qui ne dit pas son nom »[405]. Une telle interprétation repose sur le fait que la procédure d'information et de consultation imposerait à l'employeur une exigence de démonstration[406] « au nom de la recherche, sinon de l'acceptation, au moins de l'adhésion des salariés ou de leurs

397 Article L. 2323-1 du Code du travail.

398 Avant-propos, *L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales*, sous la dir. de J. Vandamme, IRM, 1984, p.29.

399 Article L. 2323-3 du Code du travail.

400 Article L. 2323-4 du Code du travail.

401 J. Auroux, *préc.*, La Documentation française, 1982, p. 62 : « S'agissant d'assurer la portée de la consultation du comité d'entreprise, il ne suffit pas que celui-ci en dispose. Il est indispensable qu'il dispose du temps nécessaire pour l'étudier, préparer un avis et formuler des propositions : c'est ainsi que sa fonction de contrôle trouvera une signification réelle ».

402 *Ibid.*

403 F. Khodri-Benamrouche, Les exigences procédurales*, Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1340.

404 *Ibid.*

405 A. Lyon-Caen, Le comité d'entreprise et les restructurations, *Droit social*, 2004, p. 285, spé. p. 289.

406 E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008, p. 130.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

représentation au projet »[407] de décision. Cette proposition doctrinale tient compte de la fonction de consultation telle qu'elle est inscrite dans le droit communautaire, et notamment la directive du 11 mars 2002 qui la définit comme un « échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur » qui doit s'effectuer « en vue d'aboutir à un accord sur les décisions relevant des pouvoirs de l'employeur »[408]. En cela, elle s'éloigne de la fonction de contrôle censée caractériser la consultation du comité d'entreprise. L'idée de la consultation « en vue d'aboutir à un accord » n'est pas celle retenue par le droit français, qui ne reconnaît pas de négociation obligatoire avec l'institution élue avant la décision unilatérale de l'employeur[409].

87. A défaut d'attributions lui conférant de véritables pouvoirs sur la décision patronale comme un droit de veto ou de codécision, la procédure de consultation encadre le pouvoir de l'employeur qui devra s'y soumettre sous peine de sanctions pouvant contrarier le processus de décision qu'il a mis en œuvre. Cet encadrement de la décision par les règles relatives à la procédure de consultation permet donc une participation de ses acteurs à la formation de la décision. On peut considérer avec Monsieur Jean-Marc Béraud que « les comités, plus que des instruments de partage du pouvoir, sont les vecteurs d'une gestion plus rigoureuse et plus mûrie imposée aux employeurs ; plus que des droits conférés au comité, [nombre de dispositions du Code du travail] sont en réalité des obligations faites aux employeurs de penser leurs actions. (…) Le comité d'entreprise n'est qu'ici l'instrument de l'imposition aux employeurs d'obligations purement intellectuelles, au surplus pénalement sanctionnées »[410]. Une sanction pénale donc, mais également des sanctions civiles, dont les faibles conséquences qu'elles entraînent sur la décision patronale conduisent à s'interroger sur l'assise de l'intervention de l'institution élue dans l'élaboration et la prise de décision au sein de l'entreprise.

b. Les limites à la contribution de la consultation

88. C'est au contact avec le droit des sociétés que se mesurent les limites du droit du travail à assurer le respect des attributions consultatives du comité d'entreprise, et à asseoir un contrôle réel du comité sur la décision patronale. Si les représentants du personnel ont la faculté de connaître les actes juridiques régis par le droit des sociétés commerciales, leurs prérogatives ne leur permettent pas de les atteindre (b.1). Confronté à la cohabitation de ces deux droits qui s'ignorent l'un l'autre dans l'entreprise, il convient de s'interroger sur la pertinence d'une intégration de la consultation du comité d'entreprise dans la loi commerciale, aux fins d'une meilleure prise en compte des intérêts des salariés dans les décisions de gestion (b.2).

b.1. L'impuissance du droit du travail à atteindre les choix de gestion des entreprises

89. Peu importe la nature de l'opération appréhendée par le droit des sociétés. Ses effets sur les conditions d'emploi et de travail emportent l'application du droit du travail et notamment

407 A. Lyon-Caen, préc., *Droit social*, 2004, p. 285, spé. p. 289

408 Articles 2 et 4.3 e) de la directive 2002/14/CE.

409 Nous verrons dans la deuxième partie de l'étude si elle peut avoir une influence sur notre système de relations sociales [cf. n ° 239 et s.].

410 J.-M. Béraud, Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise, *in Analyse juridique et valeur en droit social. Etudes offertes à Jean Pélissier,* Dalloz, 2004, p. 55.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

du droit des comités d'entreprise. Interrogés sur la compétence consultative du comité, « les juges se sont prononcés en faveur d'une frontière poreuse entre droit des sociétés et droit du travail. (…) Si l'opération qui consiste en une transmission d'une part du capital peut être qualifiée d'opération patrimoniale d'ordre privé, l'argument ne saurait suffire à écarter l'application des dispositions relatives à la consultation des représentants du personnel, dès lors que celle-ci est susceptible d'avoir une incidence sur la condition des salariés »[411].

A cet égard, les dispositions contenues dans la sous-section 2 « Information et consultation sur l'organisation et la marche de l'entreprise » de la section 1 relative aux attributions économiques du comité d'entreprise[412] semblent couvrir toute initiative de nature à affecter la situation des salariés[413]. L'institution élue doit en effet être consultée, outre les questions intéressant la marche générale de l'entreprise (C. trav. art. L. 2323-6), sur tout projet de restructuration et de compression des effectifs (C. trav. art. L. 2323-15) et sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise (C. trav. art. L. 2323-19).

Le droit du travail a donc vocation à s'appliquer dès lors que l'opération projetée a des conséquences prévisibles de nature à influer sur la condition des salariés ; il n'est nul besoin d'être en présence de mesures envisagées de façon certaine et précise ayant des incidences sur leur situation[414]. Pour autant, le droit du travail n'atteint pas le choix de gestion, mais seulement la mesure sociale qui se limite à ses effets sur les conditions de travail et d'emploi.

90. S'il est vrai que de nombreux actes régis par le droit des sociétés doivent faire l'objet d'une consultation du comité d'entreprise avant leur adoption, les dispositifs procéduraux au service de l'action du comité en matière économique n'organisent pas un contrôle de la légitimité des choix de gestion. Seules les règles sociétaires et le droit commun des contrats permettent de mettre en cause la décision de gestion. Aux termes de l'alinéa 1 de l'article L. 235-1 du Code de commerce, la nullité d'un acte sociétaire « ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre[415] ou de celles qui régissent la nullité des contrats »[416]. En outre, l'alinéa 2 du même article précise que la nullité des actes et délibérations « autres que ceux prévus à l'alinéa précédent » ne peut résulter « que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats ».

« Les lois qui régissent la nullité des contrats », autrement dit le droit commun des contrats, permettent-elles d'envisager la nullité d'un acte régi par le droit des sociétés pour un défaut de consultation du comité d'entreprise ? Les juges ne semblent pas l'admettre. Le non-respect des attributions consultatives des représentants du personnel ne paraît pas pouvoir constituer un vice du consentement des parties, dans l'hypothèse d'un contrat de

411 V. E. Lafuma, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 178.

412 Section première du chapitre III consacré aux attributions économiques, placé dans le titre II du livre III de la deuxième partie du Code du travail.

413 L'affectation de la situation des salariés ne doit pas être nécessairement négative. La Cour de cassation a estimé que le comité d'entreprise doit être consulté lorsqu'une décision affecte le mode de rémunération des salariés, peu importe que la rémunération effective soit ou non avantageuse pour les salariés (Cass. soc. 28 novembre 2000, UAP, *Bull.,* V, n° 398, n° 98-19.594, *RJS*, 2001, n° 212).

414 Cass. crim. 2 mars 1978, Haulotte, *Bull. crim.,* n° 83, n° 76-92.008, *Droit social,* 1978, p. 375 ; P. Salvage, *JCP E,* 1978, II, 19052 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 648.

415 Livre II du Code de commerce intitulé : « Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique ».

416 Article L. 235-1 du Code de commerce.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

société. Il n'atteint pas non plus leur capacité, pas plus qu'il n'affecte l'objet et la cause de ce contrat. En revanche, la fraude a pu être avancée comme cause de nullité d'un acte juridique régi par le droit des sociétés, comme la délibération d'un conseil d'administration[417]. Une telle hypothèse, soutenue par Monsieur Maurice Cohen[418], résulte d'un arrêt de la Cour de cassation de 1998. Dans cette affaire où les membres du comité d'entreprise n'avaient pas été convoqués à une réunion du conseil d'administration, la Chambre sociale avait estimé que « l'absence des salariés ayant voix consultative, hors toute fraude, n'entache pas de nullité une délibération dont le seul objet était l'exercice d'une action en justice »[419]. Interprétée *a contrario*, cette décision permettrait de sanctionner par la nullité un acte pris en violation des attributions des représentants du personnel dans le cas où une volonté de porter préjudice aux droits du comité d'entreprise était démontrée[420]. Si le raisonnement juridique est intéressant, il ne semble pas, à notre connaissance, que des juridictions en aient fait usage. Madame Raymonde Vatinet souligne par ailleurs que la volonté de détourner la loi – nécessaire pour caractériser la fraude – est absente en cas de défaut de consultation qui ne constitue qu'une violation pure et simple de la loi[421].

La violation d'une disposition « impérative » ou « expresse » du livre II du Code de commerce peut également entraîner la nullité d'un acte juridique. Or, la consultation du comité d'entreprise ne figure pas dans ledit livre, une manifestation éclatante de l'« irréductible séparation »[422] entre droit du travail et droit des sociétés.

A défaut de pouvoir invoquer la nullité de l'acte, le comité d'entreprise, constatant une violation de ses attributions à l'occasion d'une opération appréhendée par le droit des sociétés, aura la faculté d'invoquer le délit d'entrave. Cette action pénale, basée sur l'article L. 2328-1 du Code du travail[423], entraîne des sanctions dissuasives[424] dont l'impact est à nuancer. En effet, les sanctions consécutives au délit d'entrave n'interviennent qu'après la décision prise en violation des droits du comité, sans comporter d'incidence directe sur cette dernière.

91. Ces « discordances normatives »[425] entre les différents corps de règles ne facilitent pas la prise en compte des intérêts des salariés. Elles entraînent des difficultés quant au respect du droit du comité d'entreprise d'être informé et consulté quand celui-ci interfère

417 Il a été admis que la nullité d'une délibération puisse reposer sur une fraude : CA Versailles, 12e ch., 29 juin 2000, A. Coeuret, Responsabilités encourues à l'occasion de la violation fautive d'un pacte d'actionnaires, *JCP E*, 2001, p. 181.

418 M. Cohen, *préc.*, LGDJ, 9ème édition, 2009, p. 588.

419 Cass. soc. 26 mai 1998, n° 95-15.883, *Bulletin Joly Sociétés*, 1999, p. 264.

420 Signalons également qu'une ancienne décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait tranché dans un sens totalement contraire (Cass. com. 17 février 1975, *Bull.,* IV, n° 44, n° 73-13.242) : « si le texte accorde seulement aux délégués une voix consultative, il n'en impose pas moins leur convocation et, si une décision est prise hors de leur présence, après que la séance a été déclarée levée, les décisions du conseil sont alors entachées d'irrégularités et doivent être déclarées nulles ». Mais ce recours portait sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 (*JO* 26 juillet).

421 R. Vatinet, Les conséquences du défaut de consultation par le comité d'entreprise, *RPDS*, 1990, p. 62.

422 P. Lokiec, Du nécessaire dialogue entre le droit du travail et le droit des sociétés, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 221.

423 L'action se décline pour le comité d'entreprise européen (C. trav. art. L. 2346-1), le comité de groupe (C. trav. art. L. 2335-1).

424 Une peine d'amende de 3 750 euros et un an d'emprisonnement sont encourus.

425 V. G. Perrier, *préc.*, Thèse Paris II, 2005, p. 145.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

avec un acte sociétaire. L'un des arrêts Sietam[426], qui concerne une opération patrimoniale consistant en la transmission négociée d'une partie du capital social, en est la parfaite illustration comme le rappelle Madame Emmanuelle Lafuma[427].

A l'occasion d'un projet de recomposition du capital social d'une société d'un groupe, le comité d'entreprise, s'estimant insuffisamment informé, avait saisi le juge des référés pour faire ordonner la suspension de la procédure. Sa demande ayant été favorablement accueillie, l'employeur faisait appel, arguant qu'une cession d'actions, en tant qu'opération patrimoniale de droit privé, ne pouvait être différée par le jeu des règles du Code du travail. La cession d'actions fut réalisée avant que la Cour d'appel ne rende son jugement qui confirmait l'ordonnance initiale. Dans son arrêt de rejet, la Cour de cassation mentionnait explicitement d'une part, le pouvoir de faire cesser le trouble manifestement illicite qui résultait du non-respect de la procédure, notamment en la suspendant ; et d'autre part, que « le respect de cette formalité » n'avait pas pour effet de différer une opération patrimoniale. « Pouvoir des juges des référés de suspendre la procédure menée irrégulièrement d'un côté, absence d'incidence d'une telle suspension sur la mise en œuvre de l'opération patrimoniale de l'autre. Ainsi, le pouvoir de suspendre la procédure ne coïnciderait-il pas ici avec celui de bloquer le processus de décision. Ce dernier suit son cours, nonobstant le pouvoir reconnu au juge des référés de faire cesser le trouble manifestement illicite qui découle du non-respect de la procédure »[428]. En conséquence, si les dispositions du Code du travail ne peuvent bloquer un processus de décision entre vendeurs et acquéreurs, elles peuvent, à tout le moins, permettre la mise en cause de ses conséquences sur les rapports entre employeurs et salariés dans l'entreprise[429].

Pourtant, dans un arrêt plus récent du 16 janvier 2008[430] à propos de la fusion GDF-Suez, la Cour de cassation semblait ébranler la séparation établie entre le droit du travail et le droit des sociétés. Sa décision rejetait le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel de Paris du 21 novembre 2006[431] qui ordonnait le report du conseil d'administration de GDF du fait du non-respect des règles relatives à la consultation du comité d'entreprise européen, entraînant par conséquent la suspension de l'opération de fusion envisagée entre les deux sociétés. Le respect des attributions économiques du comité européen emporte donc des conséquences en droit des sociétés. Il convient cependant de nuancer cette mise en cause du choix de gestion économique par le droit du travail, puisqu'en l'espèce, l'accord instituant le comité d'entreprise européen prévoyait explicitement l'intégration de l'avis des représentants des travailleurs au processus de décision.

426 Cass. soc. 16 avril 1996, *Bull.,* V, n° 163, n° 93-15.417, *Droit social*, 1996, p. 487.

427 E. Lafuma, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 302.

428 *Ibid.*

429 V. en ce sens A. Lyon-Caen, La chambre sociale et la consultation du comité d'entreprise, *Droit social*, 1996, p. 485 : « L'accomplissement régulier de la procédure de consultation n'avait pas – et ne saurait sans doute avoir – pour effet de retarder la réalisation de la cession d'actions. (…) Mais la procédure de consultation en conditionne les effets susceptibles de se produire dans la gestion de l'entreprise ».

430 Cass. soc. 16 janvier 2008, préc., *Bull.*, V, n° 6, n° 07-10.597. Nous pouvons également citer l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 31 juillet 2009. Dans cette affaire, la Cour considère que le comité n'a pas été valablement consulté. Elle fait alors injonction à la société de reprendre la procédure de consultation et lui interdit de mettre en œuvre le projet de fusion envisagé tant qu'elle n'aura pas respecté ses obligations d'information et de consultation du comité. Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation (n° 09-68.920). V. CA Paris, 31 juillet 2009, n° 09/14577, *RJS*, 2009, n° 862.

431 CA Paris, 21 novembre 2006, n° 06/0033, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 256.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

b.2. Droit du travail et droit des sociétés : un nécessaire rapprochement

92. Quelles solutions pour un contrôle du comité d'entreprise qui permettrait une meilleure intégration de la prise en compte des intérêts des salariés dans les décisions de gestion ?

93. Une des voies serait celle de permettre une plus grande exigence de la procédure de consultation des représentants du personnel dans le processus décisionnel. A cette fin, un auteur propose un glissement des dispositifs d'information et de consultation sur les choix économiques prévus dans le Code du travail vers le Code de commerce afin d'en faire une condition de validité de la décision de gestion[432]. Le comité d'entreprise n'est pas, en effet, un organe de la société, son intervention n'est prévue que par le Code du travail et non par la loi commerciale et « la nullité d'un acte juridique ne résulte jamais de l'irrégularité de la consultation ou de son absence »[433]. L'idée n'est pas nouvelle. Dès 1978, Monsieur Charles Freyria se prononçait pour une incorporation du comité d'entreprise « dans le processus de décision ». Il considérait que « le droit des comités d'entreprise ne doit point s'élaborer en marge des institutions existantes ; (…) si l'on ne veut plus le considérer comme une excroissance pathologique et contingente de la vie de l'entreprise »[434].

Cette proposition peut être transposée à l'échelle communautaire. De la même façon, à ce niveau, l'intervention des représentants des salariés est organisée exclusivement dans le cadre de directives dites « sociales », qui ont pour objet d'apporter certaines garanties aux salariés lorsque sont prises des décisions qui pourraient leur porter préjudice, tels des transferts d'entreprise ou des licenciements économiques[435]. La prise en compte du point de vue des salariés n'est pas intégrée dans les directives économiques elles-mêmes, ce qui permettrait pourtant une légitimation des demandes d'intervention des salariés dans les décisions stratégiques[436]. Elle paraît néanmoins amorcée, comme le montre le dispositif relatif à la société européenne dans lequel la prise des décisions économiques est étroitement liée à l'implication des travailleurs par leurs représentants[437], ainsi que la directive sur les offres publiques d'acquisition qui règlemente les offres publiques et prévoit, parallèlement, l'information des représentants des travailleurs sur ces opérations[438].

94. La clé d'une prise en compte plus grande des salariés aux décisions peut aussi passer par un développement des dispositifs de leur participation à la gestion, dont le comité

[432] P. Lokiec, préc., *Revue de droit du travail*, 2008, p. 221.

[433] G. Lyon-Caen, A la recherche des concepts du Livre IV du Code du travail, *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 81, spé. p. 86.

[434] C. Freyria, Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise, *in Mélanges G.H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 273, spé. p. 294.

[435] Il s'agit des directives 2001/23/CE et 98/59/CE. Nous pouvons également citer les directives 2002/14/CE et 2009/38/CE.

[436] F. Meyer, L'intervention des salariés dans le droit économique des restructurations, *in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, sous la dir. de C. Sachs-Durand, Collection de l'Université de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 33, spé. p. 34 et 35.

[437] Le statut de la société européenne relève de deux textes indissociables : le règlement 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (*JOCE* L 294 p. 21) et la directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. La transposition de ce texte a été assurée en France par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 (*JO* 27 juillet) dont les dispositions sont codifiées de l'article L. 2353-1 à L. 2355-1 du Code du travail.

[438] Directive 2004/25/CE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, *JO* L142 du 30 avril 2004. V. A. Couret, La fin d'une trop longue saga : l'adoption de la 13ème directive de droit des sociétés concernant les offres publiques d'acquisition*, in Droit et actualité : études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 195.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'entreprise s'avère être un outil intéressant. Depuis les années 2000, le législateur apporte une attention particulière à cette idée, que nous développerons dans la deuxième partie de l'étude [cf. n° 304 et s.].

Citons ici une tentative particulièrement audacieuse qui avait été initiée par la loi n° 2002-13 de modernisation sociale. Celle-ci était à l'origine de l'article L. 239-1 du Code de commerce qui soumettait toute fermeture de site entraînant la suppression de plus de cent emplois à une décision des organes de direction, précédée d'une consultation du comité d'entreprise et d'une étude d'impact social et territorial. Cette consultation, aux termes des articles L. 432-1 alinéa 3 et L. 432-1-3 de l'ancien Code du travail, organisait l'intervention du comité d'entreprise en amont, dans la phase préalable d'appréciation de la décision économique, au cours de laquelle il disposait d'un droit d'opposition qui, s'il l'exerçait, entraînait la suspension de la procédure. Le comité – comme l'employeur - disposait alors de la faculté de faire intervenir un médiateur en cas de divergence importante entre la partie patronale et les propositions de l'institution élue. Ces dispositions n'existent plus aujourd'hui. Elles ont été d'abord suspendues par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, puis supprimées par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005.

Dans les entreprises revêtant la forme d'une société, une implication plus grande du comité d'entreprise dans leur capital est également prônée. Elle lui permettrait d'avoir une influence sur les décisions de gestion[439]. Sa réalisation ne nécessite pas une modification du droit, particulièrement de la nature consultative des attributions économiques de l'institution élue. Elle consisterait en l'acquisition par l'instance représentative de valeurs mobilières, et notamment d'actions émises par la société qui gère l'entreprise dont elle émane, une acquisition rendue possible grâce aux fonds dont bénéficie le comité au titre de la subvention de fonctionnement qu'il reçoit chaque année de l'employeur[440]. Rien ne semble pouvoir s'opposer à une telle acquisition : l'utilisation de la subvention de fonctionnement du comité relève de sa seule décision[441], et il est défendable qu'une telle dépense relève de sa mission légale et du domaine de ses attributions économiques[442]. En tant qu'associé de la société qui gère l'entreprise dont il est issu, le comité d'entreprise pourrait dès lors – par l'intermédiaire d'un mandataire qu'il aura choisi - assister aux assemblées générales à l'instar des autres associés, discuter et voter les résolutions inscrites à l'ordre du jour. Il assurerait ainsi l'expression collective des intérêts des salariés qu'il représente au cœur de l'organisation décisionnelle de la société et influerait directement sur les décisions de gestion.

Si ces propositions ont un intérêt certain, elles conduisent cependant à confondre l'entreprise et la société commerciale, avec le risque que le droit des institutions élues dans les entreprises qui ne sont pas dirigées par une société commerciale soit négligé.

[439] J.-L. Morin, La participation des salariés à la gestion de la société (le comité d'entreprise actionnaire), *Bulletin Joly Sociétés*, 2002, p. 571 ; M. Keller, L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques, *Droit social*, 2006, p.861, spé. p. 868.

[440] Article L. 2325-43 du Code du travail.

[441] L'employeur n'a pas à prendre part au vote s'agissant de l'utilisation de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise : CA Paris, 14e ch. A, 16 juin 1999, *RJS*, 1999, n° 1262.

[442] En vertu de la règle du cloisonnement des budgets, le comité d'entreprise ne peut utiliser sa subvention de fonctionnement pour financer les activités sociales et culturelles ou en assurer le fonctionnement (Cass. soc. 4 avril 1990, *Bull.,* V, n° 171, n° 88-13.219, note A. Lyon-Caen, *Recueil Dalloz,* 1990, p. 158). Celles-ci bénéficient d'un financement spécial par la contribution patronale aux activités sociales et culturelles prévue à l'article L. 2323-86 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

95. La consultation des représentants du personnel permet l'accès des salariés à la décision de l'employeur, mais en aucun cas la participation des salariés à son élaboration. L'employeur est tenu de présenter, de justifier auprès du comité d'entreprise son action en suivant un cadre procédural strict, dont le non-respect peut perturber le processus décisionnel. Cette absence d'emprise de la consultation sur la décision de gestion est particulièrement mise en lumière par le contraste entre la rigueur avec laquelle elle doit être conduite et l'indifférence du droit à son produit : l'avis.

2. La neutralité de l'avis

96. L'indifférence du droit au produit de la consultation participe au caractère limité de la portée du contrôle de l'institution élue sur les décisions économiques de la direction. L'employeur n'est pas tenu par l'avis consultatif du comité d'entreprise dans le système de relations sociales français (a). Neutre à l'égard de l'employeur, pourrait-il être envisagé, à la lumière d'un arrêt de la Cour régulatrice, que l'avis du comité puisse constituer un élément d'appréciation quand le contrôle du juge est sollicité sur la décision patronale ? (b).

a. L'absence de force contraignante de l'avis

97. On pourrait être tenté de déduire de ce qui précède que l'expression de l'avis par le comité d'entreprise caractérise l'objet même de la procédure de consultation, laquelle ne pourrait prendre fin en son absence. L'avis du comité d'entreprise est une étape obligatoire de la procédure. Mais l'absence de réglementation quant à son émission et l'indifférence de la décision patronale à son contenu réduisent cet avis à une formalité, certes nécessaire, mais dépourvue de toute force contraignante.

a.1. La poursuite de la procédure subordonnée à l'émission de l'avis

98. L'avis constitue une des manifestations de l'exercice, par le comité d'entreprise, de ses attributions consultatives. Il permet à l'institution élue de faire part des conclusions de son contrôle du projet de décision qui lui a été soumis. Outre sa prescription générale prévue à l'alinéa 1 de l'article L. 2323-3 du Code du travail[443], le législateur prévoit de façon ponctuelle son émission dans quelques dispositions diverses, en usant de terminologies variées. On peut citer à titre d'exemple l'article L. 2323-57 qui dispose que « l'employeur soumet pour avis au comité d'entreprise » un rapport sur la situation comparée des conditions générales d'emploi des hommes et des femmes. On relèvera également l'alinéa 2 de l'article L. 2323-15, en application duquel le comité « émet un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application ». Mais, la mention légale de la délivrance de l'avis n'est pas une condition à son émission. Celle-ci est requise à chaque fois que l'employeur doit consulter son comité, peu importe que la disposition du Code du travail précise ou non que la consultation doive donner lieu à un avis comme, par exemple, l'article L. 2323-6. Chaque consultation doit donc, obligatoirement, être suivie d'un avis.

99. Le droit du travail ne réglemente pas son mode d'expression. Ce n'est qu'exceptionnellement que le Code du travail prévoit sa formalisation : « exprimé au scrutin secret après audition de l'intéressé » lors de la consultation préalable au licenciement d'un salarié protégé[444] ; par « un vote à bulletin secret » pour le licenciement du médecin du

[443] Article L. 2323-3 al. 1 du Code du travail : « Dans l'exercice de ses attributions consultatives, définies aux articles L. 2323-6 à L. 2323-60, le comité d'entreprise émet des avis et des vœux ».

[444] Article R. 2421-9 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

travail[445]. Il est donc admis que l'avis du comité d'entreprise puisse être réputé régulièrement donné sans qu'il soit nécessaire de procéder à un scrutin ou à un vote, quelles que soient les modalités de ce dernier. Une ligne que suit la Cour de cassation. Si elle admet que l'avis du comité ne peut être exprimé que par les membres de l'institution élue[446] et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent[447], elle ne se prononce pas sur les modalités de sa délivrance. Elle considère que compte tenu qu'aucun quorum n'est fixé pour l'adoption d'une résolution, d'une décision ou d'un avis du comité d'entreprise, la délibération prise par un seul des membres du comité à la suite du départ des autres membres est régulière[448].

100. L'absence de réglementation et de force contraignante de l'avis est telle que sa non expression peut avoir valeur d'émission. La Cour l'a jugé ainsi s'agissant des procédures de licenciement collectif pour motif économique. Prenant acte du fait qu'au regard de la finalité de la mission du comité d'entreprise énoncée à l'article L. 2323-1 du Code du travail, les prescriptions de l'article L. 2323-4 relatives au délai d'examen suffisant et à l'information communiquée avaient été respectées, les magistrats ont décidé que la procédure de consultation avait été régulière, malgré le refus des représentants du personnel d'exprimer un avis[449]. Certains juges sont même allés plus loin : ils reconnaissent l'existence d'un avis qu'ils qualifient de négatif, alors que le comité d'entreprise avait clairement exprimé son refus de le donner. C'est le cas du Tribunal de grande instance de Créteil qui, ayant relevé un nombre de réunions important assorti de la désignation d'experts, la richesse des débats résultant de la lecture des procès-verbaux, et la réception par le comité des réponses motivées à ses interrogations essentielles, a considéré que le refus d'émettre un avis devait s'expliquer ainsi : « l'incompréhension qu'il [le comité] affiche n'est que la traduction de son incrédulité sur la réussite dudit projet que d'évidence il désapprouve ». Cette attitude de l'institution élue était alors assimilée à « un avis négatif »[450].

En revanche, certains juges ont pu décider que les informations délivrées sur un projet n'étaient pas suffisantes pour que l'institution élue émette un avis éclairé. Dans ces conditions, il convenait d'ordonner la suspension de la mise en œuvre du projet pour

445 Article R. 4623-21 du Code du travail.

446 Les membres ici visés sont les représentants élus, à l'exclusion des suppléants (sauf s'ils remplacent un titulaire), des représentants syndicaux et du président qui ne prend pas part aux votes lorsque le comité est consulté en sa qualité de délégation du personnel (C. trav. art. L. 2325-18).

447 Cass. soc. 5 décembre 2006, *Bull.*, V, n° 371, n° 05-21.641.

448 Cass. soc. 30 septembre 2009, *Bull.*, V, n° 217, n° 07-20.525, F. Aubonnet, C. Ventéjou, Spécificité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique, *JCP S,* 2009, 1526 ; F. Géa, GPEC *vs.* PSE : fin de partie, Variations sur le thème de la conditionnalité de la procédure de licenciement, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 715 ; T. Katz, Note sous arrêt, *Droit ouvrier*, 2010, p. 147 ; La GPEC n'est pas un préalable au PSE, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1416.

449 Cass. soc. 12 novembre 1975, *Bull.,* V, n° 526, n° 74-11.855 ; Cass. soc. 18 février 1998, *Bull.,* V, n° 93, n° 95-42.172, *RJS*, 1998, n° 440.

450 TGI Créteil, ord. réf., 10 février 2000, *RJS*, 2000, p. 607. V. aussi TGI Paris, 27 septembre 2005, cité dans S. Pélicier Loevenbruck, P.-Y. Verkindt, Loi Borloo Vade-mecum des incidents de procédure (1), *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1276 : constatant que le comité avait reçu une information complète sur le contenu du projet et ses conséquences, avait bénéficié de l'assistance d'un expert rémunéré par l'employeur alors qu'il s'agissait d'une procédure menée au titre du livre IV de l'ancien Code du travail (C. trav. art. L. 2323-6 et s.) et qu'il existait des échanges nourris entre les parties, le tribunal concluait à l'absence d'irrégularités de procédure, ce qui validait la position de l'entreprise qui avait considéré que le refus de donner un avis par le comité valait avis négatif.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

permettre la tenue d'une réunion supplémentaire ayant pour objet de compléter l'information et la consultation du comité[451].

On le constate, dans ces décisions, le juge des référés s'estime compétent pour apprécier si le comité d'entreprise avait été en mesure d'émettre un avis éclairé au vu des informations qui lui ont été remises. Mais ce n'est pas toujours le cas. Certains juges ont pu considérer qu'il n'était pas de leur ressort d'interpréter le refus de l'institution élue de se prononcer sur un projet pour lequel elle était consultée et de décider si ce refus pouvait constituer un avis. Dans les deux cas, cependant, les juges adoptaient la même solution en dépit d'un cheminement juridique différent : la suspension de la mise en œuvre du projet pour permettre la tenue d'une nouvelle réunion de l'institution élue aux fins de recueillir cet avis[452].

Si la façon dont elle est exprimée n'entre pas en ligne de compte, l'émission de l'avis se révèle précieuse pour l'employeur. Elle l'autorise à clore la procédure de consultation et mettre en œuvre le projet soumis au comité - peu importe que l'avis présente un caractère favorable ou défavorable.

a.2. La décision patronale indifférente au sens de l'avis

101. A l'instar de son mode d'expression, la nature de l'avis est sans conséquence sur la décision patronale. Quelques exceptions existent, cependant, où l'avis positif de l'institution élue est requis. Elles concernent les horaires individualisés (C. trav. art. L. 3122-23), le repos compensateur (C. trav. art. L. 3121-4 al. 2) et le refus de congés individuels de participation à certaines activités énumérées par la loi. Dans ces cas bien spécifiques, la décision de l'employeur serait illégale et nulle sur le plan civil s'il ne tenait pas compte de l'opposition légale du comité. On peut citer également le cas particulier du comité de la société européenne, dont l'expression de l'avis ne suffit pas à clore la procédure de consultation[453]. Hormis ces exceptions, que l'avis du comité d'entreprise soit positif ou négatif est sans conséquence de par sa nature consultative, pourvu qu'il soit ferme et définitif et exprimé avec suffisamment de clarté. Ces dernières exigences sont les seules qui soient susceptibles de provoquer une mise en cause de la procédure consultative par le juge, et non la nature de l'avis, qu'elle soit favorable ou défavorable[454].

La seule contrainte imposée à l'employeur est d'apporter une réponse motivée[455] au comité d'entreprise. Tout au long de la procédure, il est tenu de répondre aux observations du comité pour permettre à ses membres de formuler un avis motivé, selon les prescriptions de l'article L. 2323-4 du Code du travail. Une fois la procédure de consultation achevée et

[451] TGI Nanterre, ord. réf., 22 décembre 2000, *RJS*, 2001, n° 1305.

[452] TGI Paris, ord. réf., 23 avril 2002 (*RJS*, 2002, n° 1248) ; TGI Grenoble, ord. réf., 27 avril 2009, n° 09/00422, cité dans M. Cohen, *préc.*, LGDJ, 9ème édition, 2009, p. 549 : le juge des référés ne peut pas transformer un défaut d'avis en avis négatif.

[453] Article L. 2353-19 du Code du travail : « Lorsque la direction décide de ne pas suivre l'avis exprimé par le comité de la société européenne, ce dernier est de plein droit réuni de nouveau, s'il en fait la demande, par le dirigeant, pour tenter de parvenir à un accord ».

[454] Cass. soc. 6 juillet 1999, *Bull.*, V, n° 335, n° 97-21.742, *RJS*, 1999, n° 1264.

[455] Ecartant le caractère impératif de l'écrit en la matière, la cour de cassation considère que constitue une réponse motivée aux observations du comité d'entreprise une réponse « claire et précise sur l'ensemble des questions » de l'institution élue : Cass. soc. 9 février 2000, *Bull.*, V, n° 62, n° 98-12.143, *RJS*, 2000, n° 269.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

l'avis délivré, il doit rendre compte des suites données à cet avis[456] et de ses décisions sur les propositions émises par les élus[457].

102. L'avis demeure cependant une étape nécessaire à la procédure de consultation. Son but est « d'instaurer un dialogue véritable et un échange de vues constructif entre les partenaires sociaux »[458] au terme desquels le comité a vocation à formuler une expression collective au nom des salariés de l'entreprise. Son utilité est même apparue récemment renforcée, le droit communautaire ayant intégré la notion d'avis dans sa définition de la consultation. Au sens du législateur de l'Union européenne, cette définition doit favoriser l'instauration d'un dialogue et d'un échange de vues entre les acteurs. La directive 2009/38/CE considère désormais que cette consultation doit permettre à l'organe européen de représentation des travailleurs « d'exprimer, sur la base des informations fournies dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures proposées qui font l'objet de la consultation, sans préjudice des responsabilités de la direction, lequel pourra être pris en compte au sein de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe de dimension communautaire »[459]. La directive initiale 94/45/CE faisait déjà allusion à l'émission d'un avis. Mais cette possibilité était cantonnée aux prescriptions subsidiaires, lesquelles prévoyaient, en cas de « circonstances exceptionnelles », la remise d'un rapport aux représentants des travailleurs au cours d'une réunion d'information et de consultation. Un avis pouvait être émis « à l'issue de la réunion ou dans un délai raisonnable »[460].

La nouvelle définition, en 2009, de la consultation prévoyant la formulation d'un avis du comité d'entreprise européen rappelle celle admise dans la directive 2001/86/CE, directive qui complète le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Elle détermine la consultation comme « l'instauration d'un dialogue et l'échange de vues entre l'organe représentant les travailleurs et/ou les représentants des travailleurs et l'organe compétent de la SE, à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs, sur la base des informations fournies, d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent, qui pourra être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la SE ».[461]

Si l'appréhension de l'avis par la définition de la consultation constitue une avancée certaine des attributions économiques de l'institution européenne, sa force demeure toutefois relative. D'abord, l'avis devra être exprimé « sans préjudice des responsabilités de la direction »[462]. Par ailleurs, sa prise en compte ne demeure qu'une option pour la direction, dans la mesure où il n'est pas intégré dans le processus décisionnel. Cette mention, montre que l'organe européen de représentation n'a pas les moyens de peser sur la décision. Elle paraît cependant cohérente dans la mesure où le système communautaire des relations sociales n'impose pas une cogestion entre représentants des travailleurs et direction, même si rien ne s'oppose à ce que les négociateurs à l'accord instituant le comité d'entreprise

456 Article L. 2323-3 al. 2 du Code du travail.

457 Article L. 2325-20 du Code du travail.

458 TGI Créteil, ord. réf., 10 février 2000, préc., *RJS*, 2000, p. 607.

459 Article 2 g) de la directive 2009/38/CE.

460 Point 3 de l'annexe de la directive 94/45/CE.

461 Article 2 j) de la directive 2001/86/CE.

462 Article 2 g) de la directive 2009/38/CE.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

européen rendent obligatoire l'avis préalable et formalisent son influence[463]. Enfin, on relève que l'avis est absent de la définition de la consultation donnée par la directive 2002/14/CE qui établit un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs. L'avis ne figure que dans l'article relatif aux modalités de l'information et de la consultation, laissées à l'appréciation des Etats membres. Il prévoit que la consultation doit s'effectuer sur la base de l'avis que les représentants des travailleurs ont le droit de formuler, et de façon à leur permettre d'obtenir une réponse motivée à tout avis qu'ils pourraient émettre[464]. Sa possible expression n'est donc pas exclue mais, ne relevant pas de la définition même de la notion de consultation, elle ne saurait être imposée et reste donc limitée au comité d'entreprise européen et à la participation des travailleurs au sein de la société européenne.

En dépit de ces réserves, l'avis constitue néanmoins un élément supplémentaire tendant vers un renforcement de la consultation au niveau communautaire - et notamment du caractère préalable à la décision de la consultation.

b. Vers un renforcement du poids de l'avis ?

103. S'il est vrai que l'expression de l'avis est capitale pour l'employeur, le caractère strictement consultatif des attributions du comité d'entreprise le rend sans effet sur sa décision. Des pistes sont alors proposées pour renforcer son rôle dans la procédure de consultation de l'institution élue. Nous évoquerons d'abord une première voie, radicale, (b.1) avant d'en évoquer une seconde, plus modérée (b.2).

b.1. Sur l'opportunité d'un droit de codécision

104. L'absence de pouvoir de décision du comité d'entreprise en matière économique, la seule obligation de l'employeur de répondre à ses avis et à ses voeux[465], ont conduit certains à préconiser un changement catégorique de cette règle fondatrice de l'institution, qui bouleverserait la conception des relations collectives du droit français. Cette transformation serait celle de la nature consultative des attributions économiques du comité d'entreprise. Elle viserait à introduire une codécision qui supposerait le partage des responsabilités d'une orientation retenue en commun après débat, et d'une cogestion. Cette dernière conduirait à la mise en œuvre en commun de la décision prise pour le compte des salariés de l'entreprise[466]. Ce partage des pouvoirs de gestion de l'employeur ferait du comité un véritable partenaire de la direction. Aucun obstacle majeur ne semblerait, *a priori,* pouvoir empêcher le comité d'entreprise d'acquérir ce statut, et nombre de ses prérogatives favoriseraient même cette évolution. Il y a d'abord sa mission légale d'assurer l'expression collective des salariés, compatible avec l'idée de cogestion. Ce sont ensuite ses moyens d'action (l'information, ses pouvoirs d'investigation et l'étendue de son domaine de compétence) qui le disposeraient à la mise en œuvre d'un pouvoir codécisionnel, de

[463] J.-P. Lhernould, préc., *RJS*, 2009, p. 101.

[464] Article 4.4 c) et d) de la directive 2002/14/CE.

[465] Article L. 2323-3 du Code du travail.

[466] Rapport Calendra, *Les attributions d'ordre économique des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise,* Conseil économique et social, 25 novembre 1992, La Documentation française, p. 155. Sur les termes de cogestion et de codécision, et leur traduction juridique en droit français, v. C. Sachs-Durand, Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française, *Semaine sociale Lamy,* 1993, n° 658.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

même que son intervention préalablement à toute conclusion ou dénonciation d'un accord collectif d'entreprise[467] qui irait dans le sens de cette évolution.

Des voix s'élèvent donc pour que le comité d'entreprise entre dans la codécision. Car la situation actuelle, qualifiée d' « anachronique » par Monsieur Maurice Cohen[468], ne peut plus, selon cet auteur, perdurer. Se réunir pour débattre des conséquences, voire même des causes, ne suffit plus si les décisions prises le sont toujours de façon unilatérale, et la multiplication des obligations de consulter s'avère inutile si la décision économique finale est du seul ressort de l'employeur. Mais alors dans quels domaines et comment pourrait s'exercer la codécision dans l'entreprise ? Il est avancé qu'il pourrait s'agir des décisions économiques les plus importantes, comme une restructuration ou un licenciement collectif par exemple[469]. Il paraîtrait cependant plus envisageable de la réserver aux décisions ayant une incidence directe sur les conditions de travail des salariés prises suite aux choix stratégiques de l'entreprise, qui eux demeureraient de la seule prérogative de l'employeur[470]. Quant à la forme de cette codécision, elle pourrait être celle d'un droit de veto suspensif pour le comité d'entreprise. L'intégration d'un tel droit dans le déroulement de la consultation semblerait, *a priori*, correspondre à l'idée de contrôle qui imprègne cette procédure : le comité, au terme de la présentation qui lui aurait été faite par l'employeur de son projet de décision choisirait d'approuver, ou non, ladite décision. Dans la réalité, il n'en est rien cependant. L'attribution de ce pouvoir, en permettant au comité d'entreprise, lors de la consultation, d'influer concrètement sur la décision de l'employeur, le conduirait, au contraire, à l'éloigner d'une logique de contrôle. Car, sauf à considérer que le comité, par ce veto, aurait la seule faculté de censurer un acte unilatéral, on peut supposer que le dialogue qui s'en suivrait, aux fins d'aboutir à une décision satisfaisant les parties, tendrait plus vers une sorte de négociation s'écartant de la mission de contrôle dévolue à l'institution élue depuis 1982. Le comité acquerrait alors le statut de contre-pouvoir, nécessaire dans un système de partage de l'autorité gestionnaire. L'opposition du comité entraînerait la nullité civile et commerciale de la décision de l'employeur qui disposerait d'un recours judiciaire pour faire lever le veto. Dans un pareil cas de figure, on serait face à un renversement de situation : ce ne serait plus le comité d'entreprise qui serait obligé de saisir le juge des référés pour faire suspendre la décision déjà prise par la direction, mais cette dernière qui devrait, *a posteriori*, saisir le tribunal. Mais il n'est pas exclu qu'en cas de désaccord entre les parties, une autorité interne à l'entreprise puisse tenter de parvenir à une position commune avant que ne soit fait appel à un acteur extérieur, comme le juge, qui n'interviendrait alors qu'en dernier recours.

Une telle réforme, qui permettrait au comité d'entreprise d'entrer dans la codécision, suppose une intervention du législateur. Pour Monsieur Maurice Cohen, il suffirait d'étendre aux choix économiques essentiels l'obligation de l'avis conforme qui existe déjà dans les cas particuliers cités. Pour d'autres[471], cette mutation du comité ne serait cependant pas sans conséquence. L'association de la communauté des salariés à l'entreprise, découlant d'un droit de veto, comporterait des risques si le comité s'engageait sans s'être assuré

[467] Cf. n° 129 et s.

[468] M. Cohen, Un droit de veto plus que jamais nécessaire, *RPDS,* 2001, n° 673, p. 147 ; M. Cohen, Représentation du personnel et licenciements collectifs, *in Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, P. Lang, 1994, p. 207, spé. p. 218.

[469] M. Cohen, préc., *RPDS,* 2001, n° 673, p. 147.

[470] C. Sachs-Durand, préc., *Semaine sociale Lamy,* 1993, n° 658.

[471] Rapport Calendra, *préc.*, p. 156.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de l'accord des salariés. On fera remarquer qu'un dépassement des attributions purement consultatives avait été amorcé par la loi n° 2002-73 de modernisation sociale. Sans aller jusqu'à doter le comité d'un droit de veto, elle avait créé un droit d'opposition suspensif à son profit. Nous verrons dans la deuxième partie de notre étude si cette prérogative offerte au comité aurait permis, conformément à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, une « participation » des travailleurs par l'intermédiaire de leurs délégués à la gestion des entreprises [cf. n° 334 et s.].

b.2. Sur l'opportunité d'une prise en compte de l'avis par le juge

105. Une autre perspective d'évolution, plus mesurée, serait celle par laquelle l'avis pourrait être pris en compte par le juge du travail dans son appréciation du bien-fondé des choix de gestion[472]. Elle est issue d'un arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2008[473].

La matière est sensible. On le sait, le juge ne peut prétendre à « une appréciation de la qualité de la gestion de l'entreprise »[474]. Ce n'est pas son rôle, et la règle est établie de longue date par la Cour régulatrice[475]. Pourtant, dans le domaine ayant trait à la sécurité et à la santé des travailleurs, la Cour de cassation a ouvert une brèche en admettant une atténuation du pouvoir de direction fondée sur l'obligation de sécurité de résultat. L'objet diffère certes des questions économiques, et le syndicat est dans cette affaire à l'origine de la saisine à jour fixe du Tribunal de grande instance. Il est cependant intéressant de constater que l'exercice par le comité d'entreprise de ses attributions peut conduire, même de façon indirecte, à faire obstacle au pouvoir de direction.

Rappelons brièvement les données de l'espèce. Un employeur envisageait la réorganisation d'un établissement assurant la production de pièces de moteurs d'avion, plus particulièrement celle du site dédié à la fourniture en énergie des unités de production. Il projetait de modifier l'organisation de l'activité de surveillance de ce site et a donc consulté, à cet effet, les institutions représentatives du personnel. Le CHSCT désignait alors un expert pour l'éclairer sur les conséquences, en termes de santé et de sécurité, de cette nouvelle organisation. A la suite de la présentation du rapport d'expertise, le comité spécialisé émettait un avis négatif, suivi de celui, allant dans le même sens, du comité d'établissement. Après avoir pris acte de ces avis, la direction décidait de mettre en œuvre la nouvelle organisation en informant le personnel par une note de service. Un syndicat saisissait alors le Tribunal de grande instance afin qu'il prononce l'annulation de la note de service et qu'il

472 P. Lokiec, La consultation en quête d'utilité, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1380.

473 Cass. soc. 5 mars 2008, SNECMA, *Bull.*, V, n° 46, n° 06-45.888, obs. P. Chaumette, *Droit social*, 2008, p. 605 ; P. Bailly, L'organisation du travail ne doit pas nuire à la santé des salariés. Une nouvelle implication de l'obligation de sécurité de résultat, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1346 ; P.-Y. Verkindt, L'acmé de l'obligation de sécurité du chef d'entreprise, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1346 ; L. Lerouge, La suspension judiciaire d'une réorganisation au nom de la protection de la santé, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 316 ; S. Guedes da Costa, E. Lafuma, Le CHSCT dans la décision d'organisation du travail, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 419.

474 B. Laplane, Q. Urban, Les juges et la décision de gestion : un sujet à controverses fécondes, *in Le juge et la décision de gestion,* sous la dir. de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, 2006, p. 5, spé. p. 9.

475 Cass. soc. 31 mai 1956, Brinon, *Bull.,* n° 499, n° 56-04.323, *Recueil Dalloz*, 1956, p. 489 : « l'employeur, qui porte la responsabilité de l'entreprise, est seul juge des circonstances qui déterminent à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de l'emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le droit du travail ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

soit fait défense à l'employeur de mettre en œuvre ce projet, ce qu'il obtenait devant la Cour d'appel de Versailles[476].

La Cour régulatrice décidait que la réorganisation projetée étant de nature à compromettre la santé et la sécurité des travailleurs, la décision devait être suspendue tant que de nouvelles modalités de fonctionnement n'auraient pas été définies. En l'espèce, c'est l'obligation de sécurité de résultat qui tempère le pouvoir de direction et non pas l'avis des représentants élus, dont les prérogatives avaient été respectées par l'employeur. Toutefois, il est permis de s'interroger sur l'influence qu'ont pu avoir auprès du juge les avis négatifs des élus sur sa décision de suspension de l'organisation mise en place par l'employeur. Car, l'avis des institutions représentatives du personnel n'est pas dénué de légitimité. Une légitimité d'abord de « type démocratique » selon l'expression de Monsieur Pascal Lokiec[477] puisqu'il exprime la position des salariés par l'intermédiaire de leurs représentants dont la mission est de permettre la prise en compte de leurs intérêts face à une décision unilatérale. Une « légitimité expertale »[478] ensuite, l'avis étant précédé d'un rapport d'expertise.

106. Au-delà du domaine spécifique de la santé et de la sécurité, quelle peut être la portée d'une telle décision ? L'intervention du juge dans le pouvoir de direction de l'employeur est ici avérée. Mais l'appréciation du magistrat de la décision de gestion semble clairement liée à l'obligation de résultat à laquelle l'employeur est tenu[479], plus qu'à l'avis des institutions représentatives du personnel sur le projet ayant donné lieu à ladite décision. Pourtant, un raisonnement juridique similaire, en matière économique, n'est pas exclu.

En premier lieu, un parallèle avec le contrôle judiciaire du plan de sauvegarde de l'emploi existe manifestement[480]. Ce dernier est aussi un acte unilatéral élaboré par l'employeur[481]. Il est également soumis à la consultation du comité d'entreprise et est susceptible d'annulation judiciaire en l'absence de mesures précises et concrètes[482]. S'il est vrai que la validité du plan est appréciée au regard des moyens dont disposent l'entreprise ou le groupe[483], il ne nous semble cependant pas inutile de nous interroger sur la part que les avis des institutions représentatives du personnel pourraient avoir dans l'appréciation par le juge de la décision de l'employeur qu'est le plan de sauvegarde de l'emploi. Dans un arrêt du 13 avril 2010[484], la Cour de cassation ne s'oppose pas à ce que ces avis soient pris en compte par les juges du fond quand un plan de sauvegarde de l'emploi est soumis à leur contrôle. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Versailles, par décision du 18 novembre 2008, avait annulé le plan de sauvegarde mis en place par une société qui

476 CA Versailles, 1er ch., 14 septembre 2006.

477 P. Lokiec, préc., *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1380.

478 *Ibid*.

479 Sur l'obligation de sécurité du résultat : P.-Y. Verkindt, préc., *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1346.

480 V. P. Chaumette, préc., *Droit social*, 2008, p. 605, spé. p. 608.

481 Aux termes des articles L. 1233-41 et L. 1233-22 du Code du travail, le plan de sauvegarde de l'emploi peut également prendre la forme d'un accord collectif.

482 Cass. soc. 17 mai 1995, Everite, *Bull.,* V, n° 159, n° 94-10.535 (*Droit ouvrier,* 1995, p. 220 ; G. Couturier, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 436 ; concl. P. Lyon-Caen, *Droit social,* 1995, p. 574 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 512) ; Cass. soc. 28 mars 2000, *Bull.*, V, n° 131, n° 98-21.870 (obs. B. Boubli, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2000, n° 57-6 ; *Semaine sociale Lamy*, 2000, n° 976) ; Cass. soc. 23 janvier 2002, *Bull.,* V, n° 29, n° 00-14.521.

483 Article L. 1235-10 du Code du travail.

484 Cass. soc. 13 avril 2010, n° 09-40.230.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

avait procédé à une réorganisation suivie de licenciements économiques. Au cours de leur travail d'appréciation des mesures du plan, les juges d'appel avaient pris en considération les avis des institutions représentatives du personnel et les remarques de l'expert désigné par elles pour juger de l'insuffisance de ces mesures. La société formait alors un pourvoi en cassation dont l'un des moyens relevait que la Cour d'appel, en fondant son appréciation sur les avis des représentants du personnel, avait méconnu l'article L. 1235-10 du Code du travail. La Haute juridiction rejetait ce moyen en soulignant que la Cour d'appel appréciait « souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis ».

La prise en compte de l'avis du comité d'entreprise est également envisageable lors du contrôle, par le juge, des licenciements pour motif économique. Lequel avis serait un élément pris en considération par le juge prud'homal. Certes, sur le terrain des décisions économiques, le pouvoir du magistrat est encadré, conformément aux prescriptions de l'arrêt « SAT »[485] - toujours confirmées par la Cour de cassation[486]. Celle-ci affirme de façon constante que « s'il appartient au juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur, il ne peut se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en oeuvre de la réorganisation »[487]. Le juge ne peut donc pas aller « au-delà » d'un contrôle de la cause économique, la frontière encadrant cette dernière n'étant pas toujours aisée à tracer[488]. Mais il relève de sa mission, selon Monsieur Frédéric Guiomard, de procéder à une appréciation du caractère raisonnable de la gestion de l'entreprise[489]. Dans ce cadre, fort de l'arrêt du 5 mars 2008 évoqué, il pourrait être admis que l'avis du comité d'entreprise, interlocuteur privilégié de l'employeur lors de ses prises de décisions, constitue un des éléments de l'examen du juge à l'occasion de son contrôle de la cause économique d'un licenciement.

La question de la prise en compte par le juge des avis du comité d'entreprise relève à ce jour du seul domaine de la prospective et sauf à basculer dans un système de cogestion, l'avis ne peut avoir qu'une portée limitée, à défaut d'être inexistante, sur la décision unilatérale de la direction. Comment pourrait-il en être autrement dans le cadre de la règle générale du caractère informatif et consultatif attaché aux prérogatives économiques du comité d'entreprise ? Les textes du droit communautaire comme du droit interne ont cependant donné un plein développement aux procédures d'information et de consultation des travailleurs. « Ces procédures, qui ont été dénoncées parfois comme excessives et anti-économiques sont, en réalité, la garantie fondamentale des travailleurs. Elles imposent d'abord aux entreprises d'ouvrir leurs dossiers, de faire connaître les raisons et les

485 Ass. plén. 8 décembre 2000, SAT, *Bull. ass. plén.*, n° 11, n° 97-44.219, note J. Pélissier, *Recueil Dalloz,* 2001, p. 1125 ; concl. P. de Caigny et note A. Cristau, *Droit social,* 2001, p. 126 ; P.-H. Antonmattei, Le motif économique du licenciement : les limites du contrôle judiciaire, *RJS,* 2001, n° 80 ; G. Lyon-Caen, T. Grumbach, G. Bélier, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1010 ; F. Duquesne, *JCP E*, 2001, 426 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 533 ; A. Jeammaud, M. Le Friant, Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi, *Droit social*, 2001, p. 417.

486 Cass. soc. 24 mars 2010, n° 09-40.444 ; Cass. soc. 8 juillet 2009, *Bull.,* V, n° 173, n° 08-40.046, F. Géa, Le contrôle judiciaire des choix de gestion de l'employeur : le sens des limites et les limites du sens, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 584 ; F. Dumont, *JCP S*, 2009, 1479.

487 Cass. soc. 24 mars 2010, préc., n° 09-40.444.

488 F. Géa, préc., *Revue de droit du travail*, 2009, p. 584.

489 F. Guiomard, *préc.*, Thèse Paris X, 2000.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

justifications d'un projet (…). Ensuite les représentants du personnel ont le droit de discuter des mesures envisagées, de proposer des modifications ou des mesures alternatives »[490].

107. Si la circulation de l'information vers les salariés s'avère indispensable à la réalisation d'un contrôle de la décision économique par le comité d'entreprise, elle demeure comme telle insuffisante. C'est pourquoi elle s'effectue à l'occasion d'une procédure de consultation, qui crée les conditions d'une réciprocité et d'un échange entre parties salariée et patronale. Le droit procédural est au service de la mission de contrôle de l'institution élue qui se borne, cependant, à une vérification : celle de s'assurer, par l'exercice de ses attributions, que l'intérêt des travailleurs est pris en compte dans la décision patronale. Une vérification qui ne s'accompagne d'aucune maîtrise sur l'objet contrôlé, car dépourvue de pouvoir de sanction, comme le montre, notamment, l'impossibilité pour l'institution élue d'agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif des salariés qu'elle représente.

On peut en conclure que la fonction de contrôle semble toujours correspondre à l'acception que lui attribuait Monsieur Jean Auroux qui la définissait comme permettant au comité d'entreprise « de suivre réellement les données du présent et les perspectives d'avenir et d'influer sur elles », afin qu'il ait « (…) la possibilité d'élaborer des contre-propositions s'il estime que ces perspectives sont susceptibles d'avoir des incidences néfastes sur les travailleurs qu'il représente »[491]. Il en résulte l'impression d'un contrôle qui reste inachevé et dont la réalité ne peut être pleinement appréciée qu'à l'étude de son contact avec le droit de la négociation collective (Titre 2).

Titre 2. L'intrusion de la négociation dans le domaine de la consultation

108. « La procédure de consultation est en proie à des difficultés de frontières, en raison de l'intrusion toujours plus grande de la négociation »[492] entraînant, selon Monsieur Pascal Lokiec, la mise en cause de la séparation historique entre consultation et négociation. Une opinion relayée par Monsieur Antoine Mazeaud qui affirme qu'« entre la représentation élue et la représentation désignée, les murs se sont depuis longtemps écroulés »[493]. Si pareil diagnostic se confirmait, il importe de se demander s'il serait défavorable à l'une ou l'autre des représentations.

Il est un fait que l'équilibre qui existait entre la consultation du comité d'entreprise et la négociation collective a volé en éclats. Sa rupture a été initiée par la Cour de cassation qui juge qu'un accord collectif doit être considéré comme une décision lorsqu'il intéresse l'un des domaines relevant de la consultation obligatoire. Par cet arrêt, la Cour impose la consultation sur la négociation (I). Une position constante de la Haute juridiction qui intervenait alors qu'était observée une évolution de la fonction de la négociation collective que la loi n'a pas accompagnée d'une articulation avec les prérogatives économiques du

[490] P. Waquet, La place du droit du travail dans les processus de restructuration, *in Délocalisations, normes du travail et politique d'emploi. Vers une mondialisation plus juste ?*, sous la dir. de P. Auer, G. Besse, D. Méda, La découverte, 2005, p. 237, spé. p. 242.

[491] J. Auroux, *Les droits des travailleurs, Rapport au Président de la République et au premier Ministre*, La Documentation française, 1982, p. 20.

[492] P. Lokiec, préc., *Semaine sociale Lamy supplément,* 2008, n° 1380.

[493] A. Mazeaud, La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical, *Droit social*, 2009, p. 669.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

comité d'entreprise. Cette mutation a conduit la négociation collective à connaître d'objets qui relevaient auparavant du pouvoir exclusif de l'employeur. Après avoir multiplié les attributions économiques du comité d'entreprise, le législateur – qui ne cesse aujourd'hui d'accroître le domaine de la négociation collective – a fait des prérogatives de l'institution élue un objet de cette négociation, conduisant ainsi à une négociation sur la consultation (II).

I. La consultation sur la négociation

109. « Les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation du comité d'entreprise (…) » énonce l'article L. 2323-2 du Code du travail. L'employeur est donc tenu de soumettre à l'institution élue les décisions qu'il entend prendre dans le cadre de son pouvoir de direction de la gestion de l'entreprise. Mais cette gestion n'est plus l'apanage exclusif de ce pouvoir. Elle est désormais, et dans des domaines toujours plus nombreux, l'objet de la négociation collective. Cette modification qui touche à la fonction de la négociation menée par les organisations syndicales a éprouvé le comité d'entreprise dans l'exercice de ses attributions économiques. Et quand la loi n'offre pas de réponse à l'articulation de ces deux manifestations de la participation (A), c'est le juge qui se charge d'assurer le respect des prérogatives économiques de l'institution élue (B).

A. Un mécanisme légal particulier

110. La loi ne prévoit pas de coordination entre les attributions des représentants syndicaux et des représentants élus (1). Quelques exceptions méritent néanmoins d'être relevées (2).

1. Des prérogatives distinctes mais complémentaires

La coexistence de prérogatives distinctes attachées à des institutions de représentation aux missions différentes (a) conduit à une certaine confusion de leur exercice (b).

a. Une double représentation

111. Le droit du travail français permet la cohabitation de deux types d'institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise – la représentation élue et la représentation syndicale - et ce, depuis la loi du 27 décembre 1968[494]. « Une originalité utile »[495], selon Gérard Lyon-Caen, assez inédite au sein de l'Europe dans le domaine des relations du travail.

Le comité d'entreprise n'est en effet pas le seul organe de participation reconnu au sein de l'entreprise. Il doit composer avec le délégué syndical chargé d'exercer le « droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que leurs garanties sociales »[496]. La pratique de la négociation et de l'accord collectif au niveau de l'entreprise fut reconnue par la loi du 11 février 1950[497] qui soumit en partie seulement « les accords d'établissement » au régime

494 Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, *JO* 31 décembre.

495 G. Lyon-Caen, Critique de la négociation collective, *Droit social*, 1979, p. 350, spé. p. 353.

496 Article L. 2221-1 du Code du travail.

497 Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlements des conflits collectifs de travail, *JO* 12 février.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

juridique des conventions collectives[498]. Ces accords acquirent la nature de convention collective au sens du droit commun des conventions collectives par la loi du 13 juillet 1971[499]. Bien qu'ayant reçu une reconnaissance légale, la pratique de la convention d'entreprise est longtemps restée anecdotique[500]. C'est en 1982, parallèlement aux renforcements des prérogatives du comité, que le législateur l'a développée. La loi du 13 novembre[501], qui a autorisé cette convention, traduisait ainsi la volonté de promouvoir l'existence de l'acte collectif au niveau de l'entreprise. Des dispositions spécifiques ont été créées et insérées dans l'ancien Code du travail dans une section III dénommée « conventions et accords d'entreprise » dans le titre III du livre I. Aujourd'hui, elles sont placées dans la section III du chapitre II du titre III « Conditions de négociation et de conclusion des conventions et accords collectifs du travail » du livre deuxième du Code du travail intitulé « La négociation collective – Les conventions et accords collectifs ». Des règles générales de la négociation collective d'entreprise[502] et une obligation annuelle de négocier sur certains thèmes ont été instaurées[503].

On peut s'interroger sur la coexistence de ces deux formes de participation aux prérogatives distinctes mais à la mission commune de représentation et de défense des intérêts des salariés[504]. Bien que leurs fonctions respectives soient nettement différenciées – une caractéristique du droit français des relations professionnelles -, des rapports vont inévitablement se nouer entre les deux représentations du fait de leur coexistence au sein de l'entreprise. L'aménagement de ces rapports, qui apparaît nécessaire, aura-t-il alors des conséquences sur les attributions économiques du comité d'entreprise telles que nous les connaissons ?

112. Dans ce système, chaque représentation joue un rôle propre, le législateur ayant organisé une répartition des fonctions : à la représentation élue celle d'assurer l'expression collective des intérêts des salariés[505] ; à la représentation syndicale désignée la fonction

[498] Bien qu'en France il existe différents niveaux de négociation, c'est celui de la branche d'activité qui a longtemps été privilégié par le droit : J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *préc.*, Dalloz, 24ème édition, 2008, n° 75 et s. (p. 116) et n° 1086 (p. 1348).

[499] Loi n° 71-561 du 13 juillet 1971, *JO* 14 juillet.

[500] Les premiers accords d'entreprise marquants datent de 1955, en particulier l'accord que la Régie Renault avait alors passé avec les syndicats. Cette politique de négociation avait été reprise par l'ensemble de l'industrie automobile. Ainsi, bien que ces initiatives soient restées exceptionnelles, quelques accords d'entreprise virent le jour à cette époque, portant généralement sur la réduction des horaires de travail ou l'exercice du droit syndical.

[501] Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, *JO* 14 novembre.

[502] Article L. 2232-16 et s. du Code du travail.

[503] Article L. 2242-5 et s. du Code du travail.

[504] La problématique ne date pas d'aujourd'hui. Dès 1982, la question de la coordination des deux entités était posée. La négociation collective devait conserver son influence et, parallèlement, il apparaissait utile de renforcer le rôle des institutions élues. Des interrogations se sont alors fait jour :« ce dilemme est-il insoluble ? Un système de relations professionnelles peut-il atteindre ces deux objectifs en même temps ? » questionnait, déjà en 1982, Monsieur Cordova (E. Cordova, La participation des travailleurs aux décisions de l'entreprise. Tendances et problèmes actuels, *Revue internationale du Travail*, 1982, mars-avril, n° 2, vol. 121, p. 139, spé. p. 144).

[505] Article L. 2323-1 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de défense de ces mêmes intérêts[506], de négocier et de conclure des accords collectifs d'entreprise.

Le comité d'entreprise, considéré comme légitime au stade de l'information et de la consultation, est tenu à l'écart de toute négociation[507]. Les textes sont clairs sur ce point : la capacité à négocier et à conclure une convention ou un accord collectif appartient, du côté des salariés, aux « organisations syndicales (…) représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord »[508]. Aussi étendues que puissent être les attributions économiques du comité d'entreprise, elles ne restent, on l'a vu, que purement consultatives[509]. Cette nette séparation entre les institutions représentatives du personnel a été confirmée en 1982, lors du renforcement des attributions économiques du comité. Du constat que la frontière n'était pas clairement tracée dans la réalité, le ministre du Travail de l'époque avait conclu qu'il convenait « de rendre à chaque institution sa vocation propre »[510]. Ainsi, « l'exercice des deux activités doit être séparé ; chacune est soumise aux règles qui lui sont propres » comme l'écrivait déjà Paul Durand en 1956 dans son traité de droit du travail, affirmant que « les délégués syndicaux doivent avoir soin d'éviter toute confusion avec les attributions confiées aux représentants du personnel. Il en est ainsi, alors même que l'intéressé remplit, à la fois, les deux fonctions de représentant du personnel et de représentant syndical »[511]. Cette dichotomie des fonctions suggérée par le ministre, confrontée aux réalités de l'entreprise, ne semble pas viable. Les pratiques d'entreprise révèlent combien est artificielle la séparation entre le système de la consultation et celui de la négociation. Il n'est pas possible, selon l'expression de Monsieur Maurice Cohen[512], « de découper le Code du travail en tranches s'excluant l'une l'autre ». C'est ainsi que l'institution élue occupe sa place dans le dispositif de la négociation des accords d'entreprise. Une place qui s'est imposée, dans un premier temps, par la pratique de la vie de l'entreprise, puis, par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Bien que les missions des deux institutions aient été explicitement séparées par le législateur, la lecture des textes montre que la consultation et la négociation annuelle obligatoire abordent des thèmes communs[513]. Les matières énumérées aux articles L. 2242-5 à L. 2242-14 du Code du travail, qui doivent être traitées lors de cette négociation, sont en partie les mêmes que celles recensées aux articles L. 2323-6 et s. et L. 2323-50 à L. 2323-60 du Code du travail relatifs à l'information annuelle et trimestrielle de l'institution élue et soumises à une consultation du comité d'entreprise. Il s'agit notamment de l'évolution de l'emploi, du nombre des contrats de travail à durée déterminée, des missions de travail temporaire et de la question de l'égalité des hommes et des femmes dans l'entreprise. Un constat similaire peut être fait pour la négociation triennale. Par exemple, en ce qui

506 Article L. 2131-1 du Code du travail.

507 Des exceptions existent cependant en matière de participation financière des salariés : l'accord d'intéressement (C. trav. art. L. 3312-5 3°) et l'accord de participation (C. trav. art. L. 3322-6 3°).

508 Article L. 2231-1 du Code du travail.

509 Hormis dans le cas particulier d'absence de délégué syndical tel que prévu à l'article L. 2232-21 du Code du travail.

510 J. Auroux, *préc.*, La Documentation française, 1982, p. 54.

511 P. Durand, *Traité de droit du travail*, Tome III, Dalloz, 1956, p. 334.

512 M. Cohen, La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif, *RJS,* 1998, p. 436.

513 V. M.-F. Bied-Charreton, Le comité d'entreprise peut-il négocier ?, *Droit ouvrier,* 1993, p. 131.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

concerne les thèmes obligatoires, puisque la gestion prévisionnelle des emplois[514] est aussi un domaine relevant de la compétence du comité qui doit être consulté sur les prévisions annuelles ou pluriannuelles dans les entreprises d'au moins trois cents salariés[515]. Il en va de même pour les thèmes facultatifs, comme le plan de sauvegarde de l'emploi et son contenu[516] qui sont des matières dont la connaissance et le suivi ont été confiés à l'institution élue par la loi (C. trav. art. L. 1233-32 et L. 1233-63).

Dans un contexte de bons rapports entre institutions représentatives, le comité, par l'exercice de ses attributions économiques, joue un rôle indirect dans l'élaboration d'avantages pour les salariés lors de la négociation. L'information qu'il recueille, les investigations qu'il mène, circulent en direction des organisations syndicales. Celles-ci acquièrent alors du recul, une capacité d'anticipation lors des discussions avec l'employeur, et éventuellement celle d'élargir les thèmes de la négociation. Le rôle consultatif du comité d'entreprise peut donc influer sur le contenu des négociations d'accords d'entreprise. Un équilibre dans l'articulation des missions du syndicat et du comité ne peut être que bénéfique pour la collectivité des salariés qui jouit d'un dispositif permanent de création d'avantages[517]. La coordination des attributions économiques de l'institution élue et des autres moyens d'action des travailleurs est, pour ces derniers, une garantie supplémentaire d'efficacité dans la défense de leurs intérêts. Mission de contrôle du comité et mission du syndicat apparaissent ainsi complémentaires.

113. L'efficacité d'une telle mécanique est subordonnée au respect, par l'employeur, des missions des deux instances. Elle est également tributaire de la volonté commune des deux institutions d'œuvrer ensemble vers la recherche constante d'un nivellement vers le haut des avantages de la collectivité des salariés. Mais, si cette volonté des deux institutions peut perdurer, le contexte, lui, a changé. La négociation collective est devenue aujourd'hui l'instrument de « l'adaptation décentralisée des règles du travail au changement économique et social »[518] qui « conduit à un certain renouveau de l'analyse contractuelle, fondée sur un synallagmatisme jusque là inconnu en matière de négociation collective »[519].

La négociation collective, au-delà de la mutation de sa fonction, a également vu ses domaines de compétence notoirement enrichis. Outre le fait de souvent recouper ceux relevant de la compétence de l'institution élue, ils incluent désormais, en tant que tel, le comité d'entreprise lui-même[520]. En cas d'absence de coopération qui serait née de la

514 Article L. 2242-15 2° du Code du travail.

515 Article L. 2323-56 du Code du travail.

516 Article L. 2242-16 2° du Code du travail : « La négociation prévue à l'article L. 2242-15 peut également porter : (…) 1° Sur les matières mentionnées aux articles L. 1233-21 et L. 1233-22 selon les modalités prévues par ce même article ». L'article L. 1233-22 dispose que l'accord prévu à l'article L. 1233-21 « peut déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi prévu à l'article L. 1233-61 fait l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci ».

517 M.-F. Bied-Charreton, L'articulation des missions du syndicat et du comité d'entreprise au sein de l'entreprise, *Droit ouvrier*, 1995, p. 56, spé. p. 58.

518 M.-L. Morin, Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord, *Droit social,* 2008, p. 24, spé. p. 25.

519 *Ibid.*

520 Articles L. 1233-21 à L. 1233-24 (modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise pouvant résulter d'un accord en cas de licenciement de dix salariés ou plus sur une même période de trente jours) ; article L. 2242-15 1° (obligation triennale de négocier sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que sur ses

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

pratique, les relations sociales entre partenaires peuvent présenter une certaine confusion, la loi ne prévoyant aucune articulation entre les missions du comité et du syndicat dans l'entreprise.

b. Une multiplication des interférences

114. Les raisons de ces confusions ne manquent pas. Elles sont issues tant des prérogatives de chaque institution représentative que des possibilités de cumul de mandats élus et désignatifs par les acteurs de la représentation.

115. Le comité d'entreprise n'est pas une instance de négociation. Il exerce sa mission sans préjudice des droits des organisations syndicales représentatives[521]. Comme en matière d'action en justice, le comité d'entreprise n'a pas qualité pour représenter les intérêts individuels des salariés, ni ceux, collectifs, de la profession[522]. Il peut uniquement conclure, en tant que personne civile, des accords relatifs à ses propres attributions régis par le droit commun des contrats[523]. Quelques cas sont également prévus par le législateur où un accord est nécessaire entre l'employeur et « la majorité des membres élus du comité d'entreprise » : le recours à un expert technique dans les conditions prévues à l'article L. 2325-38 du Code du travail et l'accès aux locaux de l'entreprise par l'expert rémunéré par le comité (C. trav. art. L. 2325-41 al. 2). Il en va de même pour les « élus titulaires » et l'employeur qui déterminent par accord les informations à remettre aux premiers préalablement à la négociation quand ils y participent en tant qu'acteurs (C. trav. art. L. 2232-27-1 al. 6).

Toutefois, des accords existent entre l'employeur et les membres de l'institution élue sur les droits des salariés de l'entreprise. Ce sont les accords appelés généralement « accords atypiques »[524], pour les distinguer des accords collectifs conclus avec les organisations syndicales représentatives, conformément à la loi[525]. De multiples raisons permettent d'expliquer « la propension remarquable de la négociation d'entreprise à s'évader hors des cadres légaux »[526], malgré une réglementation précise relative aux signataires et aux contenus ou formes de l'accord d'entreprise des articles L. 2232-11 et s. du Code du travail. Parmi ces raisons, on compte celles qui découlent de deux dispositions légales liées à l'entreprise : la place du comité prévue en son sein dès qu'elle emploie cinquante salariés (C. trav. art. L. 2322-1 et s.) d'une part, et la position de négociateur et de partie à l'accord collectif d'entreprise de l'employeur (C. trav. art. L. 2232-16) d'autre part. Le comité d'entreprise a pour fonction d'assurer une expression collective des salariés et

effets sur l'emploi) ; article L. 2323-61 du Code du travail (adaptation conventionnelle de l'information et de la consultation périodique du comité d'entreprise).

521 Article L. 2323-1 al. 3 du Code du travail : le comité d'entreprise « exerce ses missions sans préjudice des dispositions relatives à l'expression des salariés, aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux ».

522 Cf. n° 48 et s.

523 Article 1101 et s. du Code civil.

524 S. Julliot, Les turbulences au sein du double canal de représentation en France, *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 163, spé. p. 169.

525 On qualifie également d'accords atypiques les conventions d'entreprise conclues avec les organisations syndicales sans qu'aient été respectées les exigences de forme prévues par la loi. Sur ce sujet voir M. Despax, Les mesures de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise : les accords en marge de la loi, *Droit social,* 1982, p. 672.

526 M. Despax, *Droit du travail. Négociations, conventions et accords collectifs,* Dalloz, 2ème édition, 1989.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

est l'institution légitime pour recevoir l'information et la consultation. Ces attributions en font un des acteurs de la vie de l'entreprise, propice à l'instauration d'un dialogue entre l'employeur et les représentants du personnel. Car, bien que la finalité de la consultation diffère de celle de la négociation, elle peut néanmoins s'en rapprocher par son objet et les droits qui lui sont légalement reconnus. Le rôle consultatif du comité d'entreprise en fait un organe d'échanges : il reçoit des informations, formule des observations, qui doivent recevoir une réponse motivée de la part de l'employeur[527]. Or, ces aspects de la consultation s'apparentent aux pourparlers qui précèdent la conclusion d'un accord collectif que l'employeur a qualité à mener, en vertu de sa position de partie à l'accord d'entreprise que la loi lui octroie.

Aussi, la délégation du personnel au comité et l'employeur sont-ils souvent conduits, en pratique, à conclure un accord[528]. Ce dialogue, exigé à l'origine par les obligations d'information et de consultation de l'employeur, peut conduire à l'instauration d'une relation de confiance entre les parties qui seraient tentées de discuter directement des mesures relevant de l'entreprise et de négocier en marge du droit positif pour, éventuellement, aboutir à un accord[529]. La commodité de ce mode de négociation est mise en avant par les acteurs. Elle s'oppose à la complexité de la législation relative à la convention collective[530], souvent invoquée par ces mêmes acteurs[531]. La pérennité des représentants élus au sein de l'entreprise et l'étendue de leurs attributions économiques leur permettent un large accès aux informations relatives à toutes les questions générales touchant à l'intérêt des salariés. Elles ne peuvent que favoriser, avec généralement le consensus des salariés[532], les négociations informelles entre les comités d'entreprise et l'employeur qui apparaissent alors « comme le prolongement naturel de la consultation »[533].

Le cumul de la représentation syndicale et élue dans l'entreprise n'est pas la seule raison qui rend compte de l'existence de ces accords dits « atypiques » ; l'attitude de l'employeur, membre du comité d'entreprise, y contribue également. Ce genre d'accord est dû souvent à son initiative[534], quand il n'hésite pas à provoquer la négociation avec le comité en vue d'aboutir à une solution commune. Un comportement qui trouve son fondement, pour une partie de la doctrine[535], dans le fait que la légitimité de la représentation élue est, aux yeux des employeurs, plus grande que ne l'est celle de la représentation désignée[536].

527 Article L. 2323-4 du Code du travail.

528 R. Vatinet, La négociation au sein du comité d'entreprise, *Droit social*, 1982, p. 675, spé. p. 676.

529 Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, p. 131.

530 M. Despax, *préc.,* Dalloz, 2ème édition, 1989, n° 293, p. 561.

531 De plus, la conclusion d'accords « atypiques » est, dans certaines petites entreprises où il n'existe pas d'implantation syndicale, le seul moyen pour l'employeur d'aboutir à une position commune avec les représentants des salariés. V. S. Julliot, préc., *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 163, spé. p. 170 ; G. Vachet, Les accords atypiques, *Droit social,* 1990, p. 620.

532 M. Despax, *préc.,* Dalloz, 2ème édition, 1989, p. 561, n° 293.

533 R. Vatinet, préc., *Droit social*, 1982, p. 675, spé. p. 677.

534 R. de Quenaudon, Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise, *in Le droit collectif : questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay, P. Lang,* 1994, p. 263, spé. p. 265.

535 G. Vachet, préc., *Droit social,* 1990, p. 620 ; S. Julliot, préc., *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 163, spé. p. 170 ; M.-F. Bied-Charreton, Le comité d'entreprise peut-il négocier ?, *Droit ouvrier,* 1993, p. 129, spé. p. 135 ; G. Lyon-Caen, A la recherche des concepts du

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

116. La Cour de cassation a décidé de faire application des accords conclus en marge de la réglementation entre employeur et représentants élus. Dans un arrêt de la Chambre sociale du 11 mai 1964[537], elle appliquait et interprétait un accord passé au sein du comité qui augmentait la durée des congés payés, sans se prononcer cependant sur son régime juridique. Sans jamais leur reconnaître la valeur de convention collective légalement conclue, c'est à partir de 1984 que la Cour se prononce sur le régime juridique de ces accords. Elle les juge comme étant des engagements unilatéraux pris par l'employeur vis-à-vis des salariés[538], qui ne peuvent réduire leurs droits[539], une analyse partagée par une large partie de la doctrine[540].

En aucun cas, ces accords ne sont assimilés à des conventions collectives sur le plan de leur validité, valeur et régime juridique[541]. Ce faisant, ils ne peuvent mettre en cause les avantages nés d'un accord d'entreprise conclu antérieurement avec une organisation syndicale représentative qui n'aurait pas été régulièrement dénoncé[542]. De même, si une convention collective ou un accord d'entreprise a été conclu après l'engagement de l'employeur, les dispositions conventionnelles même moins favorables aux salariés priment, dès lors qu'elles ont le même objet[543]. En outre la portée d'un tel engagement unilatéral, résultant d'un accord conclu avec l'institution élue, apparaît limitée tant par la loi que par la Cour de cassation. Un engagement ne peut être pris par l'employeur dans les matières traitées lors des négociations obligatoires, sauf si l'urgence le justifie (C. trav. art. L. 2242-3). Par ailleurs, la Chambre criminelle juge que la conclusion d'un accord avec des institutions représentatives du personnel distinctes des organisations syndicales est constitutive du délit d'entrave prévu à l'article L. 2146-1 du Code du travail « lorsqu'elle a eu pour objet ou pour effet de porter atteinte au monopole que la loi confère aux organisations syndicales pour

Livre IV du Code du travail, *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 81, spé. p. 84.

536 Voir l'enquête « Réponses » réalisée en 1998-1999 auprès de trois mille établissements par la DARES dans *Etudes et statistiques*, juin 2000, La Documentation française.

537 Cass. soc. 11 mai 1964, *Bull.*, n° 400.

538 Cass. soc. 14 juin 1984, *Bull.*, V, n° 251, n° 82-14.385, *Droit social*, 1985, p. 192 ; Cass. soc. 23 octobre 1991, *Bull.,* V, n° 433, n° 88-41.661, *Droit social*, 1991, p. 960 ; Cass. soc. 18 mars 1997, *Bull.*, V, n° 110, n° 93-43.989, 93-43.991 et 93-44.297, *Droit social*, 1997, p. 544.

539 Cass. soc. 25 janvier 2006, n° 03-48.000 : l'accord atypique est un engagement unilatéral qui engage l'employeur vis-à-vis des salariés. Il ne leur est pas opposable s'il s'avère défavorable par rapport à la règle légale ou à l'accord ou la convention collective applicable.

540 R. Vatinet, préc., *Droit social,* 1982, p. 675 ; R. de Quenaudon, préc., *in Le droit collectif : questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay, P. Lang,* 1994, p. 263, spé. p. 268 ; G. Vachet, préc., *Droit social*, 1990, p. 620, spé. p. 624 ; E. Dockès, L'engagement unilatéral de l'employeur, *Droit social*, 1994, p. 227.

541 Cass. soc. 22 avril 1992, *Bull.,* V, n° 296, n° 88-40.291 : un accord conclu en marge de la réglementation ne peut être assimilé à un accord collectif même s'il est intervenu au cours d'une réunion du comité d'entreprise en présence des délégués syndicaux.

542 Cass. soc. 3 juillet 1991, *Bull.,* V, n° 340, n° 87-45.088.

543 Cass. soc. 12 novembre 1997, *Bull.*, V, n° 280, n° 94-43.223, obs. G. Couturier, *Droit social*, 1997, p. 89 ; Cass. soc. 28 janvier 1998, *Bull.*, V, n° 50, n° 95-45.220 : « Mais attendu que, lorsqu'un accord d'entreprise qui a le même objet qu'un engagement unilatéral ou un usage est conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, cet accord a pour effet de mettre fin à cet engagement unilatéral ou à cet usage sans qu'il soit nécessaire de procéder à sa dénonciation régulière » ; Cass. soc. 10 mars 2010, n° 08-44.950, H. Tissandier, Engagement unilatéral et accord collectif postérieur : de nouvelles précisions, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 382.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

représenter des salariés dans la négociation collective »[544]. La Chambre sociale a, sur ce point, une position plus nuancée. Dans une affaire où l'entreprise comptait des délégués syndicaux, elle a considéré que « si un accord conclu avec les représentants du personnel n'est pas nécessairement constitutif d'un délit d'entrave à l'exercice du droit syndical et comme tel nul, il n'a ni la valeur ni les effets d'un accord collectif de sorte qu'il n'est pas opposable aux salariés »[545].

La confusion résulterait donc en partie des attributions elles-mêmes, confiées aux différents canaux de représentation. C'est l'avis de Madame Raymonde Vatinet qui déjà, en 1983, soulignait que « le système français, en voulant combiner l'institution des comités d'entreprise avec la négociation syndicale d'entreprise, aurait peut-être présenté plus de clarté si notre comité ne s'était vu reconnaître que de simples droits d'information. C'est, en effet, son rôle consultatif qui le rend ambigu. En faisant de lui un organe de discussion et d'échanges de vues périodiques sur toute question intéressant la marche générale de l'entreprise, le législateur l'entraîne implicitement mais naturellement dans la voie de la négociation »[546].

117. A cette confusion issue des prérogatives des représentants s'ajoute celle des modes de reconnaissance des acteurs. Elle a été accentuée par la loi du 20 août 2008[547] qui a créé un rapprochement des institutions représentatives élues et désignées. Les conditions dans lesquelles sont nommés les délégués syndicaux tendent en effet à atténuer la distinction entre représentation élue et désignée. Désormais, un salarié ne peut être nommé délégué syndical que s'il a recueilli 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections au comité d'entreprise[548]. En conséquence, le délégué syndical sera souvent un représentant élu du personnel, son mandat n'étant pas incompatible avec l'exercice d'autres mandats[549].

2. L'articulation légale exceptionnelle des attributions des institutions représentatives

118. La loi, même si elle ne l'écarte pas *a priori*, ne prévoit donc pas l'intervention du comité d'entreprise lorsque la négociation collective porte sur l'une des mesures ou questions entrant dans son champ de compétence.

[544] Cass. crim. 18 novembre 1997, *Bull. crim.*, n° 390, n° 96-80.002, obs. M. Cohen, *Droit social*, 1998, p. 408.

[545] Cass. soc. 5 mai 2009, n° 07-45.358.

[546] R. Vatinet, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Sirey, 1984, p. 225.

[547] Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JO* 21 août. V. C. Nicod, La réforme du droit de la négociation collective par la loi du 20 août 2008, *Droit ouvrier,* 2009, p. 219 ; F. Petit, Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, *Droit ouvrier,* 2009, p. 22 ; L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 490 ; M.-A. Souriac, Les réformes de la négociation collective, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 14 ; S. Néron, La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 426 ; G. Borenfreund, Le nouveau régime de la représentativité syndicale, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 712 ; B. Gauriau, La rénovation de la démocratie sociale, *JCP S*, 2008, 36 ; P. Rodière, Du dialogue social à la démocratie sociale, quelques questions sur la réforme de la réforme, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1370 ; G. Bélier, H.-J. Legrand, *La négociation collective après la loi du 20 août 2008, nouveaux acteurs, nouveaux accords*, Editions Liaisons, 2009 ; Numéro spécial : la négociation collective d'entreprise : question d'actualité, *Droit social*, n° 8-9, 2009.

[548] Article L. 2143-3 du Code du travail [cf. n° 278 et s.].

[549] Article L. 2143-9 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Cependant, si rien n'est prévu dans le droit commun de la consultation, le législateur organise, de façon exceptionnelle et parfois ponctuelle, l'immixtion du comité dans le droit de la négociation collective, dans la limite de cas strictement déterminés. Cette organisation est implicite (a), comme dans le cas des plans de sauvegarde de l'emploi négociés. Elle est explicite (b) dans certains domaines limités. Dans les deux cas, elle participe à l'accroissement des moyens de contrôle dévolus à l'institution élue, depuis son origine, par le législateur.

a. Une articulation légale implicite : le cas des plans de sauvegarde de l'emploi négociés

119. La négociation autour du plan de sauvegarde de l'emploi se situe au cœur de la problématique de la répartition des rôles entre instances élues et syndicats acteurs de la négociation collective[550], rendant « la frontière entre concertation avec le comité d'entreprise et négociation avec les syndicats (…) difficile à tracer »[551].

Les règles du droit du licenciement économique laissent à l'employeur le pouvoir de décision. Mais elles imposent qu'au préalable un dialogue approfondi s'instaure avec les instances élues du personnel, ceci indifféremment selon que le plan de sauvegarde ait été négocié avec les syndicats ou procède d'une décision unilatérale de l'employeur.

La Cour de cassation a toujours eu le souci de laisser au comité d'entreprise la plénitude de ses attributions en la matière, veillant non seulement au respect de la consultation, mais également à son utilité[552]. Monsieur Philippe Waquet affirmait d'ailleurs dans le rapport de la Cour de cassation pour l'année 1999 : « (…) A l'occasion de la discussion du plan social, le rôle du comité d'entreprise est accru. Une information – consultation – de qualité apparaît à la chambre sociale, non pas comme une simple formalité, mais comme une garantie de fond qui permet au personnel concerné de vérifier que ses intérêts ont été pris en compte et que toutes les mesures possibles pour assurer le reclassement ont été mises en œuvre (…) »[553].

C'est ainsi que la préservation des attributions du comité, pour la Cour, se manifeste par l'obligation pour le plan de sauvegarde de l'emploi de comporter des mesures suffisamment précises et concrètes qui permettent une discussion constructive au sein de l'institution élue[554]. En outre, concernant les délais relatifs à la procédure, les juges de cassation décident que le comité doit disposer d'un temps suffisant dans le cadre de sa consultation prévue à l'article L. 2323-6 du Code du travail, l'employeur ne pouvant lui opposer les délais spéciaux de la procédure de licenciement économique[555]. Par ailleurs, ce sont les délais les plus favorables qui doivent être respectés[556].

550 G. Couturier, Le choix de la procéduralisation conventionnelle, *Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1152.

551 J. Savatier, Les transformations de la fonction représentative des syndicats, *in Les transformations de la fonction représentative des syndicats. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen,* Dalloz, 1989, p. 180, spé. p. 186.

552 V. P.-Y. Verkindt, De la consultation à la négociation : questions de procédure, *Droit social*, 1998, p. 321, spé. p. 326 et s.

553 P. Waquet, *Rapport de la Cour de cassation, La jurisprudence de la chambre sociale sur les plans sociaux,* La Documentation française, 1999, spé. p. 271, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/philippe_waquet_5802.html.

554 Cass. soc. 10 juin 1997, *Bull.*, V, n° 216, n° 95-19.818, *JCP E*, 1997, 879 ; Cass. soc. 30 octobre 2001, n° 00-11.925.

555 Cass. soc. 16 avril 1996, *Bull.,* V, n° 165, n° 93-20.228 : « Mais attendu que la cour d'appel (…) après avoir constaté que le comité avait été consulté concomitamment, selon deux procédures distinctes, sur le projet de licenciement collectif, pour motif économique des salariés de l'établissement (…) et sur le projet de fermeture de cet établissement, mesure entrant dans les prévisions

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

120. Dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, en cas de licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, il ne fait pas de doute que les plans de sauvegarde de l'emploi peuvent prendre une forme négociée. L'article L. 1233-41 du Code du travail[557] l'envisageait expressément, avant que l'article L. 1233-22 ne le consacre, depuis la loi n° 2005-32, en énonçant que l'accord prévu à l'article L. 1233-21 « peut déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi prévu à l'article L. 1233-61 fait l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci ».

Or, conformément aux articles L. 1233-28, L. 1233-30, L. 1233-31 et L. 1233-32 du Code du travail, le plan de sauvegarde de l'emploi doit être soumis à l'information et à la consultation du comité d'entreprise au cours de deux réunions successives[558].

Dans ces conditions, et même si un tel accord collectif reste soumis à des règles qui lui sont propres et exclusives de toute disposition exigeant la consultation préalable comme condition de validité, son objet – le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi – induit la consultation du comité d'entreprise. A défaut, il ne saurait certes être annulé. Mais il ne pourrait produire effet malgré sa validité au regard des règles relatives à la négociation collective, compte tenu des dispositions de l'article L. 1235-10 du Code du travail sanctionnant l'absence de toute consultation par la nullité de la procédure de licenciement.

La singularité de cette solution permettant à un accord collectif de subsister sans qu'il ne produise d'effet, « comme une sorte de coquille vide »[559], a été soulignée. Ainsi a-t-il été préconisé, dans le cas particulier des plans de sauvegarde de l'emploi négociés, que la consultation du comité d'entreprise soit une condition substantielle de validité de l'accord et que celui-ci soit donc déclaré nul en cas de non-respect de cette condition[560].

Finalement, ce ne fut pas le cas particulier du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi que choisit le législateur pour expérimenter la consultation du comité d'entreprise comme condition de validité d'un accord collectif, mais le thème des conditions d'exercice des prérogatives économiques de l'institution élue.

de l'article L. 432-1[L. 2323-6] du Code du travail, a exactement énoncé que le comité devait disposer, conformément aux dispositions de l'article L. 431-5 [L. 2323-4] du même Code d'un délai d'examen suffisant et que le chef d'entreprise n'était pas fondé à opposer au comité à l'occasion de cette dernière consultation, le délai mentionné au troisième alinéa de l'article L. 321-7 [L. 1233-52] du Code du travail, applicable à la seule procédure de licenciement pour motif économique ». V. G. Picca, L'information/consultation du comité d'entreprise en cas de restructuration, *JCP E*, 1996, 836.

[556] Cass. soc. 17 juin 1997, Grands magasins de l'Ouest, *Bull.,* V, n° 223, n° 95-18.904 (*RJS*, 1997, n° 990 ; rapport J.-Y. Frouin, *Droit social,* 1997, p. 142 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 510) ; Cass. soc. 9 février 2000, *Bull.*, V, n° 62, n° 98-12.143.

[557] Article L. 1233-41 du Code du travail : « L'autorité administrative peut réduire le délai de notification des licenciements aux salariés prévu à l'article L. 1233-39, ou tout autre délai prévu par convention ou par accord collectif de travail, lorsqu'un accord collectif portant sur les conditions de licenciement, notamment sur les mesures prévues à l'article L. 1233-32, a été conclu à l'occasion du projet de licenciement ou lorsque l'entreprise applique les dispositions préexistantes d'une convention ou d'un accord collectif ayant ce même objet ».

[558] Le nombre de réunions est porté à trois en cas de recours du comité d'entreprise à l'assistance d'un expert-comptable (C. trav. art. L. 1233-34 et s.).

[559] G. Auzero, note sous Cass. soc. 5 mai 1998, *Recueil Dalloz*, 43ème cahier, jurisprudence, p. 609, spé. p. 611.

[560] *Ibid.*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

b. Une articulation légale explicite

121. Ces dernières années, la loi a organisé la conjugaison des missions respectives des deux canaux de représentation dans l'entreprise, dans des domaines limités mais particulièrement importants. Outre le cas de l'épargne salariale dans lequel il dispose d'attributions légales spécifiques lui assurant une intervention lors des négociations des accords (b.3), le comité d'entreprise a vu l'exercice de ses attributions légalement reconnu dans l'élaboration de normes collectives dans des cas aussi emblématiques que les licenciements économiques et la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC). Néanmoins, cette explicitation, quand elle n'est pas qu'expérimentale (b.1), peut apparaître comme limitant le droit de ses attributions économiques (b.2).

b.1. L'expérimentation des accords de méthode au sens de la loi du 3 janvier 2003

122. Adoptée après recours à la procédure d'urgence, la loi du 3 janvier 2003[561] a promu la négociation collective en matière de licenciements collectifs et la conclusion d'accords collectifs au niveau de l'entreprise, par ce que la circulaire n° 2003-3 du 26 février 2003[562] a appelé les « accords de méthode »[563]. Elle suspendait dans le même temps la loi n° 2002-73 de modernisation sociale[564] et renvoyait à la négociation interprofessionnelle les dispositions suspendues.

Dans son article 2, la loi autorisait, à titre expérimental, la conclusion d'accords d'entreprise visant à déterminer les conditions de négociation du plan de sauvegarde de l'emploi et à organiser les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise. Les procédures de licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours pouvaient être soumises aux règles d'un tel accord, dit accord de méthode, nouvelle figure législative.

Dans la mesure où il s'agissait d'accords collectifs, seules étaient donc habilitées à les négocier et à les signer les organisations syndicales représentatives de l'entreprise. Le comité d'entreprise n'avait pas à être partie à l'accord, bien que celui-ci ait eu pour objet principal de fixer les modalités d'information et de consultation de l'institution représentative élue. Cependant, à défaut de faire du comité une partie à la négociation et à la conclusion de l'accord, sa consultation préalable fut élevée en condition de validité de l'accord de méthode. La loi, sans aller jusqu'à convier le comité à la table des négociations, allait au-delà de ce que la jurisprudence de la Cour de cassation prescrivait et prescrit toujours[565]. Alors que, conformément à la position de la Cour régulatrice, le défaut de consultation du comité préalablement à la conclusion d'un accord collectif n'est sanctionné que selon les règles

561 Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique, *JO* 4 janvier.

562 Circulaire DGEFP/DRT n° 2003-3 du 26 février 2003 relative à la mise en oeuvre de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique, *BO Trav.,* n° 6, 5 avril 2003.

563 Ce paragraphe ne traitera que de la consultation comme condition de validité d'un accord collectif, cas spécial d'organisation par la loi de l'articulation des missions du comité d'entreprise et du syndicat dans l'entreprise. L'objet de ces accords, dits « de méthode », issus de la loi de janvier 2003 et leurs conséquences sur la capacité de contrôle économique du comité d'entreprise sur la décision patronale seront développés ultérieurement, dans la partie intitulée « II. La négociation sur la consultation » [cf. n° 153 et s.].

564 Les dispositions de cette loi relatives aux attributions économiques du comité d'entreprise seront abordées aux n° 320 et s.

565 Cass. soc. 5 mai 1998, *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498. Cf. B. *infra* n° 129 et s.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

régissant le fonctionnement du comité d'entreprise, l'article 2-III[566] prévoyait la nullité de l'accord de méthode si cette consultation préalable du comité n'avait pas eu lieu.

123. Sans doute cette mesure était-elle justifiée par le fait que l'exercice même des prérogatives économiques de l'institution élue se trouvait au cœur de ce nouveau dispositif. Son contrôle s'en trouvait renforcé, car doté d'un caractère contraignant. Mais alors il est permis de s'interroger sur les raisons pour lesquelles les articles L. 1233-21 à L. 1233-24 du Code du travail, dont les dispositions sont issues de la loi du 18 janvier 2005, ne reprennent pas cette exigence. En effet, l'article L. 1233-21 dispose simplement qu'« un accord d'entreprise, de groupe ou de branche peut fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives du personnel (…) les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise (…) ».

Si pour un accord de branche ou de groupe, la consultation du comité d'entreprise comme condition de validité n'a pas de sens, la soumission des accords d'entreprise au droit commun de la négociation collective avait suscité les interrogations des praticiens dès 2005. Ceux-ci promettaient « des difficultés d'exécution des accords qui seraient conclus par des organisations minoritaires, sans association véritable des comités d'entreprise »[567]. Monsieur Paul-Henri Antonmattei semblait regretter une telle marginalisation du comité dans une situation où la négociation porte essentiellement sur la procédure d'information et de consultation. En soulignant les limites de l'application *erga omnes* de l'accord collectif, il s'interrogeait sur le fait d'« imposer à un comité d'entreprise de respecter un accord qu'il ne signe pas »[568].

Les études menées par le Ministère du Travail font état d'une pratique contrastée quant au rôle du comité d'entreprise lors de la négociation et de la conclusion des accords de méthode. En 2004, le bilan d'étape effectué par la direction générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP) constatait, dans un souci de sécurisation des procédures de licenciement pour motif économique, « l'association des CE et CCE à la négociation de l'accord [de méthode] ». Cette association se traduisait par la cosignature de l'accord par les instances élues du personnel, observée dans vingt-deux accords sur les cent soixante et un déposés dans les directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP) en 2004[569]. En 2006, la DGEFP, si elle notait toujours l'association des comités d'établissement et comités centraux d'entreprise à la négociation d'un accord, relevait néanmoins qu'elle « s'[s'avérait] rare »[570]. Certains accords de méthode pourtant, contiennent des clauses conditionnelles subordonnant la conclusion de l'accord à l'avis favorable du comité d'entreprise[571].

[566] Art. 2-III de la loi n° 2003-6 : « III. La validité des accords prévus au I est subordonnée à une consultation du comité d'entreprise et à leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ».

[567] E. Gayat, Accords de méthode, *Droit ouvrier*, 2005, p. 350.

[568] P.-H. Antonmattei, Accord de méthode, génération 2005 : la « positive attitude », *Droit social*, 2005, p. 399, spé. p. 400.

[569] Direction Générale à l'Emploi et à la Formation Professionnelle, *Accords de méthode bilan d'étape (septembre 2004)*, 2004. V. Accords de méthode : premier bilan, *Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1192.

[570] Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle, Bilan des accords de méthode conclus en 2005, *JCP S*, 2006, act. 233. Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, Le développement des accords de méthode en 2005-2006, *JCP S*, 2007, act. 250.

[571] F. Gaudu, Les accords de méthode, *Droit social*, 2008, p. 915, spé. p. 920.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

124. La suppression de la consultation préalable du comité d'entreprise aurait pu être analysée comme un recul de son contrôle sur la décision du chef d'entreprise, que celle-ci soit unilatérale ou négociée. Ses effets doivent cependant être atténués eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation imposant la consultation préalable du comité dès lors qu'un accord collectif traite d'un sujet relevant de sa compétence, sous peine de sanctions pénales prévues par les règles régissant son fonctionnement. Mais, s'il ne fait pas de doute que le plan de sauvegarde de l'emploi est un thème relevant des attributions de l'institution élue (C. trav. art. L. 1233-28 et s.), il en va différemment de l'organisation conventionnelle des procédures d'information et de consultation. Cette organisation ne semble relever ni des questions prévues à l'article L. 2323-6 du Code du travail, ni de l'un des cas de consultations spécifiques du comité d'entreprise énumérés dans ledit Code. Juridiquement, la question de la consultation du comité d'entreprise lors des négociations d'un accord ne traitant que de l'information et de la consultation de l'institution élue se pose donc, ce qui conduit une partie de la doctrine à considérer que « ce n'est alors qu'en opportunité que la consultation préalable du comité d'entreprise doit être conseillée »[572].

Toutefois, la circulaire DGEFP-DRT du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations, qui rappelle l'obligation pénalement sanctionnée de consultation préalable du comité d'entreprise, précise qu'outre « toute question intéressant l'organisation, la gestion, et la marche générale de l'entreprise », le comité doit également être consulté sur « toute mesure de nature à affecter ses modalités de fonctionnement »[573]. Cette précision est certes prévue dans la fiche n° 2 de la circulaire relative aux accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (C. trav. art. L. 2242-15 et s.) et non à la fiche n° 3 consacrée spécifiquement aux accords de méthode (C. trav. art. L. 1233-21 et s.). Néanmoins, la généralité des dispositions, ainsi que la faculté, dans le cadre de la négociation triennale, de négocier sur les matières propres aux accords de méthode (C. trav. art. L. 2242-16 1°) doivent permettre de considérer, selon nous, que l'obligation de consultation du comité résultant de la jurisprudence « EDF »[574] doit être respectée lorsque l'accord conclu en application de l'article L. 1233-22 ne traite que de l'information et de la consultation de l'institution élue.

La consultation de l'institution élue préalablement à la signature des accords prévus aux articles L. 1233-21 et 1233-22 du Code du travail semble donc préservée, même si elle n'est plus considérée comme une condition de validité desdits accords.

b.2. L'association du comité d'entreprise à l'obligation de négociation sur la mise en place d'un dispositif de GPEC

125. Plus récemment, la loi du 30 décembre 2006 relative à l'actionnariat salarié[575] a dédié quelques-uns de ses articles (articles 27 à 31)[576] aux droits d'information et de consultation

[572] F. Favennec-Héry, Restructurations, deux maîtres mots : négociation, anticipation, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1242 ; G. Auzero, Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel, *Bulletin Joly Sociétés*, 2006, p. 867.

[573] Circulaire DGEFP-DRT n° 2005-47 du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations, *BO Trav.*, n° 2, 28 février 2006, fiche n° 2 : les accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

[574] Cf. n° 131 et s.

[575] Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, *JO* 31 décembre.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

du comité d'entreprise. Nous traiterons de l'article 29 – dont les dispositions sont codifiées à l'article L. 2323-61 du Code du travail - dans le développement consacré à la négociation sur la consultation [cf. n° 157 et s.]. Nous évoquerons ici la précision légale apportée à l'articulation, dans l'entreprise, des missions du syndicat et du comité en cas de conclusion d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

L'article 27 de la loi a complété l'obligation de négocier en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, précisant que la « négociation porte sur (…) la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées (…) » (C. trav. art. L. 2242-15 2°).

On peut s'interroger sur l'utilité de cet ajout. D'abord, quand on sait que la jurisprudence de la Cour de cassation impose la consultation du comité d'entreprise « concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord » quand celui-ci porte sur l'un des thèmes soumis légalement à la consultation du comité[577]. C'est le cas, en particulier, de la GPEC sur laquelle le comité dispose d'une consultation spécifique dans les entreprises de plus de trois cents salariés, prévue à l'article L. 2323-56 du Code du travail. Ce texte présente en effet une similitude avec ce qui caractérise une démarche de gestion prévisionnelle puisqu'il traite de domaines relevant de la prévision, des actions de formation, de l'analyse entre ce qui avait été prévu et ce qui est advenu. Ensuite, quand on constate que cette information, mais aussi la consultation du comité d'entreprise, sont prévues par la circulaire du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations, dans sa fiche 2 consacrée aux accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences[578].

Cette précision légale a-t-elle alors pour objectif de circonscrire le rôle du comité d'entreprise à une simple information en matière de négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois, à l'exclusion d'une consultation et de la délivrance d'un avis sur le dispositif conventionnel ? Madame Raymonde Vatinet envisage une autre interprétation du texte[579]. Elle considère que cette obligation d'information intervient en plus de l'information et la consultation du comité sur la signature d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, une fois la négociation réussie et le dispositif mis en place. C'est donc exclusivement la mise en place de ce dispositif, qui une fois réalisée, doit faire l'objet d'une

[576] Ces articles, regroupés dans le titre 1er du chapitre IV de la loi, sont sans rapport avec les autres dispositions de ce titre 1er relatif au développement de la participation qui ne figuraient pas dans le projet initial. Ils ont été ajoutés par l'Assemblée nationale et modifiés par le Sénat. V. : R. Vatinet, Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés. – (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, art. 27 à 31), *JCP S*, 2007, 1072.

[577] Cass. soc. 5 mai 1998, préc., *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

[578] Circulaire DGEFP-DRT n° 2005-47 du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations, préc., fiche n° 2, les accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences : « Par ailleurs, le comité d'entreprise doit être consulté sur toute question intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, ainsi que sur toute mesure de nature à affecter ses modalités de fonctionnement. La consultation du CE ou de l'instance définie par l'accord dans le cadre d'un accord de groupe peut être concomitante à l'ouverture de la négociation de l'accord collectif sur ces sujets ou avoir lieu au plus tard avant la signature de l'accord. Le défaut de consultation n'entraîne pas la nullité de l'accord ni son opposabilité, mais les sanctions propres au fonctionnement des comités d'entreprise ».

[579] R. Vatinet, préc., *JCP S*, 2007, 1072.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

information spéciale du comité d'entreprise, que vise l'article 2242-15 du Code du travail tel qu'il a été complété par la nouvelle loi[580].

Cette position, visant à ne pas supprimer la consultation de l'institution élue en pareil cas, semble correspondre à celle du législateur qui prévoyait initialement que le comité d'entreprise serait « associé » à la négociation afin d' « entériner ainsi une pratique déjà courante sur le terrain »[581]. Cependant, inquiète du « flou juridique de cette notion d'association » dont « l'interprétation incertaine risquerait d'être source de contentieux »[582], la commission des affaires sociales du Sénat a recommandé de prévoir une information du comité plutôt que son association aux négociations. Cette modification, suggérée par la Chambre haute, a été retenue pour la rédaction finale de l'article.

La position de Madame Raymonde Vatinet nous paraît être la plus compatible avec le droit commun des attributions économiques du comité d'entreprise, imposant la consultation de l'institution élue dans les domaines relevant de sa compétence générale (et dont l'emploi fait indéniablement partie en application des articles L. 2323-56 et L. 2323-6 du Code du travail notamment). La réduction de l'intervention du comité à une seule information semble peu probable. En la matière, il dispose d'un droit à consultation spécifique issu de l'article L. 2323-56 du Code du travail qui précise qu'il doit être consulté chaque année sur « les prévisions annuelles ou pluriannuelles et les actions, notamment de prévention et de formation, que l'employeur envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions (…) »[583].

Demeure alors la question de l'utilité de cette précision légale : l'information spécifique du comité d'entreprise sur la seule mise en place du dispositif n'est-elle pas redondante avec celle qu'il aura précédemment reçue lors de la négociation et avant la signature de l'accord ayant pour objet le dispositif de gestion prévisionnelle concerné ? Ou alors trouve-t-elle sa raison d'être dans le fait que la GPEC, en tant que thème imposé à l'employeur, doit faire l'objet d'une consultation spécifique aux termes de l'article L. 2323-56 et nécessite donc, outre une consultation de l'institution élue lors de la négociation, une consultation sur le contenu même de l'accord ?[584] Ou bien encore, par cet ajout, le législateur ne renoue-t-il pas

[580] Madame Raymonde Vatinet conforte son interprétation en citant les dispositions du décret n° 2007-101 du 25 janvier 2007 relatif au dispositif d'aide au conseil aux entreprises pour l'élaboration de plans de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (*JO* 27 janvier) : « Ce texte précise que le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sont consultés sur la conclusion d'une convention avec l'Etat, par laquelle ce dernier prend en charge une partie du coût de la conception et de l'élaboration d'un plan de gestion prévisionnelle. Le nouveau décret ajoute que le comité ou, à défaut, les délégués du personnel, « sont consultés sur le contenu et les modalités de mise en œuvre du plan de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences » (C. trav. art. D. 322-10-14 nouveau [article D. 5121-9]) ». V. R. Vatinet, préc., *JCP S*, 2007, 1072.

[581] J.-M. Dubernard, *Rapport n° 3339 fait au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié (n° 3175) et la lettre rectificative (n° 3337)*, 2006, Article additionnel après l'article 14, p. 123, http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r3339.pdf.

[582] I. Debré, *Rapport n° 46 fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié*, 2006, p. 72, http://www.senat.fr/rap/l06-046/l06-0461.pdf.

[583] Il convient de relever que l'article L. 432-1-1 de l'ancien Code du travail a subi une modification suite à sa transcription à l'article L. 2323-56. Alors que l'ancien article ne fixait aucun seuil de consultation, exception faite du seuil requis pour qu'un comité d'entreprise soit mis en place, le nouvel article précise que cette obligation d'information s'impose dans les entreprises de trois cents salariés et plus. Cette modification et ses conséquences seront développées dans la deuxième partie de l'étude [cf. n° 353 et s.].

[584] V. C. Nicod, L'accord collectif, succédané de l'acte unilatéral, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1340.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

simplement avec son habitude historique : celle de multiplier des références à la consultation et à l'information des représentants du personnel, entretenant ainsi le gigantisme et la complexité de l'œuvre législative en la matière. Nous nous interrogerons, dans le titre II de la deuxième partie de l'étude [cf. n° 365 et s.], de savoir si cette mention ne serait pas plutôt un des éléments d'un mouvement de plus grande ampleur visant à écarter les attributions légales du comité d'entreprise du domaine de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, au profit d'une organisation conventionnelle de cette gestion à laquelle le comité d'entreprise serait intégré.

b.3. La consultation du comité d'entreprise sur les accords de participation ou d'intéressement

126. Le cas particulier de l'épargne salariale, pour lequel le législateur a organisé l'articulation des missions des deux canaux de représentation dans l'entreprise, mérite également d'être cité[585]. Dans ce domaine précis, la loi a fait du comité un véritable « réceptacle d'informations générales et spéciales qui le rendent particulièrement apte à donner un avis sur les accords de participation ou d'intéressement même lorsqu'il n'en est pas lui-même signataire »[586]. Outre sa compétence générale au titre de l'article L. 2323-27 du Code du travail, le comité d'entreprise dispose d'attributions légales spécifiques. Celles-ci lui assurent une intervention lors des négociations desdits accords dont il n'est pas signataire qui se traduit par :

- Des obligations d'information, puisque tant en matière d'intéressement que de participation, tout accord doit prévoir les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise ou une commission spécialisée créée par lui dispose des moyens d'information nécessaires sur les conditions d'application de cet accord (articles L. 3313-2 et L.3341-5 du Code du travail). En outre, l'employeur doit, dans les six mois de la clôture de l'exercice, présenter un rapport au comité comportant les éléments servant de base au calcul de la réserve spéciale de participation, ainsi que des indications précises sur la gestion et l'utilisation des sommes affectées à cette réserve. Ce rapport devra faire l'objet d'une réunion distincte ou d'une mention spéciale à son ordre du jour (articles D. 3323-13 et 3323-14 du Code du travail).
- Des obligations de consultation. Il s'agit de l'article L. 2323-18 du Code du travail, dont les dispositions sont issues de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006. Il prévoit pour les entreprises disposant d'un accord de participation, d'un accord d'intéressement ou d'un plan d'épargne salariale, l'organisation d'une consultation du comité d'entreprise « sur les évolutions envisageables à apporter à ces accords et plan, ainsi que sur la situation de l'actionnariat salarié et sur la participation des salariés à la gestion de l'entreprise ». Cette consultation, qui doit avoir lieu avant la prorogation ou le renouvellement de l'accord ou du plan, n'est cependant exigée que lorsque le comité d'entreprise n'en est pas signataire.

127. Hormis ces cas particuliers, la loi ne prévoit pas d'articulation entre les missions du comité et celles du syndicat. En cela, elle contraste avec le droit de l'Union européenne qui lie ces deux formes de participation en prévoyant, notamment dans la directive 2002/14/CE,

[585] Pour être tout à fait complet, nous devons citer également un autre cas où la loi prévoit expressément la consultation du comité d'entreprise sur un accord collectif. Il s'agit des dispositions relatives au repos compensateur qui prévoient, à l'article L. 3121-4 du Code du travail, que « la convention ou l'accord d'entreprise ou le texte soumis à l'avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel peut adapter les conditions et les modalités d'attribution et de prise du repos compensateur de remplacement à l'entreprise ».

[586] R. Vatinet, préc., *JCP S*, 2007, 1072.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

que « la consultation s'effectue (…) en vue d'aboutir à un accord »[587]. Cette étanchéité se constate dans la structure même du Code du travail. Son livre II de la deuxième partie traitant de la négociation collective et des conventions et accords collectifs de travail n'évoque pas l'intervention de la représentation élue[588], alors qu'il ressort des dispositions relatives au comité d'entreprise (C. trav. art. L. 2323-2 et L. 2323-6) que l'employeur a une obligation de le consulter préalablement à toute décision sur les questions intéressant la marche générale de l'entreprise.

128. Mais, si « le droit positif n'a jamais été capable de faire un choix clair [entre les deux institutions], (…) il a su progressivement reconnaître (…) dans la jurisprudence et dans la pratique de la négociation collective, l'inévitable osmose et indispensable connexion qui les relient »[589]. Le législateur n'ayant pas voulu organiser cette articulation, c'est donc la Cour de cassation qui s'en est chargée, démontrant l'utilité de la consultation.

B. Une reconnaissance jurisprudentielle générale

129. La Cour de cassation a apporté une contribution essentielle à l'articulation des attributions respectives des institutions élues du personnel et des syndicats représentatifs, entamée en 1998 puis complétée en 2008.

Cette construction jurisprudentielle visant à intégrer l'institution élue dans le processus de négociation est précieuse pour le respect de ses attributions économiques. Elle l'est pareillement pour l'effectivité de la représentation des intérêts de la collectivité, dans une période où il est constaté une tendance à voir primer la négociation sur l'exercice unilatéral du pouvoir[590].

Face à ce mouvement de rapprochement entre négociation et exercice du pouvoir orienté vers une forme de subsidiarité de l'acte unilatéral à la négociation collective[591], l'affirmation nette de la Cour de cassation du rôle du comité d'entreprise dans la négociation est un gage de préservation de sa mission en matière économique (1). Nous verrons si elle peut conduire à un accroissement de ses pouvoirs lors de la procédure de négociation, qui s'ajoute à son droit à consultation (2).

1. La consultation consacrée

130. La loi n'organisant pas la coordination de la procédure de consultation et du processus de négociation, ce sont donc les juges qui ont apporté une solution en se plaçant sur le terrain des attributions économiques. Ils l'ont fait sur le fondement des articles L. 431-5 (C. trav. art. L. 2323-2) et L. 432-1 (C. trav. art. L. 2323-6) de l'ancien Code du travail, pour décider de l'obligation de l'employeur de consulter le comité d'entreprise avant la signature d'un accord collectif (a) ou pour le dénoncer (b). Par ses décisions, la Cour de cassation consacre la place incontournable des institutions représentatives élues du personnel en

587 Article 4.4 e) de la directive 2002/14/CE.

588 Exception faite du cas de l'information du comité d'entreprise sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle (C. trav. art. L. 2242-15 2°) et de celui où le comité peut être objet de la négociation (C. trav. art. L. 2242-16), dispositions toutes deux relatives à la négociation triennale issues de la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005.

589 J.-M. Verdier, Une expérimentation française : la recherche des nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise, *in Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos,* Editions A. Pedone, 1999, p. 607.

590 V. C. Nicod, préc., *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1340.

591 Décrit par C. Nicod, préc., *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1340.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

matière de négociation collective. Elle instaure une garantie du respect des droits du comité, lui permettant l'exercice de sa mission de contrôle des actions de la direction pour une prise en compte permanente des intérêts des salariés.

a. La consultation, « gage de qualité »[592] d'une négociation

131. On le sait, le comité d'entreprise doit être consulté avant la signature d'un accord d'entreprise quand la négociation collective porte sur l'une des questions ou mesures mentionnées à l'article L. 2323-6 du Code du travail. C'est la règle posée par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 mai 1998[593], dit « arrêt EDF »[594] qui impose, par la combinaison des articles L. 2323-2 et L. 2323-6 du Code du travail, que la décision de l'employeur soit précédée de la consultation lorsqu'elle concerne l'un des thèmes qui entrent dans la compétence de l'institution élue. Cette consultation, selon les termes de l'arrêt, « doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture de la négociation et au plus tard avant la signature de l'accord » sans qu'il y ait lieu de distinguer le fait que cette décision soit « unilatérale ou [prenne] la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise »[595]. On assiste ici à une démonstration de « l'activité définitoire de la Haute juridiction », selon l'expression de Monsieur Cyril Wolmark[596], qui s'empare de la notion de la décision pour en préciser la définition.

La Cour énonce donc que les textes sur la négociation collective et le comité d'entreprise se combinent puisqu'« il n'y a pas de hiérarchie entre les textes qui procèdent d'une source juridique équivalente »[597] et qui ont donc vocation à recevoir application dès lors qu'ils réglementent un même objet. Cette combinaison débouche sur une définition extensive de la notion de décision : un acte qui ne procède pas uniquement de la volonté unilatérale de l'employeur. L'initiative de l'employeur de signer un accord collectif avec des organisations syndicales représentatives est une décision au sens de l'article L. 2323-2 du Code du travail. L'élargissement de la définition de la notion de décision participe ainsi

[592] ***Selon l'expression de M. Cohen, préc., RJS, 1998, p. 235.***

[593] Rappelons pour mémoire brièvement les données de l'espèce : le 19 novembre 1993, etait signé à EDF-GDF un accord collectif d'entreprise dit « accord pour le développement de l'emploi et une nouvelle dynamique sociale » entre la direction et quatre organisations syndicales de salariés. Le conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production d'EDF-GDF (qui tient lieu de comité d'entreprise), estimant que la négociation de cet accord avait été conduite en violation de ses droits puisqu'elle portait sur un domaine soumis à la consultation obligatoire du comité d'entreprise, avait saisi le Tribunal de grande instance afin que soit constatée la nullité de l'accord. La Cour d'appel le déboutait en répondant au moyen soutenu qu'aucune disposition propre au statut du personnel des industries électrique et gazière ne subordonne la conclusion d'un accord tel que celui du 19 novembre 1993 à la consultation préalable des institutions représentatives du personnel. Les requérants formaient alors un pourvoi en cassation.

[594] V. D. Jullien, Accord d'entreprise et consultation du CE, *Semaine sociale Lamy,* 1998, n° 887 ; J.-Y. Frouin, Négociation collective et consultation du comité d'entreprise, *Droit social*, 1998, p. 579 ; M.-A. Souriac-Rotschild, Négociation collective d'entreprise et consultation du comité d'entreprise, *Action juridique*, 1996, n° 118, p. 4. ; Colloque AFDT « Consultation – négociation » du 9 octobre 1998, *Liaisons sociales,* 26 janvier 1999, n° 6/99, Documents ; P.-Y. Verkindt, De la consultation à la négociation : questions de procédure, *Droit social*, 1998, p. 321 ; P.H. Antonmattei, Comité d'entreprise et négociation collective : « le courant passe », *RJS*, 1998, p. 611 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 738.

[595] Cass. soc. 5 mai 1998, préc., *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

[596] C. Wolmark, *La définition prétorienne*, Dalloz, 2007, n° 7, p. 8.

[597] J.-Y. Frouin, préc., *Droit social*, 1998, p. 582.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

au mouvement d'extension des attributions économiques du comité d'entreprise et précise avec force l'étendue de son rôle consultatif.

132. Cette position de la Cour régulatrice a suscité les réserves d'une partie de la doctrine quant à ses conséquences sur la répartition des compétences des instances de représentation du personnel et la finalité du rôle tant du comité d'entreprise que des délégués syndicaux[598]. Accusée de placer l'exercice du droit constitutionnel à la négociation collective sous la dépendance du contrôle dévolu au comité[599], de contrevenir « à la volonté du législateur telle qu'elle transparaît dans l'article L. 431-5 [L. 2323-2] du Code du travail impliquant que seule la décision unilatérale de l'employeur doit être précédée de la consultation du comité »[600] ou encore d'emporter « confusion des deux types de processus de décision que s'était attaché à distinguer le code du travail »[601], la Cour confirme sa position en 2003[602] en réaffirmant la complémentarité des missions des deux instances représentatives[603].

Des tentatives ont été faites pour contrer ces décisions dont la régularité ou l'autorité de la juridiction qui les a prises permet d'y déceler une jurisprudence, source du droit[604]. Alors

[598] A l'inverse, elle a également suscité nombre de commentaires favorables : M. Cohen, préc., *RJS*, 1998, p. 235 ; P. Lyon-Caen, Points de vue, *Droit social,* 1998, p. 778 ; D. Boulmier, Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur, *Droit ouvrier*, 1998, p. 350 ; D. Boulmier, Naissance et mort de la norme collective : quel droit d'information et de consultation du comité d'entreprise, *Jurisprudence sociale Lamy,* 2002, n° 97 ; Colloque AFDT « Consultation – négociation » du 9 octobre 1998, Intervention de H.-J. Legrand, *Liaisons sociales,* 26 janvier 1999, n° 6/99, Documents, p. 4.

[599] B. Boubli, La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif, *Semaine sociale Lamy*, 1998, n° 893.

[600] N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, PUAM, 2005, p. 495. Cet argument est contestable car rien ne permet de limiter la décision visée à l'article L. 2323-2 du Code du travail à une décision à caractère unilatéral. La Cour de cassation a déjà ainsi exigé la consultation de l'institution élue avant la conclusion d'un contrat visant à la mise en location-gérance de certains établissements (Cass. crim. 27 mars 1990, n° 89-82.951, *RJS*, 1990, n° 502). Monsieur Jean-Yves Frouin souligne aussi que la Chambre sociale a fait application de l'article L. 2323-2 du Code du travail à une cession d'actions et par conséquent à un contrat conclu par l'employeur (Cass. soc. 16 avril 1996, *Bull.,* V,n° 163, n° 93-15.417) : v. Colloque AFDT « Consultation – négociation » du 9 octobre 1998, Intervention de J.-Y. Frouin, *Liaisons sociales,* 26 janvier 1999, n° 6/99, Documents, p. 2.

[601] Monsieur Bernard Teyssié précise ces deux types de processus de décision : « la décision unilatérale, précédée de la consultation du comité d'entreprise, et la décision négociée, issue d'un accord conclu avec les délégués syndicaux ». B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives de travail,* Litec, 6ème édition, 2009, n° 278, p. 210.

[602] Cass. soc. 19 mars 2003, *Bull.*, V, n° 105, n° 01-12.094, obs. G. Couturier, *Droit social*, 2003, p. 552 ; J.-E. Tourreil, Un accord collectif conclu sans consultation du comité d'entreprise n'est pas nul, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2003, n° 122 ; Négociation sans consultation : pas de suspension possible ?, *Semaine sociale Lamy*, 2003, n° 1116.

[603] Complémentarité cependant toute relative, les juges refusant d'admettre que le défaut de consultation puisse remettre en cause un accord valablement conclu, comme nous le verrons dans le développement ci-dessous consacré à la portée de cette consultation.

[604] Il existe différentes définitions du terme « jurisprudence ». En voici une, tirée du Précis Dalloz : « la jurisprudence, dont résulte une part du droit positif, est un ensemble d'interprétations de textes, de qualifications, de règles décrites ou implicitement consacrées par des décisions dont la régularité ou l'autorité de la juridiction qui en est l'auteur permet de pronostiquer la réitération » (J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *préc.*, Dalloz, 24ème édition, 2008, n° 58, p. 84). Quant à Gérard Lyon-Caen, il la définit ainsi : « Dans la conception française, la jurisprudence c'est non pas une collection de décisions éparses, mais une construction logique, élaborée certes d'espèce en espèce au contact des faits, mais unifiée ensuite par la doctrine avec le recul que donne la recherche de la conformité aux principes du droit et finalement absorbée dans un système de règles » (G. Lyon-Caen, L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces), *Droit social*, 2001, p. 1031, spé. p. 1032). Sur le rôle actif de la Cour de cassation dans l'évolution du

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

que le Medef (Mouvement des entreprises de France) prônait la suppression pure et simple de cette jurisprudence au motif qu'elle « complique inutilement la négociation d'un accord d'entreprise et risque de l'entraver sans aucun bénéfice pour les salariés » [605], la commission présidée par Monsieur Michel de Virville, dans son rapport remis le 15 janvier 2004 au ministre du Travail, préconisait, « pour lever toute ambiguïté, (…) que la loi précise à quel moment et sous quelle forme doit intervenir la consultation du comité d'entreprise, en cas de négociation collective. Il faut que celle-ci ait lieu en amont et ne porte que sur le principe, l'objet et les orientations de la négociation envisagée par le chef d'entreprise. Il devrait être explicitement précisé qu'en cas de succès de la négociation, l'accord qui en résulte ne fasse pas l'objet d'une consultation »[606]. Cette proposition, sans l'écarter totalement du processus de négociation collective, visait à tout le moins à « limiter la curiosité du comité d'entreprise »[607]. Dire, en outre, que la consultation ne porte que sur le principe, l'objet et les orientations de la négociation envisagée exclurait que l'employeur ait l'obligation de fournir le texte de son projet au comité. Or, la non présentation par l'employeur du projet d'accord au comité d'entreprise à l'occasion de sa consultation ne paraît pas envisageable. En particulier dans les hypothèses où la négociation porte sur des thèmes pour lesquels existe une obligation légale de négocier à la charge de l'employeur, et sur lesquels est aussi prévue la consultation du comité[608]. Des thèmes qui se sont récemment multipliés : de plus en plus d'objets de la négociation obligatoire correspondent à des sujets imposés par ailleurs au pouvoir et soumis à une consultation spécifique.

Il en va ainsi des mesures prises en vue d'assurer l'égalité entre hommes et femmes, qui doivent donner lieu à une consultation annuelle du comité d'entreprise en application des articles L. 2323-47 et L. 2323-57 du Code du travail, mais aussi à des négociations dans le cadre de l'obligation annuelle de négocier conformément aux articles L. 2242-5 à L. 2242-7 du Code du travail. Le même constat peut être fait concernant la GPEC. Depuis la loi n° 2005-32, cette matière doit faire l'objet d'une négociation triennale (C. trav. art. L. 2242-15)[609], alors que l'employeur reste soumis parallèlement, depuis la loi du 2 août 1989[610], à une obligation de consultation sur « les prévisions annuelles en matière d'emploi et les actions à mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions » (C. trav. art. L. 2323-56[611]).

En pareils cas, la consultation du comité d'entreprise doit certes porter sur les actions unilatérales de l'employeur, mais également sur le contenu de l'accord si lesdites actions sont définies par voie d'accord collectif d'entreprise.

droit du travail, v. J. Déprez, La cour de cassation, *in Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.169.

605 Guide de lecture comparée des propositions du Medef et des propositions du rapport Virville, *Medef, Direction des relations sociales*, 2004.

606 M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*. *Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, La Documentation française, 2004, http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000015/0000.pdf, proposition n° 34.

607 M. Carles, M. Cohen, L. Millet, Le rapport de Virville : une volonté d'affaiblir le Code du travail, *RPDS*, 2004, n° 707, p. 79, spé. p. 84.

608 C. Nicod, préc., *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1340.

609 Seuls les entreprises et groupes d'au moins trois cents salariés et les entreprises et groupes soumis à l'obligation de mise en place d'un comité d'entreprise européen comportant au moins un établissement de cent cinquante salariés sont soumis à cette obligation de négociation (C. trav. art. L. 2242-15 al. 1).

610 Loi n° 89-549 du 2 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, *JO* 8 août.

611 Seules les entreprises d'au moins trois cents salariés sont visées par cet article du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

A ce jour, la proposition du rapport de Virville n'a pas été retenue par le législateur. Si elle devait l'être, elle constituerait, à notre sens, un recul des droits du comité d'entreprise en matière économique au moment où l'on constate un investissement par l'accord collectif de domaines qui étaient jusqu'à présent l'attribut exclusif du pouvoir. La proposition ne semble pas avoir eu de conséquence, également, sur la position de la Cour de cassation qui poursuit son œuvre organisatrice de l'articulation des missions du comité d'entreprise et des délégués syndicaux en étendant l'intervention de l'institution élue au processus d'extinction de la norme collective.

b. La consultation, gage de motivation d'une dénonciation

133. Le 5 mars 2008, la Chambre sociale de la Cour de cassation décidait : « le comité d'entreprise doit être consulté sur la dénonciation par le chef d'entreprise d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise ; qu'à défaut la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité »[612] et ce, en vertu des articles L. 431-5 (C. trav. art. L. 2323-2) et L. 432-1 (C. trav. art. L. 2323-6) de l'ancien Code du travail.

Cette décision est venue consacrer une position déjà adoptée par des juridictions en première instance. Le Tribunal de grande instance de Paris énonçait le 18 octobre 2001[613] que « si certes, la dénonciation (…) d'un accord collectif est une décision discrétionnaire, ne nécessitant pas de motivation particulière, il n'en demeure pas moins que lorsque l'initiative en est prise par l'employeur elle constitue bien une mesure qui aura des conséquences évidentes sur l'emploi, la formation et les conditions de travail des salariés, puisque les anciennes dispositions cesseront de s'appliquer et qu'un nouveau statut pour les salariés sera mis en place, soit par la signature d'une nouvelle convention ou par le retour aux dispositions du Code du travail ; qu'une information et une consultation du comité d'entreprise qui a le mérite d'ouvrir le débat sur la question soulevée et de permettre un échange entre employeur et représentants des salariés apparaît, dès lors, nécessaire, aux regards des exigences légales (…) ». La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 6 mars 2002[614], confirmait cette position en énonçant : « le caractère discrétionnaire de la dénonciation d'un accord collectif de travail n'est pas incompatible avec l'obligation préalable d'information du comité d'entreprise qui, sans remettre en cause le droit de dénonciation appartenant aux signataires de l'accord, a seulement pour objet de permettre un échange entre employeurs et représentants des salariés sur les questions en débat (…) ».

134. Mais alors « sur quoi consulter alors que la dénonciation d'un acte collectif n'a pas à être motivée ? » s'interrogeait Monsieur Paul-Henri Antonmattei[615]. Les signataires

[612] Cass. soc. 5 mars 2008, *Bull.*, V, n° 49, n° 07-40.273. V. Dénonciation d'un accord : l'employeur doit consulter le CE, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1347 ; J.-E. Tourreil, Tant que le comité d'entreprise n'est pas consulté, la dénonciation d'un accord collectif reste sans effet, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2008, n° 231 ; G. Borenfreund, La consultation du comité d'entreprise en cas de dénonciation d'un accord collectif : un faux lien de parenté avec la jurisprudence EDF, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 540 ; G. Vachet, Dénonciation d'un accord d'entreprise et consultation du comité d'entreprise, *JCP E*, 2008, 2214 ; M. Morand, Le rôle des représentants du personnel dans la remise en cause du statut collectif d'entreprise, *JCP E,* 2008, 2147 ; D. Corrignan-Carsin, Consultation du comité d'entreprise avant dénonciation d'un accord d'entreprise, *JCP S*, 2008, 1310.

[613] TGI Paris, ord. réf., 18 octobre 2001, C. Bigard, Dénonciation : information et consultation du comité d'entreprise, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1052.

[614] CA Paris, 14e ch., 6 mars 2002, n° 2000-61041.

[615] P.-H. Antonmattei, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1052.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

ont effectivement le droit de dénoncer une convention collective à durée indéterminée. La dénonciation requiert des conditions de forme et un accord collectif demeure en vigueur « tant qu'il n'a pas été régulièrement dénoncé ou mis en cause »[616]. Aux termes de l'article L. 2261-9 du Code du travail, l'auteur de la dénonciation doit observer les conditions de dénonciation fixées par la convention collective elle-même, respecter des conditions de dépôt et un préavis qui ne peut être inférieur à trois mois. Il doit également notifier cette dénonciation aux autres signataires de la convention ou de l'accord. Mais aucune justification ou raison n'est requise de sa part, et notamment quand la dénonciation émane de l'employeur, comme le considère la Cour de cassation qui déclare que « sauf clause contraire de la convention ou de l'accord collectif, l'employeur n'a pas à justifier sa décision de le dénoncer »[617]. Pas de justification donc de la dénonciation aux autres signataires de l'accord mais une information et une consultation du comité d'entreprise décide la Haute juridiction. Une situation qui est jugée « un brin cocasse »[618] par certains auteurs, qui met l'employeur[619] implicitement dans l'obligation de motiver et justifier sa décision de dénonciation lors de la consultation, alors qu'il ne sera pas tenu de livrer une quelconque explication aux syndicats signataires de l'accord.

Néanmoins, loin de provoquer une confusion entre les systèmes de représentation élue et syndicale, la consultation du comité d'entreprise à l'occasion de la dénonciation d'un accord collectif a pour objet de lui permettre de faire valoir ses observations sur les conséquences que la décision de dénoncer pourrait avoir sur l'ensemble des domaines entrant dans ses prérogatives. La Cour de cassation ne pose pas, en effet, une obligation de consultation sur la dénonciation même ou de sa motivation devant le comité ; elle permet au comité d'entreprise d'exercer sa mission classique de contrôle des actions patronales sur les décisions de la direction intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise relevant de sa compétence. La règle est au demeurant assez similaire à celle s'appliquant dans les cas de dénonciation par l'employeur d'un usage ou d'un engagement unilatéral. La dénonciation ne doit pas donner lieu à une motivation de l'employeur[620], mais elle requiert l'information du comité d'entreprise[621] et sa consultation si elle entraîne des conséquences dans l'un des domaines relevant du champ de compétence de l'institution élue.

135. Alors faut-il nuancer l'apport de cette décision en ce qui concerne l'articulation de la mission du comité d'entreprise avec la fonction négociatrice dévolue aux syndicats représentatifs ? La décision de l'employeur de dénoncer doit-elle, en définitive, s'analyser comme un acte unilatéral sur lequel le comité dispose seul de la compétence pour assurer l'expression collective des salariés permettant une prise en compte permanente de leurs intérêts ? « Naturellement admis à dénoncer l'accord d'entreprise auquel il est partie

616 Cass. soc. 25 avril 2001, *Bull.*, V, n° 134, n° 98-45.195 et 99-40.223.

617 Cass. soc. 20 octobre 1993, *Bull.*, V, n° 243, n° 89-18.949, *Droit social*, 1994, p. 30.

618 C. Bigard, préc., *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1052. V. dans le même sens : P.-H. Antonmattei, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1052.

619 Et seulement l'employeur car comme le relève Monsieur Georges Borenfreund, cette obligation de consultation conduit à une dissymétrie dans le régime de la dénonciation des accords d'entreprise : le comité ne devra être consulté que dans l'hypothèse où la dénonciation émanera de l'employeur, non lorsqu'elle sera le fait des syndicats parties à l'accord. V. G. Borenfreund, préc., *Revue de droit du travail*, 2008, p. 540, spé. p. 541.

620 Cass. soc. 13 février 1996, *Bull.*, V, n° 54, n° 92-42.066.

621 Cass. soc. 30 mai 2001, n° 99-40.933 ; Cass. soc. 5 janvier 2005, *Bull.*, V, n° 1, n° 02-42.819.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

[en application des articles L. 2261-9 à 2261-11, L. 2261-13, L. 2261-14 et L. 2222-6 du Code du travail], l'employeur ne saurait être dispensé pour autant, selon la Cour de cassation, d'accomplir ses obligations à l'égard du comité d'entreprise, la dénonciation pouvant s'analyser comme une décision ayant des effets sur la gestion, l'organisation et la marche générale de l'entreprise. En d'autres termes, la qualité de partie à l'accord n'absorbe pas celle de détenteur du pouvoir de direction et de gestion »[622]. L'intervention du comité d'entreprise dans une telle hypothèse s'accomplirait simplement dans les limites de son rôle habituel d'encadrement du pouvoir de l'employeur, sans y voir de relation directe avec l'accord collectif. La position de la Cour de cassation constitue donc une application stricte du droit des attributions économiques du comité d'entreprise, une décision contraire risquant de réduire et d'aller à l'encontre des prérogatives de l'institution élue.

136. Le droit commun des comités d'entreprise s'appliquant à la dénonciation d'un accord intéressant l'organisation, la gestion ou la marche générale de l'entreprise, on peut alors légitimement s'interroger sur l'obligation de consulter les autres institutions représentatives du personnel. Si les délégués du personnel ont vocation à être consultés dans le cadre de leur mission de suppléance[623] en l'absence de comité d'entreprise par suite d'une carence constatée dans les conditions prévues à l'article L. 2324-1 du Code du travail, qu'en est-il pour le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dès lors que la négociation collective ou la dénonciation d'un accord porte sur un thème relevant de sa compétence ?

A l'instar du comité d'entreprise, le CHSCT est un organe qui dispose d'attributions consultatives, doté de la personnalité civile[624], apte à agir en justice ; ne pas le consulter dans le domaine de ses prérogatives est constitutif du délit d'entrave[625]. Dès lors, par transposition, quand la négociation porte sur une question relevant de son domaine d'intervention, sa consultation ne devrait-elle pas être obligatoire ?

Le législateur a ouvert un large champ d'action à cette instance[626]. Au gré des circonstances, il en a étendu les limites afin qu'aucun sujet qui concerne la santé des travailleurs ne puisse lui échapper, dans la mesure où sa mission générale est de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de même qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail. Parmi ses attributions, celle relevant de son pouvoir consultatif n'est pas la moindre. Aux termes de l'article L. 4612-8 du Code du travail, le CHSCT est « consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail ». Sa consultation est également requise sur le plan d'adaptation en cas de projet de mutations technologiques (C. trav. art. L. 4612-10) et sur l'emploi des accidentés du travail (C. trav. art. L. 4612-11).

622 G. Borenfreund, préc., *Revue de droit du travail*, 2008, p. 540, spé. p. 541.

623 Article L. 2313-13 du Code du travail.

624 Cass. soc. 17 avril 1991, *Bull.*, V, n° 206, n° 89-17.993, 89-43.767 et 89-43.770.

625 Cass. crim. 15 mars 1994, *Bull. crim.,* n° 100, n° 93-82.109.

626 V. les articles L. 4612-1 à 4612-18 du Code du travail relatifs aux attributions du CHSCT. Sur l'expansion du champ de compétence consultative du CHSCT, v. S. Guedes da Costa, E. Lafuma, Le CHSCT dans la décision d'organisation du travail, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 419.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Portant « en eux les germes d'une extension, sinon indéfinie, au moins importante, du champ d'action [du CHSCT] »[627], ces textes inspirent les juridictions du fond qui participent à l'expansion de ses domaines d'intervention[628]. Les cas de saisine de l'institution spécialisée ne sont plus le fait du seul comité d'entreprise qui, dans le cadre de ses prérogatives concernant les conditions de travail, « bénéficie du concours du CHSCT dans les matières relevant de la compétence de ce comité dont les avis lui sont transmis » (C. trav. art. L. 2323-27 al. 2) et peut lui confier des études dans ces mêmes matières (C. trav. art. L. 2323-28). L'employeur est aussi tenu, pour un nombre croissant de ses décisions, de doubler la consultation du comité d'entreprise par la consultation du CHSCT[629]. Certaines juridictions ont donc estimé nécessaire que le CHSCT soit consulté préalablement à la dénonciation d'accords quand ceux-ci intéressent des domaines qui relèvent de sa compétence. C'est, en l'occurrence, l'ordonnance du Tribunal de grande instance de Nanterre du 12 novembre 2004[630] sanctionnant la décision de l'employeur qui, ayant organisé la consultation du comité d'entreprise préalablement à la dénonciation de l'ensemble des accords, avait décidé d'écarter celle du CHSCT : « Attendu que selon l'article L. 236-2 [L. 4612-8] du Code du travail, le CHSCT doit être consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de travail (…) ; qu'ainsi les accords collectifs dont il est poursuivi la dénonciation, en ce qu'ils régissent les conditions de travail doivent faire l'objet d'une consultation préalable du CHSCT, avant consultation et avis du CE ; que par suite il convient de donner acte à la société Timing de ce qu'elle a accepté de consulter le CE au titre de la dénonciation des accords collectifs ; qu'il convient de lui enjoindre de consulter le CHSCT préalablement à l'avis du CE sur les points des accords qui touchent au domaine du CHSCT (…) ».

137. En affirmant la nécessité de consulter le CHSCT, le juge précise, dans le même temps, que dans l'enchaînement de la consultation des deux institutions, celle du CHSCT doit être préalable à l'avis du comité d'entreprise sur les sujets qui relèvent de sa compétence.

A l'instar du Tribunal de grande instance nanterrois, les juridictions judiciaires semblent décider d'une consultation préalable du CHSCT par l'employeur, qui doit transmettre son avis au comité d'entreprise pour que ce dernier soit en mesure de rendre le sien[631]. En

627 P.-Y. Verkindt, Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail – Quelques développements jurisprudentiels récents, *Droit social*, 2007, p. 1253, spé. p. 1254.

628 C'est ainsi que le CHSCT doit être consulté par l'employeur sur la mise en place d'entretiens annuels d'évaluation des salariés, qui constitue une décision de nature à exercer une pression psychologique sur les salariés et donc à modifier les conditions de travail : Cass. soc. 28 novembre 2007, *Bull*., V, n° 201, n° 06-21.964 (v. Rapport de J.-M. Béraud, *Droit ouvrier*, 2008, p. 49 ; P. Adam, Risques psychosociaux et consultation du CHSCT : aujourd'hui l'entretien annuel d'évaluation et demain ?, *Revue de droit du travail,* 2008, p. 180 ; L. Lerouge, Le rôle primordial du CHSCT en matière de prévention des risques professionnels, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 111 ; P.-Y. Verkindt, La CNIL et le CHSCT au chevet des systèmes d'évaluation, *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1332). De même, la consultation du CHSCT est nécessaire dans le cas d'un transfert d'entreprise engendrant pour les salariés une modification de leurs conditions de travail : Cass. soc. 12 juillet 2005, n° 03-10.633, *Droit ouvrier*, 2006, p. 130.

629 M. Ayadi, O. de Jonchay, L'heure de gloire du CHSCT ?, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2010, n° 269 ; S. Guedes da Costa, E. Lafuma, préc., *Revue de droit du travail*, 2010, p. 419, spé. p. 423.

630 TGI Nanterre, ord. réf., 12 novembre 2004, n° 04/03395. V. aussi TGI Créteil, ord. réf., 30 août 2005, n° 05/1206, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1288.

631 CA Versailles, 19 mars 2008, n° 08/00892, *RJS,* 2008, n° 1145, texte intégral de la décision consultable sur Dalloz Jurisprudence, http://www.dalloz.fr ; CA Paris, 14ème ch., 30 octobre 2002, *Droit ouvrier,* 2003, p. 332. V. également TGI Paris, ord. réf., 13 juillet 2007 (*Droit ouvrier*, 2008, p. 505) : dans cette espèce, le CHSCT n'avait pas été consulté par l'employeur, mais seulement

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

ce sens, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'un comité d'entreprise pouvait différer son avis sur un projet de réorganisation comportant des incidences sur les conditions de travail jusqu'à ce qu'il ait pu prendre connaissance de l'avis du CHSCT et ce, alors même que les juges avaient constaté que l'information remise par l'employeur au comité d'entreprise avait été complète[632]. Elle confirme ainsi sa position déjà prise dans une décision de 2004 dans laquelle elle énonçait que « la consultation préalable du CHSCT était nécessaire pour satisfaire aux prescriptions combinées des articles L. 236-2 [L. 4612-1 et s.] et L. 432-3 [L. 2323-27] du Code du travail »[633]. Le CHSCT, à l'exemple d'un expert, est donc appelé à apporter un éclaircissement sur des informations relevant d'un domaine spécifique au comité d'entreprise, ce dernier se fondant sur les études et les avis de cette instance spécialisée pour se prononcer sur les projets qui sont soumis à sa consultation.

La Cour de cassation n'a, à notre connaissance, pas encore eu l'occasion de se prononcer expressément sur la question de la consultation du CHSCT préalablement à toute dénonciation d'un accord collectif ayant trait aux conditions de travail. Cependant, une telle transposition des règles de consultation obligatoire à cette institution représentative du personnel - à l'instar du comité d'entreprise -, tant dans le cas de négociations que de dénonciations, semble tout à fait concevable et s'inscrirait dans la mouvance de la jurisprudence EDF et de l'arrêt du 5 mars 2008[634].

138. La reconnaissance jurisprudentielle des attributions du comité d'entreprise lors de la négociation et de la dénonciation de la norme collective est de taille au moment où l'accord collectif d'entreprise connaît un essor important dans les relations de travail depuis plus d'une décennie, car « perçu comme étant de nature à permettre une meilleure prise en compte dans l'organisation de ces relations des nécessités particulières de l'entreprise »[635]. Elle est capitale pour la préservation du rôle économique du comité compte tenu de la disposition du législateur, ces dernières années, à multiplier les objets de la négociation obligatoire dans l'entreprise. Cette tendance pouvait déjà se constater à la lecture de l'article L. 132-27 de l'ancien Code du travail qui, au fil des réformes, avait fini par rassembler « une collection d'obligations spéciales cantonnées […] à des thèmes ou à des occasions limitativement énumérés »[636] dont il était difficile de percevoir la cohérence d'ensemble. La recodification du Code du travail a d'ailleurs permis une meilleure lisibilité des dispositions relatives à la négociation obligatoire en entreprise puisque désormais, dans un chapitre qui lui est spécifiquement dédié[637], elle fait l'objet d'une distinction entre la périodicité et les thèmes.

saisi par le comité d'entreprise d'une demande d'étude, comme le permet l'article L. 2323-28 du Code du travail, à l'occasion de sa consultation sur un projet. En pareil cas, les juges ont décidé que le comité d'entreprise peut attendre la transmission de cette étude par le CHSCT pour émettre son avis.

632 CA Paris, 14ème ch. A, 13 mai 2009, n° 08/23442, *RJS,* 2009, n° 863, texte intégral de la décision consultable sur Dalloz Jurisprudence, http://www.dalloz.fr.

633 CA Paris, 14ème ch. B, 19 novembre 2004, *Droit ouvrier*, 2005, p. 438.

634 Cass. soc. 5 mars 2008, préc., *Bull.*, V, n° 49, n° 07-40.273.

635 J.-Y. Frouin, préc., *Droit social*, 1998, p. 579, spé. p. 581.

636 M.-A. Souriac, Actualité et devenir de l'obligation de négocier, Quelques aperçus, *in Analyse juridique et valeurs en droit social. Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 489.

637 Chapitre II « Négociation obligatoire en entreprise » du titre IV « Domaines et périodicité de la négociation obligatoire » du livre deuxième de la deuxième partie du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Mais il est permis de s'interroger sur l'effectivité de cette coexistence entre consultation, négociation et dénonciation, eu égard aux limites que fixe la Cour de cassation à sa propre jurisprudence et aux sanctions qu'elle décide d'appliquer si elle n'est pas respectée.

2. La portée de cette consécration

139. Ces décisions ouvrent-elles la voie à un accroissement des pouvoirs du comité en matière de négociation, en plus de son droit à consultation ? Cette perspective ne semble pas établie, compte tenu de son champ de compétence qui reste limité en la matière (a), et des sanctions encourues en cas de défaut de consultation préalable (b).

a. Un champ de compétence encadré

140. La compétence du comité d'entreprise et sa consultation préalable en matière de « naissance et mort de la norme collective »[638] sont bornées aux « questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise » visées à l'article 2323-6 du Code du travail. C'est ce qui ressort de l'arrêt EDF puisque la consultation doit avoir lieu lorsque la décision patronale « prend la forme de la négociation d'un accord collectif d'entreprise portant sur l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise »[639]. Tout accord n'ayant pas de conséquence sur les domaines précités devrait donc être exclu du champ de ses attributions consultatives. Mais selon nous, à cette matière, devrait s'ajouter l'ensemble des domaines où l'institution élue dispose d'une compétence spécifique.

141. En cas de dénonciation, la position de la Cour de cassation semble être la même sur ce point, tranchant ainsi parmi des décisions opposées des juges de première instance.

Dans son ordonnance de référé du 18 octobre 2001 précité[640], le Tribunal de grande instance de Paris paraissait poser une obligation de consultation très large en affirmant que « si la dénonciation d'une convention ou d'un accord collectif est une décision discrétionnaire, ne nécessitant pas de motivation particulière, il n'en demeure pas moins que lorsque l'initiative est prise par l'employeur, elle constitue bien une mesure qui aura des conséquences évidentes sur l'emploi, la formation et les conditions de travail des salariés ». La Cour d'appel de Paris confirmait cette décision, le 6 mars 2002, dans des termes paraissant reprendre cette généralité de la solution de l'ordonnance de référé. Elle semblait poser une obligation de consultation, quelle que soit la convention collective : « le juge des référés a retenu par des motifs pertinents que, malgré son caractère discrétionnaire, la dénonciation d'une convention collective constitue une décision ayant des conséquences évidentes sur l'emploi, la formation et les conditions de travail des salariés, puisqu'elle doit aboutir, soit à la signature d'un accord de substitution sur le statut des salariés dans l'entreprise, soit à défaut d'un tel accord au retour des dispositions du Code du travail ; le lien avec les conditions de travail des salariés est d'autant plus évident en l'espèce que [l'employeur], en procédant à la dénonciation de la convention collective de 1973, admet avoir eu l'intention de supprimer un obstacle majeur à l'adoption de mesures assurant une plus grande mobilité fonctionnelle et professionnelle du personnel »[641].

638 D'après le titre de l'article de D. Boulmier, préc., *Jurisprudence sociale Lamy,* 2002, n° 97.

639 Cass. soc. 5 mai 1998, préc., *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

640 Le texte de l'ordonnance est reproduit dans *Jurisprudence sociale Lamy*, 2002, n° 97.

641 CA Paris, 14e ch., 6 mars 2002, n° 2000-61041.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Le Tribunal de grande instance de Nanterre[642], dans son jugement du 25 novembre 2005, adoptait en revanche une décision plus restrictive. Dans cette affaire, une société, dix-huit mois après avoir signé à l'unanimité syndicale un accord cadre instituant une unité économique et sociale et reconfigurant les structures de représentation sociale en lui octroyant des moyens supra-légaux, décidait de dénoncer cet accord suite à un mouvement de grève. Elle signait, dans le même temps, avec un seul syndicat, un nouvel accord réduisant les moyens en personnel et en heures de délégation alloués aux différentes institutions représentatives. L'affaire était portée en justice par les syndicats CGT et FO (Force ouvrière) qui demandaient l'annulation de la dénonciation de l'accord collectif en soutenant qu'elle aurait dû être précédée d'une information et consultation des instances représentatives du personnel. Le tribunal rejetait la demande et énonçait qu'« à l'exception des mesures spécifiques aux élus, cet accord n'a aucune conséquence sur l'emploi, la formation et les conditions de travail des salariés et ne doit dès lors pas être soumis, pour sa dénonciation, à l'information et la consultation préalable du comité central d'entreprise et des comités d'établissement ». Dans ces conditions, l'accord n'entre pas dans le champ des attributions consultatives du comité d'entreprise, peu importe qu'il ait pour objet les moyens ou l'aménagement des attributions desdits comités. Par suite, selon les juges nanterrois, « la nullité de la dénonciation n'est dès lors pas encourue au regard des articles L. 432-1 [L. 2323-6] et L. 431-5 [L. 2323-2] du Code du travail »[643].

La Chambre sociale de la Cour de cassation opte pour cette position quand elle précise, dans son arrêt du 5 mars 2008[644], que « le comité d'entreprise doit être consulté sur la dénonciation par le chef d'entreprise d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise ». Ce n'est pas la décision patronale de dénoncer une convention, mais bien les thèmes dont il est question dans l'accord dénoncé, qui déclenchent le droit à la consultation du comité d'entreprise, même si cette consultation pourra avoir implicitement comme conséquence la motivation par l'employeur de sa décision.

142. La délimitation par la Chambre sociale du champ de compétence de l'institution élue en matière de négociation, de conclusion et de dénonciation d'un accord collectif d'entreprise démontre sa volonté de respecter et de préserver l'autonomie des deux procédures. Il n'est pas question pour la Cour régulatrice de créer une dépendance de la négociation d'entreprise vis-à-vis de la consultation en organisant un encadrement de la mission des organisations syndicales représentatives par les attributions économiques du comité.

Affirmé par le juge, le cantonnement de l'implication du comité d'entreprise à ses domaines d'intervention édictés aux articles L. 2323-6 et s. du Code du travail permet d'écarter, selon nous, le risque que la négociation collective ne soit soumise à l'influence institutionnelle des instances de consultation. Mais, à notre sens, le comité d'entreprise doit en revanche connaître aussi des négociations traitant de thèmes sur lesquels il dispose d'un droit à consultation spécifique. En tout état de cause, une appréciation de la négociation collective par l'institution élue - comme si sa légitimité était insuffisante ou défaillante

642 TGI Nanterre, 25 novembre 2005, n° 05/11716, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1249.

643 Cette affirmation surprend car elle présuppose que le défaut de consultation est sanctionné sur le terrain de la nullité de l'accord. Or, la sanction de la nullité de l'accord n'est pas encourue sur ce fondement comme nous le verrons dans la partie qui suit. V. J.-Y. Frouin, préc., *Droit social*, 1998, p. 579, spé. p. 583 et s.

644 Cass. soc. 5 mars 2008, préc., *Bull.*, V, n° 49, n° 07-40.273.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

avancent certains auteurs[645] - n'est pas à craindre. D'ailleurs, les sanctions édictées par la Cour de cassation en cas de non-respect des attributions économiques corroborent la volonté de la Cour de limiter l'immixtion du comité d'entreprise dans le droit de la négociation, l'autonomie de celle-ci prévalant.

b. Des sanctions distinctes au défaut de consultation

143. Si l'obligation de consultation des institutions représentatives est acquise tant pour la conclusion d'un accord que pour sa dénonciation, les sanctions du défaut de consultation diffèrent selon les deux cas de figure.

b.1. La négociation sans consultation

144. A défaut de consultation préalable du comité d'entreprise à la conclusion d'un accord collectif, la Cour de cassation décide que ledit accord est valable dès lors qu'il a été conclu conformément aux droits de la négociation collective. En conséquence, il ne peut être remis en cause après sa conclusion.

Cette position, instaurée dès 1998, a été consacrée et complétée par un arrêt du 19 mars 2003[646]. Dans cette décision, la Cour admet, en se fondant notamment sur les articles L. 135-1 (C. trav. art. L. 2262-1) et L. 135-2 (C. trav. art. L. 2254-1) de l'ancien Code du travail, que « le défaut de consultation d'un comité d'entreprise préalablement à la conclusion d'un accord collectif portant sur l'une des questions soumises à l'avis de ce comité, qui peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris de ces dispositions et dont la validité et la force obligatoire demeurent soumises aux règles qui lui sont propres ».

Il résulte de cette décision deux règles : la première, est l'absence de nullité de l'accord qui est valable et a force obligatoire dès lors qu'il a été conclu conformément au dispositif réglementaire des conventions et accords collectifs ; la seconde, qui résulte logiquement de la première, est que le juge ne peut faire obstacle à l'application de cet accord conclu valablement, mais sans le respect des attributions économiques du comité d'entreprise, et décider de sa suspension jusqu'à la régularisation de la procédure de consultation de l'institution élue.

Par cet arrêt, la Cour casse ainsi l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 27 février 2001 qui, constatant un trouble manifestement illicite dû au non-respect des articles L. 432-1 (C. trav. art. L. 2323-6) et L. 431-5 (C. trav. art. L. 2323-2) de l'ancien Code du travail imposant la consultation du comité d'entreprise en cas de projet d'accord sur l'aménagement et la réduction du temps de travail, avait ordonné la suspension de l'accord tant que la procédure de consultation n'aurait pas lieu.

L'accord étant valable eu égard aux règles qui lui sont propres, il ne peut donc être suspendu. Cette position de la Cour de cassation fait suite à une de ses précédentes décisions qui pouvait laisser planer le doute sur l'impossibilité de suspendre un accord collectif après saisine du juge des référés à cette fin. Dans un arrêt du 13 novembre

645 V. notamment J. Legoff, *Droit du travail et société. Les relations collectives de travail*, Les Pur, 2002, spé. p. 127.

646 Cass. soc. 19 mars 2003, préc., *Bull.*, V, n° 105, n° 01-12.094 ; Cass. soc. 10 mars 2010, n° 08-44.950.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

2001[647], la Chambre sociale validait la décision du juge des référés qui avait ordonné la suspension d'un accord collectif en raison de l'absence de consultation d'un comité d'établissement. Mais dans ce cas, les données de l'espèce étaient tout à fait particulières : l'accord conclu était un accord cadre qui prévoyait expressément une consultation des comités d'établissement préalablement à toute application locale. Ainsi, la suspension de l'accord cadre ne relevait pas du non-respect des règles du Code du travail relatives à la consultation du comité d'entreprise, mais de l'absence de suivi des dispositions dudit accord.

145. Dans ces conditions, quelles sanctions judiciaires peuvent être demandées par le comité d'entreprise qui n'a pas été consulté antérieurement à la conclusion d'un accord collectif ? La réponse de la Cour de cassation est claire : « le défaut de consultation d'un comité d'entreprise préalablement à la conclusion d'un accord collectif portant sur l'une des questions soumises à l'avis de ce comité (…) peut être sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise »[648]. De la même façon que la validité et la force obligatoire de l'accord collectif doivent être examinées au regard des règles afférentes spécifiquement aux accords collectifs, les sanctions du défaut de consultation doivent donc être recherchées dans le cadre de la réglementation propre au comité. Le comité d'entreprise ne peut alors agir que sur le terrain du délit d'entrave à son fonctionnement régulier prévu à l'article L. 2328-1 du Code du travail, comme l'a jugé la Chambre criminelle dans son arrêt du 13 décembre 1994[649]. Une action civile en dommages et intérêts de sa part est également possible s'il prouve qu'il a subi un préjudice.

Cet aspect de la décision fut vivement commenté par certains auteurs. Selon eux, la Cour de cassation, dans sa volonté d'inclure le comité dans la négociation d'entreprise, n'était pas allée jusqu'au bout de sa logique. Ainsi, Monsieur Maurice Cohen, estimant que « la nature de la sanction d'une règle indique l'importance que l'on accorde au droit protégé », constatait l'écart « considérable entre le principe et la sanction »[650]. Par ailleurs, Monsieur Pierre Lyon-Caen[651] regrettait mais reconnaissait des arguments juridiques forts au soutien du rejet de la nullité ou de l'inopposabilité de l'accord en cas de défaut de consultation. Il évoquait alors le trouble manifestement illicite que pourrait constituer un tel défaut et le rôle du juge des référés en la matière comme sanction efficace. C'est également la position de Monsieur Georges Borenfreund qui, « pour écarter toute idée de hiérarchie et garantir une coexistence effective entre consultation et négociation », avance que le défaut de consultation pourrait être sanctionné civilement « au moins par la suspension de la mise à exécution de l'accord »[652].

Certes, une injonction du juge des référés au chef d'entreprise de procéder à la consultation du comité d'entreprise semble peu probable une fois l'accord conclu, compte tenu de son caractère impératif issu des articles L. 2262-1 et L. 2254-1 du Code du travail (anc. C. trav. art. L. 135-1 et L. 135-2) sur lesquels se fondent les juges de cassation pour

647 Cass. soc. 13 novembre 2001, Sté Vivendi, *Bull.*, V, n° 343, n° 99-10.891, D. Boulmier, préc., *Jurisprudence sociale Lamy,* 2002, n° 97 ; M. Hautefort, Les difficultés d'application d'un accord-cadre, *Jurisprudence sociale Lamy,* 2001, n° 92 ; Accord cadre et consultation au niveau local, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1052 ; *Recueil Dalloz,* 2002, p. 764.

648 Cass. soc. 19 mars 2003, préc., *Bull.*, V, n° 105, n° 01-12.094.

649 Cass. crim. 13 décembre 1994, *Bull. crim.*, n° 405, n° 93-85.092.

650 M. Cohen, préc., *RJS*, 1998, p. 435, spé. p. 437.

651 P. Lyon-Caen, préc., *Droit social,* 1998, p. 778.

652 G. Borenfreund, préc., *Revue de droit du travail*, 2008, p. 540.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

rejeter la nullité et la suspension de l'accord. La question reste néanmoins posée dans l'hypothèse où la négociation collective de l'accord ne serait pas arrivée à son terme au moment où l'irrégularité du défaut de consultation du comité d'entreprise a été soulevée.

Dès 1998, le Conseiller référendaire Jean-Yves Frouin[653] évoquait la possibilité de transposer les solutions dégagées en matière de licenciement collectif pour motif économique : le non-respect des droits à consultation du comité d'entreprise constituant un trouble manifestement illicite, il s'interrogeait sur la compétence du juge des référés pour prendre toute mesure utile de nature à remettre les choses en l'état et ordonner la suspension d'une négociation collective en cours ou le report de la date de signature. La solution qu'a adoptée la Chambre sociale, issue de ses décisions du 5 mai 1998 et 19 mars 2003, ne permet pas d'écarter de façon certaine une telle possibilité. En effet, même si l'autonomie de la négociation et de la procédure de consultation est clairement posée, le renvoi « aux règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise » et l'impossibilité d'invoquer - dans le cas d'une négociation n'ayant pas encore abouti à la conclusion d'un accord - celles relatives au caractère impératif d'un accord, n'excluent pas la possibilité pour le comité de recourir au juge des référés pour faire respecter ses prérogatives. Cette possibilité a d'ailleurs été admise par les juges de cassation, en 2008, dans le cas de la dénonciation d'un accord collectif d'entreprise sans consultation préalable du comité.

146. On le voit, la nullité d'un accord collectif intéressant l'un des objets soumis légalement à l'avis du comité d'entreprise, sans que ce dernier n'ait été consulté, est rejetée par la Chambre sociale de la Cour de cassation de façon constante. Cependant, toute hypothèse de suspension d'un tel accord en cas de non-respect des attributions du comité d'entreprise n'est pas à exclure. Un tribunal peut ainsi décider que son application constitue un trouble manifestement illicite et suspendre l'accord en cause, quand celui-ci subordonne lui-même son application à la consultation du comité d'entreprise. C'est, en l'occurrence, l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 2001[654]. En l'espèce, alors que l'accord-cadre visant à la réduction anticipée du temps de travail renvoyait à une mise au point sur le plan régional après consultation des instances représentatives du personnel, une des directions régionales avait procédé à des mesures sans information ni consultation du comité d'établissement concerné, pourtant requises dans l'accord-cadre. La Cour d'appel avait alors décidé de suspendre l'application de l'accord-cadre, une sanction confirmée par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Mais, alors que la Cour d'appel de Rennes se fondait sur les articles L. 432-1 (C. trav. art. L. 2323-6) et L. 431-5 (C. trav. art. L. 2323-2) de l'ancien Code du travail, les magistrats de la Cour régulatrice ne s'appuyaient que sur les seuls termes de l'accord-cadre pour approuver la sanction à l'encontre du chef d'établissement d'avoir agi sans consultation préalable du comité d'établissement[655].

Ainsi, à défaut de l'être par la loi, la consultation du comité d'entreprise dans le cas d'accord relevant du champ d'intervention de l'institution élue peut être érigée en condition préalable à l'application de l'accord par la négociation elle-même. Le Code du travail ne semble pas interdire des aménagements conventionnels des procédures de consultation

653 Colloque AFDT, préc., *Liaisons sociales,* 26 janvier 1999, n° 6/99, Documents, spé. p. 4.

654 Cass. soc. 13 novembre 2001, préc., *Bull.*, V, n° 343, n° 99-10.891, cf. n° 144.

655 V. D. Boulmier, préc., *Jurisprudence sociale Lamy,* 2002, n° 97. Monsieur Daniel Boulmier avait alors soulevé l'hypothèse où l'accord-cadre n'envisagerait pas le processus de consultation des comités d'établissement : la Cour de cassation aurait-elle alors approuvé le comportement de l'employeur ? Une réponse positive conduirait, pour l'auteur, à admettre une consultation du comité d'entreprise uniquement si l'accord l'envisage ; ce qui serait alors contraire à la jurisprudence EDF.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

quand il prévoit dans son article L. 2325-4 que « les dispositions du présent titre[656] ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives au fonctionnement ou aux pouvoirs du comité d'entreprise résultant d'accords collectifs ou d'usages ». Il les autorise même dans les cas de licenciements de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours quand il énonce dans son article L. 1233-21 qu' « un accord d'entreprise (…) peut fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives (…) les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise (...) » et en impose expressément la négociation à l'article L. 2242-45 « sur la stratégie de l'entreprise ainsi que sur ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires »[657].

147. Si la suspension de l'application d'un accord collectif ayant force obligatoire ne semble pouvoir être fondée que sur une stipulation conventionnelle ayant la même force obligatoire, il en va différemment pour les effets d'une dénonciation d'un accord collectif dont la suspension résulte, pour la Cour de cassation, de la stricte application de la loi relative aux attributions économiques du comité d'entreprise.

b.2. La dénonciation sans consultation

148. La décision tranche avec celle admise dans l'hypothèse d'un défaut de consultation lors d'une dénonciation puisque la Chambre sociale considère qu'« à défaut [de consultation du comité], la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité »[658].

Cette position est conforme à celle admise lorsqu'une décision unilatérale de l'entreprise - dont l'objet relève de la compétence de l'institution élue - n'a pas donné lieu à une consultation du comité d'entreprise : celui-ci peut alors saisir le juge des référés en vue de faire ordonner la suspension de la mesure projetée tant qu'il n'a pas été régulièrement consulté[659]. La sanction du défaut de consultation dans le cas d'une dénonciation obéit au droit commun des attributions économiques du comité d'entreprise, où on le retrouve dans son rôle classique d'encadrement du pouvoir de l'employeur. C'est d'ailleurs sur les articles L. 432-1 (C. trav. art. L. 2323-6) et L. 431-5 (C. trav. art. L. 2323-2) de l'ancien Code du travail que s'appuie la Haute juridiction pour décider de la suspension des effets de la dénonciation jusqu'à l'accomplissement de la consultation.

La dénonciation n'est donc pas nulle puisqu'elle est exprimée selon les règles légales, mais elle demeure cependant sans effet jusqu'à ce que l'employeur procède à la consultation manquée. L'accord collectif dénoncé reste donc en vigueur et les salariés peuvent en revendiquer l'application.

656 Cf. titre II « Comité d'entreprise » du livre troisième « Les institutions représentatives du personnel » du Code du travail.

657 Nous ne faisons ici que citer les hypothèses où la consultation du comité d'entreprise peut être érigée en condition préalable par la négociation dans le cadre de l'étude des droits d'information et de consultation du comité d'entreprise lors de l'élaboration de la norme collective. La négociation des attributions économiques du comité d'entreprise et ses conséquences sur sa mission de contrôle des décisions de l'employeur seront abordées plus longuement dans le II du présent titre [cf. n° 153 et s.].

658 Cass. soc. 5 mars 2008, préc., *Bull.*, V, n° 49, n° 07-40.273.

659 Cass. soc. 28 novembre 2000, UAP, *Bull.,* V, n° 398, n° 98-19.594, *RJS*, 2001, n° 212. V. D. Boulmier, Négociation et consultation : à violation du temps utile, sanction utile, *Jurisprudence sociale Lamy,* 2001, n° 75 ; Domaine de la consultation du comité d'entreprise et de la négociation annuelle obligatoire, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1010 ; M. Cohen, *RPDS*, 2000, p. 397.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

149. Des auteurs[660] ont souligné les difficultés quant aux conséquences d'une telle dénonciation non suivie d'effet, dans le cas où lui aurait succédé un accord de substitution. Dans une telle hypothèse, les salariés sont-ils fondés à réclamer l'application des dispositions les plus favorables de l'accord initial et de l'accord de substitution ? Ou, celui-ci trouvant son fondement dans la dénonciation de l'accord initial, demeure-t-il du même coup sans effet, le motif de sa conclusion ayant disparu suite à la privation d'effet de la dénonciation ? La position de ces auteurs pencherait plutôt pour la solution retenant l'application des deux accords, « l'employeur devant supporter les risques de sa dénonciation hasardeuse et de surcroît constitutive d'un délit d'entrave »[661].

En tout état de cause, la Chambre sociale de la Cour de cassation a souhaité que le non-respect par l'employeur des attributions économiques de l'institution élue ne demeure pas neutre sur l'application du statut collectif. Et même si, à l'instar de Monsieur Georges Borenfreund, on peut s'étonner du choix par la Cour régulatrice de la terminologie « formalité » pour qualifier la consultation, cette décision montre la place que reconnaît le juge au comité d'entreprise en tant qu'instance consultative. En choisissant de suspendre les effets de la décision patronale sur les salariés, il reconnaît une concomitance effective entre les missions de l'institution élue et des syndicats représentatifs, et réaffirme plus clairement sa volonté d' « associer » le comité d'entreprise à la négociation collective.

150. Cette construction jurisprudentielle, qui trouve son origine dans la décision « EDF » du 5 mai 1998, constitue une véritable intervention du juge dans la vie conventionnelle qui consacre à la consultation une utilité certaine. La place du comité d'entreprise en tant qu'instance consultative aux côtés de l'institution de négociation est affirmée. Elle permet d'assurer la défense des intérêts des salariés avant la conclusion d'un accord dans un contexte où la négociation ne vise plus exclusivement à l'amélioration des conditions de travail. En cela, la position constante de la Cour de cassation pourrait être qualifiée de politique jurisprudentielle, comme la définissent Messieurs Canivet et Molfessis qui considèrent que « parce qu'elle est une adaptation de la règle de droit, la politique jurisprudentielle repose sur une analyse nouvelle de la situation sociale en cause et se propose de régir pour l'avenir, en orientant, en interdisant, en tolérant…Elle entend être un principe de réalisme social en même temps qu'elle fixe des objectifs de réglementation. La politique jurisprudentielle est la marque d'adaptation de la jurisprudence aux contraintes économiques et sociales, avant que d'être, dans le même temps, un programme d'action »[662].

151. « L'articulation consultation-négociation n'a (…) pas encore trouvé son point d'équilibre »[663] énonçait pourtant il y a dix ans Gérard Lyon-Caen. Aujourd'hui encore, des questions demeurent ou se poseront au moment où la loi a, au cours de la décennie écoulée, à la fois profondément modifié le droit de la négociation collective dans l'entreprise

660 V. G. Borenfreund, préc., *Revue de droit du travail*, 2008, p. 540 ; D. Boulmier, Conclusion et dénonciation d'un accord collectif : sanction du défaut de consultation des institutions représentatives du personnel, *Droit ouvrier*, 2008, p. 409.

661 D. Boulmier, préc., *Droit ouvrier*, 2008, p. 409, spé. p. 413.

662 G. Canivet, M. Molfessis, La politique jurisprudentielle, *in La création du droit jurisprudentiel, Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, 2007, p. 79, spé. p. 83.

663 G. Lyon-Caen, préc., *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 81, spé. p. 84.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

et imposé l'accord collectif dans des « domaines qui étaient auparavant l'apanage exclusif du pouvoir»[664].

Des questions se sont fait jour, soulevées par la loi n° 2008-789 portant rénovation de la démocratie sociale. Il pouvait être affirmé en 1998 - date de la décision de la jurisprudence dite « EDF » -, compte tenu des règles de représentativité alors en vigueur, que la légitimité élective du comité d'entreprise était plus forte que la légitimité syndicale. Cela justifiait sa consultation préalablement à la conclusion d'un accord collectif dont la signature par un seul syndicat représentatif, même minoritaire, était suffisante pour qu'il soit valable. Depuis, les acteurs de la négociation dans l'entreprise[665] et les conditions de validité des accords collectifs[666] ont été redéfinis. Ces conditions nouvelles, visant à renforcer la légitimité des syndicats – par l'élection -, peuvent-elles mettre en cause la règle imposant la consultation préalable de l'institution élue à la conclusion d'un accord collectif dont le thème intéresse son champ de compétence ? Cette interrogation débouche sur la figure essentielle du juge de cassation dont la position reste à ce jour inchangée depuis 1998.

D'autres interrogations émergent. Elles sont issues du contexte nouveau de multiplication des cas d'obligation de négociation, comme en matière d'égalité salariale ou de GPEC par exemple. Il est permis en effet de s'interroger des conséquences d'un défaut d'offre de discussion de l'employeur avec les syndicats sur l'exercice de la mission du comité d'entreprise[667]. S'il ne fait pas de doute qu'un manque d'engagement de la négociation obligatoire constitue une entrave aux prérogatives du syndicat dans l'entreprise[668], pourrait-on alors considérer qu'il y a également atteinte à celles de l'institution élue ? Cette analyse peut paraître excessive, puisqu'à ce jour la saisine des élus n'est imposée qu'au stade de l'ouverture de la négociation avec les syndicats[669]. C'est donc bien ici la délimitation du domaine du délit d'entrave qui est en jeu, car il n'est pas exclu que l'absence de tout processus de négociation dont le thème entrerait dans le champ de compétence du comité d'entreprise pourrait entraîner une atteinte à ses prérogatives[670]. En pareil cas, l'institution élue serait alors empêchée de se prononcer, ainsi que l'exige le juge, « en pleine connaissance de cause »[671].

152. Malgré l'affirmation constante par la Cour de cassation du rôle de la consultation dans le jeu de la négociation collective, certains auteurs ont toujours cru en sa disparition comme forme de participation économique. Et ce, alors que le droit de l'Union européenne la reconnaît de façon constante comme l'un des moyens de l'implication des travailleurs. En 1977, on lui prédisait une fin proche : « la distinction entre la consultation et la négociation appartient au passé. Plus exactement, la notion de consultation relève d'un monde qui, s'il

664 V. en ce sens : C. Nicod, préc., *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1340.

665 Article L. 2143-3 du Code du travail.

666 Article L. 2232-12 et s. du Code du travail.

667 F. Duquesne, Négociation dans l'entreprise et entrave à la mission des élus du personnel, *Droit social,* 2007, p. 758.

668 Articles L. 2243-1 et L. 2242-1 du Code du travail.

669 Cass. soc. 5 mai 1998, préc., *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

670 F. Duquesne, préc., *Droit social,* 2007, p. 758.

671 Cass. crim. 28 novembre 1984, Talbot, *Bull. crim.*, n° 375, n° 83-93.094.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

n'a pas encore disparu, s'éloigne rapidement vers l'horizon des relations industrielles »[672]. Plus récemment, on considérait que la consultation constituait « le mode d'intervention le plus faible puisqu'elle précède une décision unilatérale dont l'employeur conserve, en définitive, la maîtrise. Plus forte, la négociation collective a pour finalité la conclusion d'un véritable accord, voire un certain partage du pouvoir de décision entériné par un acte normatif – la convention collective – doté d'un régime et d'une autorité particuliers. De sorte que, pour beaucoup, la négociation constitue la forme la plus achevée, dont la consultation ne serait que l'ancêtre primitif, voué par les lois de l'évolution à s'effacer progressivement »[673]. Aujourd'hui encore, cette thèse est soutenue[674], « les processus d'information et de consultation [constituant] les formes les plus « faibles » d'implication des représentants des salariés »[675]. A cet égard, il convient désormais de porter notre attention à une tendance du législateur qui, depuis le début des années 2000, promeut la négociation sur les règles de procédures d'information et de consultation.

II. La négociation sur la consultation

153. A mesure que la Cour de cassation s'appliquait à affirmer l'exercice, par le comité d'entreprise, de ses attributions lors de l'élaboration et de la dénonciation de la norme collective, le législateur augmentait parallèlement les facultés, pour les agents de la négociation collective, d'organiser conventionnellement ces mêmes attributions.

Des aménagements conventionnels des procédures de consultation ne sont pas interdits par le Code du travail qui, dans son article L. 2325-4[676], énonce que « les dispositions du présent titre[677] ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives au fonctionnement ou aux pouvoirs du comité d'entreprise résultant d'accords collectifs de travail ou d'usage »[678]. Bien que le comité d'entreprise ne puisse être assimilé à un sujet de l'accord collectif, au même titre que les salariés auxquels il s'applique en vertu de son effet *erga omnes*, ni à une partie signataire[679], il peut être soutenu que de telles dispositions ont force obligatoire à l'égard de l'institution élue. Cette thèse s'appuie sur une

672 O. Kahn-Freund, Rapport général, *La participation, quelques expériences étrangères*, Libraires techniques, 1977, spé. p. 16. Il convient de préciser qu'en l'espèce, l'auteur ne parlait pas particulièrement de la consultation telle que définie par le droit français, mais de cette notion d'une façon générale, comme l'une des manifestations de la participation des travailleurs.

673 M.-A. Souriac-Rotschild, préc., *Action juridique*, 1996, n° 118, p. 4.

674 V. L. Dauxerre, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005, p. 401.

675 S. Laulom, Le cadre communautaire de la représentation des travailleurs dans l'entreprise, *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 53.

676 Le Code du travail prévoit également que les dispositions relatives aux autres institutions représentatives du personnel ne font pas obstacle aux améliorations conventionnelles : article L. 4611-17 pour les CHSCT, article L. 2141-10 pour les délégués syndicaux, article L. 2312-6 pour les délégués du personnel.

677 Référence au titre II « Comité d'entreprise » du livre troisième du Code du travail.

678 On peut noter la modification du texte de cet article à l'occasion de la recodification entrée en vigueur en 2008 : il mentionne désormais les « dispositions plus favorables relatives au fonctionnement et aux pouvoirs du comité d'entreprise résultant d'accords collectifs ou de travail ». Le caractère favorable de ces dispositions est désormais mentionné, ce que ne faisait pas l'article L. 434-12 de l'ancien Code du travail qui énonçait que « les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle aux dispositions concernant le fonctionnement ou les pouvoirs des comités d'entreprise qui résultent d'accords collectifs ou d'usage ».

679 Sous réserve que le comité d'entreprise bénéficie de l'habilitation à négocier et conclure un accord collectif d'entreprise prévue à l'article L. 2232-21 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

décision de la Cour de cassation dans laquelle les juges décident que ces dispositions « visant à améliorer les institutions représentatives du personnel » sont applicables de plein droit à tous les salariés et syndicats, sans qu'il soit besoin de rechercher si l'accord ou la convention a été signé(e) par toutes les organisations syndicales[680]. Soutenant que cet arrêt permettait de rattacher la partie normative d'un accord collectif non plus aux seules relations individuelles mais aussi aux relations collectives du travail, il a été affirmé que les clauses intéressant les institutions représentatives élues relèvent de la partie normative et non de la partie obligatoire des conventions ou accords collectifs. Il s'agit en effet de régler, non pas les rapports entre les organisations syndicales et l'employeur, mais ceux qui régissent l'employeur et les salariés, au travers des institutions représentatives qu'ils ont eux-mêmes élues[681]. L'intérêt de l'ensemble du personnel étant ici en jeu, les dispositions conventionnelles visant à améliorer le fonctionnement et les pouvoirs des institutions représentatives élues du personnel ont donc par nature un caractère normatif et doivent de ce fait bénéficier à l'ensemble des salariés dans l'entreprise[682].

Ces aménagements conventionnels qui portent sur la procédure de consultation ou sur son objet sont rendus possibles, à condition qu'ils contiennent des dispositions plus favorables aux salariés que ne le sont celles des lois et règlements, conformément à l'article L. 2251-1 du Code du travail. Les règles de droit du travail sont en effet, pour la plupart, d'ordre public. Ce droit présente la particularité d'être un ordre public relatif, dit social. Dans ces conditions, il supporte, à l'inverse des normes impératives d'ordre public, la dérogation dès lors qu'elle est avantageuse pour le salarié. Cette dérogation est rendue possible selon la règle de faveur, érigée en principe général du droit par le Conseil d'Etat dans un avis du 22 mars 1973[683] et en principe fondamental du droit du travail par la Cour de cassation dans ses arrêts du 17 juillet 1996[684]. Elle n'a cependant pas valeur constitutionnelle, le Conseil

680 Cass. soc. 20 novembre 1991, *Bull.*, V, n° 522n° 88-20.039, rapport P. Waquet, *Droit social*, 1992, p. 52 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 752 : « Mais attendu que, si la participation aux organismes paritaires ou aux institutions créés par une convention ou un accord collectif est réservée aux syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif, ou à ceux qui y adhèrent, les dispositions conventionnelles à caractère normatif, visant à améliorer les institutions représentatives du personnel, sont applicables de plein droit à tous les salariés et syndicats, sans distinction (…) ».

681 G. Auzero, *Les accords d'entreprise relatifs aux droits syndicaux et à la représentation du personnel*, Thèse Bordeaux II, 1997, p. 253. V également sur ce sujet, antérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation : M.-A. Souriac-Rotschild, Les accords collectifs au niveau de l'entreprise, Thèse Paris I, 1986, spé. p. 679.

682 G. Auzero, *préc.*, p. 253.

683 CE, avis du 22 mars 1973, *Droit ouvrier*, 1973, p. 190 ; *Droit social*, 1973, p. 514 : « Les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle ; qu'en revanche, une convention collective du travail ne saurait légalement déroger ni aux dispositions, qui par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la constitution ou aux règles de droit interne ou le cas échéant de droit international, lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail, ou intéressent les avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports contractuels ; une convention collective ne saurait modifier la compétence des agents publics, ni fixer de règles assorties de sanctions pénales ».

684 Cass. soc. 17 juillet 1996, *Bull.,* V, n° 297, n° 95-41.313 (concl. P. Lyon-Caen, *Droit social*, 1996, p. 1049 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 829) et *Bull.,* V, n° 296, n° 95-41.831 : « Attendu qu'en vertu du principe fondamental en droit du travail, selon lequel la situation des salariés doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable (…) ». Des arrêts plus récents ont confirmé la positivité de ce « principe fondamental », comme par exemple ceux de la Chambre sociale du 27 mars 2001 (*Bull.*, V, n° 106, n° 98-44.292), du 23 février 2005 (n° 02-17.433), et du 19 septembre 2007

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

constitutionnel ne lui reconnaissant pas le statut de principe fondamental reconnu par les lois de la République[685].

154. Cet état des relations du travail a subi une évolution opérée par les réformes de 1982[686], avec l'apparition des accords dits dérogatoires. Dans le but d'inciter les partenaires sociaux de l'entreprise et de la branche à négocier, le législateur de l'époque les a autorisés, sous réserve d'une habilitation législative expresse, à déroger à la loi dans un sens qui n'est pas nécessairement favorable aux salariés[687]. Depuis lors, ces autorisations se sont multipliées. Elles ont modifié l' « esprit » de la négociation collective dont la fonction n'est plus seulement d'améliorer la situation des salariés en négociant des avancées sociales, mais également d'adapter désormais les règles à la variété des situations d'entreprise, entraînant pour chacune des parties le risque d'un abandon d'avantages au profit de contreparties.

155. Les attributions économiques du comité d'entreprise et leurs modalités d'exercice n'échappent pas à la tendance générale du renforcement du rôle de la négociation collective dans le droit du travail. On observe depuis les années 2000 un nombre croissant de cas où les règles de procédures d'information et de consultation peuvent être négociées, troublant de la sorte le schéma classique de la représentation collective dans l'entreprise : au comité et à la procédure de consultation ce qui relève de la gestion des entreprises, aux syndicats et à la négociation ce qui relève de la détermination collective des conditions de travail.

Il convient alors de déterminer si ces dévolutions toujours plus nombreuses des attributions économiques à la négociation se font au détriment de la mission de contrôle de la gestion patronale du comité d'entreprise. Participent-elles à un affaiblissement de l'institution et, ce faisant, à une mise en cause du double canal de représentation ? Si quelques cas prévoient explicitement la faculté pour les employeurs et les représentants des salariés de négocier l'intervention économique du comité d'entreprise (A), les accords de méthode illustrent nettement la promotion de la négociation collective comme instrument de traitement de cette intervention (B).

A. L'information et la consultation, objets légaux de négociation

156. La loi, jusqu'alors seul acte générateur de règles relatives aux attributions économiques du comité, ne cesse depuis le début du siècle de multiplier les facultés de remaniement des procédures d'information et de consultation de l'institution élue par voie d'accord collectif. Elle le fait à l'occasion de mesures éparses, disséminées dans des lois dont l'objet principal ne concerne pas la représentation ou la participation des salariés. Les cas que nous

(n° 05-41.156, *JCP S,* 2007,1947) dans lequel elle précise que ce principe « ne s'applique qu'autant que les normes en concours prévoient des avantages ayant le même objet ou la même cause ».

685 C.C., 20 mars 1997, n° 97-388 DC (X. Prétot, *Droit social,* 1997*,* p. 476) ; C.C., 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC (X. Prétot, *Droit social,* 2003, p. 260 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 833) ; C.C., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC.

686 Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 (*JO* 14 novembre) et ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés (*JO* 17 janvier). Les premières facultés de déroger par accord collectif aux normes étatiques sont cependant apparues dès l'ordonnance n° 67-830 du 27 septembre 1967 (*JO* 28 septembre) qui permettait à un accord collectif étendu de déroger à la réglementation du travail issue des décrets d'application de la loi n° 1936-06-21 du 21 juin 1936 instituant la semaine de quarante heures.

687 V. F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg III, 1999 ; F. Petit, L'ordre public dérogatoire, *RJS*, 2007, p. 391 ; F. Canut, *Le nouvel ordonnancement juridique*, Intervention du 4 décembre 2009 à la Journée 2009 des juristes du travail organisée par l'AFDT, http://www.afdt-asso.fr/publication.html.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

traitons ci-dessous en sont la démonstration[688] : l'un est issu de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 relative à l'actionnariat salarié[689] (1) ; l'autre fut révélé à l'occasion de la création d'indemnités de départ volontaire par la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007[690] (2).

1. L'adaptation conventionnelle de l'information périodique du comité d'entreprise

157. Le temps consacré par l'employeur à l'information périodique du comité d'entreprise en matière économique peut désormais être significativement réduit conventionnellement (a.), même si le législateur a assorti cette faculté de limites (b.).

a. Une information périodique simplifiée par accord collectif

158. Depuis la création du comité d'entreprise, la loi n'a cessé de multiplier les informations et les rapports que l'employeur est tenu de lui fournir[691]. Outre la communication de documents à chacune des élections de l'institution[692], trimestriellement[693], annuellement[694] ou de manière ponctuelle, le législateur impose au chef d'entreprise l'élaboration d'un rapport annuel[695] et de rapports spécifiques[696].

Lorsque ces obligations d'informer ont été mises en pratique, il a été difficile, voire impossible pour les petites et moyennes entreprises d'y souscrire. Aussi le législateur, dans sa volonté d'amoindrir la complexité de l'information qui l'aurait rendu inopérante, a-t-il prévu que l'employeur remettrait une fois par an à l'institution élue un unique rapport « sur la situation économique de l'entreprise »[697] dans les entreprises de moins de trois cents salariés. Cette simplification a néanmoins eu également pour conséquence une réduction du temps consacré par les élus au traitement et à l'étude de l'information[698].

688 L'étude du 1° de l'article L. 2242-15 du Code du travail relatif à la négociation des modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise est renvoyée à la partie II de l'étude [cf. n° 368 et s.].

689 Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, *JO* 31 décembre.

690 Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, *JO* 22 décembre.

691 Cf. n° 20 et s.

692 Article L. 2323-7 du Code du travail.

693 Articles L. 2323-46 et L. 2323-50 à L. 2323-54 du Code du travail.

694 Articles L. 2323-47 à L. 2323-49 et L. 2323-55 à L. 2323-60 du Code du travail.

695 Articles L. 2323-47 et L. 2323-55 du Code du travail.

696 Exemples du rapport sur les réserves de participation (article D. 3323-13 du Code du travail) et de la déclaration annuelle sur les travailleurs handicapés (article R. 5212-4 du Code du travail).

697 Article L. 2323-47 du Code du travail dont les dispositions sont issues de la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *JO* 21 décembre.

698 Il convient de noter que l'article L. 2323-47 issu de la recodification ne liste plus les informations et documents auxquels le rapport unique se substitue, rapport qui d'ailleurs n'apparaît plus comme un rapport substitutif. Désormais, l'article L. 2323-47 énonce que « (…) l'employeur remet au comité d'entreprise un rapport sur la situation économique (…) » avant de lister le contenu dudit rapport, alors que l'article L. 432-4-2 de l'ancien Code du travail précisait que « (…) le chef d'entreprise remet au comité d'entreprise une fois par an un rapport qui se substitue à l'ensemble des informations et documents (…) prévus par les articles L. 212-4-5, L. 432-1-1, L. 432-3-1, L. 432-4 et L. 432-4-1 du présent code ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Selon une proposition du rapport de Virville[699], la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 a étendu cette mesure, instituée en 1993, aux entreprises de trois cents salariés et plus. La substitution d'un unique rapport aux informations et bilans exigés a été rendue possible, aux termes de l'article L. 2323-61 du Code du travail, seule disposition d'une sous-section à la section relative aux attributions économiques et dénommée « Adaptation des règles de consultation par voie d'accord ». L'article prévoit la faculté de négocier « sans préjudice des obligations de consultation du comité d'entreprise incombant à l'employeur, un accord collectif de branche, d'entreprise ou de groupe [qui pourra adapter], dans les entreprises de trois cents salariés et plus, les modalités d'information du comité d'entreprise et organiser l'échange de vues auquel la transmission donne lieu. Cet accord peut substituer à l'ensemble des informations et documents à caractère économique, social et financier prévus par les articles L. 2323-51, L. 2323-55 à L. 2323-57 et L. 3123-3, un rapport dont il fixe la périodicité, au moins annuelle (…) ». Il énonce en outre dans son alinéa 3 que « les membres du comité d'entreprise reçoivent ce rapport quinze jours avant la réunion ».

Les conséquences qu'entraînent de telles dispositions sont on ne peut plus claires : la substitution des multiples réunions d'information légales par une seule en cas d'accord, précédée d'un délai d'étude de quinze jours seulement. Le risque serait celui d'une réelle fragilisation de l'information du comité, dans la mesure où la nouvelle organisation conventionnelle rendrait difficile l'assimilation et l'étude approfondie, par les élus, des informations délivrées par la direction. Avec comme corollaire l'échec possible d'éventuelles demandes d'éclaircissement ou de questionnements approfondis, sur des points précis, par les membres du comité.

159. Cette simplification de l'information doit-elle alors être interprétée comme une réduction de l'étendue des compétences du comité ? Si elle s'inscrit manifestement dans un mouvement certain d'aménagement conventionnel des modalités d'exercice des attributions économiques de l'institution élue, l'intention déclarée du législateur ne semble pas avoir été celle d'en réduire les attributions. Voyons si les dispositions sont en adéquation avec les intentions.

b. Les limites à la simplification par accord collectif de l'information périodique due au comité d'entreprise

160. La réduction du temps consacré à l'information économique du comité d'entreprise paraît être atténuée par des mentions contractuelles et formalités que le législateur a voulu obligatoires.

161. Les informations obligatoires.

Si le rapport conventionnel a pour vocation de se substituer à des informations et des documents limitativement énumérés à l'alinéa 1 de l'article L. 2323-61 du Code du travail, nombre d'entre eux y seront réintégrés. Il en va ainsi des informations relatives à « l'évolution de l'emploi et des qualifications dans l'entreprise au cours de l'année passée » prévues à l'article L. 2323-56 du Code du travail qui devront toujours figurer

699 M. de Virville, *préc.*, La Documentation française, 2004, http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000015/0000.pdf, proposition n° 32 : « La commission estime, sans préjudice des documents qui sont présentés au comité dans le cadre de consultations spécifiques non périodiques, que la possibilité de recourir à un rapport unique annuel devrait désormais être ouverte à toutes les entreprises, sans considération de taille. La loi devrait renvoyer à un accord collectif la faculté de préciser le contenu et la forme de l'information délivrée au comité d'entreprise, en tenant compte du secteur d'activité et des particularités de son organisation ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

dans le rapport conformément au 2° de l'alinéa 2 de l'article L. 2323-61[700]. « Le bilan du travail à temps partiel » de l'article L. 3123-3 du Code du travail y aura obligatoirement sa place, conformément au 3° de l'alinéa 2 de l'article L. 2323-61[701]. De même, « la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise » (C. trav. art. L. 2323-57) doit être présentée au comité d'entreprise dans l'hypothèse d'une adaptation conventionnelle de son information (C. trav. art. L. 2323-61 al. 2 4°[702]). Enfin, « l'activité et la situation financière de l'entreprise » sur lesquelles doit porter le rapport annuel simplifié[703] devra s'entendre, selon nous, de « la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir » énoncées à l'article L. 2323-55 du Code du travail.

Les thèmes contenus dans le rapport semblent couvrir l'ensemble des informations légales écartées, mais les modalités de leur présentation et les nombreux détails précisés dans les articles substitués ne sont pas repris. En matière de GPEC par exemple, les obligations légales de l'article L. 2323-56 imposant l'information sur les « prévisions annuelles ou pluriannuelles et les actions (…) que l'employeur envisage de mettre en œuvre (…) » et ses « explications sur les écarts éventuellement constatés entre les prévisions et l'évolution effective de l'emploi » ne font pas partie des mentions exigées dans le rapport simplifié. De telles précisions, qui sont indispensables à l'information du comité, pourront être fournies cependant lors de l'échange de vues, obligatoire, auquel la transmission du rapport doit donner lieu[704].

162. L'échange de vues, complément à l'information du comité d'entreprise.

C'est ce que précise le premier alinéa de l'article L. 2323-61 du Code du travail : le rapport annuel simplifié doit faire l'objet d'un « échange de vues auquel la transmission de ces informations donne lieu ».

La périodicité trimestrielle des informations légales prévue à l'article L. 2323-51 pourra être désormais annuelle[705], avec le risque que le comité ne puisse plus se livrer à une analyse continue de la situation de l'entreprise. Les informations qui lui sont fournies devront cependant, à l'instar de toutes celles contenues dans le rapport, faire l'objet d'un échange de vues entre les élus et l'employeur. Cet échange pourra conduire à une modification du document, « le cas échéant à la suite de la réunion du comité d'entreprise » (C. trav. art. L. 2323-61 al. 4). La discussion organisée, qui a un caractère obligatoire, pourra pallier à l'absence légale de précision sur le contenu des informations requises par le rapport et permettre les explications et les modifications nécessaires à l'information effective des représentants élus des salariés pour qu'ils soient en mesure de délivrer un avis.

700 « (…) 2° L'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation et des salaires ; (…) ».

701 « (…) 3° Le bilan du travail à temps partiel dans l'entreprise ; (…) ».

702 « (…) 4° La situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes ; (…) ».

703 Conformément au 1° de l'alinéa 2 de l'article L. 2323-61 du Code du travail.

704 Les conséquences de l'article L. 2323-61 du Code du travail sur les compétences du comité d'entreprise en matière de GPEC seront étudiées dans le titre 2 de la partie II de l'étude [cf. n° 365 et s.].

705 Si le texte précise que l'accord doit fixer la périodicité du rapport qui doit être « au moins annuelle », les négociateurs ont bien évidemment la possibilité de décider d'une périodicité inférieure à un an.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Le recueil de l'avis et l'échange de vues induisant l'établissement d'un dialogue sont des éléments constitutifs de la définition de la consultation au sens des droits communautaire[706] et français qui permettent de considérer que ce rapport doit faire l'objet d'une consultation.

163. La consultation sur l'information.

Cette consultation sur le rapport doit être menée avant qu'il ne soit transmis à l'inspecteur du travail, accompagné de l'avis du comité d'entreprise comme l'impose l'avant-dernier alinéa de l'article L. 2323-61 du Code du travail. Cette disposition élargit les domaines soumis à la consultation de l'institution élue. En effet, les informations susceptibles d'être remplacées par le rapport unique ne requièrent pas toutes son avis : si certaines doivent faire l'objet d'une consultation (C. trav. art. L. 2323-56 et L. 2323-57), d'autres ne l'exigent pas lors de leur délivrance (C. trav. art. L. 2323-51, L. 2323-55, et L. 3123-3). Cet alinéa élargit également les éléments portés à la connaissance de l'inspection du travail puisque le rapport lui est transmis alors que les informations, quand elles sont communiquées au comité en application de l'article L. 2323-56 du Code du travail, ne devront qu'être tenues « à la disposition de l'autorité administrative »[707].

La nécessaire consultation qui découle de l'obligation de recueillir un avis sur le rapport implique donc le respect des modalités inhérentes à toute consultation : celui d'un échange de vues et une libre discussion, qui devront être précédés d'une remise d'informations précises, comme l'exige la jurisprudence, sous peine d'entrave aux prérogatives du comité[708]. En outre, bien que l'avis du comité d'entreprise ne lie pas l'employeur, sa portée est néanmoins accrue par sa transmission à l'inspection du travail, tiers susceptible d'exercer une autorité ou une influence sur l'employeur.

164. Cette incursion particulière de la négociation dans la mission d'information de l'institution élue semble être atténuée par les garanties que devront constituer les échanges de vues et l'avis. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs validé ces dispositions en jugeant que « le législateur a prévu une simple faculté de déroger, par accord collectif, aux règles fixées en matière de communication d'information au comité d'entreprise par d'autres dispositions du code du travail ; (…) il a encadré de façon précise la possibilité de conclure un accord collectif dérogatoire et n'a pas privé les représentants des salariés des informations nécessaires pour que soit assurée la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise »[709]. Par ailleurs, il n'est pas exclu, à notre sens, que cet accord d'adaptation de l'information périodique du comité doive être soumis à sa consultation, les thèmes abordés relevant manifestement du domaine de ses attributions consultatives.

[706] Article 2 g) de la directive 2002/14/CE ; article 2 f) de la directive 2009/38/CE.

[707] Article L. 2323-56 al. 6 du Code du travail tel que modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 (*JO* 13 mai). Antérieurement à cette loi, l'employeur avait l'obligation de transmettre le rapport remis au comité d'entreprise en application de cet article à l'autorité administrative.

[708] Cass. crim. 3 mars 1981, n° 80-91.091. La Cour de cassation considère ainsi qu'une consultation implique, par exemple, une « concertation » (Cass. crim. 4 novembre 1982, *Bull. crim.*, n° 241, n° 82-90.715) ou une « large discussion » (Cass. crim. 29 juin 1982, n° 81-94.699).

[709] C.C., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC. Par ailleurs, le Conseil a rappelé dans cette décision « que les modalités d'information pouvant ainsi être fixées par l'accord collectif dans les entreprises d'au moins trois cents salariés sont similaires à celles prévues à l'article L. 432-4-3 [art. 2323-47] pour les entreprises de moins de trois cents salariés ; que par suite, le grief tiré d'une rupture d'égalité manque en fait ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Une interrogation demeure cependant. Elle porte sur le sens de la suppression des informations qui doivent être remises lors des consultations prévues aux articles L. 2323-56 et L. 2323-57 du Code du travail dans l'hypothèse de la mise en place d'un rapport unique. Dans ce cas, leur suppression entraîne-t-elle celle des consultations pour lesquelles elles sont normalement délivrées ? La préservation de ces consultations nous paraît capitale dans la mesure où elles garantissent les attributions de l'institution élue, et particulièrement sa compétence en matière de gestion prévisionnelle des emplois. Or, cette matière est appelée à connaître une forte expansion, singulièrement sous sa forme négociée[710], et l'article L. 2323-61 ne doit pas être l'occasion d'une mise à l'écart de l'institution élue dans ce domaine [cf. n° 365 et s.].

L'article 2323-61 du Code du travail est, en tout état de cause, la démonstration de la multiplication des cas d'assignation à la négociation collective des attributions économiques du comité d'entreprise et de leur exercice, plaçant ainsi la mission de l'institution élue un peu plus sous la tutelle de cette négociation.

2. L'adaptation conventionnelle de la consultation du comité d'entreprise dans un dispositif de GPEC

165. Il s'agit de la modification la plus récente du dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences issue de la loi du 18 janvier 2005[711]. C'est à l'occasion de la loi n ° 2006-1640 de financement de la sécurité sociale pour 2007 que la question de l'adaptation de l'intervention économique du comité d'entreprise fut soulevée.

L'article 16 de ladite loi a d'abord permis que la négociation collective obligatoire triennale dans les entreprises importantes porte sur des départs s'inscrivant dans une perspective de gestion prévisionnelle des emplois. Il a ensuite déterminé un statut fiscal et social pour les indemnités de départ volontaire versées dans le cadre d'un accord de GPEC[712]. Les questions que ces départs ont soulevées quant à leur motif et leur soumission aux articles L. 1233-3 alinéa 2 et s. du Code du travail ont conduit à s'interroger sur l'intervention du comité d'entreprise dans un pareil cas de figure. Les ruptures de contrat de travail issues de ce dispositif, dans l'hypothèse où elles devraient échapper au régime des licenciements économiques (a), posent la question de la place du comité d'entreprise dans sa mission de prise en compte permanente des intérêts des salariés et cela, dans un contexte d'anticipation des restructurations et de reconversion des emplois en perpétuel développement, encouragé de surcroît par les pouvoirs publics (b).

a. Le motif économique des départs issus d'un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences

710 Il est fait référence ici à l'article L. 2242-15 2° du Code du travail. V. Une montée en charge des accords de GPEC, *Semaine sociale Lamy,* 2009, n° 1398 : la DGEFP note une accélération de la négociation d'accord de GPEC en 2008 avec trois cents accords signés et enregistrés auprès de l'administration.

711 Dispositif qui, depuis sa mise en place, suscite nombre de commentaires. V. par exemple B. Teyssié, A propos d'une obligation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail, *Droit social*, 2005, p. 377 ; P.-H. Antonmattei, GPEC et licenciement pour motif économique : le temps des confusions judiciaires, *Droit social*, 2007, p. 289 ; H.-J. Legrand, Sur un nouvel objet juridique non identifié : la GPEC, *Droit social,* 2006, p. 330.

712 Soulignons que cette négociation est obligatoire au niveau de la branche, conformément à l'article L. 2241-4 al. 2 du Code du travail qui précise que les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels « se réunissent tous les trois ans pour négocier sur les matières définies aux articles L. 2242-15 et L. 2242-16 ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

166. Aux termes de l'article L. 2242-16 du Code du travail, les partenaires sociaux peuvent donc insérer dans un accord de GPEC une liste de catégories d'emplois dits « menacés par les évolutions économiques ou technologiques ».

Cette disposition apparaît comme une mesure type de gestion prévisionnelle des emplois, celle-ci ayant vocation à identifier ceux qui seraient susceptibles de disparaître dans un avenir proche. Ce sont les mesures codifiées à l'article suivant – au numéro L. 2242-17 - selon lesquelles les accords de GPEC sont fondés à organiser des départs volontaires assortis d'indemnités soumises à un régime fiscal et social propre, qui entraînèrent de nombreuses réactions doctrinales[713].

La négociation, qui demeure facultative, encourage ainsi la disparition des emplois menacés. Elle le fait par le biais de départs volontaires qui ouvrent droit à des indemnités bénéficiant des mêmes exonérations que celles qui sont prévues en cas de licenciement. Ces départs sont soumis à une série de conditions. Parmi celles-ci sont la catégorie de l'emploi en cause, dont la qualification de « menacé » devra avoir été autorisée – même tacitement[714] - par l'autorité administrative ; et l'accès du salarié à un emploi stable, dont devra s'assurer un comité de suivi[715].

La question qui se pose est la suivante : ces départs prévus par un accord de GPEC conformément aux dispositions des articles L. 2242-16 et 17 du Code du travail impliquent-ils, d'une part, que soit suivie une procédure de licenciement collectif, particulièrement la consultation spécifique du comité d'entreprise[716], et d'autre part, que soit établi un plan de sauvegarde de l'emploi dans l'hypothèse d'au moins dix départs sur une même période de trente jours ?

a.1. Le motif économique de la rupture du contrat de travail issue d'un départ volontaire

167. Le régime propre aux licenciements économiques s'applique à toute rupture du contrat de travail qui ne procède pas d'un licenciement - à l'exception de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et s.[717] - dont la cause répond à la définition du motif économique énoncée à l'alinéa 1 de l'article 1233-3 du Code du travail. Cette règle est issue de la position de la Cour de cassation qui l'applique « à toute rupture du contrat de travail résultant d'une cause économique »[718]. Elle fut consacrée par le législateur, est aujourd'hui

713 G. Couturier, Le motif économique des départs volontaires (à propos de l'article 16 de la loi du 21 décembre 2006), *Droit social,* 2007, p. 978 ; F. Favennec-Héry, La GPEC : l'environnement juridique, *Droit social*, 2007, p. 1068 ; A. Fabre, Critiques de quelques propositions du rapport Rouilleault, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 725 ; R. Dalmasso, J. Dirringer, L. Joly, T. Sachs, Variations autour de la gestion prévisionnelle des emplois, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 513.

714 Cf. la circulaire DGEFP nº 2007-15 du 7 mai 2007 relative à l'anticipation des mutations économiques et au développement de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (*BO Trav*., n° 6, 30 juin 2007) affirmant dans la fiche n° 2 qu' « en cas de silence du préfet, la qualification d'emploi menacé est réputée fondée ».

715 Les critères de stabilité sont précisés dans le texte réglementaire à l'article D. 2241-5 du Code du travail.

716 Consultation prévue aux articles L. 1233-8 et s. et L. 1233-28 et s. du Code du travail selon que le nombre de départs est inférieur ou au moins égal à dix.

717 Dispositif introduit par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JO* 26 juin.

718 Cass. soc. 3 décembre 1996, Framatome et Majorette, *Bull.*, V, n° 411, n° 95-17.352 et n° 95-20.360, rapport P. Waquet et obs. J. Savatier, *Droit social,* 1997, p. 18 ; concl. P. Lyon-Caen, *RJS*, 1997, p. 12.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

exposée à l'alinéa 2 de l'article L. 1233-3, et détaillée par la circulaire d'application n° 92/26 du 29 décembre 1992[719].

La résiliation conventionnelle[720] du contrat de travail, forme juridique des départs volontaires, n'échappe donc pas à la procédure de licenciement collectif quand sa cause est économique[721] et ce, quand elle résulte également d'un accord collectif[722].

Les ruptures résultant d'une démarche de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences sont donc aussi concernées. La Cour de cassation l'a affirmé en décidant que les règles du licenciement économique leur sont applicables[723], seules les mesures de GPEC qui n'impliquent pas la rupture des contrats de travail étant exclues de leur champ d'application[724]. Il en va de même pour celles résultant de l'acceptation par un salarié d'un congé de mobilité. Ce dispositif, qui peut être proposé aux salariés par certains employeurs ayant conclu un accord de GPEC[725], est générateur d'une rupture relevant de l'article L. 1233-3 alinéa 2 du Code du travail[726]. En outre, la Haute juridiction, depuis les arrêts « Pages Jaunes »[727] et « Dunlop »[728] de 2006, établit un autre lien entre la GPEC et la rupture du

719 Circulaire DE/DRT n° 92-26 du 29 décembre 1992 relative à l'application des articles L. 321-1, deuxième alinéa, et L. 321-1-2 issus de la loi n° 92-722 du 29 juillet 1992 concernant le champ d'application de la procédure de licenciement économique collectif (complétant la circulaire DE/DRT n° 89-46), *BO Trav.*, n° 10, 5 juin 1993.

720 Telle que prévue par l'article 1134 du Code civil.

721 Cass. soc. 10 avril 1991, *Bull*., V, n° 179, n° 89-18.485 : « Et attendu que, si le CEPME a choisi de privilégier les départs volontaires, qui peuvent être valablement négociés en vue de parvenir à la résiliation du contrat de travail d'un commun accord, le plan social qu'il a établi tendait à la suppression de quatre cents emplois, au besoin par la voie du licenciement ; que la cour d'appel a, dès lors, décidé à bon droit que cette opération de gestion du personnel, tendant, pour un motif économique, à la suppression de nombreux emplois s'analysait en un projet de licenciement collectif et était soumise aux dispositions des articles L. 321-1 [L. 1233-3 et s.] et suivants du Code du travail ».

722 Cass. soc. 22 février 1995, IBM, *Bull.*, V, n° 68, n° 92-11.566, *Droit social*, 1995, p. 511 ; Cass. soc. 2 décembre 2003, *Bull.*, V, n° 309, n° 01-46.540, rapport de P. Bailly, *Semaine sociale Lamy*, 2003, n° 1149.

723 Cass. soc. 25 octobre 2006, n° 04-48.668 : « Attendu (…) que l'employeur qui envisage de supprimer des emplois pour motif économique est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des articles L. 321-1 [L. 1233-3 et s.] et suivants du code du travail, peu important que les emplois ne soient supprimés que par la voie de départs volontaires (…) ».

724 Cass. soc. 4 avril 2006, n° 04-48.055 : « Mais attendu que les dispositions des articles L. 321-1 [L. 1233-3 et s.] et suivants du Code du travail sont applicables à toute rupture des contrats de travail reposant sur un motif économique, peu important que les emplois soient supprimés par voie de départ volontaire ; qu'il en résulte que seules les mesures de gestion prévisionnelle des emplois qui n'impliquent pas la rupture des contrats de travail sont exclues du champ d'application de ces textes ».

725 Articles L. 1233-77 à L.1233-83 du Code du travail.

726 C.C., 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC, point 15 ; Circulaire DGEFP nº 2007-15 du 7 mai 2007 relative à l'anticipation des mutations économiques et au développement de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, *préc.*, fiche n° 1. Sur le congé de mobilité, v. : E. Durlach, Le congé de mobilité : entre enrichissement et éviction du droit du licenciement économique, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 440 ; R. Vatinet, Nouveaux cadres juridiques pour des parcours professionnels diversifiés, *JCP S*, 2007, 1131.

727 Cass. soc. 11 janvier 2006, *Bull.,* V, n° 10, n° 04-46.201, M.-L. Morin, Les conditions de la sauvegarde de la compétitivité, *Semaine sociale Lamy,* 2006, n° 1244 ; M. Hautefort, Quand sauvegarde de la compétitivité rime avec gestion prévisionnelle, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2006, n° 182 ; J. Pélissier, Réorganisation d'entreprise, sauvegarde de compétitivité et contrôle du juge, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1013 ; O. Leclerc, Droit du travail, septembre 2006 – décembre 2006, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 686 ; P. Waquet, Variations sur le licenciement pour motif économique, *Revue de droit du travail*, 2006, p. 27 ; G. Bélier, P. Masanovic, Obligations en

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

contrat de travail en décidant qu'une réorganisation de l'entreprise peut constituer un motif économique de licenciement dès lors qu'il s'agit, par ce biais, de « prévenir » les difficultés économiques à venir. La démarche préventive de l'employeur, qui s'assimile à de la gestion prévisionnelle, peut donc impliquer des licenciements pour motif économique[729]. Enfin, sans soumettre explicitement les départs issus de l'application d'un accord de GPEC au droit du licenciement économique, le législateur les exclut expressément, en revanche, du régime de la rupture conventionnelle (C. trav. art. L. 1237-16 1°).

a.2. Le motif économique de la rupture du contrat de travail issue d'un départ volontaire au sens de l'article L. 2242-16

168. Eu égard aux règles décrites, les départs volontaires issus d'un accord de GPEC ne devraient pas faire exception. La circulaire du 7 mai 2007 semble le confirmer quand elle énonce que « les mobilités s'inscrivant dans le cadre d'un accord de gestion prévisionnelle prennent la forme d'une rupture d'un commun accord du contrat de travail pour motif économique au sens du 2e alinéa de l'article L. 321-1 [alinéa 2 de l'article L. 1233-3] »[730]. Dès lors, puisque la procédure de licenciement collectif doit être suivie, la circulaire précise que dans la mesure où les accords de GPEC peuvent en outre porter sur les objets qui sont ceux des accords de méthode prévus à l'article L. 1233-21 du Code du travail – conformément au 1° de l'article L. 2242-16 -, « il convient, autant que possible, que l'accord collectif de GPEC fixe les modalités d'information et de consultation des représentants du personnel sur les départs qu'il organise, afin de les adapter à ce contexte particulier ».

169. Ces précisions administratives ne convainquent pas nombre d'auteurs[731]. Ils considèrent que l'application des articles L. 2242-16 et 17 pourrait être exclusive de celle du régime des licenciements économiques et organiserait une « anticipation conventionnelle » de sa mise à l'écart[732], encourageant ainsi une « utilisation élargie de la GPEC pour effectuer des réorganisations »[733]. Cette analyse ne semblerait pas contradictoire à la volonté du législateur qui considère que ces mesures de départs volontaires relèvent d'une politique en faveur de l'anticipation des restructurations, de reconversion des emplois menacés[734].

matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et licenciement pour motif économique, *Revue de droit du travail,* 2007, p. 284 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 533 ; obs. J.-E. Ray, *Droit social,* 2006, p. 138.

728 Cass. soc. 21 novembre 2006, *Bull.,* V, n° 349, n° 05-40.656, *Droit social*, 2007, p. 114 ; A. Lyon-Caen, Justification du licenciement et gestion prévisionnelle des emplois, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 105 ; R. Dalmasso, Gestion prévisionnelle de l'emploi et droit du licenciement économique : quelle liaison ?, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 514.

729 F. Héas, Retour sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, *JCP S*, 2007, 1300.

730 Circulaire DGEFP nº 2007-15 du 7 mai 2007 relative à l'anticipation des mutations économiques et au développement de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, préc.

731 V. G. Couturier, préc., *Droit social,* 2007, p. 978 ; A. Lyon-Caen, Article 16, *Revue de droit du travail,* 2007, p. 137 ; R. Dalmasso, J. Dirringer, L. Joly, T. Sachs, préc., *Revue de droit du travail*, 2007, p. 513.

732 A. Lyon-Caen, préc., *Revue de droit du travail,* 2007, p. 137

733 R. Dalmasso, J. Dirringer, L. Joly, T. Sachs, préc., *Revue de droit du travail*, 2007, spé. p. 515.

734 P.-L. Fagniez, *Rapport n° 3384 fait au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de financement de la sécurité sociale pour 2007 (n° 3362),* 2006, p. 144, http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r3384-tI.pdf : « Le Gouvernement souhaite inciter les acteurs économiques à anticiper les restructurations et favoriser la reconversion des emplois menacés. A cette fin, le présent article propose de créer un cadre fiscal et social plus favorable aux indemnités de départ volontaire versées dans le cadre des accords de GPEC ». Par ailleurs, un dispositif visant à la conclusion d'un accord mettant en œuvre des départs volontaires en contournant le droit du licenciement pour motif économique est soutenu par le MEDEF qui dans ses propositions

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Dans ces conditions, le respect de la procédure de licenciement pour motif économique n'apparaît pas compatible avec des dispositions destinées à intervenir antérieurement à tout projet de licenciement économique. Monsieur Gérard Couturier remarque ainsi que « l'élément objectif intégré dans [la] définition » de ces départs volontaires présente « une différence déterminante entre la suppression ou transformation d'emploi ou la modification du contrat de travail exigées par l'article L. 321-1 alinéa 1 [L. 1233-3] et la menace sur l'emploi à laquelle le II de l'article L. 320-2 [L. 2242-16] se réfère »[735]. Il est vrai que la notion « d'emploi menacé » peut susciter l'interrogation. On peut avancer en effet que « l'emploi menacé », au sens de l'article L. 2242-16 du Code du travail, ne s'entend pas nécessairement de celui dont l'existence est compromise par un motif économique certain. Un emploi peut être menacé à terme, sans que la cause de sa suppression ou de sa transformation probable soit actuelle, et c'est alors le propre de la gestion prévisionnelle que de l'identifier et de prévenir le risque d'un licenciement. Si l'entreprise ne connaît aucune difficulté économique à la date à laquelle elle identifie les emplois menacés, si aucune mutation technologique n'est en cours et que seule sa compétitivité lui commande de réduire ou d'adapter ses effectifs sans pour autant que la « sauvegarde » de cette compétitivité soit en cause, il pourrait alors être conçu que le projet de départs volontaires n'entre pas dans les mesures relevant de l'article L. 1233-3 du Code du travail[736]. En outre, les conditions et contrôles auxquels est soumise la réalisation de tels départs à l'article L. 2242-17 du Code du travail favorisent l'idée que ce dispositif se veut spécifique, sans référence aux règles régissant la rupture du contrat de travail, « si ce n'est au travers de l'expression « départs volontaires » »[737].

Un tel dispositif, si ses conditions et exigences sont satisfaites, pourrait donc se soustraire aux règles du licenciement collectif pour motif économique. Le risque qu'il échappe à la consultation de l'institution élue serait alors réel.

b. La part de l'intervention économique du comité d'entreprise

170. La question de la place de l'institution élue dans la GPEC, outil de gestion emblématique de la volonté d'anticipation et de traitement « à froid des adaptations et restructurations »[738] prend tout son sens dans l'hypothèse de départs volontaires intervenus en application de l'article L. 2242-17 du Code du travail.

C'est effectivement tout un pan de ruptures de contrat de travail qui échapperait à l'application du régime des licenciements économiques, et donc à l'information et à la consultation des représentants élus du personnel. Une éventuelle intervention de l'institution élue dépendrait alors exclusivement de la négociation de l'accord de GPEC entre parties

relatives « au traitement social des restructurations » suggère d'exclure de la procédure de licenciement économique les opérations de « diminution des effectifs » :v. F. Favennec-Héry, Restructurations : le rôle de la négociation collective, *Droit social*, 2004, p. 283.

735 G. Couturier, préc., *Droit social,* 2007, spé. p. 981.

736 A l'inverse, si la menace procède de mutations technologiques programmées, de difficultés économiques avérées ou de la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, ces emplois ont vocation à être supprimés ou modifiés. Dans ces conditions, une incitation aux départs constitue un plan de départs volontaires qui ne devrait pas échapper à la procédure du licenciement économique. Exemple de la décision du TGI de Nanterre (2e ch., 12 décembre 2008, Ste Renault SAS) qui soumet un plan de départs volontaires à la procédure du licenciement économique. V. *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1385.

737 G. Couturier, préc., *Droit social,* 2007, spé. p. 983.

738 G. Larcher, ministre délégué au Travail, Ass. nat., 2ème séance du mercredi 25 octobre 2006, http://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2006-2007/026.asp#TopOfPage.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

patronale et syndicale. Celles-ci ne seraient d'ailleurs même pas tenues par les dispositions des articles L. 1233-21, L. 1233-22 et L. 1233-23 du Code du travail organisant et limitant les dérogations au droit des comités, puisqu'elles ne concernent l'adaptation de la procédure de consultation de l'institution élue que lorsque l'employeur envisage de prononcer des licenciements économiques ou des ruptures pour motif économique tels que définis à l'article L. 1233-3 du Code du travail. Les départs intervenus dans le cadre d'un accord de GPEC ne semblent donc pas y être soumis.

La responsabilité du syndicat serait lourde ici car il paraîtrait difficilement envisageable, dans une entreprise, que des milliers de départs, fussent-ils garantis par les conditions prévues à l'article L. 2242-17 du Code du travail, interviennent sans consultation du comité, sans faculté pour les représentants élus de recourir à l'expertise de documents que l'employeur aurait eu l'obligation de lui remettre. Le risque d'affaiblissement de l'institution élue et de son rôle économique serait ici réel, et son assujettissement à la négociation collective entier. Les parties à l'accord disposeraient de toute liberté pour organiser l'intervention du comité d'entreprise et l'adapter à l'outil de gestion qu'est la GPEC afin de permettre son intégration dans un processus. L'institution élue serait alors associée à une opération, quand la loi lui assurait un statut de tiers.

171. Cette analyse doit cependant être pondérée. En tout état de cause, la loi garantirait une consultation du comité d'entreprise, qui serait réduite à sa portion congrue. Longtemps, la GPEC fut un objet traditionnel des prérogatives de l'institution élue. Depuis la loi n° 89-549 du 2 août 1989, l'employeur est tenu d'informer et de consulter le comité d'entreprise « sur les prévisions annuelles ou pluriannuelles et les actions de prévention et de formation [qu'il] envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions (…) ». Il doit également apporter « toutes explications sur les écarts éventuellement constatés entre les prévisions et l'évolution effective de l'emploi ainsi que sur les conditions d'exécution des actions prévues au titre de l'année écoulée »[739]. Un dispositif de gestion prévisionnelle, même s'il résulte d'un accord collectif[740] issu de l'obligation triennale de négociation, relève du domaine de compétence du comité d'entreprise et doit donc lui être présenté pour consultation. Par ailleurs, le comité devrait évidemment être consulté au titre de l'article L. 2323-6 sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. Cette consultation le serait également au titre de l'article L. 2323-15 sur les projets de restructuration et de compression des effectifs en cas de départs volontaires visés par l'article L. 2242-17 du Code du travail[741].

172. Ce développement, qui traite des conséquences du dispositif de départs volontaires sur les attributions économiques, reste à ce jour théorique. A notre connaissance, aucune décision n'a encore apporté de réponse quant à l'application du régime des licenciements économiques aux départs volontaires issus de la GPEC au sens

[739] Article L. 2323-56 du Code du travail. Il convient de rappeler que désormais cette information du comité d'entreprise peut être écartée dans les entreprises d'au moins trois cents salariés si un accord collectif prévoit la remise d'un rapport simplifié au moins annuel, conformément à l'article L. 2323-61 du Code du travail. Selon nous, la compétence du comité d'entreprise pour connaître ces mesures et la GPEC n'est pas entamée, l'objectif de ce rapport unique étant de « rationaliser » l'information et en aucun cas de diminuer ses attributions économiques. L'information sur les prévisions annuelles ou pluriannuelles et les actions envisagées par l'employeur seront toujours dues, au titre du 2° de l'article L. 2323-61 du Code du travail.

[740] Rappelons que la Cour de cassation considère que l'acte de conclusion d'un accord collectif doit être appréhendé comme une décision lorsqu'il intéresse l'un des thèmes faisant l'objet d'une consultation obligatoire : Cass. soc. 5 mai 1998, préc., *Bull.,* V*,* n° 219, n° 96-13.498.

[741] Cass. soc. 12 janvier 1999, IBM, *Bull.,* V, n° 17, n**°** 97-12.962.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de l'article L. 2242-16 du Code du travail. A l'opposé, les juridictions décident toujours que la rupture d'un contrat de travail prévue dans un plan de départ volontaire recherchant, pour un motif économique, « (…) la suppression de plusieurs milliers d'emplois au sein d'une même entreprise est impérativement soumise au respect des dispositions relatives à la procédure d'information et consultation des instances représentatives du personnel (…) »[742]. Les réponses qui seront apportées aux questions posées permettront d'apprécier les bornes du champ de compétence de la négociation dans le domaine de la consultation et les limites de sa contractualisation.

En cas de licenciement économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours, la faculté de contractualisation des attributions économiques ne fait, en revanche, aucun doute puisqu'il s'agit d'un domaine où la négociation sur la procédure de consultation de l'institution élue est consacrée. Ce sont les accords dits de méthode issus de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005. Ils ont donné « un coup d'accélérateur »[743] à la mise en cause du schéma qui attribuait jusqu'alors à la procédure de consultation ce qui relève des décisions relatives à la gestion des entreprises, et à la négociation collective ce qui relève du domaine de la détermination des conditions de travail.

B. Les accords de méthode

173. Expérimentaux dans la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, élargis et confirmés depuis la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, aujourd'hui codifiés à l'article L. 1233-21 du Code du travail, les accords collectifs de méthode ont pour objet la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de grand licenciement collectif. Les modalités de cette procédure peuvent prendre place également, d'après l'article L. 2242-16 du Code du travail, dans un accord de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

174. A titre liminaire, nous essaierons de définir brièvement et de déterminer l'origine de ces accords dits « de méthode ». Leur formulation semblait inconnue du langage juridique avant d'apparaître dans la circulaire n° 2003-3 du 26 février 2003[744] relative à la loi du 3 janvier de la même année. Le terme qui qualifie ces accords est, à l'origine, doctrinal. Il désigne les règles relatives au fonctionnement de la négociation. D'ailleurs, l'article L. 2232-20 du Code du travail prévoit que « l'objet et la périodicité des négociations ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement sont fixés par accord entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise (…) »

[742] CA Versailles, 14ème ch., 1er avril 2009, n° 09/01005. V. Le reclassement interne est-il incompatible avec les départs volontaires ? Entretien croisé avec Gérard Couturier, Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, et Jean Pélissier, Professeur émérite à l'Université de Toulouse I, sciences sociales, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1407 ; A. Fabre, Un plan de sauvegarde de l'emploi n'a pas à prévoir de mesures de reclassement interne en cas de départs volontaires, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 380 ; I. Meyrat, Le régime du licenciement économique à l'épreuve des plans de départs volontaires. A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 1er avril 2009, *Droit ouvrier*, 2009, p. 543. Dans cette espèce, la Cour fait une application sélective des règles de licenciement pour motif économique aux plans de départs volontaires. Elle affirme l'application de celles concernant la consultation des représentants du personnel, mais pas celles relatives au reclassement interne qui ne sont exigibles qu'en cas de licenciements, selon la juridiction. Elle admet donc que l'employeur n'avait pas à proposer de mesures de reclassement interne aux salariés souhaitant quitter l'entreprise ; il suffisait qu'il leur propose des mesures censées permettre leur réemploi ou la réalisation de leur projet personnel.

[743] P. Lokiec, préc., *Semaine sociale Lamy supplément,* 2008, n° 1380.

[744] Circulaire DGEFP/DRT n° 2003-3 du 26 février 2003 relative à la mise en oeuvre de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *BO Trav.,* n° 6, 5 avril 2003.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Par ce type d'accord, les partenaires sociaux s'attachent à la définition, préalable à la discussion au fond, de ses conditions et modalités. Ces accords ont pour but, selon Monsieur Jacques Legoff, l'incitation à la négociation par assignation d'objectifs assortis d'un calendrier, la facilitation des procédures, et enfin l'évaluation des résultats[745]. Les partenaires encadrent le processus de négociation afin d'éliminer par avance des difficultés susceptibles d'intervenir dans les échanges du débat au fond. Mais un accord de méthode peut également servir à la création d'instances *ad hoc* telles des commissions paritaires, soit à titre permanent, soit pour accompagner la procédure d'une opération ponctuelle comme une restructuration ou une fusion. De tels accords, par lesquels les partenaires organisent et planifient en amont la négociation collective, ont constitué le préalable de nombreuses négociations d'entreprise sur les trente-cinq heures[746].

175. Certains auteurs ont relevé que la pratique et la consécration légale des accords de méthode participaient au courant doctrinal s'organisant autour du thème de la procéduralisation du droit du travail[747]. Cette procéduralisation des règles se traduit par un développement de la négociation de type procédural. Autrement dit, la plupart des normes émises par la négociation consistent en un programme d'actions à mener, un établissement à l'avance des procédures par lesquelles on jugera du bon déroulement des opérations. Mais d'après Monsieur Serge Frossard, on vise ici « non pas seulement le développement de règles de procédure qui conditionnent la validité des actes juridiques, ce que l'on peut déjà constater en droit du travail, mais un (…) projet d'organisation de la société par un corpus de règles qui ne fixent pas *a priori* un contenu précis mais mettent en place un processus dialogique par lequel vont se construire (…) le contenu des règles matérielles qui en découlent. (…) Le législateur se borne à fixer aux acteurs qui vont négocier un champ de discussion et les négociateurs sont limités par les seules règles issues des droits fondamentaux »[748].

Les dispositions étudiées ne répondent cependant pas à cette proposition de définition. Dans le cas traité, la loi demeure impérative et s'impose tout en autorisant certaines dérogations dans un domaine précis.

745 J. Legoff, *préc.*, Les Pur, 2002.

746 S. Niel, Comment négocier les 35 heures ?, *Semaine sociale Lamy,* 2000, n° 988 : ces accords précisaient notamment les thèmes de négociation ou le recours à un expert.

747 C. Gavini, Vers un droit interne d'entreprise ?, *Sociologie du travail* n° 2/97, p. 149 ; G. Couturier, Le choix de la procéduralisation conventionnelle, *Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1152.

748 S. Frossard, La supplétivité des règles en droit du travail*, Revue de droit du travail*, 2009, p. 83, spé. p. 89. Monsieur Alain Supiot propose également une définition de la procéduralisation en énonçant que « (…) les limites des capacités cognitives de l'Etat conduisent à renvoyer vers le contrat et la négociation des questions naguère prises en charge par la loi. C'est ce qu'on appelle la «procéduralisation » du droit, dont l'aspect le plus méconnu est de transporter dans la sphère contractuelle les questions concrètes et qualitatives qui étaient auparavant réglées par la loi ». V. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, éd. Quadrige, 2007, spé. p. XIV. Par ailleurs, ce même auteur remarque que cette procéduralisation des règles produites par l'entreprise - que recommande le législateur en 2003 puis en 2005 en invitant les partenaires sociaux à fixer les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise par accord collectif - est présente également dans certaines lois qui privilégient les règles procédurales aux dépens des règles substantielles : « la procéduralisation est particulièrement spectaculaire en matière de licenciement depuis 1973. Faute de pouvoir soumettre la décision économique de l'employeur à une norme de jugement substantielle (ce qui aboutirait à transférer sur le juge la responsabilité de la bonne marche de l'entreprise), le législateur a multiplié les procédures de licenciements qui (…) sédimentent en couches successives (…) ». L'auteur cite alors pour illustrer ses dires la loi de modernisation sociale qui n'était encore qu'au stade de projet à l'époque de la publication de cet article (A. Supiot, Travail, droit et technique, *Droit social*, 2002, p. 13).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

176. L'accord de méthode avait plutôt pour objet d'organiser le fonctionnement de la négociation collective, comme ce fut le cas pour les négociations relatives à la réduction du temps de travail à trente-cinq heures hebdomadaires. Les accords visés par le législateur ont pour finalité de traiter des modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise dans les procédures de licenciement d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours. Cette démarche du gouvernement, d'abord expérimentale[749], s'inspire cependant d'accords déjà conclus par des entreprises qui n'ont pas attendu l'invitation législative pour organiser et définir, *via* des accords collectifs d'entreprise, les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel relatives au projet de réorganisation les concernant. Ces entreprises, dans la pratique, usaient de cet instrument afin de négocier préalablement les procédures à suivre, les thèmes à aborder, afin qu'au moment où seraient suivies les procédures prévues par la loi, « les discussions, déminées par ces rencontres préalables, [aillent] infiniment plus vite »[750].

Les règles de procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise dans les grands licenciements économiques sont donc ouvertes à la négociation. La disponibilité de ces règles n'est pas sans conséquence pour les attributions économiques de l'institution, désormais sujettes à une contractualisation issue de la seule volonté des partenaires à la négociation. Si la technique de la dérogation est au cœur de ces accords de méthode (2), ceux-ci restent soumis au régime juridique de droit commun de la négociation collective (1).

1. Des accords de droit commun

177. Le comité d'entreprise est tiers au processus de contractualisation de ses droits en matière économique conformément aux règles de la négociation collective (a). Celles-ci demeurent cependant dérogatoires quand il s'agit de contester la validité de ces accords (b).

a. Le comité d'entreprise à l'écart de la négociation

178. Depuis l'institution des premiers accords de méthode en 2003, la loi a, par étapes et au gré de ses interventions, écarté le comité d'entreprise du régime juridique de ces accords collectifs dont il est lui-même l'objet.

a.1. L'accord de méthode en 2003, accord expérimental

179. En 2003, le législateur avait fait de l'accord de méthode un accord dérogatoire, majoritaire et expérimental[751].

Dérogatoire d'abord, car il admettait que les partenaires sociaux de l'entreprise puissent, par dérogation aux dispositions des livres III et IV de l'ancien Code du travail, conclure des accords d'entreprise organisant les modalités d'information et de consultation de l'institution élue. Le caractère *in pejus* ou *in melius* était pris en compte pour l'application

[749] Monsieur François Fillon, alors ministre des Affaires sociales, déclarait le 3 décembre 2002 à l'Assemblée nationale : l'article 2 du projet de loi vise « à conforter les accords de méthode déjà signés dans certaines entreprises, et à encourager ailleurs leur négociation », http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl0375.asp.

[750] P. Junghans, Des accords de méthode pour traiter les licenciements collectifs, *La Tribune,* 18 septembre 2002.

[751] Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique, *JO* 4 janvier. V. spécialement sur les accords de méthode : J. Barthélémy, La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel, *Semaine sociale Lamy,* 2004, n° 1152 ; F. Signoretto, Les accords d'entreprise conclus en cas de difficultés économiques, *RPDS*, 2003, p. 113 ; C. Baumgarten, Accords de méthode, un marché de dupes, *Droit ouvrier*, 2003, p. 358 ; P.-H. Antonmattei, Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord est né, *Droit social*, 2003, p. 486.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

du dispositif issu de la loi du 3 janvier 2003. La circulaire n° 2003-3 du 26 février 2003[752] qualifiait de plus favorables les accords « prévoyant un nombre de réunions du comité d'entreprise supérieur à celui prévu par la loi ainsi que des délais de réunions plus longs » et les renvoyait au droit commun de la négociation collective. En revanche, un accord prévoyant un nombre de réunions moindre ou des délais plus courts devait être considéré comme relevant de l'article 2 de la loi du 3 janvier 2003[753].

Il était majoritaire ensuite, puisqu'afin de légitimer les accords susceptibles de comporter des dérogations dans un sens moins favorable aux salariés, la loi avait conditionné leur validité à leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales « ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors du premier tour des élections au comité d'entreprise » (article 2-III). La notion de majorité avait été introduite en droit français en même temps que celle d'accord dérogatoire, en 1982. Le législateur avait ouvert la possibilité aux syndicats majoritaires non signataires d'un accord dérogatoire de s'opposer à l'entrée en vigueur de cet accord pouvant entraîner des effets défavorables aux salariés. L'exigence d'une majorité syndicale restait alors une exception, la règle en 2003 demeurant qu'en droit français la signature d'un seul syndicat représentatif, même minoritaire, était suffisante pour qu'un accord collectif soit valable. Le choix de l'introduction de la notion de majorité syndicale a été d'instituer, en 1982, une majorité d'empêchement[754]. Ainsi, la signature d'un seul syndicat suffisait à la validité d'un accord collectif, la majorité syndicale pouvant seulement faire échec à l'entrée en vigueur d'une convention collective, valablement signée, en exerçant son droit d'opposition. La loi du 3 janvier 2003 n'avait pas retenu la même solution quant à la notion de majorité syndicale. Elle avait fait le choix d'une majorité d'engagement, toujours selon l'expression de Monsieur Jean Pélissier. Cette entorse à la technique habituelle de l'accord dérogatoire exposé au droit d'opposition avait été amorcée par la loi du 19 janvier 2000[755]. Celle-ci prévoyait, à propos d'allègements de charges sociales, que si la réduction du temps de travail procédait d'un accord d'entreprise, il devait être signé par une ou des organisations syndicales représentatives ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles. C'est la même voie que le législateur de janvier 2003 avait choisie pour conditionner la validité des accords de méthode. Selon la circulaire, « pour être majoritaires, la ou les organisations syndicales [devaient] avoir recueilli plus de la moitié des suffrages valablement exprimés au premier tour ».

L'accord de méthode était expérimental enfin, puisqu'il pouvait « être conclu dans un délai de dix-huit mois à compter de la promulgation de la (…) loi et pour une durée déterminée n'excédant pas deux ans » (article 2-IV).

180. Ce régime juridique exceptionnel présentait une dernière originalité : la validité des accords de méthode alors expérimentés requérait la consultation préalable du

752 Circulaire DGEFP/DRT n° 2003-3 du 26 février 2003 relative à la mise en oeuvre de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, préc.

753 Cette conception de la dérogation avait entraîné des commentaires. Monsieur Paul-Henri Antonmattei soulevait la difficulté d'application de cette distinction opérée par le législateur. Ainsi, quid d'un accord prévoyant plus de réunions mais des délais moins longs ou, à l'inverse, de celui stipulant moins de réunions et des délais plus longs ? V. P.-H. Antonmattei, préc., *Droit social,* 2003, p. 486.

754 J. Pélissier, Droit des conventions collectives. Evolution ou transformation, *in Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 95.

755 Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, *JO* 20 janvier.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

comité d'entreprise[756]. Cette mesure allait au-delà de ce que la jurisprudence de la Cour de cassation prescrit[757], c'est-à-dire la sanction du défaut de consultation du comité préalablement à la conclusion d'un accord collectif selon les règles régissant le fonctionnement du comité d'entreprise. La spécificité devait être envisagée, selon Monsieur Dominique Dord, comme « un gage d'adhésion des salariés à une démarche négociée, de recherche d'un compromis et de sécurité pour l'entreprise »[758]. Elle apparaissait en tout cas justifiée par le fait que l'exercice même des prérogatives économiques du comité d'entreprise se trouvait au cœur de ce nouveau procédé.

a.2. L'accord de méthode depuis 2005, accord de droit commun

181. A l'occasion de la consécration du dispositif en 2005, le législateur soumit ces accords, qui peuvent être désormais conclus au niveau de la branche, du groupe ou de l'entreprise, au droit commun de la négociation collective[759]. La particularité que constituait l'intervention de l'institution élue dans leur conclusion était supprimée. Leur régime juridique obéissait donc aux règles de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004[760], qui permettait leur conclusion par la partie patronale et une organisation syndicale représentative dès lors qu'ils ne faisaient pas l'objet du droit d'opposition des syndicats majoritaires.

S'il est vrai que sur la scène de la négociation d'entreprise, le comité d'entreprise n'avait plus de rôle légal lors de la conclusion et de la négociation des accords de méthode, la loi n° 2004-391 autorisait son recours en cas de défaillance effective des organisations syndicales. Elle prévoyait ainsi qu'un accord de branche étendu, en l'absence de délégué syndical, pouvait prévoir la conclusion d'un accord d'entreprise par les institutions élues du personnel ou, à défaut, par un salarié mandaté. Cette aptitude de la branche ne semble pas avoir été utilisée fréquemment[761]. Néanmoins, elle pouvait permettre théoriquement au comité d'entreprise d'être partie à un accord collectif, et donc à un accord de méthode

[756] Art. 2-III de la loi du 3 janvier 2003 : « III. La validité des accords prévus au I est subordonnée à une consultation du comité d'entreprise et à leur signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors du premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ».

[757] Cass. soc. 5 mai 1998, préc., *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

[758] D. Dord, *Rapport n° 386 fait au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif à la négociation collective sur les restructurations ayant des incidences sur l'emploi (n° 375)*, 20 novembre 2002, p. 31, http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0386.pdf.

[759] Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JO* 19 janvier. V. spécialement sur les accords de méthode : S. Nadal, Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail, *Droit ouvrier,* 2005, p. 303 ; P. Rennes, D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3), *Droit ouvrier*, 2005, p. 321 ; P.-H. Antonmattei, Accord de méthode, génération 2005 : la « positive attitude », *Droit social*, 2005, p. 399 ; G. Couturier, Encore une réforme du droit des licenciements économiques, *Semaine sociale Lamy supplément,* 2006, n° 1242 ; M. Cohen, Le fonctionnement du comité d'entreprise et les licenciements économiques après la loi du 18 janvier 2005, *Droit social*, 2005, p. 394 ; P. Morvan, *Restructurations en droit social*, Litec, 2007, p. 370 ; A. Cérati-Gauthier, Loi de cohésion sociale, ses impacts sur le CE, *Les Cahiers Lamy du CE*, 2005, n° 40 ; G. Auzero, Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel, *Bulletin Joly Sociétés*, 2006, p. 867 ; E. Gayat, Accords de méthode, *Droit ouvrier*, 2005, p. 350 ; T. Grumbach, Monopole syndical, contenu et négociation des accords de méthode, *Droit social*, 2006, p. 325.

[760] Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie, *JO* 5 mai.

[761] En 2006, seuls 14 accords de branche ouvrant la possibilité aux entreprises dépourvues de délégué syndical de négocier avaient été signés : Commission nationale de la négociation collective, La négociation en 2006, *JCP S*, 2007, act. 311.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

ayant trait à la contractualisation de ses attributions économiques dans une procédure de « grands » licenciements.

182. Cette faculté a vécu. Aujourd'hui, le droit commun de la négociation collective est défini par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008[762]. Désormais, les accords collectifs de méthode doivent être signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des voix exprimées au premier tour des dernières élections et ne pas faire l'objet d'une opposition par les organisations majoritaires à ces mêmes élections[763]. Dans une entreprise de moins de deux cents salariés dépourvue de délégués syndicaux, la négociation et la conclusion d'accords avec les représentants élus sont toujours autorisées, mais « à l'exception des accords collectifs mentionnés à l'article L. 1233-21 » (C. trav. art. L. 2232-21). La loi portant rénovation de la démocratie sociale a donc exclu explicitement les accords de méthode du domaine de la négociation avec les élus, les privant de la possibilité de fixer eux-mêmes leurs propres règles dérogatoires de consultation dans les procédures de grand licenciement collectif.

183. L'exclusion du comité d'entreprise comme acteur de la négociation et la conclusion de ces accords est désormais totale, quand, initialement, sa consultation était pourtant une condition de leur validité. Il importe alors de déceler l'intention du législateur qui a pu présider à cette mise à l'écart de l'institution élue.

Cette intention pourrait trouver son fondement dans la réforme de la représentativité syndicale. Les nouvelles conditions de validité des accords collectifs, en réduisant la possibilité d'accord minoritaire[764], leur confèrent une légitimité plus forte. Une légitimité accrue également des acteurs de la négociation dans l'entreprise puisée dans l'élection des membres du comité d'entreprise. Le droit subordonne le pouvoir de négocier du syndicat à l'obtention d'un nombre de voix suffisant parmi les voix exprimées aux dernières élections professionnelles. Il requiert également qu'un salarié obtienne au moins 10 % des suffrages exprimés pour qu'il soit désigné délégué syndical (C. trav. art. L. 2143-3). Cette montée en puissance de la légitimité élective et les cas de cumul de la qualité de représentant élu et de délégué syndical qu'induit la loi n° 2008-789 peuvent pallier l'absence d'intervention légale du comité d'entreprise dans la conclusion d'accord de méthode sur sa procédure d'information et de consultation.

En tout état de cause, en soumettant au droit commun de la négociation les accords de méthode, tout en excluant explicitement la capacité de négocier du comité en la matière (C. trav. art. L. 2232-21), le législateur révèle le rôle décisif que la négociation est susceptible de tenir avant le commencement de la procédure de consultation des représentants du personnel dans l'hypothèse de licenciement de dix salariés ou plus sur une même période de trente jours. Ce caractère préalable de l'accord de méthode à la saisine du comité d'entreprise peut être source d'un affaiblissement de l'institution élue, malgré les limites fixées à l'article L. 1233-23 du Code du travail. Son intervention dans les procédures de restructuration suivies de licenciements collectifs est tributaire de la place qu'occupent les syndicats dans l'entreprise, la branche ou le groupe selon le niveau de négociation et des rapports de force qu'ils entretiennent avec la partie patronale. L'implication du comité dans

[762] V. spécialement sur les dispositions de la loi n° 2008-789 concernant les accords de méthode : A. Mazeaud, Accords collectifs et restructurations, *Droit social*, 2008, p. 66 ; F. Gaudu, Les accords de méthode, *Droit social*, 2008, p. 915.

[763] Articles L. 2232-2, L. 2232-6, L. 2232-12 et L. 2232-34 du Code du travail.

[764] Les conventions et accords collectifs doivent désormais être signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins 30 % des voix exprimées au premier tour des dernières élections et ne pas faire l'objet d'une opposition par les organisations majoritaires à ces mêmes élections : articles L. 2232-12 et L. 2232-13 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

des négociations d'entreprise dont il est le sujet ne pourrait résulter que de la volonté et de l'accord des parties à la négociation.

184. Mais la pratique démontre que souvent des clauses d'articulation entre consultation et négociation sont souhaitées par les négociateurs. Ceux-ci prévoient que le comité doit être consulté avant que ne soient conclus des accords collectifs dont l'objet entre dans le champ de ses prérogatives, donc avant la conclusion d'un accord de méthode[765]. A défaut, la participation au débat du comité existerait, mais elle serait réduite d'une part à sa consultation qui doit normalement être requise conformément à la jurisprudence « EDF »[766] et d'autre part, aux dispositions de l'article L. 2232-17 qui permettent à chaque délégation syndicale d'être complétée par des salariés de l'entreprise, qui pourraient opportunément être des membres élus du comité.

b. L'opposabilité de l'accord de méthode au comité d'entreprise

185. Des commentateurs de la loi n° 2005-32 avaient souligné les difficultés que la marginalisation du comité d'entreprise dans le processus d'élaboration des accords de méthode pouvait entraîner[767]. Certains prédisaient que l'institution n'exécuterait pas « spontanément de bonne grâce les termes d'un accord qui ne bénéficierait pas de l'adhésion de sa majorité »[768].

186. La nature juridique de l'accord de méthode est celle d'un accord collectif. En cela, il a valeur de contrat entre les parties signataires - que sont l'employeur ou un groupement d'employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives de salariés[769] – et a vocation à régir les contrats de travail des salariés[770] de manière automatique[771], impérative[772] et immédiate. Le comité d'entreprise n'étant ni partie signataire de l'accord de méthode, ni un sujet représenté par les parties négociatrices, il a pu être soutenu que l'accord n'avait pas de force obligatoire à l'égard de l'institution élue et que ses clauses ne pouvaient lui être opposables[773]. Cependant, les dispositions de l'article L. 1233-21 du Code du travail étant légales, les clauses d'un accord relatives à la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise ont donc, juridiquement, un effet réglementaire et s'imposent au comité, comme aux salariés et parties signataires.

765 F. Gaudu, préc., *Droit social*, 2008, p. 915, spé. p. 917.

766 Rappelons comme déjà évoqué – v. n° 125 - que la circulaire DGEFP-DRT n° 2005-47 du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations (préc.) précise également que l'institution élue doit être consultée « sur toute mesure de nature à affecter ses modalités de fonctionnement » (fiche n° 2).

767 V. par exemple : P.-H. Antonmattei, préc., *Droit social*, 2005, p. 399 ; E. Gayat, préc., *Droit ouvrier*, 2005, p. 350 ; P. Rennes, préc., *Droit ouvrier*, 2005, p. 321.

768 E. Gayat, préc., *Droit ouvrier*, 2005, spé. p. 351.

769 Article L. 2231-1 du Code du travail.

770 Article L. 2251-1 du Code du travail.

771 Cass. soc. 19 décembre 1997, *Bull.*, V, n° 386, n° 95-40.280, J. Savatier, *Droit social,* 1988, p. 14 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 750.

772 Cass. soc. 3 mars 1988, Gagnepain, *Bull.,* V, n° 161, n° 85-44.816, J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 749.

773 G. Auzero, préc., *Bulletin Joly Sociétés*, 2006, p. 867, spé. p. 870.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

187. Le comité d'entreprise en tant que personne morale, dans la mesure où ces dispositions ont trait à l'exercice de ses prérogatives, devrait alors avoir intérêt à agir tant pour les contester que pour en demander l'application[774]. Ce n'est pas la position de la Cour de cassation, qui a décidé qu'un comité d'entreprise n'a pas, quel que soit son intérêt à agir, qualité pour critiquer la validité d'un accord d'entreprise conclu entre l'employeur et les syndicats, dans la mesure où il n'est ni partie à l'accord, ni de droit partie à la négociation[775]. Elle juge en outre que le comité ne fait pas partie des organisations ayant la faculté d'obtenir l'exécution d'un accord collectif[776], faculté réservée aux groupements et organisations signataires, mais aussi aux syndicats professionnels non liés par ledit accord[777].

Cependant, l'action du comité d'entreprise a été jugée recevable, « conjointement avec les organisations syndicales signataires », lorsqu'elle tendait à obtenir l'application d'un accord auquel il était partie[778]. Mais il importe de préciser que, dans cette décision de 2006, les juges sont restés silencieux sur la qualification juridique de l'acte en cause – un accord de fin de conflit -, et particulièrement sur sa valeur d'accord collectif. En 1997, la Cour a jugé qu'un accord de fin de grève « s'analyse soit en un accord collectif d'entreprise lorsqu'il est signé après négociation avec les délégués syndicaux par l'un d'entre eux, soit en un engagement unilatéral de l'employeur »[779]. Dans l'espèce qui nous occupe, il pourrait alors être considéré que l'accord, puisque signé par une organisation syndicale, avait valeur d'accord collectif, peu importait que le comité d'entreprise en ait été co-signataire. Il en résulterait, dans ces conditions, que le droit d'agir du comité d'entreprise devrait être étendu à tout accord collectif d'entreprise que l'institution élue aurait paraphé, en vertu de sa qualité de cocontractant, sur le fondement des articles 1134 et 1147 du Code civil. La portée de cet arrêt reste néanmoins source d'interrogations, compte tenu du particularisme de l'accord en

[774] V. F. Gaudu, préc., *Droit social*, 2008, p. 915, spé. p. 919 : l'auteur fait référence à une décision du TGI de Lyon (réf., 30 nov. 2005, 05/02699) où le juge des référés a déclaré sans effet une convocation du comité d'entreprise par l'employeur qui contrevenait à une clause claire d'un accord de méthode.

[775] Cass. soc. 1er juin 1994, *Bull.,* V, n° 186, n° 92-18.896, obs. A. Lyon-Caen, *Droit social*, 1994, p. 715.

[776] Cass. soc. 20 septembre 2006, *Bull.,*V, n° 278, n° 04-10.765, *RJS,* 2006, n° 1300. La Cour, pour casser une décision qui avait admis la recevabilité de l'action d'un comité d'entreprise en exécution d'un accord national, a énoncé, au visa de l'article L. 135-5 de l'ancien Code du travail (C. trav. art. L. 2262-11), que « cette disposition ne concerne pas le comité d'entreprise mais seulement les organisations ou groupements définis à l'article L. 132-2 du Code du travail [C. trav. art. L. 2232-1] qui ont le pouvoir de conclure une convention ou un accord collectif de travail ». V. R. Vatinet, Sur l'action en justice exercée par un groupement pour obtenir l'exécution d'un accord collectif, *JCP S*, 2006, 1926 ; obs. G. Borenfreund, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 254.

[777] Cass. soc. 3 mai 2007, *Bull.*, V, n° 68, n° 05-12.340, obs. G. Borenfreund, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 536 ; R. Vatinet, *JCP S*, 2007, 1918 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 191. La Cour régulatrice a confirmé sa position : Cass. soc. 16 janvier 2008, *Bull.*, V, n° 10, n° 07-10.095, obs. M. Véricel, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 245 ; *RJS*, 2008, n° 461.

[778] Cass. soc. 5 juillet 2006, *Bull.,* V, n° 238, n° 04-43.213 : « Attendu (…) que le comité d'entreprise, dès lors qu'il était signataire de l'accord de fin de conflit (…), avait par là même qualité pour demander, conjointement avec les organisations syndicales signataires, son application ou l'indemnisation du préjudice résultant de son inexécution par l'employeur » (O. Gouël, Action du CE en exécution d'un accord de fin de conflit, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1272 ; M. Grévy, L'action en justice du comité d'entreprise signataire d'un accord collectif, *Revue de droit du travail*, 2006, p. 401 ; R. Vatinet, Le comité d'entreprise cosignataire d'un accord de fin de conflit a qualité pour en demander l'application, *JCP S*, 2006, 1927 ; S. Béal, M.-N. Rouspide-Katchadourian, Action en justice du comité d'entreprise, *JCP E,* 2006, 2636) ; Cass. soc. 8 avril 2009, *Bull.*, V, n° 102, n° 08-40.256 et 08-41.045 (obs. J. Savatier, *Droit social*, 2009, p. 872).

[779] Cass. soc. 15 janvier 1997, *Bull.,* V, n° 20, n° 94-44.914.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

cause et de l'exigence, par la Cour régulatrice, d'une action conjointe du comité d'entreprise à celle du syndicat signataire.

En tout état de cause, il convient de rappeler que le droit d'ester en justice du comité d'entreprise reste évidemment entier dans l'hypothèse où un accord collectif aurait été conclu en violation de ses attributions légales[780].

188. Les conditions de contestation des accords de méthode sont énoncées légalement à l'article L. 1233-24 du Code du travail par des dispositions - clairement inspirées par la proposition n° 8 du rapport de Virville[781]- qui prévoient un délai de trois mois à compter de la date du dépôt de l'accord auprès des services compétents pendant lequel « toute action en contestation visant tout ou partie d'un accord (…) doit être formée, à peine d'irrecevabilité »[782]. Des auteurs ont interprété la limitation de ces délais comme une illustration de la volonté plus générale du législateur qui, estimant la liberté dont disposent les juges dans l'application du droit légiféré excessive, souhaiterait contenir leur intervention en mettant à l'écart leur contrôle[783]. La place accrue des accords de méthode participerait donc à ce phénomène de « promotion de l'autonomie collective comme source d'une restriction de l'intervention judiciaire dans la vie conventionnelle »[784]. Cette défiance du législateur à l'égard des juges se manifesterait par un recours croissant à des mesures dites de « sécurisation juridique », expression utilisée pour qualifier les délais de recours enfermant la contestation des accords de méthode prévus à l'article L. 1233-24 du Code du travail[785].

Il semble que cette tendance se vérifie pour des accords collectifs portant sur les procédures d'information et de consultation du comité d'entreprise puisque « le législateur en appelle aux partenaires sociaux afin de substituer des dispositions conventionnelles à un dispositif légal jugé complexe et en cela, incertain. L'accord de méthode est conçu comme l'un des instruments au service d'une simplification du droit et partant, d'une plus grande sécurité juridique»[786]. L'intervention des partenaires sociaux aurait « le double mérite de

[780] Cass. crim. 13 décembre 1994, *Bull. crim.*, n° 405, n° 93-85.092 ; Cass. soc. 5 mai 1998, préc., *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

[781] M. de Virville, *préc.*, La Documentation française, 2004, http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000015/0000.pdf, proposition n° 8 : « La commission recommande d'instituer, comme c'est le cas pour tous les actes administratifs, un délai de forclusion relativement court au-delà duquel tout recours en annulation contre une convention ou un accord collectif de travail deviendrait impossible ».

[782] Conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 1233-24 du Code du travail, ce délai est porté à douze mois pour les accords qui déterminent ou anticipent le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article 1233-61 du Code du travail. Par ailleurs, une action en exécution de l'accord n'est pas concernée par ces délais relatifs à l'action en contestation.

[783] G. Couturier, préc., *Semaine sociale Lamy supplément*, 2006, n° 1242 ; F. Guiomard, L'intervention des juges dans la vie conventionnelle, *in La négociation collective à l'heure des révisions*, sous la dir. de G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac, I. Vacarie, Dalloz, 2005, p. 33 ; E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail,* LGDJ, 2008, p. 84 ; B. Laplane, Q. Urban, Les juges et la décision de gestion : un sujet à controverses fécondes, *in Le juge et la décision de gestion,* sous la dir. de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, 2006, p. 5.

[784] F. Guiomard, préc., *in La négociation collective à l'heure des révisions*, sous la dir. de G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, Dalloz, 2005, spé. p. 36.

[785] C'est également au nom de cette sécurisation des procédures de licenciements collectifs que l'article L. 1235-7 du Code du travail prévoit une réduction des délais de recours de contestation des irrégularités de la procédure de consultation lors des licenciements collectifs [cf. n° 65 et s.].

[786] E. Lafuma, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 84.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

simplifier le droit et d'éviter l'insécurité juridique issue des décisions judiciaires »[787], et le raccourcissement des délais de contestation est un des « indices illustrant la tendance du législateur de soustraire la gestion de l'entreprise au contrôle du juge »[788].

189. Néanmoins, cette « sécurisation » des règles de procédure trouve ses limites.

En premier lieu, un salarié pourra toujours, même après l'expiration du délai de recours, agir individuellement en réparation du préjudice qu'il estimerait avoir subi de l'application de telle ou telle clause illicite de l'accord. Une action individuelle en nullité de sa part est possible, la Cour de cassation admettant que « tout salarié qui y a intérêt est recevable à invoquer le caractère illicite d'une clause qui lui est applicable »[789]. Cette action implique naturellement que le salarié ait été lésé personnellement par une disposition conventionnelle, supposée donc lui être directement applicable, fondant ainsi son intérêt à agir. Or l'existence d'un intérêt pour un salarié à agir en nullité d'un accord de méthode a pu être discutée, selon les clauses en cause. Il ne pourrait ainsi agir en contestation d'un accord de méthode qui anticiperait sur le contenu d'un PSE dans la mesure où il disposerait ultérieurement de la possibilité de contester les termes de ce plan, et partant son licenciement consécutif. En revanche, il n'est pas exclu qu'un salarié puisse être lésé par des stipulations de l'accord fixant des délais de procédure trop courts, notamment ceux relatifs à la consultation du comité d'entreprise, justifiant ainsi la recevabilité de son action en nullité de telles dispositions qu'il n'aurait pas les moyens de contester autrement qu'en vertu d'un droit propre[790]. En effet, le salarié ne peut agir, pendant la procédure de licenciement, pour faire constater la violation d'une règle relative à la consultation et à l'information du comité[791]. Mais il pourrait être envisageable, à notre sens, qu'il puisse contester une clause d'un accord relative à la procédure de consultation de l'institution élue. Cette faculté reposerait sur le lien qui existe entre la procédure de consultation du comité et la sauvegarde de l'emploi du salarié. L'intervention du comité ayant pour objet de permettre d'éviter les licenciements, qui ne doivent être prononcés qu'en dernier recours.

En tout état de cause, ce report des litiges relatifs à la validité des accords collectifs sur les contentieux prud'homaux du fait de l'impossibilité de mener des contentieux collectifs, n'aiderait en rien à clarifier le droit conventionnel applicable dans les entreprises, comme le souligne Monsieur Frédéric Guiomard[792].

En second lieu, ce dispositif ne doit et ne peut concerner que le contentieux lié aux conditions de négociation. En outre, même si le caractère dérogatoire de ces accords borne déjà l'intervention du juge puisqu'il le dispense de procéder, le cas échéant, à une comparaison entre la disposition légale et la disposition conventionnelle, il lui appartient

787 *Ibid.*

788 B. Laplane, Q. Urban, préc., *in Le juge et la décision de gestion,* sous la dir. de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, 2006, spé p. 14.

789 Cass. soc. 24 septembre 2008, *Bull.*, V, n° 187, n° 06-46.179, 06-46.180 et 07-40.935.

790 C. Boillot, De l'action en nullité d'une convention collective exercée par un salarié…*, Recueil Dalloz*, 2009, p. 1393.

791 La Cour de cassation décide que « si les salariés ont un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au regard des dispositions de l'article L. 321-4-1 [L. 1235-10], les salariés qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure de licenciement économique sont sans intérêt à agir en nullité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique en cours ou sur le fondement des mêmes dispositions » : Cass. soc. 15 janvier 2003, *Bull.,* V, n° 8, n° 00-45.644, *RJS*,2003, n° 333 ; G. Couturier, Des limites aux nullités de l'article L. 321-4-1 du Code du travail, *Droit social*, 2003, p. 726.

792 F. Guiomard, préc., *in La négociation collective à l'heure des révisions,* sous la dir. de G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, Dalloz, 2005, spé. p. 44.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

toutefois de contrôler que l'accord conclu respecte le cadre de la dérogation. Il est difficile, par ailleurs, de concevoir l'application de ces délais de forclusion en cas de méconnaissance des règles d'ordre public[793], comme celle du principe même d'une information et d'une consultation de l'institution élue. Ces délais ne devraient donc pas être opposables au comité d'entreprise en cas de contestation de sa part de l'opposabilité d'un tel accord qui dérogerait à une règle d'ordre public. Le comité pourrait toujours, selon nous, revendiquer l'application de cette règle que l'accord, même non contesté dans le délai de forclusion, aurait écartée.

Enfin, une telle diminution de la marge de manœuvre légale, au lieu de permettre la sécurité juridique escomptée, pourrait entraîner l'effet inverse : une multiplication des saisines du juge, sous d'autres formes comme l'abus de droit, avec les risques d'une complexification des contentieux et des solutions juridiques plus incertaines[794].

190. La soumission des accords de méthode relatifs aux règles procédurales d'intervention du comité d'entreprise au droit commun de la négociation collective a pour conséquence de ne pas convier, du moins légalement, l'institution élue aux négociations. Cette mise à l'écart risque d'entraîner un affaiblissement du contrôle du comité sur la décision de licencier, surtout quand la loi ne constitue plus un facteur d'égalité compte tenu des dérogations que les dispositions conventionnelles peuvent lui apporter.

2. Des accords dérogatoires

191. Un an après la loi n° 2002-73 de modernisation sociale qui enrichissait les attributions économiques en organisant une intervention renforcée de l'institution élue lors de la décision patronale de procéder à des licenciements pour motif économique, le législateur décidait de faire de « la consultation du comité d'entreprise (…), pièce centrale du processus collectif de licenciement »[795] un objet de négociation, susceptible de dérogations à la loi.

192. La dérogation est la « stipulation par laquelle les parties à un contrat écartent, en ce qui les concerne, l'application d'une loi »[796]. S'il est vrai que certains auteurs considèrent que le terme « dérogation » peut être utilisé pour désigner une disposition plus favorable aux salariés[797], l'expression « accord dérogatoire » sera employée ici dans le sens que lui donne Madame Florence Canut pour désigner des « accords qui, mettant à l'écart une disposition impérative, ne visent pas à accroître les droits des salariés »[798].

L'accord de méthode se présente bien comme un accord dérogatoire puisqu'il organise la substitution des dispositions conventionnelles aux règles de procédures légales. L'article L. 1233-21 du Code du travail dispose qu' « un accord d'entreprise, de groupe ou de branche peut fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives

[793] Article L. 2251-1 du Code du travail.

[794] B. Laplane, Q. Urban, préc., *in Le juge et la décision de gestion,* sous la dir. de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, 2006, spé. p. 15 ; S. Garrigue-Peress, La décision de gestion et le juge des relations collectives du travail, *in Le juge et la décision de gestion,* sous la dir. de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, 2006, spé. p. 85.

[795] A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 4ème édition, 2004, p. 444.

[796] *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, Puf, 8ème édition, 2007, v° Dérogation.

[797] V. par exemple G. Lyon-Caen, Négociation collective et législation d'ordre public, *Droit social,* 1973, p. 89.

[798] F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007, p. 215. Cet auteur précise que « l'accord qui améliore une loi d'ordre public ne déroge pas à cette dernière ; il la prolonge » (F. Canut, *Le nouvel ordonnancement juridique*, Intervention du 4 décembre 2009 à la Journée 2009 des juristes du travail organisée par l'AFDT, http://www.afdt-asso.fr/publication.html).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

du personnel prévues par le présent titre et par le livre III de la deuxième partie, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours ».

De prime abord, l'objet de l'accord collectif de méthode n'est pas de substituer la négociation à la consultation mais d'aménager conventionnellement le processus d'information et de consultation. Aménagement conventionnel qui présente toutefois une particularité. Madame Emmanuelle Lafuma précise ainsi que « le législateur, en habilitant les partenaires sociaux à conclure de tels accords de méthode n'ouvre pas les règles de procédure à la négociation mais écarte le principe de l'application de la disposition la plus favorable », ce qui a pour conséquence de marquer « un recul certain de la règle de faveur »[799]. Car, plus que la faculté de négocier la procédure de consultation du comité d'entreprise, il s'agit de la possibilité pour les parties négociatrices d'élaborer des dispositions allant dans un sens moins favorable que ce que prévoit la loi en matière d'information et de consultation de l'institution élue dans le cas d'une restructuration débouchant sur au moins dix licenciements économiques.

193. Ces accords de méthode disposent d'une assez grande latitude (a). Aussi, il convient de s'intéresser aux conséquences qu'a entraînées leur pratique sur les droits du comité d'entreprise depuis maintenant cinq ans (b). Voyons s'ils constituent un moyen permettant de mettre en place des procédures mieux adaptées aux réalités et aux spécificités de chaque entreprise comme l'assurait le gouvernement en 2005, ou au contraire, s'ils se sont avérés être un outil de contournement des dispositions légales pour permettre une accélération des procédures.

a. Une grande latitude à la disposition des accords de méthode

194. Ainsi que l'exige le Conseil constitutionnel, le législateur doit déterminer de façon précise l'objet et les conditions de dérogation[800] car, à défaut, il « entacherait la loi d'une sorte de contradiction en édictant d'une main une règle d'ordre public et en habilitant de l'autre, les partenaires sociaux à y déroger sans condition »[801].

195. Par accord, les modalités d'information et de consultation du comité peuvent être fixées « par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives du personnel ». L'accord peut également, aux termes de l'article L. 1233-22 du Code du travail, traiter de l'organisation « de la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe » et déterminer les modalités de négociation d'un plan de sauvegarde de l'emploi et son contenu. C'est sur le premier objet mentionné que portera notre attention.

Au regard de ces premières dispositions, l'accord de méthode peut donc fixer, dans des conditions moins favorables que celles prévues par les articles L. 1233-30 et L. 1233-35 du Code du travail le nombre de réunions des instances élues et les délais à respecter entre ces réunions. Il répond ainsi à sa fonction avouée de sécurisation des procédures. De la

[799] E. Lafuma, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 83.

[800] C.C., 29 avril 2004, n° 2004-494 DC, point 8 : « Lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet et les conditions de cette dérogation ».

[801] G. Vachet, Le principe de faveur dans les rapports entre sources de droit, *in Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, sous la dir. de B. Teyssié, Dalloz, 2008, p. 79, spé. p. 84.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

même façon est admise la dérogation aux modalités d'articulation des procédures au titre des articles L. 2323-15 et L. 1233-28 du Code du travail (anciennement appelées « livre IV » et « livre III ») et d'organisation des réunions du comité central d'entreprise et des comités d'établissement exposées à l'article L. 1233-36.

196. Des obligations et des limites encadrent les facultés de déroger des parties à la négociation. Les premières s'imposent dans la mesure où les accords devront nécessairement traiter de deux sujets énoncés à l'article L. 1233-22 du Code du travail. Il s'agit des conditions dans lesquelles le comité est informé de la situation économique et financière de l'entreprise (1° art. L. 1233-22 C. trav.) et de celles qui lui permettent de formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi (2° art. L. 1233-22 C. trav.). Quant aux limites, elles se trouvent dans la série de dispositions énumérées à l'article L. 1233-23, auxquelles les accords ne pourront déroger.

Eu égard aux dispositions qui ne supportent aucune dérogation, on peut s'interroger sur la pertinence de l'existence des mentions obligatoires prévues aux 1° et 2° de l'article L. 1233-22 du Code du travail.

Voyons d'abord la mention présente au 1° de cet article. Elle enjoint les parties négociatrices à fixer les conditions de réunion et d'information sur « la situation financière et économique ». Sert-elle à limiter les effets d'une éventuelle dérogation des parties à l'obligation de consultation du comité prévue à l'article L. 2323-6 du Code du travail sur la marche générale de l'entreprise et à l'article L. 2323-15 ? Une mise à l'écart conventionnelle des informations délivrées en application de ces articles paraît en tout état de cause peu probable car l'institution élue pourrait alors conditionner la délivrance de son avis à la remise « d'informations précises et écrites transmises par l'employeur » comme l'article 2323-4, auquel les parties ne peuvent déroger, l'impose. En outre, cette information sur la situation financière et économique reste due au comité d'entreprise, conformément au 1° de l'article L. 1233-31 qui figure sur la liste des dispositions que ne peuvent écarter les parties.

Quant à la mention inscrite au 2° de l'article, elle dispose que l'accord doit prévoir les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise peut formuler « des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration » qui devront recevoir une réponse motivée de l'employeur. Cette faculté du comité est déjà assurée par les dispositions générales applicables à toute consultation, et particulièrement par l'article L. 2323-4 du Code du travail qui précise que l'employeur doit une réponse motivée aux observations de l'institution élue. Si elle peut paraître redondante, cette mention semble néanmoins vouloir indiquer que le comité d'entreprise doit garder la primauté d'intervention dans les restructurations suivies de licenciements par rapport à la négociation collective. L'institution élue reste « l'institution pivot »[802] au cœur des restructurations, même si l'activation de son rôle ne résulte plus de la loi mais de la négociation collective.

197. C'est donc seulement l'organisation de la consultation que les accords de méthode pourront substituer au canevas légal, pas son esprit. Celui-ci semble garanti par la mention légale spécifique interdisant strictement les dérogations aux caractéristiques de toute consultation, notamment le principe d'antériorité (C. trav. art. L. 2323-2) et la tenue d'un dialogue (C. trav. art. L. 2323-4).

Ainsi, au-delà des délais que les parties à la négociation aménagent par dérogation aux dispositions légales, la procédure de consultation doit conserver pour seule limite le

[802] A. Mazeaud, préc., *Droit social*, 2008, p. 66, spé. p. 67.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

moment où le comité d'entreprise aura reçu toutes les informations utiles pour rendre un avis et ce, après que l'employeur a répondu de façon motivée à ses observations.

b. Un impact mitigé sur les attributions économiques

198. Depuis leur pérennisation en 2005, nombre d'accords de méthode ont été signés, particulièrement au niveau du groupe et de l'entreprise[803]. Les études analysant ces accords[804] indiquent la mesure de leur impact dans le processus d'information et de consultation du comité d'entreprise et leur capacité à influer sur la décision de l'employeur. Il ne peut évidemment pas exister d'homogénéité en la matière, dans la mesure où la conclusion des accords de méthode dépend étroitement du contexte des branches, groupes et entreprises dans lequel ils s'inscrivent. Les modalités ainsi négociées sont variables d'un accord à l'autre, tant les pratiques, les rapports de force, sont divers. Cependant, certaines clauses semblent communes à nombre d'accords.

199. Une durée de la procédure sensiblement plus longue que celle définie par la loi est souvent prévue. Elle est assortie d'un calendrier de procédures qui organise généralement la concomitance des dispositions du livre III de la deuxième partie du Code du travail et celles de la première partie du même code relatives aux licenciements pour motif économique. L'organisation des consultations est adaptée à la situation de chaque entreprise, et il arrive que le nombre de réunions de la procédure de licenciement soit augmenté de trois à cinq. De même, les délais séparant la remise des documents préalables aux réunions et les réunions elles-mêmes sont parfois accrus. Il n'est pas rare que l'on observe des clauses articulant les consultations du comité central d'entreprise et des comités d'établissement, de même que des clauses organisant celles du comité d'entreprise et des CHSCT[805].

Généralement, la nomination d'un expert est décidée dès la consultation au titre de l'article L. 2323-15 du Code du travail, alors que la loi n'offre la faculté au comité d'entreprise d'y recourir uniquement dans le cadre de sa consultation sur le projet de licenciements pour motif économique[806]. Ce droit pour les comités n'est pas nouveau. Les praticiens font remarquer que rares étaient les employeurs qui faisaient obstacle à une telle désignation en amont avant la loi du 18 janvier 2005, puisqu'elle permettait notamment « de justifier que le comité d'entreprise avait reçu toutes les informations utiles pour émettre un avis éclairé de façon à être moins exposé aux demandes judiciaires »[807].

Outre la désignation de l'expert, un financement par l'employeur peut être prévu pour un recours par les représentants du personnel à un avocat, à un spécialiste du développement

803 Les accords de méthode et accords traitant de mesures de sauvegarde de l'emploi sont plus nombreux en 2009. Conclus au niveau des entreprises, on en dénombre de façon provisoire 230 pour 2009, alors qu'on en recense de façon définitive 225 pour 2008. Selon le rapport relatif à la négociation collective en 2009, cette « progression est à mettre sur le compte de la dégradation brutale de l'activité économique ». V. Ministère du Travail, de la Solidarité et de la Fonction publique, *La négociation collective en 2009*, p. 480, http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/La_Negociation_Collective_en_2009.pdf.

804 F. Gaudu, préc., *Droit social*, 2008, p. 915 ; M. Petrovsky, D. Paucard, Les accords de méthode et leur impact sur les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel : quelques résultats à partir de huit études de cas, *Revue de l'IRES*, 2006/1, n° 50 ; Bilan des accords de méthode conclus en 2005, *JCP S*, 2006, act. 233 ; Accord de méthode : premier bilan, *Semaine sociale Lamy,* 2004, n° 1192.

805 F. Gaudu, préc., *Droit social*, 2008, p. 915, spé. p. 917.

806 Article L. 1233-34 du Code du travail.

807 C. Baumgarten, Les accords de méthode, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1380.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

local, à un contractant d'études (d'impact social et territorial par exemple) ou à un conseil extérieur pour réaliser une analyse des bassins d'emploi.

Enfin, les accords de méthode mettent souvent en place des structures de dialogue *ad hoc* associant direction, organisations syndicales et représentants élus. Leur objet et mode d'intervention peuvent varier : en amont de l'information et de la consultation du comité d'entreprise pour formuler des propositions alternatives au projet ou fixer les modalités de poursuite de la procédure ; en parallèle des réunions du comité pour assurer par exemple le suivi de l'accord ou élaborer des propositions suite aux documents fournis par la direction au comité ; en aval enfin pour assurer le suivi de la réorganisation, des mesures du plan de sauvegarde, des reclassements internes ou externes[808].

200. Ces mesures sont présentées dans les accords comme des contreparties – toutes relatives – au bénéfice des représentants du personnel en échange du renoncement à certains de leurs droits. Elles répondent à l'objectif de sécurisation des procédures recherché par les accords[809], dans lesquels il n'est pas rare d'y trouver des clauses interdisant la contestation de leur validité ou les conditions de leur exécution. Si ces clauses sont inopposables aux syndicats non signataires et au comité d'entreprise, Monsieur François Gaudu[810] affirme que ce renoncement des représentants des salariés à un recours juridique ne semble toutefois pas valable, même pour les représentants (syndicats et comité d'entreprise) qui y auraient consenti. Ceux-ci exercent en effet une mission de représentation d'un intérêt collectif « qui dépasse leur intérêt propre de personne morale », dont la protection ne devrait pas permettre au syndicat de délaisser ses prérogatives judiciaires.

La situation du comité diffère quelque peu puisqu'il ne dispose que de l'intérêt à agir pour la défense de ses prérogatives[811]. Cependant, sa mission qui est d'assurer l'expression collective des salariés consacrée à l'article L. 2323-1 du Code du travail ne devrait-elle pas l'empêcher de renoncer à une action propre dont l'intérêt est légalement personnel ? Il est légitime de se poser la question quand on observe que cette action propre a souvent des effets pour autrui et est déjà dans bien des domaines un instrument effectif de la défense des droits collectifs et individuels des salariés[812].

201. Cet aperçu de la pratique démontre que, si d'une façon générale, les parties n'utilisent pas la possibilité de déroger aux dispositions légales, elles ne semblent pas attribuer non plus de droits ou de pouvoirs nouveaux au comité d'entreprise, à l'exception de quelques moyens telles que des réunions d'information supplémentaires ou l'anticipation de la nomination d'un expert. Le comité d'entreprise ne semble pas bénéficier de contreparties substantielles en échange de l'encadrement conventionnel de ses prérogatives économiques et de l'enserrement de la procédure de consultation auxquels les organisations syndicales ont consenti.

808 Bilan des accords de méthode conclus en 2005, préc.

809 Cet objectif de sécurisation apparaît fondamental comme le révèle le bilan d'étape des accords de méthode de septembre 2004 qui explique le « réel développement de la négociation sur les restructurations au niveau des entreprises » comme étant une réponse « au souci des partenaires sociaux de sécuriser les procédures et faciliter le reclassement des salariés concernés » : Accord de méthode : premier bilan, *Semaine sociale Lamy,* 2004, n° 1192.

810 F. Gaudu, préc., *Droit social*, 2008, p. 915, spé. p. 923.

811 Cf. n° 48 et s.

812 Cf. n° 62 et s.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

202. A défaut de contreparties, voyons si l'aménagement conventionnel de sa consultation et de son intervention permet au comité d'entreprise, fort de quelques éventuels moyens additionnels, d'influer alors sur le projet économique initial de la direction. En d'autres termes, « les propositions alternatives » du 2° de l'article L. 1233-22 sur lesquelles le comité doit « obtenir une réponse motivée » lui assurent-elles une emprise sur le processus de décision patronal plus importante que les règles classiques relatives à sa consultation énoncées à l'article 2323-4 du Code du travail ? Sur ce point, les conclusions du cabinet Syndex sont sans appel : quand de telles propositions ont été faites dans six des huit cas étudiés, les modifications apportées *in fine* au projet initial dans quatre cas sur six[813] ne correspondent pas aux propositions alternatives formulées par les représentants du personnel ou leur expert, mais à des dispositions alternatives initiées par la direction elle-même[814]. Les auteurs de l'enquête observent que la direction semble considérer que la légitimité des représentants des salariés est assez faible, qu'elle perçoit cette étape « avant tout comme un passage obligé ».

S'il est vrai que les discussions engagées suite aux propositions alternatives du comité sont sans effet sur le processus de décision, il apparaît pourtant qu'elles ont pu permettre des avancées sur les mesures sociales d'accompagnement de licenciements pour motif économique. Mais, l'influence du comité dans le domaine social ne constitue pas, à notre sens, un apport des accords de méthode puisqu'elle s'observe également lors de l'application de la procédure légale d'information et de consultation prévue aux articles L. 1233-28 et s. du Code du travail. Ainsi, l'obtention par les syndicats ou le comité d'entreprise d'améliorations en matière d'emploi, de reclassement ou d'indemnisation ne paraît pas constituer une garantie justifiant que la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise subisse des dérogations conventionnelles puisqu'il s'agit d'une obligation légale impérative dont le non-respect peut être sanctionné.

Enfin, l'observation de la pratique des accords révèle apparemment un renforcement du dialogue social dans l'entreprise à l'occasion d'une restructuration suivie de licenciements pour motif économique. Tout d'abord, ces accords semblent permettre une réduction de l'asymétrie d'information entre les représentants des salariés et la direction. Ensuite, les observateurs relèvent que cette introduction de la négociation en amont de la procédure d'information et de consultation fait adopter à l'employeur « une approche plus coopérative »[815] lors de la procédure qui profiterait au comité d'entreprise dès son entrée dans le processus. Cet état d'esprit permettrait une modification du rapport de force au profit du comité, et sa consultation ultérieure pourrait se transformer en une véritable négociation perdurant pendant toute la procédure d'information et de consultation.

L'examen de ce phénomène paraît correspondre à l'objectif recherché par le législateur dans la mise en place des accords de méthode : appréhender et intégrer l'intervention du comité d'entreprise dans un processus plus large de réorganisation par la contractualisation de ses attributions économiques. Si la mission du comité dans les procédures de licenciements collectifs semble préservée par le dispositif des accords de méthode puisque la consultation n'est pas mise en cause, le déclenchement de son intervention et l'activation

[813] Les deux autres cas sont restés inchangés suite aux propositions alternatives.

[814] M. Petrovsky, D. Paucard, préc., *Revue de l'IRES*, 2006/1, n° 50, spé. p. 123. V. également dans ce sens : G. Boni, Regards extérieurs et comparés sur les accords collectifs conclus lors des restructurations en Italie, en Allemagne et France, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1376.

[815] M. Petrovsky, D. Paucard, préc., *Revue de l'IRES*, 2006/1, n° 50, spé. p. 133.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de l'exercice de ses attributions économiques relèvent, quant à eux, de la négociation collective.

Conclusion de la première partie

203. Redéfinies par l'une des lois Auroux, adaptées par le droit communautaire aux centres de décisions économiques, les attributions économiques du comité d'entreprise - et celles des instances qui en émanent – font partie des prérogatives par lesquelles les salariés participent à la gestion de l'entreprise. Elles servent l'institution élue dans sa mission d'assurer « l'expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise »[816]. Leur analyse montre qu'en dépit d'éléments évoquant l'idée d'une codécision, elles assurent un contrôle du pouvoir patronal que l'on peut tout au plus qualifier de surveillance, impliquant un droit de regard du comité sur la gestion de l'entreprise. Le recours à des intervenants extérieurs, tel le juge, s'avère toujours indispensable si le comité souhaite atteindre la décision patronale. Seules les règles de procédures, qui sont imposées à l'employeur et par lesquelles l'institution élue exerce ses attributions, ont vocation à assurer sa participation au processus décisionnel[817]. Or, la faiblesse des sanctions du non-respect de ces règles, et surtout de leurs effets sur l'action de l'employeur, peuvent conduire à s'interroger sur l'utilité de l'intervention du comité d'entreprise et, de ce fait, sur la réalité d'une participation effective des salariés aux décisions de l'employeur.

Quant aux procédures de consultation et de négociation, elles apparaissent, au fil des réformes successives du droit du comité d'entreprise, de plus en plus entremêlées. S'il est vrai que la Cour de cassation s'attache à préserver la tenue de la consultation, révélant ainsi son utilité, le législateur semble vouloir, parallèlement, inclure le comité d'entreprise dans un processus global de concertation, comme le montre le dispositif des accords de méthode. Cela se traduit par la faculté de négocier sur les règles de procédures d'information et de consultation qui permet un aménagement de l'intervention du comité en ce sens. Bien que des garanties soient assurées par la loi et la Cour régulatrice, des questions quant à la pérennité de la place du comité d'entreprise demeurent, particulièrement dans le dispositif spécifique de départs volontaires prévu à l'article L. 2242-17.

Le modèle de double canal de représentation persiste, mais la distinction de ses branches semble de plus en plus malaisée. Alors que le législateur étend les compétences de la représentation syndicale à des domaines autrefois réservés principalement au comité d'entreprise, il s'applique parallèlement à octroyer à ce dernier les attributions spécifiques de la représentation syndicale, c'est-à-dire la faculté de négocier et de conclure des accords collectifs. La mission de contrôle du comité d'entreprise telle que pensée en 1982 ne s'en trouverait-elle pas alors modifiée ?

816 Article L. 2323-1 du Code du travail.

817 E. Lafuma, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 76.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Deuxième partie Une coopération masquée

204. Notre analyse du contrôle que le comité d'entreprise exerce sur la gestion de l'entreprise a montré qu'il correspond, encore aujourd'hui, à l'acception qu'a donnée à ce terme le législateur de 1982. Un contrôle qui lui permet d'accéder à la décision économique de l'employeur, mais qui ne lui assure aucune réelle emprise sur cette décision. Un contrôle bouleversé, de surcroît, par les relations toujours plus étroites que le comité d'entreprise entretient avec les acteurs de la représentation syndicale. Un contrôle, enfin, qui se démarque de l'esprit dans lequel le droit fondamental des travailleurs à l'information et à la consultation est perçu par le droit de l'Union européenne. Ce dernier, qui réserve une place conséquente au droit à la participation des travailleurs, semble en effet élaborer ce droit dans le cadre de rapports de coopération entre représentants des salariés et employeur.

Dans ce contexte, il conviendra de s'interroger sur la différence de conception qu'ont les droits français et communautaire de l'intervention des représentants des travailleurs en matière économique, et si cette différence ne placerait pas le premier en violation du second. Il en résulterait, pour notre droit, une mise en cause de la séparation entre les représentations électives et désignées, qui toucherait tant les acteurs que leurs domaines de compétence respectifs (Titre 1). Nous verrons également si l'intervention plus en amont du comité d'entreprise dans le processus décisionnel ne constituerait pas une traduction de « l'esprit de coopération » dont parlent les textes communautaires (Titre 2).

Titre 1. Les attributions économiques à l'épreuve des exigences communautaires

205. Dès le début des années soixante-dix, le droit de l'Union européenne, créateur d'un ordre juridique communautaire qui s'impose aux Etats membres, s'est saisi du sujet du droit à la participation des travailleurs. L'ensemble des normes communautaires traite de ce droit que consacrent les traités et conventions[818]. Les directives, d'abord ponctuellement[819], puis d'une façon générale[820], oeuvrent au rapprochement des législations des Etats membres

[818] Article 153 du traité FUE, point 17 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989, article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

[819] Directive 75/129/CEE du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs (*JO* L 48 du 22 février 1975), directive 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (*JO* L 61 du 5 mars 1977).

[820] Directive 94/45/CE du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (*JOCE* L 10 du 30 septembre 1994), directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (*JOCE* L 80 du 23 mars 2002).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

en la matière en leur assignant des objectifs[821]. Qu'elles aient été adoptées suivant les procédures législatives générales ou suite à la conclusion d'un accord collectif au niveau communautaire[822], elles laissent aux Etats membres le choix des moyens juridiques pour assurer leur mise en œuvre. La CJUE, dont l'apport jurisprudentiel est majeur, contribue à éclaircir l'interprétation des textes de ce droit.

Au cœur des préoccupations communautaires, la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise a conduit l'Union européenne à développer et préciser les droits de leurs représentants face aux décisions d'ordre social et économique de l'employeur (I). A l'évidence, on constate une certaine réticence du droit français à transposer les prescriptions communautaires en la matière, préférant adopter à la place des mesures qui, si elles évoquent les dispositifs consacrés par les instruments juridiques européens, n'en constituent pas pour autant une mise en conformité pleine et entière (II).

I. L'implication des travailleurs recherchée par le droit de l'Union européenne

206. Dans ce développement, au titre emprunté à Madame Sylvaine Laulom[823], nous traiterons dans un premier temps des différentes figures choisies par le législateur européen pour impliquer les travailleurs dans les décisions économiques des entreprises par l'intermédiaire de leurs représentants (A), avant de nous pencher sur la traduction de ces droits d'origine communautaire dans le droit interne (B).

A. Les moyens

207. Au fil des textes, le droit communautaire a enrichi les droits mis au service des représentants des travailleurs (2) dont l'exercice par les acteurs concernés semble devoir être guidé par un « esprit de coopération » (1).

1. L'« esprit de coopération » et son émergence dans le droit de l'Union européenne

821 C.C., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC ; C.C., 29 juillet 2004, n° 2004-498 DC : « La transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire à la Constitution ».

822 Les partenaires sociaux jouent un rôle clé dans l'élaboration de la politique sociale de l'Union européenne. En application de l'article 154 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ils sont étroitement associés à l'élaboration des directives puisqu'ils peuvent décider de négocier et de conclure un accord, entraînant alors un dessaisissement des acteurs institutionnels et notamment du Parlement européen. En matière de politique sociale, le dialogue social est donc privilégié, comme l'énonce l'article 152 du traité FUE - issu du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 - qui dispose que : « L'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie ». On relève que le droit français connaît un dispositif similaire, celui-ci prévoyant que les projets de loi portant sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle, et qui relèvent du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle, sont préalablement soumis aux organisations syndicales afin que celles-ci puissent éventuellement s'emparer du sujet (article L. 1 du Code du travail). Un processus comparable a été mis en place pour les propositions de loi (Protocole relatif à la consultation des partenaires sociaux sur les propositions de loi du 16 février 2010, *Semaine sociale Lamy,* 2010, n° 1437). V. La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes, *Droit social*, 2010, p. 489 à 532.

823 S. Laulom, Le cadre communautaire de la représentation des travailleurs dans l'entreprise, *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 31.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

208. Le droit de l'Union européenne a multiplié les références à « l'esprit de coopération » dans les textes les plus récents (a) sans en préciser les contours ni le contenu juridique. Il conviendra alors de s'interroger sur l'implication de cet « esprit », qui paraît devoir gouverner les relations entre employeurs et représentants des travailleurs, dans le droit français (b).

a. Les références textuelles

209. Une revue des textes mentionnant l'« esprit de coopération » montre que le législateur de l'Union européenne l'invoque de plus en plus fréquemment et ce, dans deux domaines bien précis : lors de l'information et de la consultation des travailleurs, *via* leurs représentants, par l'employeur ; lorsque la partie patronale et les travailleurs doivent négocier un accord visant à mettre en place les structures de représentation du personnel de dimension européenne.

a.1. Les domaines de compétence

210. « L'esprit de coopération » qui doit animer les relations entre employeur et représentants du personnel relève de l'information et de la consultation dans le droit de l'Union européenne. Il figure à l'article 1.3 « Objet et principes » de la directive 2002/14/CE, qui énonce que « lors de la définition ou de la mise en œuvre des modalités d'information et de consultation, l'employeur et les représentants des travailleurs travaillent dans un esprit de coopération et dans le respect de leurs droits et obligations réciproques, en tenant compte à la fois des intérêts de l'entreprise ou de l'établissement et de ceux des travailleurs ».

211. Outre les rapports généraux qui fondent les relations entre l'employeur et les représentants du personnel, l'« esprit de coopération » doit également gouverner les relations des acteurs intervenant à l'occasion de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise européen dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire, comme en témoignent les références figurant dans la directive du 6 mai 2009[824]. L'article 9 de la directive relatif au « Fonctionnement du comité d'entreprise européen et de la procédure d'information et de consultation des travailleurs » prévoit que « la direction centrale et le comité d'entreprise européen travaillent dans un esprit de coopération, dans le respect de leurs droits et obligations réciproques ». Dans un second alinéa, le même article précise qu' « il en est de même pour la collaboration entre la direction centrale et les représentants des travailleurs dans le cadre d'une procédure d'information et de consultation des travailleurs ». Soulignons qu'en 1994, la directive initiale sur le comité d'entreprise européen évoquait déjà un « esprit de collaboration » devant guider le travail de la direction centrale avec le comité lui-même[825], désormais transformé en « esprit de coopération ».

Il en va de même des rapports entre les organes compétents de la société européenne et de représentation qui « travaillent dans un esprit de coopération dans le respect de

[824] Directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JOUE* L 122 du 16 mai 2009.

[825] Article 6.1 de la directive 94/45/CE : « La direction centrale et le groupe spécial de négociation doivent négocier dans un esprit de collaboration en vue de parvenir à un accord sur les modalités de mise en œuvre de l'information et de la consultation des travailleurs (…) ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

leurs droits et obligations réciproques »[826]. A la différence de la directive 2009/38/CE qui évoque la « collaboration », celle de 2001 mentionne également la notion de « coopération », comme devant caractériser le travail de l'organe de surveillance ou d'administration de la société européenne et des représentants des travailleurs dans le cadre d'une procédure d'information et de consultation[827].

Enfin, des dispositions en tout point similaires sont applicables aux rapports entre la partie patronale et les représentants des travailleurs dans la société coopérative européenne (SCE)[828].

212. Cet « esprit de coopération » est également présent dans les articles des directives qui traitent des relations entre la direction centrale ou les organes compétents des sociétés participantes d'une part, et le groupe spécial de négociation (GSN) qui est chargé de conclure l'accord de mise en place du comité d'entreprise européen ou l'accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein de la société européenne et de la société coopérative européenne d'autre part. L'article 6 de la directive 2009/38/CE dispose dans son premier paragraphe que « la direction centrale et le groupe spécial de négociation doivent négocier dans un esprit de coopération en vue de parvenir à un accord sur les modalités de mise en œuvre de l'information et de la consultation des travailleurs (…) ». Des conditions semblables sont prévues à l'article 4 de la directive 2001/86/CE sur l'implication des travailleurs dans la société européenne qui énonce que « les organes compétents des sociétés participantes et le groupe spécial de négociation négocient dans un esprit de coopération en vue de parvenir à un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein de la SE ». Il en va de même dans la société coopérative européenne, conformément à l'article 4 de la directive 2003/72/CE[829].

a.2. Une absence de définition

213. Ces références à l'esprit de coopération sont récentes. Traduisent-elles une volonté du législateur communautaire d'uniformiser les textes, ou sont-elles purement fortuites ? En l'état actuel, l'interrogation demeure. Pourtant les rappels toujours plus nombreux à cette notion pourraient traduire, selon nous, une tendance du droit de l'Union européenne à faire émerger une obligation générale de comportement qui devrait régir les relations entre employeur et représentants du personnel, que celles-ci se traduisent par une information, une consultation, ou une négociation.

Comme l'affirme Monsieur Pierre Rodière, « il s'agit là [parlant de l'esprit de coopération] d'une notion cadre, notion vague, sans implication prédéfinie » mais « c'est

[826] Article 9 « Fonctionnement de l'organe de représentation et de la procédure d'information et de consultation des travailleurs » de la directive 2001/86/CE.

[827] Alinéa 2 de l'article 9 de la directive 2001/86/CE.

[828] Article 11 « Fonctionnement de l'organe de représentation et de la procédure d'information et de consultation des travailleurs » de la directive 2003/72/CE du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs (*JO* L 207 du 18 août 2003) : « L'organe compétent de la SCE et l'organe de représentation travaillent dans un esprit de coopération dans le respect de leurs droits et obligations réciproques. Il en est de même pour la coopération entre l'organe de surveillance ou d'administration de la SCE et les représentants des travailleurs dans le cadre d'une procédure d'information et de consultation des travailleurs ».

[829] Article4.1 de la directive 2003/72/CE : « Les organes compétents des entités juridiques participantes et le groupe spécial de négociation négocient dans un esprit de coopération en vue de parvenir à un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs au sein de la SCE ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

une notion juridique, qui renvoie à une obligation de comportement » de l'employeur et des représentants des travailleurs[830]. On peut alors s'interroger sur les conséquences d'un esprit de coopération érigé en un principe du droit à l'information et à la consultation. Doit-il être considéré comme un vœu pieu ou renvoie-t-il à une obligation liant l'employeur et les représentants du personnel, sans que soit connu le contenu de cette obligation dont les textes ne proposent pas de définition ?

A tout le moins, peut-on affirmer que la consigne de coopération est délivrée aux deux parties concernées. Elle induit une obligation réciproque et non une instruction aux seuls représentants des travailleurs quant à leur comportement vis-à-vis de l'employeur. En ce sens, une manifestation de l'esprit de coopération pourrait être mise en évidence dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Nous faisons référence ici à l'arrêt Bofrost[831] par lequel la Cour, en enjoignant une entreprise présumée dominante d'un groupe de dimension communautaire de fournir aux représentants des travailleurs, à leur demande, tous renseignements permettant de prouver la dimension communautaire du groupe, l'oblige à coopérer avec les représentants du personnel. Dans cette espèce, employeur et représentants du personnel sont conduits, en définitive, à participer « à une œuvre commune ou à une action commune » - selon la définition traditionnellement admise de la notion de coopération[832] - qu'est le processus de mise en place d'un comité d'entreprise européen. A ce sujet, on remarque que la facilitation à l'accès à l'information pour la mise en place du comité européen, initiée par la Cour de justice, a été légalisée lors de la révision de la directive 94/45/CE en 2009. Désormais, aux termes de l'article 4.4 de la directive 2009/38/CE, « toute direction d'une entreprise comprise dans le groupe d'entreprises de dimension communautaire ainsi que la direction centrale (…) de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire est responsable de l'obtention et de la transmission aux parties intéressées (…) des informations indispensables à l'ouverture de négociations (…) ». L'esprit de coopération, requis par la directive lors des négociations entre la direction centrale et le groupe spécial de négociation[833], est donc ici aussi préalablement exigé, dès le moment de la détermination du caractère communautaire de l'entreprise ou du groupe d'entreprises.

b. Vers la recherche d'une définition

214. Si à ce jour l'esprit de coopération mis en valeur dans plusieurs textes communautaires ne s'accompagne d'aucun contenu contraignant, il faut qu'il anime le dialogue dans

[830] P. Rodière, Le « cadre général » relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise, *Semaine sociale Lamy*, 2002, n° 1098 ; P. Rodière, Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise, *Droit social,* 2007, p. 1015 ; P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008, n° 364, p. 370.

[831] CJCE 29 mars 2001, Bofrost, aff. C-62/99, *Droit ouvrier*, 2002, p. 84 ; C. Sachs-Durand, Comité d'entreprise européen et obligation d'information de la direction d'un groupe : quelle évolution ?, *in Le droit social – Le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 299. V. F. Dorssemont, A propos de l'incidence des restructurations et des fusions sur les comités de groupe, les comités d'entreprise européens et sur l'implication des travailleurs dans la société européenne, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2002, n° 1071. V. aussi les décisions suivantes concernant l'accès à l'information préalable pour déterminer les contours du groupe d'entreprises ou le franchissement du seuil d'effectifs : CJCE 13 janvier 2004, Kühne et Nagel, aff. C-440/00 (*RJS*, 2004, p. 255 ; *Droit ouvrier*, 2004, p. 390 ; C. Sachs-Durand, préc., *in Le droit social – Le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 299) ; CJCE 15 juillet 2004, Anker, aff. C-349/01.

[832] Dictionnaire *Le petit Robert.*

[833] Article 6.1 de la directive 2009/38/CE.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

l'entreprise. En conséquence, il doit guider l'élaboration du droit de la représentation du personnel et trouver une traduction au sein des droits nationaux. Peut-on alors considérer le droit français pénétré de cet esprit ? Y répondre n'est pas aisé compte tenu de l'absence de définition de la notion (b.2). Celle-ci n'est cependant pas étrangère à certains droits des Etats membres, et particulièrement celui de l'Allemagne (b.1).

b.1. Une notion reconnue par le droit allemand

215. Dans le droit allemand, l'esprit de coopération relève d'une « « norme fondamentale » de la constitution de l'établissement »[834] au sein duquel l'employeur et le conseil d'établissement « coopèrent en toute confiance (…) au bien-être des salariés et à la bonne marche de l'entreprise »[835]. La notion de coopération est inscrite dans la définition de la mission du conseil d'établissement (*Betriebsrat),* composé exclusivement de salariés élus, représentant les intérêts des salariés auprès de l'employeur dans le secteur privé[836].

216. Cette norme, qui renvoie de façon générale à la nécessité d'un dialogue permanent entre employeur et conseil d'établissement, se concrétise par plusieurs dispositions. Tout d'abord, les règles de cette coopération sont posées par la loi : « l'employeur et le conseil d'établissement doivent se rencontrer au moins une fois par mois pour des discussions. Ils doivent traiter avec une sérieuse volonté d'accord des questions litigieuses et présenter des propositions de règlement des divergences de points de vue »[837]. Cette « sérieuse volonté d'accord » attendue des parties lorsque leurs points de vue divergent semble cadrer avec les prescriptions communautaires exigeant des consultations qui doivent être menées en vue d'aboutir à un accord (article 4.4 de la directive 2002/14/CE)[838]. Par ailleurs, l'esprit de coopération peut trouver sa traduction dans l'obligation pour les parties de maintenir la paix dans l'établissement, la loi prévoyant que « les mesures ayant un caractère de conflit social entre employeur et conseil d'établissement sont interdites »[839]. La confrontation doit donc être exclue, la loi en fait obligation. En outre, les caractéristiques de l'information et de la consultation du conseil d'établissement peuvent constituer une manifestation de cette « coopération en toute confiance » prévue par la loi allemande. Ainsi, le conseil d'établissement doit être « informé en temps utile et complètement par l'employeur » et les documents « indispensables à l'accomplissement de ses fonctions doivent être mis, à sa demande, à tout moment, à sa disposition »[840]. L'information en temps utile constitue le préalable à la consultation du comité d'établissement. Celle-ci doit porter essentiellement sur la planification de l'emploi, les méthodes de travail, ainsi que « sur les changements susceptibles d'entraîner de graves inconvénients pour le personnel ou pour

834 P. Rémy, La directive 2002/14/CE et le droit allemand, *Revue de droit du travail,* 2009, p. 538.

835 Art. 2 al. 1 BvG (*Betriebsverfassungsgesetz*).

836 Le conseil d'établissement est issu de la loi du 11 octobre 1952 portant organisation de l'établissement, abrogée et remplacée par la loi du 15 janvier 1972 (*Betriebsverfassungsgesetz* BvG).

837 Art. 74 al. 1 et 2 BvG.

838 P. Rémy, préc., *Revue de droit du travail,* 2009, p. 538, spé. p. 542.

839 Art. 74 al. 1 et 2 BvG.

840 Art. 80 al. 2 BvG. Cette information a pour corollaire l'obligation de « respect du secret »: « les membres et les suppléants du conseil d'établissement sont tenus de ne pas révéler et de ne pas exploiter les secrets d'exploitation ou les secrets d'affaire dont ils ont eu connaissance du fait de leur appartenance au conseil d'établissement et dont l'employeur a expressément spécifié le caractère secret » (art. 79 BvG).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

des parties importantes du personnel »[841]. Enfin, l'esprit de coopération liant employeurs et représentants des travailleurs allemands se manifeste également par les formes des attributions du conseil d'établissement que sont la codétermination (*Mitbestimmung*) et la négociation. Ce sont les questions dites sociales (qui concernent notamment les conditions de travail, la formation, l'hygiène et la sécurité, le traitement des conséquences sociales des changements intervenus dans l'établissement[842]) qui doivent donner lieu à une décision résultant d'un accord entre représentants élus et employeur[843], les questions économiques étant exclues du domaine de la codétermination et ne devant faire l'objet « que » d'une consultation[844].

b.2. Les manifestations de l'esprit de coopération dans le droit français

217. A la lumière des expressions de la règle de coopération présidant légalement les relations entre employeurs et conseils d'établissement en Allemagne, peut-on considérer que le droit français permet la concrétisation d'un tel esprit dans les relations entre partie patronale et comité d'entreprise ?

L'esprit de coopération caractérisait en droit français les relations entre l'employeur et le comité d'entreprise – et ce, au lendemain de la seconde guerre mondiale -, que le législateur abolira en 1982 au profit du contrôle. L'ordonnance du 22 février 1945 énonçait, dans son article 2, que les comités « coopèrent avec la direction », alors que l'article L. 432-1 de l'ancien Code du travail prévoyait à l'époque que « le comité d'entreprise coopère avec la direction à l'amélioration des conditions d'emploi et de travail, ainsi que des conditions de vie au sein de l'entreprise (…) ». A l'instar du droit allemand actuel, la notion de coopération a donc participé très tôt en France à la définition de la mission de l'institution élue. Sa suppression par les lois Auroux, intervenue en 1982, conféra au comité d'entreprise le rôle d'assurer l'expression collective des salariés pour permettre la prise en compte permanente de leurs intérêts. Mais « par un curieux retour des choses », selon l'expression de Monsieur Pierre Rodière, le droit communautaire devrait être à l'origine d'un renouveau de cet esprit de coopération que notre droit avait pourtant choisi d'abandonner, faute d'avoir « su lui donner un contenu obligatoire »[845]. Il conviendra alors de savoir si la mission du comité - telle que décrite par l'article L. 2323-1 du Code du travail – et son exercice, *via* ses attributions économiques et les relations avec l'employeur qui en découlent, entrent dans le cadre de l'« esprit de coopération ».

218. Plusieurs dispositions, qui remontent à l'époque où l'institution élue devait légalement coopérer avec l'employeur, pourraient relever d'un esprit de coopération. Il s'agit des dispositions relatives au fonctionnement du comité d'entreprise, plus spécifiquement celles qui concernent le mode de fixation de l'ordre du jour et la présence de l'employeur au sein de l'instance élue. Si, depuis 1982, l'employeur ne participe plus au vote lorsqu'il consulte le comité d'entreprise en tant que délégation du personnel[846], il en demeure

841 Art. 111 BvG.

842 Art. 87, 91, 98, 112 BvG.

843 A défaut d'accord entre les parties, la décision relève d'un comité de conciliation (*Einigungsstelle*).

844 Art. 90, 92 et 111 BvG. Ces questions devant donner lieu à une consultation – et exclues du domaine de la codétermination – sont par exemple : nouveaux procédés et méthodes de travail ; changement d'organisation d'établissement ; fusion, transferts, fermeture d'établissement).

845 P. Rodière, préc., *Droit social,* 2007, p. 1015, spé. p. 1022.

846 Article L. 2325-18 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

néanmoins un membre en qualité de président[847] ; par ailleurs, la loi prévoit toujours que l'ordre du jour des réunions de l'institution élue soit élaboré conjointement par le secrétaire et le président du comité[848]. Si ces dispositions peuvent apparaître comme des vestiges de la coopération mise en place en 1945, il n'est pas certain qu'elles puissent être regardées comme des manifestations de l'« esprit de coopération » dont parlent les textes communautaires.

219. Alors, qu'en est-il aujourd'hui des attributions économiques du comité d'entreprise au regard de cette notion ?

On peut légitimement supposer que l'esprit de coopération qu'évoquent les directives communautaires encourage les parties au dialogue. Dans ce cas, il peut être soutenu que le droit français est imprégné de cet esprit, dans la mesure où les dispositions générales relatives à l'information et à la consultation du comité garantissent l'organisation d'un échange entre les parties concernées. Une consultation préalable aux décisions de l'employeur est requise, pour laquelle le comité doit disposer d'informations précises et écrites transmises par l'employeur et d'un délai d'examen suffisant. L'employeur doit, en outre, une réponse motivée aux observations du comité pour que celui-ci puisse se forger un avis et le formuler[849]. De telles modalités pourraient caractériser une forme de coopération qui s'apparenterait à une concertation entre les acteurs. La conformité du droit français à cette prescription du droit de l'Union européenne serait cependant moins assurée si elle imposait aux parties de tenter d'aboutir à un accord. Il faudrait alors considérer que le droit communautaire complète l'information et la consultation du comité d'entreprise d'une obligation de négocier, dans un esprit tourné vers la conclusion d'un accord. Mais cette hypothèse, qui est effectivement prévue par la directive 2002/14/CE dans le 4ème paragraphe de l'article 4, relève des « modalités de l'information et de la consultation » - dont la détermination est déléguée aux Etats membres - et non de la définition même de la consultation figurant à l'article 2. Elle n'est donc pas formellement envisagée pour la consultation dans un « cadre général » comme elle l'est dans les directives sur les licenciements collectifs et les transferts d'entreprises. Pour ces dernières, l'obligation de rechercher un accord est en effet présente en tant que norme que les Etats doivent impérativement introduire dans leur droit national[850]. Faut-il alors conclure que l'obligation de rechercher un accord ne serait consacrée que là où elle est forcément prévue, comme s'interroge à ce sujet Monsieur Pierre Rodière ? Pas nécessairement selon l'auteur, qui se demande si la volonté d'aller dans cette voie ne constituerait pas un élément intégrant l'esprit de coopération[851]. Or, la procédure de consultation en droit français n'implique en aucun cas la recherche d'un accord. Elle n'atteint pas le pouvoir de décision de l'employeur qui demeure intact ; elle oblige certes l'employeur à justifier ses choix mais offre seulement l'opportunité, au comité d'entreprise, d'influer sur la décision finale.

L'esprit de coopération devant gouverner les travaux des représentants des travailleurs et de l'employeur au sens du droit de l'Union européenne rappelle également l'obligation

847 Article L. 2325-1 du Code du travail.

848 Article L. 2325-15 du Code du travail.

849 Articles L. 2323-2 à L. 2323-4 du Code du travail.

850 Article 2.1 de la directive 98/59/CE et article 7.2 de la directive 2001/23/CE.

851 P. Rodière, préc., *Droit social,* 2007, p. 1015, spé. p. 1022.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de bonne foi associée à la force obligatoire du contrat en droit français[852]. En droit des contrats, chaque partie, tant dans l'exécution que dans la formation de la convention, est tenue de « ne pas surprendre la confiance qu'elle a suscitée en contractant »[853]. De cette référence à la bonne foi, la jurisprudence en a déduit un devoir de coopération entre les contractants afin de permettre une exécution efficace du contrat[854]. Les contrats de travail sont naturellement concernés par la règle de bonne foi[855] et ont pu même être considérés comme la « terre d'élection des idées de coopération »[856]. De la même manière, les parties aux conventions collectives sont soumises à cette règle. Les acteurs de la négociation collective – les syndicats et, à titre subsidiaire, le comité d'entreprise du côté des salariés – sont donc obligés par le devoir de bonne foi lors des négociations. Si on considère que « l'esprit de coopération » européen renvoie à la bonne foi énoncée à l'article 1134 du Code civil, il faut alors en conclure qu'il implique l'existence d'un contrat ou, du moins, de sa formation. Il pourrait ainsi être soutenu que cet esprit nécessite la recherche d'un accord entre représentants des travailleurs et employeur, ce que ne prévoit pas le droit des comités d'entreprise[857]. Ceci ne peut cependant être affirmé avec certitude. En effet, il peut aussi être observé que l'esprit de coopération renvoie au devoir général de loyauté du comportement – dont la bonne foi est l'une des expressions –, qui n'implique pas nécessairement un lien contractuel. Dans ce cas, comité d'entreprise et employeur sont tenus au « respect de leurs droits et obligations réciproques » [858] lors de la procédure de consultation, qu'ils devront exercer dans un esprit de coopération.

220. Il n'est pas établi, à ce jour, que la recherche d'un accord et une prise de décision commune caractérisent l'esprit de coopération. Les attributions du conseil d'établissement allemand le démontrent : seules son information et sa consultation sont requises dans certains domaines[859], malgré la coopération instaurée par la loi entre l'institution élue et l'employeur. Cette notion n'induit donc pas nécessairement la recherche d'un accord entre les parties. Si tel était le cas, le droit français des comités d'entreprise ne répondrait alors pas aux exigences de la directive 2002/38/CE, la consultation sur une décision et la conclusion d'un accord relevant de la compétence de deux instances représentatives distinctes. Une mise en conformité, partielle avec le droit de l'Union européenne pourrait cependant être décelée dans l'obligation, imposée par la Cour de cassation[860], de consulter le comité

[852] Article 1134 al. 3 du Code civil. V. F. Terré, P. Simler, Y.Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10ème édition, 2009, n° 439 et s., p. 454 ; P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defresnois, 4ème édition, 2009, n° 764 et s ., p. 382.

[853] P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *préc.*, Defresnois, 4ème édition, 2009, n° 764, p. 382.

[854] Y. Picod, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP*, 1988, 1, 3318.

[855] Cass. soc. 25 février 1992, *Bull.*, V, n° 122, n° 89-41.634 : « (…) l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi (…) ».

[856] Y. Picod, préc., *JCP*, 1988, 1, 3318 : l'auteur affirme que le contrat de travail ne peut se maintenir entre le chef d'entreprise et les salariés qui exercent des responsabilités essentielles à l'intérieur de l'entreprise que si règnent entre eux de véritables rapports de confiance.

[857] Exception faite du cas où le comité d'entreprise est reconnu comme acteur de la négociation collective (C. trav. art. L. 2232-21).

[858] Article 1.3 de la directive 2002/38/CE.

[859] A titre d'exemple, le conseil d'établissement est informé sur la situation économique et le développement de l'entreprise (art. 53 BvG).

[860] Cass. soc. 5 mai 1998, *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'entreprise préalablement à la conclusion d'un accord collectif dont le thème relève de son champ de compétence. Certes, le mécanisme organisé par la Cour régulatrice ne crée pas une procédure unique, mais l'articulation des deux procédures qu'elle organise permet la tenue d'une consultation, suivie d'une négociation qui pourrait aboutir à un accord.

2. Information et consultation : de la précision croissante des définitions

221. Depuis les premières directives sociales, le droit communautaire a sans cesse précisé les deux dispositifs par lesquels il cherche à associer les travailleurs des Etats membres, par l'intermédiaire de leurs représentants, aux décisions patronales.

a. L'information

222. La première définition de la notion d'information est issue de la directive 2001/86/CE relative à l'implication des travailleurs dans la société européenne. L'article 2, intitulé « Définitions », dispose dans son alinéa i) que l'information est : « le fait que (…) les représentants des travailleurs sont informés, par l'organe compétent de la SE, sur les questions qui concernent la SE elle-même et (…) tout établissement situé dans un autre Etat membre ou sur les questions qui excèdent les pouvoirs des instances de décision d'un Etat membre, cette information se faisant à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs d'évaluer en profondeur l'incidence éventuelle et, le cas échéant, de préparer des consultations avec l'organe compétent de la SE ». Outre une mention quant au contenu de l'information qui doit être délivrée, la fin de cet alinéa propose une définition de cette notion.

223. Antérieurement à cette définition l'information était certes évoquée, mais de façon quasi-exclusive pour en préciser le contenu. C'est ainsi que dans le cadre des directives sur les licenciements collectifs et les transferts, les informations à fournir aux représentants sont déclinées. Il s'agit, en cas de transfert d'entreprises, de la « date fixée ou proposée pour le transfert », de son motif, de ses conséquences pour les travailleurs, ainsi que des mesures envisagées à leur égard[861]. En matière de licenciement collectif, les représentants du personnel doivent notamment se voir communiquer les motifs du projet de licenciement, ainsi que le nombre et les catégories de travailleurs à licencier[862]. Des éléments qui concourent à une définition de la notion d'information sont cependant présents puisque les deux textes communautaires précisent que les informations doivent être transmises en « temps utile »[863].

La directive 94/45/CE, si elle n'incluait pas l'information dans son article relatif aux définitions, l'évoquait cependant dans son annexe dévolue aux règles subsidiaires, applicables en cas d'échec des négociations du groupe spécial de négociation et de l'employeur, dans laquelle figure également la nature des informations qui doivent être transmises à l'organe européen[864].

224. Depuis la première définition de l'information, le législateur s'est appliqué à la préciser. A l'article 2 de la directive 2002/14/CE, il la décrit comme « la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner ». Si la directive stipule bien que l'information

861 Article 7.1 de la directive 2001/23/CE.

862 Article 2.3 de la directive 98/59/CE.

863 Article 2.3 de la directive 98/59/CE et article 7.1 de la directive 2001/23/CE.

864 Point 2 de l'annexe de la directive 94/45/CE.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

doit « s'effectuer à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés »[865], on peut regretter que ces précisions ne relèvent pas de la définition elle-même, mais des seules modalités – prévues à l'article 4 - dont la détermination dépend des Etats. Ce n'est pas le cas de la directive 2009/38/CE sur les comités d'entreprise européens qui a inclus ces précisions à sa définition de l'information. Celle-ci, énonce la directive, est perçue comme « la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de permettre à ceux-ci de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner ; l'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, qui permettent notamment aux représentants des travailleurs de procéder à une évaluation en profondeur de l'incidence éventuelle et de préparer le cas échéant des consultations (…) »[866].

On le constate, toutes ces définitions ne fixent pas le moment précis au cours duquel l'information doit être communiquée. Elles livrent cependant des éléments permettant de considérer que si l'information a vocation à préparer une consultation, c'est qu'elle ne peut lui être que préalable. Ces indications couplées à l'effet utile de ces directives, effet souvent invoqué par la CJUE et par ailleurs dans la jurisprudence Renault Vilvorde[867], conduiront sans doute à structurer suffisamment le droit à l'information des représentants des travailleurs.

b. La consultation : vers la reconnaissance de son caractère préalable ?

225. La notion de consultation est évoquée dès les premières directives reconnaissant des droits aux représentants nationaux des travailleurs. C'est le cas notamment des directives qui ont trait aux licenciements collectifs et transferts d'entreprises, lesquelles prévoient qu'il doit être procédé, « en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord »[868].

En 1994, le texte communautaire sur les comités d'entreprise européens a défini la consultation comme « l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et la direction centrale ou tout autre niveau de direction plus approprié ». Une définition enrichie significativement par la directive 2001/86/CE qui, dans son article 2 j), la décrit comme « l'instauration d'un dialogue et l'échange de vues entre (…) les représentants des travailleurs et l'organe compétent de la SE [société européenne], à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs, sur la base d'informations fournies, d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent qui pourra être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la SE ».

865 Article 4.3 de la directive 2002/14/CE.

866 Article 2 f) de la directive 2009/38/CE.

867 CA Versailles, 7 mai 1997, *RJS*, 1997, n° 829 : « Mais, considérant qu'en absence de toute disposition écartant, à l'inverse, la même antériorité (de l'information et de la consultation par rapport à la décision), force sera de rechercher si elle correspond ou non, selon les circonstances, à l'impératif de temps utile ou plus simplement d'effet utile au regard des manifestations de volonté de l'instance investie du pouvoir de décision (…) ; que sera manifestement illicite au regard des principes qui viennent d'être exposés un comportement décisionnel n'accordant manifestement pas à l'information et à la consultation une place susceptible de lui assurer un effet utile ».

868 Article 2.1 de la directive 98/59/CE et article 7.1 de la directive 2001/23/CE. Cette référence contractuelle associée à l'obligation de consultation constitue une divergence importante avec le droit français, comme nous l'évoquerons *infra* [cf. n° 284 et s.].

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Cette définition semble faire de la consultation un processus qui doit intervenir préalablement à la décision. La directive 2009/38/CE portant refonte de la directive 94/45/CE sur les comités européens a livré une définition de la consultation proche de celle qu'a instaurée la directive 2001/86/CE, en prenant soin néanmoins de préciser que l'avis de l'organe européen doit être exprimé « sans préjudice des responsabilités de la direction »[869]. Malgré cette réserve, il ne paraît pas concevable que la prise de décision soit antérieure à l'avis, « simple constat lié à l'effet utile de l'information/consultation des travailleurs »[870].

A l'instar de l'information, les définitions relatives à la consultation n'affirment pas son caractère préalable à la prise de décision de l'employeur. Mais comme pour l'information, on y trouve des éléments qui permettent de la situer en amont, sous peine de priver de toute signification l'instauration du dialogue, l'échange de vues et la délivrance de l'avis par les représentants. Là encore, l'effet utile devrait jouer pleinement.

226. L'information et la consultation menées dans un esprit de coopération sont, pour le droit communautaire, les principales formes d'implication des travailleurs sur la décision patronale, par l'intermédiaire de leurs représentants. La directive 2001/86/CE a regroupé ces droits sous une terminologie unique d' « implication des travailleurs » recouvrant « l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise »[871].

Il s'agit donc pour la technique législative communautaire moins de déterminer précisément les modalités d'exercice des droits institués par l'information et la consultation, que de fixer les règles et les définitions de notions qui devront se vérifier dans toutes les hypothèses où le terme – faisant l'objet de la définition – sera utilisé. Le droit communautaire arrête des exigences incontestables, confiant le soin de l'élaboration des modalités aux Etats membres pour laquelle elle encourage l'usage de la négociation collective.

B. Les modalités

227. Si le législateur communautaire, au gré des directives, a doté les représentants des salariés de droits et choisit, de plus en plus fréquemment, d'inciter ou d'obliger à recourir à la négociation collective pour les définir et les appliquer (1), il est un sujet dont il ne se préoccupe pas, hormis quelques exceptions : celui des agents qui seront amenés à exercer ces droits (2).

1. La négociation des attributions

228. Historiquement et jusqu'à la fin du siècle dernier, le droit français n'accordait qu'une faible place à la négociation collective et au contrat dans le droit de la représentation du personnel. Il n'acceptait son intervention que, par exemple, pour la création d'instances de représentation dans le cas où l'effectif requis pour leur mise en place n'était pas atteint, ou pour accroître le nombre, les moyens ou les attributions des représentants du personnel.

Dans ce domaine précis, le choix de l'Union européenne est tout autre. Son droit donne la priorité à la négociation collective tant pour traiter des questions relatives à l'information et à la consultation (b), que pour la mise en place de structures de représentation à l'échelon communautaire (a).

869 Article 2 g) de la directive 2009/38/CE.

870 J.-P. Lhernould, préc., *RJS*, 2009, p. 101, spé. p. 102.

871 Article 2 h) de la directive 2001/86/CE.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

a. L'obligation de négociation des organes de représentation

229. Initiée en 1994 (a.1), confirmée en 2001 (a.2) et réaffirmée en 2009, la décision de privilégier la négociation collective pour traiter des questions relatives à l'information et à la consultation des salariés en Europe semble constante en droit communautaire.

a.1. Un choix né de la directive 94/45/CE

230. Le législateur communautaire a choisi, en 1994, la négociation collective pour assurer la réalisation de son droit en droit interne. C'est par la directive 94/45/CE du 22 septembre de la même année qu'il a confié l'instauration des comités d'entreprise européens aux acteurs de la négociation.

L'autonomie des agents négociateurs est encouragée, notamment par la création en annexe des « prescriptions subsidiaires ». Celles-ci définissent un modèle de comité d'entreprise européen contraignant lorsque la direction centrale refuse de négocier sur sa mise en place dans un délai de six mois à compter de la demande écrite d'au moins cent travailleurs ou de leurs représentants, ou lorsque, dans un délai de trois mois à compter de cette demande, les agents négociateurs ne sont pas en mesure de conclure un accord. La marge de manœuvre des parties est néanmoins encadrée par les instructions de la directive. Tout d'abord, la direction centrale doit négocier avec un groupe spécial de négociation dont la composition et la mission sont définies à l'article 5 de la directive. Par ailleurs, si une grande autonomie est laissée aux parties négociatrices quant au contenu de l'accord, la directive, dans l'article suivant, fixe un certain nombre de thèmes qui devront être traités.

Si la liberté des négociateurs est privilégiée, quinze années de pratique des comités d'entreprise européens en ont fait cependant ressortir les limites, dans la mesure où elle n'a pas permis de pallier les imprécisions de la directive sur certaines notions fondamentales (par exemple le concept d'information uniquement défini dans les prescriptions subsidiaires ; le concept de consultation brièvement défini à l'article 2.1 f)[872]. Les imprécisions portent également sur la manière de définir les questions obligeant l'employeur à déclencher une procédure d'information et de consultation de l'organe européen. La réalité d'une instance « encore largement symbolique »[873] résulte aussi de la fréquence limitée des réunions de l'institution prévues par accord, doublée d'une absence de contacts réguliers et de relations informelles entre la direction et les représentants qui permettraient aux acteurs et à l'instance de se légitimer. L'insuffisance du cadre et des garanties juridiques issus de la directive de 1994 sont sans nul doute à l'origine des faiblesses décrites. Les signataires ne recevant que peu d'obligations, la qualité des accords de mise en place en pâtit. Ce constat de carence de la directive est à l'origine de sa révision.

Le texte de 1994 a été refondu par la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009, qui conserve le choix initial du rôle des partenaires sociaux pour la mise en place du comité d'entreprise européen. La règle de l'autonomie du comité est réaffirmée, les dispositions relatives au groupe spécial de négociation réécrites, une manière de souligner la priorité donnée à la négociation collective. La directive renforce, en outre, les moyens du groupe. Aux termes de l'article 5.4, elle lui octroie la faculté de se faire assister par des experts de son choix « parmi lesquels peuvent figurer des représentants des organisations des travailleurs compétentes et reconnues au niveau communautaire ». Le même article prévoit de surcroît que les membres du groupe spécial de négociation peuvent se rencontrer, avant et après toute

872 V. Delteil, Les comités d'entreprise européens : quelles perspectives, *Travail et emploi*, 2006, n° 106, p. 51.

873 *Ibid.*, spé. p. 54.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

réunion avec la direction centrale, sans que les représentants de celle-ci soient présents. Par ailleurs, la composition du GSN est modifiée, avec l'objectif de garantir la représentation des « petits pays »[874]. Ainsi, ses membres seront élus ou désignés en proportion du nombre de travailleurs employés dans chaque Etat membre par l'entreprise ou le groupe de dimension communautaire, en allouant pour chaque Etat un siège par tranche de travailleurs employés dans cet Etat membre qui représente 10 % du nombre de travailleurs employés dans l'ensemble des Etats membres, ou une fraction de ladite tranche.

a.2. Un choix renforcé par la directive 2001/86/CE

231. L'obligation de négocier introduite par la directive de 1994 est réaffirmée dans la directive sur l'implication des travailleurs dans la société européenne.

La « gestation de la société européenne »[875] fut très longue - trente ans - en raison notamment des difficultés rencontrées pour concilier les différents modèles d'implication des travailleurs dans les décisions de l'entreprise. Il s'agissait de définir un mécanisme s'appliquant à toute société européenne, qui sauvegarde les systèmes existants au sein des sociétés fondatrices, sans imposer à certains pays des règles étrangères ou non conformes à leurs systèmes de relations de travail[876].

Une directive est finalement adoptée le 8 octobre 2001, complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs[877]. Elle s'inspire de la directive de 1994 sur les comités d'entreprise européens et s'appuie « sur le modèle de représentation adopté pour les entreprises de dimension communautaire, fondé sur la voie de la négociation et sur la recherche d'une souplesse adaptée à la diversité et à l'originalité des entreprises transnationales »[878]. Comme en 1994, le législateur privilégie la négociation entre direction et représentants des travailleurs pour déterminer et établir les modalités du dialogue, et donc la mise en place de l'information, de la consultation et de la participation dans les entreprises transnationales[879].

Un choix de la négociation qui est donc réaffirmé. Il en sort même renforcé si l'on considère qu'une société européenne ne peut être constituée et enregistrée sans qu'un accord sur l'implication des travailleurs en son sein ait été conclu[880], au terme de négociations qui doivent être ouvertes dès l'annonce du projet de sa création[881]. L'obligation

874 Article 5.2 c) de la directive 2009/38/CE.

875 E. Davigon, Avant-propos, *La société européenne,* Liaisons sociales Europe, 2003, p. 7.

876 F. Vasquez, Commentaires sur la directive sur l'implication des travailleurs dans la société européenne, *La société européenne,* Liaisons sociales Europe, 2003, p. 41.

877 Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs (*JOCE* 294 du 10 novembre 2001). La transposition de ce texte a été assurée en France par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 (*JO* 27 juillet) dont les dispositions sont codifiées de l'article L. 2353-1 à L. 2355-1 du Code du travail. V. le règlement 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, *JOCE* L 294 p. 21.

878 M.-A. Moreau, L'implication des travailleurs dans la société européenne, *Droit social,* 2001, p. 967.

879 Article 1 de la directive 2001/86/CE : « (…) Des modalités relatives à l'implication des travailleurs sont arrêtées dans chaque SE conformément à la procédure de négociation visée aux articles 3 à 6 ou, dans les circonstances prévues à l'article 7, conformément à l'annexe ».

880 Article 12 du règlement du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne.

881 Article 3.1 de la directive 2001/86/CE.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de négociation qu'introduisait la directive 94/45/CE est réaffirmée ici, mais avec plus de force[882].

232. Il convient de préciser que les directives sur les comités d'entreprise européens et la société européenne[883], lesquelles ont vocation à permettre la mise en place négociée avec une entité qu'elles définissent d'une structure de représentation, constituent des exceptions. Le droit communautaire ne définit pas les acteurs de la représentation, tâche qu'il renvoie aux « législations et/ou pratiques nationales », selon une expression fréquemment utilisée dans les directives. On peut constater, à cet égard, qu'en cas d'échec des négociations, des prescriptions subsidiaires auront alors vocation à s'appliquer pour permettre la mise en place d'un organe européen de représentation. Dans ce cas de figure, cette mise en place devra alors se faire « conformément aux législations et/ou aux pratiques nationales »[884].

b. L'incitation à la négociation des modalités d'information et de consultation

233. Outre la négociation visant la mise en place des organes de représentation européens, le droit de l'Union européenne encourage le recours à la négociation collective pour définir le cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs et l'adapter au niveau national.

Cette promotion de la négociation collective ressort d'abord du préambule de la directive 2002/14/CE dans lequel il est reconnu un « rôle prépondérant » aux partenaires sociaux pour « définir librement, par voie d'accord les modalités d'information et de consultation des travailleurs qu'ils jugent les plus conformes à leurs besoins et à leurs souhaits »[885]. Elle figure ensuite à l'article 5 du texte qui prévoit que « les Etats membres peuvent confier aux partenaires sociaux au niveau approprié, y compris au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, le soin de définir librement et à tout moment par voie d'accord négocié les modalités d'information et de consultation des travailleurs »[886]. Elle résulte enfin du fait que des dispositions différentes de celles de la directive, et

882 E. Bethoux, Les comités d'entreprise européens en quête de légitimité, *Travail et emploi,* 2004, n° 98, p. 21, spé. p. 23.

883 Des dispositions communes avec le régime d'implication des salariés dans la société européenne sont prévues dans les directives suivantes : la directive 2003/72/CE du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, transposée par la loi n° 2008-89 du 30 janvier 2008 (*JO* 31 janvier) ; la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 relative aux fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (*JO* L 310 du 25 novembre 2005), transposée par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 (*JO* 4 juillet). V. M.-D. Fishelson, L'implication des salariés dans les différentes structures européennes, *Bulletin Joly Sociétés,* 2008, p. 818.

884 Concernant le comité d'entreprise européen : annexe I, 1, b) de la directive 2009/38/CE : « Les membres du comité d'entreprise européen sont élus ou désignés conformément aux législations et/ou pratiques nationales ». Concernant la société européenne : annexe, partie I, b) de la directive 2001/86/CE : « L'élection ou la désignation des membres de l'organe de représentation se déroule conformément à la législation et/ou pratique nationales ».

885 Considérant n° 23 de la directive 2002/14/CE.

886 CJUE 11 février 2010, aff. C-405/08, Holst c/ Babcock & Wilcox Volund ApS, *RJS*, 2010, p. 425. Dans cette décision la Cour considère que la directive 2002/14/CE « ne s'oppose pas à une transposition de cette directive par la voie conventionnelle qui a pour effet qu'une catégorie de travailleurs est couverte par la convention collective en cause, alors même que les travailleurs relevant de cette catégorie ne sont pas membres de l'organisation syndicale signataire de cette convention et que leur secteur d'activité n'est pas représenté par ladite organisation, pour autant que la convention collective est de nature à garantir aux travailleurs relevant de son champ d'application une protection effective des droits que leur confère cette même directive ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

particulièrement celles relatives aux modalités de l'information et de la consultation, peuvent faire l'objet d'un accord collectif, sous réserve du respect par les partenaires sociaux des principes énoncés au premier article et dans les conditions et limites fixées par les Etats membres[887]. La directive 2002/14/CE, si elle n'impose pas de déterminer ces modalités par la négociation collective incite, à tout le moins, les Etats membres à l'organiser.

234. On ignore si le législateur français fut inspiré par ces prescriptions. Mais on constate, depuis le début des années 2000, qu'il a multiplié les cas d'assignation des attributions économiques du comité d'entreprise à la négociation collective. Les illustrations, en la matière, sont toujours plus nombreuses : les dispositifs déjà évoqués des accords de méthode[888] ou la faculté d'organiser conventionnellement l'information régulière du comité d'entreprise[889], ainsi que la création de nouvelles obligations de négociation, créatrices de nouveaux cas de consultation non prévus par la loi[890] que nous traiterons plus loin [cf. n ° 368 et s.].

2. L'implication des travailleurs exercée par les représentants nationaux

235. Le droit communautaire, s'il impose des droits et obligations en matière d'implication des travailleurs, renvoie la définition de leurs représentants à chaque Etat (a). La mise en œuvre de ces droits peut être alors source de turbulences pour les systèmes de représentation nationaux qui ont vocation à les appliquer (b).

a. L'absence d'identification des représentants des salariés

236. Le droit communautaire, qui multiplie les lieux et les objets de participation, peut perturber les fonctions des représentants nationaux. Et ce, d'autant plus qu'il n'identifie pas les représentants des salariés qui devront exercer, au niveau national, les compétences et les droits qu'il institue. Ainsi, « le droit communautaire raisonne plutôt en termes de droits qu'en termes d'acteurs, en termes d'actions plutôt que de sujets »[891].

Le développement toujours plus important des droits des travailleurs par la multiplication des cas d'information, de consultation et des domaines relevant de la négociation ne s'est pas accompagné d'une détermination, au niveau communautaire, de la qualité de leurs représentants. Et l'importance toujours plus grande que la législation européenne accorde à ces droits ne fait qu'accentuer l'indifférence qu'elle entretient à l'égard de leurs titulaires. A ce silence, deux raisons peuvent être avancées.

La première raison est l'extrême diversité des constructions nationales. Il paraîtrait difficile, par exemple, de faire émerger une convergence entre le « système allemand, fortement attaché à la cogestion dans les groupes, [et le] système britannique dans lequel les relations contractuelles l'emportent sur l'idée même de la mise en place d'une réglementation générale et obligatoire imposant une représentation des travailleurs »[892]. Chaque pays dispose de son propre système de représentation. Celui-ci détermine

887 Article 5 de la directive 2002/14/CE.

888 Article L. 1233-21 du Code du travail, cf. n° 173 et s.

889 Article L. 2323-61 du Code du travail, cf. n° 157 et s.

890 Article L. 2242-15 du Code du travail.

891 S. Laulom, préc., *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 55.

892 M.-A. Moreau, préc., *Droit social,* 2001, p. 967.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

précisément les acteurs et la répartition de leurs missions respectives[893], permettant ainsi la réception des droits définis à l'échelon communautaire. Dans ce cadre, le principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité sur l'Union européenne[894] a vocation à s'appliquer. L'intervention de l'Union ne se fait, selon ce texte, que « si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »[895]. Le principe de subsidiarité est la règle en matière sociale ; l'Union Européenne, dans le domaine de l'information et de la consultation des travailleurs soutient et complète l'action des Etats membres en application de l'article 153.1 e) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

La seconde raison que l'on peut invoquer est l'extrême rigueur de la procédure applicable en cas d'adoption d'une directive relative à « la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion (…) »[896]. Dans cette hypothèse, le Conseil doit statuer à l'unanimité sur proposition de la Commission[897], alors que c'est à la seule majorité qualifiée quand il s'agit du domaine de l'information et de la consultation des travailleurs[898]. Eu égard à ces exigences procédurales, le droit communautaire porte donc plus aisément son intérêt sur les droits à l'information et à la consultation évoqués à l'article 153.1 e) du traité.

237. Cependant, l'information et la consultation des salariés sont liées de façon si inextricable à la représentation du personnel que la généralisation de ces notions, issue de la directive 2002/14/CE, ne peut être sans conséquences sur des systèmes nationaux diamétralement opposés.

En premier lieu, si le droit de l'Union européenne ne propose pas de modèle communautaire de représentation des salariés, il ne s'en désintéresse pas totalement, et certaines de ses dispositions sont révélatrices des « prémices d'une influence »[899] sur la structure des représentants des travailleurs. C'est ainsi que les directives relatives aux licenciements et aux transferts d'entreprises ont eu comme conséquence de perturber le système de représentation britannique, basé sur le volontariat. Cette spécificité du droit d'outre-Manche a été mise en cause par la Cour de justice de l'Union européenne.

893 V. *L'Europe des représentants du personnel et de leurs attributions économiques,* Commission européenne, 1996, supplément 3.

894 Version consolidée du traité sur l'Union européenne (traité UE), *JOUE* C 83 du 30 mars 2010.

895 Citons un exemple d'une application du principe de subsidiarité concernant la mise en place du comité d'entreprise européen. Ainsi, le considérant n° 45 de la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 énonce qu' « étant donné que l'objectif de la présente directive, à savoir l'amélioration du droit à l'information et à la consultation des travailleurs dans les entreprises (…) et les groupes de dimension communautaire, ne peut être réalisé de manière suffisante dans les Etats membres et peut donc être mieux réalisé au niveau communautaire, la Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

896 Article 153.1 f) du traité FUE.

897 Article 153.2 du traité FUE.

898 Articles 153.2 et 294 du traité FUE.

899 V. S. Laulom, préc., *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 57.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Lorsque les directives renvoient aux droits nationaux la détermination des structures de représentation, elles « [laissent] uniquement aux Etats membres le soin de déterminer selon quelles modalités les représentants des travailleurs doivent être désignés », la désignation, elle, ne pouvant être qu'obligatoire[900].

Ces textes ont également conduit la CJUE[901] à s'interroger sur la nature juridique du droit à l'information et à la consultation, plus particulièrement celui prévu par la directive relative à l'harmonisation des droits nationaux du licenciement collectif, qu'elle considère comme un droit qui « possède (…) une nature collective »[902]. A l'appui de sa décision, la CJUE invoque d'abord l'économie de la directive du 20 juillet 1998. Elle y relève le fait que ce sont les représentants des travailleurs qui sont visés systématiquement par ses dispositions et non les travailleurs individuellement[903], tant en ce qui concerne la procédure d'information et de consultation, que le recours à l'expert et la possibilité de formuler des observations à l'autorité publique[904]. Elle précise en outre que l'article 1.1 de la directive « qui contient les définitions au sein de celle-ci, définit la notion de représentants des travailleurs, mais pas celle de travailleurs »[905]. Ensuite, la Cour de justice renvoie à « une interprétation téléologique de la directive »[906]. Elle se réfère à la finalité même du texte communautaire quand elle énonce que les représentants des travailleurs sont « les mieux placés pour atteindre le but poursuivi par la directive (…) dans la mesure où l'information et la consultation prévues par cette directive visent notamment à permettre (…) la formulation de propositions constructives » pour limiter et accompagner les licenciements et présenter des observations à l'administration[907]. Enfin, la CJUE rappelle qu'elle « a déjà eu l'occasion de constater que le droit d'information et de consultation, qui était précédemment prévu de manière identique par la directive 75/129/CEE, s'exerce par l'intermédiaire des représentants des travailleurs »[908]. Dans ces conditions, on peut déduire de la consécration d'un droit général à l'information et à la consultation par la législation européenne en 2002 une reconnaissance du droit pour les salariés d'être représentés de

[900] CJCE 8 juin 1994, aff. C-382/92 et C-383/92, Commission c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. P. Davies et C. Kilpatrick, La représentation des travailleurs au Royaume-Uni après le canal unique, *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 185.

[901] CJCE 16 juillet 2009, aff. C-12/08, Mono Car Styling SA c/ Dervis Odemis. V. O. Levannier-Gouël, Des restrictions au droit d'agir du salarié admises par le juge communautaire et leur impact en droit français, *RJS,* 2009, p. 783 ; F. Kessler, Licenciement collectif, information et consultation du comité d'entreprise et recours individuel du salarié, *Droit social,* 2009, p. 1217 ; S. Laulom, Information et consultation des représentants des travailleurs lors de licenciement, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2010, n° 1444.

[902] Point 42, CJCE 16 juillet 2009, aff. C-12/08 : « Il convient dès lors de constater que le droit à l'information et de consultation prévu par la directive 98/59, en particulier à l'article 2 de celle-ci, est conçu au bénéfice des travailleurs en tant que collectivité et possède donc une nature collective ».

[903] Point 38, CJCE 16 juillet 2009, aff. C-12/08 : « (…) Il ressort en premier lieu du texte et de l'économie de la directive 98/59 que le droit d'information et de consultation qu'elle prévoit est destiné aux représentants des travailleurs, et non pas aux travailleurs individuellement ».

[904] Point 39, CJCE 16 juillet 2009, aff. C-12/08.

[905] *Ibid.*

[906] Point 40, CJCE 16 juillet 2009, aff. C-12/08.

[907] *Ibid.*

[908] Point 42, CJCE 16 juillet 2009, aff. C-12/08. Dans ce point, la Cour renvoie aux arrêts Commission c/ Royaume Uni, Rec. I-2479, ainsi qu'à celui du 18 janvier 2007, Confédération générale du travail, Rec. I-611, *RJS*, 2007, n° 508.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

manière durable dans les entreprises. Liberté est laissée aux Etats membres de déterminer les modalités de désignation des représentants des travailleurs, tant que le principe de cette représentation est respecté.

En second lieu, le droit communautaire, sans intervenir dans la détermination des structures de représentation, impose tout de même que les droits qu'il institue doivent s'exercer « au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité »[909], et indique que les Etats membres sont tenus de déterminer les modalités d'exercice du droit à l'information et à la consultation « au niveau approprié »[910]. Si ces prescriptions sont générales et autorisent donc une interprétation large de la part des Etats, il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent emporter des conséquences sur les définitions nationales des représentants des travailleurs.

b. Une source de turbulences pour le droit français

238. On le voit, la reconnaissance de droits à l'information et à la consultation au niveau communautaire, complétée par des règles destinées à l'exercice de ces droits[911], ne peut pas être isolée de toute considération relative aux systèmes nationaux de représentation qui auront pour mission de les mettre en oeuvre. Les formes nationales de représentation du personnel se trouvent donc nécessairement bousculées par l'intrusion du droit de l'Union européenne.

En France, la consultation « en vue d'aboutir à un accord » en est la démonstration, notre système de représentation ne reconnaissant pas aux mêmes institutions le droit à la consultation et à la négociation. Si elle manque déjà à cette obligation s'agissant des consultations qui concernent les licenciements et les transferts d'entreprises, est-ce également le cas pour l'ensemble des consultations depuis l'adoption de la directive 2002/14/CE ? Une réponse négative doit être avancée si l'on considère que cette forme de participation qu'est la consultation en vue d'aboutir à un accord ne relève que des modalités dont les Etats membres maîtrisent la définition, comme le prévoit l'article 4 de la directive. Une réponse par l'affirmative devra être donnée, affirme Monsieur Pierre Rodière, si cette recherche d'accord résulte de l' « esprit de coopération », érigé en principe à l'article 1, imposant alors à la France de l'inscrire dans son ordre juridique.

S'il est un fait que le droit français a toujours décidé de neutraliser l'objectif d'aboutir à un accord par la notion de consultation telle qu'il l'a définie, installant ainsi une divergence avec le droit communautaire, ne peut-on pas considérer, eu égard aux plus récentes transformations que la législation interne a fait subir au comité d'entreprise et à ses attributions économiques, que le droit communautaire a été un facteur d'évolution de notre système national de représentation ? C'est ce à quoi nous nous efforcerons de répondre maintenant.

II. L'empreinte du droit de l'Union européenne sur les attributions économiques

239. A l'instar des autres pays de la Communauté, le droit français de la représentation élue du personnel se trouve confronté aux exigences du droit de l'Union européenne.

[909] Article 4.4 de la directive 2002/14/CE. Mention reprise à l'article 1.3 de la directive 2009/38/CE.

[910] Article 4.1 de la directive 2002/14/CE.

[911] Comme par exemple la possibilité de recourir à un expert, ou le détail d'informations devant être fourni aux représentants.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

S'il n'est pas conforme, en l'état actuel, à certaines prescriptions de ce droit, quelques unes de ses dispositions, que l'on pourrait qualifier de correctifs, l'en rapprochent. Ces dispositions semblent atténuer les spécificités du droit national (A) mais n'en gomment pas les divergences avec le droit communautaire. Si elles devaient persister, ces divergences pourraient conduire à terme le droit français de la représentation du personnel à un nécessaire changement de perspectives (B).

A. Un correctif : le comité d'entreprise, acteur de la négociation

240. Peut-on déceler dans l'évolution du droit français une influence, même indirecte, du droit de l'Union européenne ? Certaines dispositions législatives récentes relatives à la détermination des acteurs de la représentation semblent s'inscrire dans le sillage du droit communautaire, même si, comme telles, elles ne procèdent pas d'une véritable transposition. Le législateur français a ainsi, dans des cas spécifiques, intégré la négociation parmi les attributions de l'institution élue, offrant l'apparence d'un processus de « consultation en vue d'aboutir à un accord » (2). Si le lien entre législation européenne et réforme nationale en la matière ne peut cependant être formellement établi, on constate à tout le moins, que la pratique des acteurs des groupes et entreprises de dimension communautaire a élevé au rang d'interlocuteur privilégié l'instance collégiale européenne pour la négociation et la conclusion d'accords (1).

1. Le comité d'entreprise européen, acteur d'un dialogue social non programmé[912]

241. Le comité d'entreprise européen est un lieu d'échange d'informations ouvrant la voie à un dialogue social au sein de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire. Il est devenu de ce fait un espace atypique de négociation, à l'instar du comité d'entreprise[913] (a). Les effets juridiques des accords qui résultent de ces négociations demeurent néanmoins incertains (b).

a. Une négociation née de la pratique des acteurs

242. La directive 94/45/CE n'évoque pas la négociation d'accords collectifs. Elle se contente de fixer un objectif d'amélioration de l'information et de la consultation des salariés. La directive 2009/38/CE qui s'y substitue ne pallie pas l'absence de cadre juridique à la négociation collective. Certes, ces textes[914] aménagent une forme de négociation collective transnationale puisqu'ils ont pour objet premier d'organiser au sein des sociétés et groupes de sociétés de dimension communautaire une négociation pour la mise en place d'un organe consultatif au sein desdits groupes et sociétés. A cette fin, les acteurs et les objets de la négociation sont expressément désignés, négociation qui pourra déboucher sur la conclusion d'accords dotés, dans ce cadre, d'un effet juridique. Mais cette négociation collective transnationale est bornée à un objet circonscrit à l'instauration d'un organe de représentation des travailleurs. Elle ne dote pas cet organe de la faculté de négociation[915]. Pourtant la pratique des partenaires sociaux révèle un développement de la négociation

912 **M. Hecquet, *Essai sur le dialogue social européen*, LGDJ, 2007, p. 238.**

913 V. la première partie, n° 115 et s.

914 La directive 2001/86/CE sur l'implication des salariés dans la société européenne du 8 octobre 2001 organise également de telles négociations visant à la mise en place d'un organe consultatif représentant les salariés du groupe ou de la société européenne.

915 S. Laulom, Passé, présent, futur de la négociation collective transnationale, *Droit social*, 2007, p. 623.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

au sein des comités d'entreprise européens « toutes les fois que [son] objet (…) conduit l'entreprise à rechercher un acteur qui ait une légitimité au niveau du groupe de dimension communautaire »[916].

C'est ainsi qu'un nombre important d'accords conclus avec les comités européens l'ont été avec un représentant de la direction centrale et les membres du comité, les membres de la direction composant l'institution européenne s'abstenant de voter au moment de ratifier l'accord. Il n'est pas rare qu'une ou plusieurs organisations syndicales européennes se joignent aux parties à la négociation pour signer un accord[917], ce qui conduit Monsieur Mathieu Hecquet à relever que « la consécration d'une authentique instance européenne de représentation du personnel n'exclut pas que subsistent les réflexes nationaux »[918].

Comme au niveau national, on assiste à l'échelon communautaire à des enchevêtrements des différents canaux de représentation : le champ syndical entre dans les activités du comité d'entreprise européen et inversement. Ainsi, deux tiers des accords cadres transnationaux sont également signés par les comités d'entreprise européens, et dans deux tiers des accords signés au sein de cet organe, les fédérations syndicales européennes ou transnationales sont présentes[919]. A ce sujet, il convient de noter que si la directive 2009/38/CE ne reconnaît pas la qualité d'acteur de la négociation transnationale au comité d'entreprise européen, elle entérine la pratique de l'assistance des membres du groupe spécial de négociation par les syndicats européens. Désormais, le texte communautaire prévoit que le GSN, pour les besoins des négociations, peut demander à être assisté par des experts de son choix, « parmi lesquels peuvent figurer des représentants des organisations des travailleurs compétentes et reconnues au niveau communautaire »[920]. Plus encore, « les organisations européennes de travailleurs et d'employeurs sont informées de la composition du groupe spécial de négociation et du début des négociations »[921]. Certains auteurs perçoivent dans cette consécration du rôle des syndicats à l'occasion des négociations de mise en place de l'instance européenne le point de départ « d'une évolution encore plus fondamentale, au terme de laquelle les comités d'entreprise européens deviendraient compétents pour négocier des accords transnationaux »[922]. L'organisation du rôle explicite des syndicats au sein des comités européens permettrait de régler la question de leur légitimité à aller au-delà de leurs prérogatives et à négocier des accords avec la direction de l'entreprise. Sans ce rôle clairement défini, les organisations syndicales resteront réticentes à la reconnaissance d'un pouvoir de négociation aux comités[923].

243. Les accords qui sont conclus avec les comités européens traitent de nombreux objets. Certains se contentent d'énoncer des principes (le respect des normes sociales internationales par exemple) et concernent des sujets essentiellement non conflictuels ; d'autres contiennent des dispositions plus précises, comme par exemple la conduite d'une

916 M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation,* Dalloz*,* 2006.

917 V. par exemple l'accord du 8 décembre 1994 portant création d'un comité d'entreprise européen au sein du groupe Lafarge Coppé, *Semaine sociale Lamy,* 1995, n° 731.

918 M. Hecquet, *préc.*, LGDJ, 2007, p. 240.

919 J.-P. Lhernould, La négociation collective communautaire, *Droit social,* 2008,p. 34, spé. p. 43.

920 Article 5.4 dernier alinéa de la directive 2009/38/CE.

921 Article 5.2 c) de la directive 2009/38/CE.

922 J.-P. Lhernould, La nouvelle directive CE européen : une victoire française…quelle victoire ?, *RJS*, 2009, p. 101, spé. p. 110.

923 S. Laulom, préc., *Droit social*, 2007, p. 623, spé. p. 626.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

restructuration[924]. Dans ce domaine, les accords peuvent permettre de bâtir un cadre procédural avant l'opération de restructuration et d'organiser l'information et la consultation des représentants des salariés par la direction dans tous les pays de la société ou du groupe de dimension communautaire, dans une perspective d'anticipation[925]. Les thèmes de la sécurité et de la santé sont aussi présents dans les accords conclus avec le comité européen.

244. La réalité de la participation des comités d'entreprise européens à la construction d'accords d'entreprise de dimension transnationale est donc palpable. Néanmoins, cette mission ne lui est octroyée ni par la directive 2009/38/CE, ni par le droit français[926], ni par les accords portant création d'un tel comité dont la majorité n'attribue à cette institution qu'une mission d'information et de consultation.

b. Les effets juridiques des accords

245. Les accords collectifs conclus avec les comités d'entreprise européens se sont développés en dehors de tout cadre juridique établi. Ils n'ont pas la force de l'accord collectif en tant que norme collective, générale, impérative, applicable, *erga omnes.* L'absence de régime juridique rend problématique leur application au sein de chaque Etat, sur le territoire duquel l'entreprise ou le groupe transnational est implanté.

246. Si nombre de textes internationaux évoquent ou encouragent un dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, susceptible de déboucher sur des relations conventionnelles, aucun n'offre un cadre institutionnel à la négociation et à la conclusion de tels accords, pas plus qu'il ne renseigne sur un fondement de leur application[927]. C'est ainsi que la Charte communautaire des droits sociaux indique que « le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, qui doit être développé, peut déboucher, si ceux-ci l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles »[928]. De même, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords »[929].

[924] Des accords importants sur le thème du dialogue social et des restructurations ont été conclus avec l'institution européenne dans des sociétés comme Total, General Motors pour Opel, Axa : *Liaisons sociales Europe,* 2005, n° 119 et 138.

[925] M.-A. Moreau, Restructurations et comités d'entreprise européens, *Droit social*, 2006, p. 308.

[926] Monsieur Mathieu Hecquet voit une suggestion à négocier avec le comité d'entreprise européen à l'article L. 3315-4 du Code du travail qui permet de conclure des accords de groupe européens en matière d'intéressement, puisque cet article énonce que « les accords d'intéressement conclus au sein d'un groupe de sociétés établies dans plusieurs Etats membres de la Communauté européenne ouvrent droit aux exonérations prévues aux articles L. 3315-1 à L. 3315-3 pour les primes versées à leurs salariés ainsi qu'aux personnes mentionnées à l'article L. 3312-3 par les entreprises situées en France, parties à ces accords ». Mais aucune disposition, d'ordre législatif ou réglementaire, ne précise les modalités de conclusion d'un tel accord. En outre, nulle mention du comité d'entreprise européen n'apparaît à la lecture de l'article L. 3312-5 qui permette la conclusion d'un accord d'intéressement par accord conclu au sein du comité européen. Dans ces conditions, une extension de cette possibilité au comité d'entreprise européen paraît peu probable, à moins d'opter pour une interprétation large de la notion d' « accord collectif de travail » prévue à l'article L. 3312-5 pour autoriser la conclusion d'un tel accord avec le comité européen. V. M. Hecquet, *préc.*, LGDJ, 2007, p. 244.

[927] M. Hecquet, *préc.*, LGDJ, 2007, p. 246.

[928] Point 12 al. 2 de la Charte communautaire des droits sociaux du 9 décembre 1989.

[929] Article 155 du traité FUE.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Aucun élément ne nous éclaire sur la capacité pour le comité d'entreprise européen d'être un acteur de la négociation des accords ainsi conclus et sur leur application. Dans ces conditions, eu égard à l'absence de sécurité juridique caractérisant leur conclusion et mise en œuvre, ces conventions sont souvent présentées comme des accords-cadres, repris parfois dans des accords nationaux conclus conformément à la législation du pays. Mais là encore, dans la mesure où la règle selon laquelle un contrat n'a d'effet qu'entre les parties conformément aux prescriptions du Code civil[930], il ne semble pas envisageable de contraindre les acteurs nationaux de la négociation collective à conclure des accords en application des dispositions d'une convention collective passée avec le comité d'entreprise européen.

247. Des solutions sont néanmoins proposées pour favoriser la mise en œuvre de ces « accords atypiques ». En France, leur application pourrait être envisagée sur le fondement de l'engagement unilatéral de volonté « *via* une extension de ce concept aux engagements pris par la direction centrale d'une entreprise ou d'un groupe européen »[931]. Car, l'acceptation par la direction centrale des termes de l'accord consacrerait alors son caractère obligatoire, et elle serait donc tenue par cet engagement. Mais qu'en est-il de l'employeur local ? La question se pose en effet de savoir si cet engagement unilatéral de la direction centrale d'une entreprise ou d'un groupe communautaire oblige également l'entité ou l'entreprise située sur le territoire français. Monsieur Mathieu Hecquet y répond par l'affirmative en considérant que l'application des dispositions en cause « serait justifiée par une logique de représentation. En vertu de l'adage *tu patere legel quam fecisti*[932], il serait logique que les représentants nationaux de la direction centrale fussent tenus par ces engagements »[933]. Cependant, même si on considérait qu'une direction nationale pourrait être tenue par un engagement unilatéral pris par la direction centrale d'une entreprise ou groupe de dimension communautaire, le recours à cette figure juridique ne serait pas exempt de difficultés. Ainsi, on peut s'interroger sur les conséquences d'une dénonciation d'un tel engagement par la direction locale en tant que « responsable de l'organisation de la gestion et de la marche générale de l'entreprise »[934], comme le régime juridique de cet acte le lui permet[935], alors que l'accord européen continuerait à s'appliquer selon la volonté de la direction centrale.

Sans cadre juridique clair, la question de l'effectivité du droit issu de ces accords demeure. Plus que la portée juridique, c'est finalement l'occasion de dialogue que créent ces négociations entre représentants des travailleurs et employeurs qu'il convient de souligner.

248. Un développement important d'accords collectifs conclus avec le comité d'entreprise européen semble cependant se dessiner. Celui-ci apparaît comme un cadre pertinent pour mener une négociation à l'échelle européenne. Mais, à ce jour, aucun dispositif institutionnel n'existe, et ce n'est pas la directive du 6 mai 2009 portant révision de la directive du 22 septembre 1994 qui apporte une réponse. Or, seul le législateur est

930 Article 1101 du Code civil.

931 M. Hecquet, *préc.*, LGDJ, 2007, p. 248.

932 « Subis les conséquences de ta propre loi ».

933 M. Hecquet, *préc.*, LGDJ, 2007, p. 248.

934 Cass. soc. 25 février 1988, *Bull.,* V, n° 139, n° 85-40.821.

935 Cette possibilité suppose que l'avantage ait été accordé pour une durée indéterminée : Cass. soc. 4 avril 1990, *Bull.*, V, n° 161, n° 86-42.626, *Droit social*, 1990, p. 803.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

en mesure de déléguer à l'organe européen la faculté de négocier et conclure des accords ayant un effet normatif.

Au-delà du seul sujet de l'intervention du comité européen comme acteur d'une négociation, c'est un cadre communautaire pour la négociation collective transnationale d'entreprise qui est nécessaire pour offrir aux partenaires sociaux une sécurité juridique que les « accords atypiques » ne garantissent pas[936].

249. A l'échelle nationale, la situation est tout autre. Le droit à la négociation collective est affirmé et relève d'un régime juridique propre. Du côté des salariés, titulaires de ce droit, son exercice est reconnu à la représentation syndicale compétente pour la détermination des conditions de travail des salariés qu'elle représente, bien que d'autres agents que les organisations syndicales représentatives aient vu le jour sur la scène conventionnelle. C'est ainsi que le législateur a consacré le recours à de nouveaux acteurs de la négociation, et particulièrement au comité d'entreprise. Les droits à information et consultation font de celui-ci un organe propice au dialogue et aux échanges de vues, éléments inhérents à toute négociation.

2. Le comité d'entreprise, acteur d'un dialogue social établi

250. Au moment où la tendance est à la recherche d'une gestion négociée des relations professionnelles, le comité d'entreprise ne devrait-il pas être un des lieux d'expression du dialogue social[937] ? La faiblesse de l'implantation des syndicats a pu se révéler être un frein au processus générateur de normes conventionnelles, et leur représentativité effective n'offrait plus parfois les garanties suffisantes à la légitimation d'un accord opposable à la collectivité des salariés[938]. C'est pourquoi des agents de négociation, distincts des organisations syndicales représentatives, ont pu apparaître sur la scène conventionnelle. Leur émergence résulte de l'œuvre tant du juge, des partenaires sociaux, que du législateur qui ont participé, au gré d'expérimentations ponctuelles, au « développement palliatif »[939] de nouvelles figures de négociation dans les entreprises dépourvues d'interlocuteurs juridiquement reconnus (a). Allant au-delà des exceptions, la loi consacrait, en 2004, le recours à de nouveaux acteurs de la négociation collective, en privilégiant clairement ceux bénéficiant de la légitimité élective (b).

a. Une ouverture de la négociation aux élus

251. Historiquement, le rôle de négociateur n'était pas dévolu au comité d'entreprise, qui ne peut empiéter sur le domaine de la négociation réservé aux organisations syndicales représentatives. Cependant des dispositions dispersées dans le Code du travail ont prévu, dans des domaines bien circonscrits, la possibilité ou l'obligation pour le comité d'entreprise de négocier un accord avec l'employeur. C'est le cas en matière de participation financière des salariés. Des accords d'intéressement[940] et de participation[941] peuvent être conclus

936 Le sujet d'un tel cadre communautaire est inscrit au programme de travail de la Commission et figure à l'agenda social 2005-2010.

937 A. Mazeaud, La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical, *Droit social*, 2009, p. 669.

938 C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, LGDJ, 2006, n° 281, p. 214.

939 *Ibid.*, n° 282, p. 214.

940 Article L. 3312-5 3° du Code du travail.

941 Article L. 3322-6 3° du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

dans ce domaine au sein des comités d'entreprise. Ces dispositions légales, faisant exception à la règle selon laquelle le comité d'entreprise n'est pas une instance de négociation, devaient et doivent, de ce fait, être interprétées de façon restrictive.

Malgré quelques cas isolés bien délimités, la règle demeurait celle du monopole syndical en matière de négociation. Mais, au fil du temps, des entorses, certes minimes et particulières, à ce privilège des syndicats n'ont cessé de se multiplier. L'objectif avoué était celui de favoriser les négociations portant sur l'emploi, et principalement celles relatives à la réduction du temps de travail. Un mouvement entamé par la Cour de cassation en 1995, relayé ensuite par les législations successives.

252. Dès 1982, date des grandes modifications apportées à l'institution, l'idée d'une ouverture de la négociation d'accords d'entreprise à l'institution élue avait été soutenue. Le glissement d'un principe de coopération vers une logique de contrôle, initié par les lois Auroux, aurait pu permettre d'associer plus étroitement le droit à l'information à celui de la négociation. Ce rapprochement n'aurait pas été possible avant la réforme de 1982. A cette époque, le comité d'entreprise était considéré comme « l'associé » de l'employeur. En revanche, sa nouvelle mission de contrôle de la marche générale de l'entreprise lui aurait donné la possibilité de jouer un rôle actif dans la négociation collective. Il était alors affirmé que cette formule ne présentait que des avantages : sans écarter les syndicats représentatifs qui conservaient le monopole de candidature aux premiers tours des élections professionnelles, elle aurait permis aux partenaires sociaux de mieux appréhender la situation de l'entreprise et donc de négocier pour les salariés des dispositions dans un sens toujours plus favorable[942]. De plus, elle aurait été conforme à la pratique de beaucoup de comités d'entreprise. On sait que ce n'est pas la position qu'a adoptée le législateur de l'époque, qui a affirmé de nouveau l'exclusivité des organisations syndicales représentatives. Mais l'affirmation de ce privilège réservé au syndicat a semblé être mise en cause par un mouvement qui amène à s'interroger sur les acteurs de la négociation collective.

253. La première entorse est le fait de la Cour de cassation. Dans un arrêt remarqué[943], elle avait considéré comme régulière la négociation, puis la signature d'une convention collective par un salarié mandaté, choisi par un syndicat, dans une entreprise qui ne remplissait pas les conditions légales qui l'auraient autorisée à disposer de délégués syndicaux. Afin de permettre l'exercice du droit « des salariés à la négociation dans l'entreprise » affirmé dans l'article L. 132-18 de l'ancien Code du travail (aujourd'hui C. trav. art. L. 2232-11) la Chambre sociale, dans l'affaire dite « Comité français contre la faim », avait donc admis une exception à l'exigence de la participation d'un délégué syndical à la signature d'un accord collectif.

254. La question des acteurs de la négociation a été de nouveau posée par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995[944], non signé par la CGT et la CGT-FO, relatif

[942] V. R. Soubie, Observations sur l'évolution du comité d'entreprise, *Droit social,* 1983, p. 356.

[943] Cass. soc. 25 janvier 1995, *Bull.,* V, n° 40, n° 90-45.796 : « Mais attendu (…) que si dans les entreprises où les délégués syndicaux peuvent être légalement désignés, ceux-ci sont seuls habilités à négocier et à signer les accords d'entreprise, ces accords peuvent être négociés et signés dans les entreprises qui ne remplissent pas les conditions légales pour avoir des délégués syndicaux par des salariés titulaires d'un mandat donné par un syndicat représentatif (…) ». V. obs. G. Borenfreund, *Droit social,* 1995, p. 274 ; *Droit ouvrier*, 1995, p. 276 ; J. Savatier, Accord et usage d'entreprise, *RJS*, 1995, p. 231.

[944] Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle, *Liaisons sociales,* législation sociale, n° 7354, 9 novembre 1995. Sur cet accord : G. Colin, Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995, *Droit social,* 1996, p. 4 ; M. Cohen, La réduction « négociée » des avantages des salariés, *Droit social*, 1995, p. 18.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

à la politique contractuelle. Dans certains cas et à certaines conditions, l'accord autorisait les représentants élus du personnel à conclure des textes recevant la qualification de convention ou d'accord collectif de travail pouvant contenir des clauses dérogatoires dans un sens défavorable aux salariés. Cette faculté ouverte aux représentants élus avait pour objectif de permettre aux plus petites entreprises dépourvues de représentants syndicaux de ne pas être privées de la possibilité de conclure des accords d'entreprise. Cet accord a donné lieu à une intervention législative, concrétisée par la loi du 12 novembre 1996[945], dont l'objectif était de développer « la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux en préservant le rôle des organisations syndicales ».

L'article 6 de cette loi nous intéresse particulièrement. Son contenu a été emprunté à l'accord interprofessionnel. Il prévoyait que des accords d'entreprise pouvaient, dans les conditions fixées par des accords de branche (qui devaient être conclus avant le 31 décembre 1998 et pour une durée ne pouvant excéder trois ans), être négociés et conclus pour la mise en œuvre des mesures dont l'application était légalement subordonnée à un accord collectif entre l'employeur et les représentants élus du personnel. Les textes ainsi négociés n'acquéraient cependant valeur de convention collective qu'à la condition d'avoir été validés par une commission paritaire de branche. En plus d'une ouverture de la négociation collective aux élus du personnel, la loi de 1996 l'avait étendue, selon des modalités identiques, à des salariés non élus mais expressément mandatés sur une négociation par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives. Le dispositif, présenté comme ayant un caractère expérimental, a été reconduit par un accord national interprofessionnel du 8 avril 1999 pour une durée de trois ans[946].

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de cette loi. Dans sa décision du 6 novembre 1996[947], il énonçait que si les dispositions des 8ème et 6ème alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 - relatives respectivement au principe de la participation et au principe de la liberté syndicale -, confèrent aux organisations syndicales une « vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés ». Mais il ajoutait que « des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité, peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès lors que leur intervention n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à celle des organisations syndicales représentatives ». Cet énoncé, qui manifeste l'attachement du Conseil constitutionnel au caractère premier de l'intervention des syndicats, ouvre la faculté de négocier à d'autres acteurs qui ne pourront cependant intervenir qu'à titre supplétif. Si l'interprétation par le Conseil des textes constitutionnels est donc favorable aux syndicats en matière de négociation, « le monopole des organisations

945 Loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire et au développement de la négociation collective, *JO* 13 novembre. V. P.-H. Antonmattei, A propos du développement de la négociation collective, *Droit social,* 1997, p. 164.

946 Sur cet accord, v. *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 930.

947 C.C., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC, M.-L. Morin, Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective, *Droit social,* 1997, p. 25 ; G. Lyon-Caen, La constitution française et la négociation collective (Commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil Constitutionnel par un esprit « non prévenu »), *Droit ouvrier,* 1996, p. 479 ; X. Prétot, Les bases constitutionnelles de la négociation collective, *Travail et protection sociale,* 1997, janvier, p. 4 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 718 ; B. Mathieu, Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective, à propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 152.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

syndicales n'est qu'une forme d'application du principe de participation ; il ne répond à aucune exigence constitutionnelle » comme le souligne Madame Cécile Fourcade[948]. En conséquence, poursuit l'auteur, « il autorise expressément, en cas de défaillance effective de ces dernières, le recours à de nouveaux acteurs sur la scène de la négociation d'entreprise » [949].

Cette position semble en tout point conforme à celle relevée dans les instruments internationaux, qui reconnaît le droit des syndicats à la négociation collective sans en poser l'exclusivité. Ainsi, aux termes de la convention internationale de 1971 relative aux représentants des travailleurs, « lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération sur toutes les questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants d'autre part »[950]. La convention n° 154 de l'Organisation internationale du travail concernant la promotion de la négociation collective envisage quant à elle la possibilité que celle-ci soit menée avec des représentants des travailleurs présents dans l'entreprise, en vertu des législations nationales, en particulier des représentants élus, à condition, « que les dispositions appropriées soient prises (…) pour garantir que [leur] présence (…) ne puisse servir à affaiblir la situation des organisations de travailleurs intéressées »[951].

255. Suite à cette décision, et allant au-delà des prescriptions du Conseil constitutionnel, une partie de la doctrine s'était interrogée sur cette démarche consistant à instaurer un mécanisme de substitution des élus aux délégués syndicaux, lorsque ces derniers font défaut. Certains la jugeaient même « lourde de risques pour les salariés » puisqu'elle ne s'inscrivait pas « dans la recherche d'une parenté fonctionnelle entre deux formes de représentation »[952] et proposaient donc de permettre au comité d'entreprise de négocier en présence de délégués syndicaux[953]. La complémentarité entre les représentations élues et désignées, « qui ne ménagent pas la même marge d'expression aux collectivités de salariés concernées par l'accord collectif », méritait en effet réflexion. Alors qu'une ouverture de la négociation aux élus dans les conditions de la loi de 1996 risquait de marginaliser davantage encore l'implantation syndicale, un côtoiement des

948 C. Fourcade, *préc.*, LGDJ, 2006, n° 283, p. 215.

949 *Ibid.* V. également J.-M. Verdier, Une expérimentation française : la recherche de nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise*, in Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice,* A. Pedone, 1999, p. 607, spé. p. 611 : « Le monopole syndical n'est donc que légal et n'a pas l'autorité d'un principe constitutionnel. Il n'est qu'une forme d'application du principe de participation des travailleurs, il n'en est pas un élément constitutif et n'exclut donc pas la représentation conventionnelle par des élus ou des salariés expressément mandatés ».

950 Article 5 de la convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs, 1971, *Droit syndical de l'OIT, normes et procédures,* BIT, 1996, p. 20, spé. p. 21 ; Recommandation n° 143 concernant les représentants des travailleurs, 1971, *Droit syndical de l'OIT, normes et procédures,* BIT, 1996, p. 21.

951 Article 3 paragraphe 1 de la convention n° 154 de l'OIT sur la négociation collective, 1981, *Droit syndical de l'OIT, normes et procédures,* BIT, 1996, p. 42, spé. p. 43.

952 G. Borenfreund, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, *Droit social*, 2004, p. 606.

953 G. Borenfreund, Pouvoir de représentation et négociation collective, *Droit social,* 1997, p. 1006 ; P.-H. Antonmattei, Négociation collective et CE : vivement demain, *Les Cahiers Lamy du CE*, 2002.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

élus et des représentants des organisations syndicales lors des négociations pouvait en revanche contribuer à « enrichir et vivifier le processus de négociation », comme le remarquait Monsieur Georges Borenfreund[954]. Des avis opposés s'élevèrent au motif que la suppression du caractère supplétif de l'intervention de l'institution élue aurait pour conséquence un déficit de l'expression de l'intérêt collectif, dès lors que « de par sa situation, un comité d'entreprise est peu à même d'exprimer la solidarité des intérêts, apanage des syndicats du fait de leur configuration débordant le cadre de l'entreprise »[955].

En tout état de cause, cette proposition doctrinale n'a pas retenu l'attention du législateur. Conformément à la décision du Conseil, il continue de reconnaître la subsidiarité des agents autres que les organisations syndicales représentatives, en ayant privilégié dans un premier temps les salariés de l'entreprise comme acteurs de la négociation collective.

256. Dans le droit fil de l'article 6 de la loi n° 96-985 et de la décision du Conseil constitutionnel, le dispositif législatif (les lois des 13 juin 1998 et 19 janvier 2000[956]) relatif à la réduction généralisée du temps de travail à 35 heures hebdomadaires, a facilité la négociation et la conclusion d'accords d'entreprise. Il l'a fait par le recours au procédé du mandatement de salariés par des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise où elles ne sont pas implantées. Cette faculté, énoncée aux VI et VII de l'article 19 de la loi du 19 janvier 2000, a été abrogée par la loi du 17 janvier 2003[957]. Ainsi, l'article 15 de la loi dite « Fillon II » énonçait que les accords conclus dans le cadre dérogatoire prévu à l'article 19 de la loi « Aubry II » pourraient faire l'objet de révision ou de renouvellement selon les mêmes modalités que leur conclusion. En cas de dénonciation d'un tel accord, il ne pouvait s'y substituer qu'un nouvel accord conclu dans les conditions de droit commun de la négociation collective, c'est à dire dans le respect de l'article L. 132-8 de l'ancien Code du travail (aujourd'hui C. trav. art. L. 2261-9 et s.).

257. Une atteinte au monopole des organisations syndicales avait également été observée dans la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, à l'origine d'une disposition législative, aujourd'hui abrogée, qui avait autorisé une médiation entre le comité d'entreprise et la partie patronale. Cette médiation donnait lieu à une recommandation élaborée par le médiateur. Si elle était acceptée par les parties, elle emportait, selon l'article 106 de la loi, « les effets juridiques d'un accord au sens des articles L. 132-1 [C. trav. art. L. 2221-1] et suivants ». Il s'agissait donc d'un véritable accord collectif, dont le comité

954 G. Borenfreund, préc., *Droit social,* 1997, p. 1006, spé. p. 1014.

955 A. Arseguel, Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale, *in Mélanges dédiés au Président Despax,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401. Une partie de la doctrine, antérieurement à cette modification législative, s'était exprimée contre l'institution d'une compétence du comité d'entreprise pour négocier des accords collectifs visant, selon Mme Bied-Charrenton, « à fournir à l'employeur un interlocuteur mou » : v. M.F. Bied-Charreton, Le comité d'entreprise peut-il négocier ?, *Droit ouvrier*, 1993, p. 129, spé. p. 139. L'auteur affirmait que compte tenu du caractère réversible du mandat électif à chaque élection, l'institution élue serait, « à terme, privée de sa colonne vertébrale, les organisations syndicales. Les représentants du personnel seraient, à la différence du chef d'entreprise qui maîtrise ses plans pluri-annuels, privés d'un point de vue à long terme ». Cet argument ne pourrait plus être avancé aujourd'hui, compte tenu de la liaison désormais établie entre le mandat du délégué syndical et les résultats des élections professionnelles.

956 Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (loi Aubry I), *JO* 14 juin ; Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (loi Aubry II), *JO* 20 janvier.

957 Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, *JO* 18 janvier.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'entreprise était l'un des signataires, et dont l'existence n'était pas liée à une négociation syndicale[958].

Se posaient à l'époque les questions relatives aux effets dans le temps d'un accord assimilé à un accord collectif d'entreprise dont aucun syndicat représentatif n'est partie[959]. Celles-ci seront réglées par le législateur de 2004 qui a prévu que les accords conclus dans ce cas de figure peuvent être renouvelés, révisés ou dénoncés selon les mêmes modalités que celles ayant présidé à leur conclusion (C. trav. art. L. 2232-29). Cela signifie, pour les élus du personnel, que cette même institution pourra de nouveau intervenir indépendamment des membres qui la composent au gré des différentes élections[960].

258. L'énumération qui vient d'être faite de ces différents cas possibles de négociations dérogatoires au droit commun des conventions collectives démontre qu'il était désormais possible, dans des situations certes particulières et soumises souvent à validation par une convention collective « classique », de s'écarter du monopole syndical de représentation en matière de négociation et de conclusion d'accord collectif d'entreprise.

A l'aube de la consécration législative de la faculté pour le comité d'être partie à une négociation et à un accord collectif, son rôle dans les relations sociales de l'entreprise était entériné, d'une part par une reconnaissance jurisprudentielle des accords conclus entre comité et direction[961], d'autre part par le législateur qui, à l'occasion d'exceptions légales, avait fait de l'institution élue une partie à la négociation et à la convention collective. Le comité d'entreprise a gagné sa place en tant que partie à un accord, qu'il reçoive la qualification juridique de convention collective ou non. Il était désormais acquis que l'institution élue, à l'instar des organisations syndicales représentatives, pouvait négocier et conclure au sein de l'entreprise.

b. La consécration du droit de négociation pour les élus

259. Cette habilitation à négocier des représentants élus, consacrée par la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, n'en demeure pas moins subsidiaire et encadrée de conditions dans la mesure où sa vocation n'est pas, en principe, de faire concurrence ou de se substituer aux organisations syndicales représentatives (b.1). Ce nouveau droit du comité d'entreprise a été confirmé par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qui en a cependant réduit le champ d'application dans la mesure où les élus ne peuvent prendre part aux négociations et à la conclusion d'un accord collectif que dans les entreprises occupant moins de deux cents salariés (b.2).

b.1. La représentation élue : acteur subsidiaire mais privilégié

260. Par la loi du 4 mai 2004, et conformément à la position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective[962], le législateur a

958 Nous renvoyons aux n° 337 et s. pour l'étude de ce dispositif.

959 S. Niel, Comment négocier les 35 heures ?, *Semaine sociale Lamy*, 2000, n° 988.

960 S. Julliot, Les turbulences au sein du double canal de représentation en France, *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 163, spé. p. 179.

961 Nous faisons référence ici aux accords conclus entre comité et direction ayant valeur d'engagements unilatéraux de la direction, cf. n° 115.

962 La position commune est reproduite dans *Droit social,* 2003, p. 92.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

rompu avec sa tendance visant à privilégier jusqu'alors le recours aux salariés mandatés par les syndicats représentatifs[963] dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale. C'est ainsi que l'article L. 132-26 de l'ancien Code du travail [C. trav. art. L. 2232-21 à L. 2232-24] autorisait les représentants élus du personnel - ou en cas de carence aux élections, un salarié mandaté - à négocier et à conclure des accords collectifs selon les modalités fixées par la branche professionnelle.

Ce privilège, octroyé aux institutions élues, n'aurait pas été fortuit. Il traduirait « la manifestation claire et non équivoque d'une préférence pour les modes de sélection démocratique des acteurs de la négociation. Dans les entreprises dépourvues de toute implication syndicale, il est apparu plus légitime au législateur de faire prévaloir les représentants de source élective »[964]. Ainsi, par leur mode d'investiture, les représentants élus apparaîtraient « plus proches des salariés et établiraient avec eux un rapport qui évoque celui découlant du mandat »[965], favorisant la légitimité du comité d'entreprise en tant qu'organe de représentation. La raison du choix de l'institution élue peut aussi être recherchée dans la nécessité, pour mener à bien une négociation pouvant déboucher sur la conclusion d'un accord collectif, de posséder des informations économiques, ce que détient en principe le comité d'entreprise[966]. De surcroît, comme le remarque Madame Raymonde Vatinet, le comité est amené à suivre l'application de la norme collective dans l'entreprise, en vertu de son droit à une information périodique, « c'est pourquoi il a pu paraître souhaitable de lui permettre de participer également à son élaboration »[967].

La voie choisie en 2004 pourrait également être fondée sur les observations réalisées sur les dispositifs précédents qui privilégiaient alors le mandatement salarial. Il en ressort que « le scénario imaginé par les pouvoirs publics a été complètement inversé »[968]. Alors que la désignation d'un salarié mandaté devait précéder l'ouverture des négociations, le constat fut fait, qu'en réalité, elle marquait la fin d'un processus où les salariés dialoguaient directement avec l'employeur. Le salarié mandaté ne tirait alors pas sa légitimité du mandat qu'il détenait d'une organisation syndicale mais du collectif des salariés qu'il représentait. « Dans cette configuration, le rôle des syndicats [restait] largement limité à une fonction de labellisation des accords qu'ils se [sentaient] d'ailleurs peu autorisés à refuser dès lors qu'ils [avaient] été approuvés par une majorité des salariés »[969].

La démarche du législateur instituant le comité d'entreprise comme premier acteur subsidiaire n'a pas été sans soulever de nombreuses questions relatives à la mise à l'écart des salariés mandatés au profit des représentants élus du personnel. Des auteurs[970] se

963 V. Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 dite « Aubry II ».

964 C. Fourcade, *préc.*, LGDJ, 2006, n° 296, p. 224.

965 A. Arseguel, préc., *in Mélanges dédiés au Président Despax,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401, spé. p. 424.

966 L. Dauxerre, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, PUAM, 2005, p. 405.

967 R. Vatinet, La négociation au sein du comité d'entreprise, *Droit social*, 1982, p. 675.

968 J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariale,* Syllepse, 2003, p. 154.

969 J.-P. Le Crom, *préc.,* Syllepse, 2003, p. 154. V. D. Furjot, Le mandatement, mesure transitoire ou solution d'avenir ?, *Premières informations et premières synthèses,* 2001, n° 19, p. 7.

970 C. Fourcade, *préc.*, LGDJ, 2006, n° 300, p. 227 ; P. Rodière, La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon », *Semaine sociale Lamy*, 2003, n° 1148 ; J.-M. Olivier, Nouveaux acteurs : élus du personnel et salariés mandatés, *in Le nouveau droit de la négociation collective,* sous la dir. de B. Teyssié, Editions Panthéon Assas, 2004, p. 61.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

sont interrogés, sur le fondement de la décision du Conseil constitutionnel de 1996, sur la constitutionnalité de ce privilège. Si en effet le Conseil autorise d'autres représentants à participer à la détermination des conditions de travail, il n'en demeure pas moins que les organisations syndicales gardent une « vocation naturelle » à assurer la défense des droits et des intérêts des travailleurs. Or, le mandatement d'un salarié par une organisation syndicale au plan national ne constitue-t-il pas un élément qui donne à l'accord qu'il conclut un caractère syndical ? Et la préférence accordée aux représentants élus pour la négociation collective en l'absence de délégué syndical n'aurait-elle pas pu être interprétée comme faisant obstacle à la « vocation naturelle » reconnue aux organisations syndicales ? Le juge constitutionnel n'ayant pas été saisi de la constitutionnalité de cette disposition, l'interrogation demeure.

261. Malgré cette consécration du recours aux représentants élus, une partie de la doctrine a mis en doute la volonté réelle du législateur de 2004 de favoriser la négociation d'entreprise en l'absence de délégué syndical, parlant même de « vrai succès dans l'interdiction de négocier avec les élus »[971]. La faute en a été aux conditions de négociation avec les élus qui se sont révélées être de véritables verrous à la conclusion d'accords. D'abord, en amont de la négociation, une autorisation de l'accord de branche étendu était requise. Ensuite, les accords d'entreprise devaient être validés par une commission paritaire de branche qui exerçait un contrôle de conformité aux conditions légales de validité[972]. Il a pu même être soutenu qu'il s'agissait d'un contrôle de l'opportunité de l'accord négocié, compte tenu du terme « approbation » employé par le législateur de 2004[973]. On constate en effet que la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux est amplement restée lettre morte, le nombre de signatures de conventions de branche ayant été peu élevé[974].

Il n'en demeure pas moins que ces dispositions participaient à la réforme de la négociation collective, initiée par la loi de 2004 et poursuivie par la loi du 20 août 2008, qui modifie les modes de ratification des accords afin d'améliorer la légitimité des normes conventionnelles.

b.2. La représentation élue : acteur subsidiaire privilégié mais au champ de compétence désormais limité

262. Pas plus que la loi du 4 mai 2004, la loi n° 2008-789 ne remet en cause la règle selon laquelle les délégués syndicaux ont « vocation naturelle »[975] à négocier les accords collectifs d'entreprise. Elle maintient également l'ordre de subsidiarité des acteurs déjà inscrit dans la précédente loi : d'abord les élus, ensuite les salariés mandatés. Mais l'exigence préalable tenant à une habilitation de la convention de branche, instaurée

971 V. notamment J.-E. Ray, Quel droit pour la négociation collective de demain ?, *Droit social,* 2008, p. 5, spé. p. 10.

972 Article L. 123-26 II de l'ancien Code du travail : « (…) Les accords d'entreprise ou d'établissement ainsi négociés n'acquièrent la qualité d'accords collectifs de travail au sens du présent titre qu'après leur approbation par une commission paritaire nationale de branche, dont les modalités de fonctionnement sont prévues par la convention de branche ou l'accord professionnel étendu (…) ».

973 J.-E. Ray, préc., *Droit social,* 2008, p. 5.

974 Selon Monsieur Jean-Emmanuel Ray, douze conventions de branche sur les modes dérogatoires de négociations sur seize conclues depuis 2004 ont été étendues. V. J.-E. Ray, préc., *Droit social,* 2008, p. 5, spé. p. 10. V. également La négociation collective en 2006, *JCP S*, 2007, act. 311.

975 C.C., 6 novembre 1996, n° 96-383 DC.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

en 2004, n'existe désormais plus[976]. Ceci est valable pour la détermination des acteurs autres que les délégués syndicaux aptes à négocier, et pour les thèmes sur lesquels ils pourront conclure, comme le préconisaient d'ailleurs le rapport Hadas-Lebel[977] et la position commune du 9 avril 2008[978].

263. Voyons d'abord le cas des acteurs. Alors que la loi de 2004 confiait à la négociation de branche le soin de leur octroyer la capacité de négocier, les élus tiennent désormais directement des dispositions législatives ce pouvoir et celui de conclure des accords collectifs[979], synonymes d'« une reprise en main par le législateur de l'attribution du pouvoir de représentation des salariés dans la négociation collective »[980]. La loi de 2008, sans désigner nommément le comité d'entreprise, se réfère aux « représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel » à l'article L. 2232-21 du Code du travail et aux « membres titulaires élus au comité d'entreprise (…) représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles » à l'article L. 2232-22[981], aptes à négocier et conclure des conventions collectives. Une présence syndicale, dans cette hypothèse, n'est donc pas nécessaire pour négocier, même si les élus ont légalement la « faculté de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche » (C. trav. art. L. 2232-27-1 4°). Si l'on remarque que la loi ne cite pas, expressément, « le comité d'entreprise »[982] comme acteur de la négociation, la rédaction choisie permet à tout le moins de préserver l'autonomie de la délégation du personnel quand celle-ci sera agent de négociation, renforcée par la règle d' « indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur » énoncée à l'article L. 2232-27-1 du Code du travail. On peut néanmoins regretter qu'elle n'ait pas visé la « délégation du personnel au sein du comité d'entreprise », expression habituellement utilisée, selon les règles de fonctionnement propres au comité d'entreprise, quand l'employeur ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus[983].

976 Les accords de branche conclus avant le 1er janvier 2010 sous l'empire de la loi du 4 mai 2004 continuent néanmoins de produire leurs effets.

977 R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales. Rapport au premier Ministre,* La Documentation française, 2006, p. 102, http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000364/0000.pdf : la condition d'un accord de branche préalable « n'apparaît pas indispensable sur le fond : - la loi apporte déjà un nombre important de précisions sur la conclusion d'accords avec les salariés élus ou mandatés ; - l'intervention d'un accord de branche en amont ne semble pas constituer une réelle garantie quant au rôle des organisations syndicales représentatives. Une intervention de celles-ci a un vrai sens en aval, pour éviter la conclusion d'accords défavorables au salarié par méconnaissance ou mauvais positionnement du négociateur, mais en amont elle ne peut que se limiter à des considérations procédurales sans influence sur le fond des accords (…) ».

978 Sur la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, v. G. Borenfreud, Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 360 ; A. Brevort, De la position commune sur la représentativité au projet de loi : renouveau et continuité du modèle social français, *Droit social,* 2008, p. 823.

979 Article L. 2232-21 al. 1 du Code du travail.

980 C. Nicod, La réforme du droit de la négociation collective par la loi du 20 août 2008, *Droit ouvrier,* 2009, p. 219, spé. p. 222.

981 Les délégués du personnel ne négocient qu'à défaut, dans le cadre de leurs compétences en l'absence de comité d'entreprise.

982 A l'inverse, la position commune du 9 avril 2008 affirme dans son article 4-2-4 que l'accord est conclu « au sein du comité d'entreprise ».

983 A. Mazeaud, préc., *Droit social*, 2009, p. 669, spé. p. 675.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Ce n'est donc qu'en l'absence d'élus, établie par un procès-verbal de carence, que les accords d'entreprise ou d'établissement peuvent être négociés et conclus par un ou des salariés mandatés par un syndicat représentatif dans la branche (C. trav. art. L. 2232-24). Un referendum doit alors être organisé, l'accord conclu par un ou des salariés mandatés étant subordonné à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés (C. trav. art. L. 2232-27).

264. Mais, si les élus du comité d'entreprise restent les interlocuteurs privilégiés en l'absence de délégué syndical vis-à-vis des salariés mandatés, ils ne pourront l'être que dans les entreprises de moins de deux cents salariés, conformément à l'article L. 2232-21. Car dans celles occupant au moins deux cents salariés - dotées d'élus mais non de délégué syndical, et qui ne sont pas couvertes par un accord de branche ou professionnel prévoyant, dans le cadre de la loi du 4 mai 2004, des règles dérogatoires de négociation -, c'est avec le représentant de la section syndicale spécialement mandaté à cet effet que l'employeur pourra engager des négociations. Ce représentant syndical est une institution totalement nouvelle[984]. Elle vise les syndicats qui ne sont pas encore représentatifs dans une entreprise et qui souhaitent s'y implanter. Ceux-ci, sous réserve de remplir des conditions minimales relatives à l'ancienneté, au champ d'activité professionnelle et géographique, au respect des valeurs républicaines et à l'indépendance, peuvent constituer une section syndicale dans l'entreprise et y désigner un représentant, dès lors qu'ils y comptent des adhérents. La mission de ce représentant est de faire connaître l'action de son syndicat afin d'acquérir une audience électorale aux élections professionnelles lui permettant de devenir représentatif. Aux termes de l'article L. 2142-1 du Code du travail, il bénéficie des mêmes prérogatives que le délégué syndical, « à l'exception du pouvoir de négocier des accords collectifs ». Pourtant, l'article L. 2143-23 prévoit l'inverse quand il énonce que « par dérogation à l'article L. 2142-1 et lorsqu'en raison d'une carence au premier tour des élections professionnelles, un délégué syndical n'a pu être désigné au sein de l'entreprise ou de l'établissement ou lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical dans l'entreprise ou l'établissement, le représentant de la section syndicale (…) désigné par une organisation syndicale de salariés affiliée à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel peut disposer, sur mandatement de son organisation syndicale, du pouvoir de négocier et conclure un accord d'entreprise ou d'établissement ». L'accord ainsi conclu devra être soumis à referendum auprès des salariés[985]. Le représentant de la section syndicale ne subit pas, par ailleurs, les restrictions dans sa capacité de négocier imposées aux élus évoquées *infra* [cf. n° 265].

On peut s'interroger, avec certains auteurs, sur l'opportunité de restreindre la négociation avec des salariés élus aux entreprises de moins de deux cents salariés : « l'imbroglio juridique créé par le législateur laisse songeur : pourquoi ne pas avoir étendu le champ d'application des articles L. 2232-21 et s. du Code du travail, plutôt que d'octroyer une nouvelle compétence de négociation à une institution syndicale qui devait, dans l'esprit

[984] V. F. Petit, Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, *Droit ouvrier,* 2009, p. 22, spé. p. 31 ; L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 490, spé. p. 495 ; F. Duquesne, Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale, *Droit social,* 2008, p. 1084 ; Obs. F. Petit, *Droit social*, 2010, p. 248.

[985] Article L. 2232-14 du Code du travail : « (…) la validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement négocié et conclu avec le représentant de la section syndicale est subordonnée à son approbation par les salariés à la majorité des suffrages exprimés dans des conditions déterminées par décret et dans le respect des principes généraux du droit électoral. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

des partenaires sociaux, se consacrer à l'action syndicale »[986]. Dans ces entreprises, le mandat du représentant à la section syndicale cohabitera donc avec une représentation élue, dépourvue de la faculté de négocier[987]. Nous verrons plus loin si ce dispositif ne conduit pas, indirectement, à une forme d'instance unique de représentation du personnel[988].

La loi de 2008, à l'instar de celle de 2004, prévoit en outre que la « validité » de ces accords conclus en l'absence de délégués syndicaux, aux termes de l'article L. 2232-22 du Code du travail, est soumise à « l'approbation » de la commission paritaire de branche, ancrant ainsi « l'accord conclu avec les élus dans le giron du monopole syndical au niveau de la branche »[989]. Si la loi se réfère toujours à la notion « d'approbation », elle précise néanmoins, dans le même article, les limites du contrôle de la commission au fait que l'accord « [n'enfreigne] pas les dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles ». Seul son contrôle sur la validité de l'accord est requis, validité qui peut d'ailleurs être implicite si ladite commission ne se prononçait pas dans un délai de quatre mois[990].

265. S'agissant des thèmes sur lesquels les élus ont la faculté de négocier et conclure un accord collectif, déterminés avant la réforme de 2008 par la convention de branche, ils sont désormais limités aux « mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif, à l'exception des accords collectifs mentionnés à l'article L. 1233-21 », c'est-à-dire les accords de méthode (C. trav. art. L. 2232-21 al. 1). La loi de 2008 procède donc à un certain « enfermement des thèmes de négociations » selon l'expression de Monsieur Antoine Mazeaud, quand la branche, sous l'empire de la loi de 2004, visait généralement tous les thèmes ouverts à la négociation d'entreprise, sans prévoir d'exclusion de certaines matières de la négociation avec les élus du personnel ou les salariés mandatés[991]. Cette limite apportée à la capacité de négociation du comité d'entreprise tranche également avec la tendance récente à accroître les domaines ouverts à la négociation collective[992].

Désormais, toutes les matières sont certes ouvertes, mais les élus, en tant que partie à une négociation collective, ne pourront négocier que lorsque la loi subordonne la mise en œuvre de mesures à la conclusion d'un accord. Quelles sont alors ces mesures ? On peut citer à titre d'exemple le recours au contrat à durée déterminée et à objet défini qui est subordonné à la conclusion d'un accord de branche étendu ou, à défaut, d'un accord d'entreprise, qui définit les nécessités économiques auxquelles il peut répondre et les

986 Y. Pagnerre, Le représentant de la section syndicale, *JCP S*, 2009, 1156. V. aussi M.-A. Souriac, Les réformes de la négociation collective, *Revue de droit du travail,* 2009, p. 14, spé. p. 23.

987 En l'absence de représentation élue dans les entreprises d'au moins deux cents salariés, il semble que le représentant de la section syndicale n'ait pas la faculté de négocier. Dans ce cas, seul le mandatement d'un ou de salariés par un syndicat représentatif dans la branche peut permettre la négociation et la conclusion d'un accord dans l'entreprise (C. trav. art. L. 2232-24). V. C. Nicod, préc., *Droit ouvrier,* 2009, p. 219, spé. p. 222.

988 Cf. n° 277 et s.

989 A. Mazeaud, préc., *Droit social*, 2009, p. 669, spé. p. 675.

990 Article L. 2232-21 al. 3 du Code du travail : « La commission paritaire de branche se prononce sur la validité de l'accord dans les quatre mois qui suivent sa transmission ; à défaut, l'accord est réputé avoir été validé ».

991 V. La négociation collective en 2006, *JCP S*, 2007, act. 311.

992 C. Nicod, préc., *Droit ouvrier,* 2009, p. 219, spé. p. 223. L'auteur souligne cette limitation alors que parallèlement, les organisations syndicales ont la possibilité de négocier des accords de méthode ayant pour objet les attributions économiques du comité d'entreprise.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

garanties assurées aux salariés[993]. Mais c'est surtout en matière de temps de travail que la « négociation alternative », comme la nomme Monsieur Antoine Mazeaud, devrait porter pour l'essentiel et par exemple, sur la répartition et l'aménagement des horaires[994]. En tout état de cause, le projet d'accord devra être élaboré conjointement « par les négociateurs », accompagné d'une « concertation avec les salariés », conformément à l'article L. 2232-27-1 du Code du travail.

266. Que le comité d'entreprise soit l'institution privilégiée pour la négociation et la conclusion d'accords collectifs d'entreprise apparaît légitime puisqu'il est le lieu par excellence de consultation sur de nombreux thèmes et domaines pouvant ou devant faire l'objet de négociations, parfois obligatoires. Dans les entreprises de moins de deux cents salariés dépourvues de délégués syndicaux, les élus sont les acteurs exclusifs de la négociation, même si un représentant de la section syndicale est désigné. Dès lors que la légitimité élective des représentants des salariés détrône la légitimité purement syndicale dans le mode de désignation des délégués syndicaux, il apparaît justifié que le pouvoir de négocier soit confié aux élus « de préférence à un représentant du syndicat n'ayant pu atteindre le seuil requis pour que sa représentativité soit reconnue »[995]. En l'espèce, ce dispositif règle donc la concurrence entre élus et interlocuteur syndical dans l'entreprise en faveur des élus. Cette situation peut faire craindre une marginalisation de l'action syndicale. Elle peut également engendrer « une forme d'instrumentalisation de l'accord, négocié au titre du droit des salariés à la négociation collective » selon Madame Cécile Nicod, quand on constate que les thèmes réservés à la négociation avec les élus touchent à l'organisation du travail et à l'activité productive[996]. Quant aux attributions « classiques » du comité d'entreprise, on peut penser qu'elles doivent être respectées, même quand sa délégation du personnel a vocation à négocier avec la direction. Dans ces conditions, la consultation de l'institution élue devrait avoir lieu quand l'objet de la négociation concerne son champ de compétence, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière[997], avant que soit entamée la négociation avec cette même institution élue.

267. Le comité d'entreprise est élevé au rang de lieu reconnu et attitré pour la négociation. Il s'agit là d'une évolution majeure - si l'on considère son rôle historique et traditionnel de contrôleur externe de la décision patronale, exercé dans le cadre d'une procédure purement consultative -, mais cohérente, compte tenu de la mission qui lui incombe d'assurer et de défendre les intérêts collectifs des salariés au sein de l'entreprise et du constant renforcement de ses attributions par la loi et la jurisprudence depuis sa création[998].

993 Dispositif institué à titre expérimental par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JO* 26 juin. V. A. Mazeaud, préc., *Droit social*, 2009, p. 669.

994 Article L. 3122-2 du Code du travail.

995 C. Nicod, préc., *Droit ouvrier,* 2009, p. 219, spé. p. 224.

996 *Ibid.*, spé. p. 223.

997 Cass. soc. 5 mai 1998, *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

998 Une partie de la doctrine prône d'ailleurs un élargissement du pouvoir de négocier du comité d'entreprise au nom d'une meilleure articulation entre l'activité du comité et de la négociation collective. V. F. Petit, Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? Pour la mise en place d'un « conseil d'entreprise », accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux, *Revue de droit du travail,* 2010, p. 76. Dans cet article, l'auteur propose d'ouvrir ce pouvoir à l'institution élue en matière de GPEC et en matière d'accords dits de méthode, ces derniers ayant été expressément exclus par la loi du domaine de compétence du comité acteur de la négociation.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Doit-on déceler dans ces nouvelles attributions l'influence diffuse, d'une part, des pratiques observées au niveau communautaire - particulièrement celles du développement des accords conclus par le comité d'entreprise européen -, et d'autre part, du droit de l'Union européenne selon lequel la participation des travailleurs induit une information et une consultation des travailleurs « en vue d'aboutir à un accord »[999] ? Elles paraissent en tout cas, selon nous, pouvoir s'inscrire dans « l'esprit de coopération » auquel représentants des travailleurs et employeurs doivent se conformer selon les prescriptions communautaires. A tout le moins ces attributions tendent vers une convergence des procédures de consultation et de négociation. Une convergence que l'on constate à l'étude d'autres dispositifs du droit français qui vont dans le sens de cette prescription communautaire - sans pour autant s'y conformer – et constituent le signe d'une évolution vers un modèle de représentation alliant représentations élective et syndicale.

B. Des perspectives

268. A l'opposé du droit de l'Union européenne dans lequel les processus de consultation et de négociation peuvent être reliés[1000], le droit français de la représentation du personnel préserve cette distinction, et ce malgré la capacité dont dispose la représentation élue d'assurer la fonction de négociation. Dans le cas où la représentation élue est appelée à négocier, elle le fait à l'exclusion de son droit à consultation, laissant intacte la séparation établie entre les deux processus. Ce n'est donc pas la consultation mais bien la négociation avec les élus qui peut permettre d'aboutir à un accord.

Si la France n'a toujours « pas tenu compte de ces « consultations en vue d'aboutir à un accord » »[1001], les interventions les plus récentes du législateur gravitent autour de cette idée, sans jamais s'en emparer. Il s'agit moins de mises en conformité avec le droit communautaire que des perspectives d'évolution de notre droit, influencé semble-t-il par le niveau européen. Ces évolutions vers le modèle de la « consultation en vue d'aboutir à un accord » sont palpables dans les nouvelles modalités de désignation des représentants des travailleurs dans l'entreprise (1), ainsi que dans la faculté offerte aux acteurs de la négociation de convenir par accord des mesures sociales d'un projet de licenciement collectif (2).

1. L'instance unique de représentation du personnel

269. Le rôle de négociateur dévolu au comité d'entreprise, en plus de sa fonction de consultation, nourrit une position doctrinale déjà ancienne qui vise à la création d'un organe spécifique qui regrouperait des représentants élus par les salariés et d'autres désignés par des syndicats (a). Si le législateur n'a pas, à ce jour, repris cette thèse, ses plus récentes interventions tendent vers un rapprochement entre institutions représentatives élues et désignées (b).

a. Une idée récurrente

[999] Article 4.2 e) de la directive 2002/14/CE ; article 7.2 de la directive 2001/23/CE ; article 2.1 de la directive 98/59/CE.

[1000] La consultation devant être menée « en vue d'aboutir à un accord » (art. 4.2 e de la directive 2002/14/CE par exemple), elle induit nécessairement une négociation.

[1001] S. Laulom, préc., *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005, p. 65.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

270. L'idée de regrouper les instances de représentation du personnel est apparue dans la décennie quatre-vingts et est, depuis, régulièrement évoquée. Elle s'est d'ailleurs traduite par la création de la délégation unique du personnel[1002], mise en place par la loi quinquennale du 20 décembre 1993[1003]. Ce dispositif permet à l'employeur, dans les entreprises de moins de deux cents salariés et après consultation des représentants du personnel, de décider que les délégués du personnel forment la délégation du personnel au sein du comité d'entreprise. Les deux représentations élues demeurent mais il n'y a plus qu'une seule élection. En aucun cas, il n'y a « fusion » des institutions puisqu'aux termes de l'article L. 2326-3 du Code du travail, « les délégués du personnel et le comité d'entreprise conservent l'ensemble de leurs attributions ». En outre, il s'agit d'une organisation des seules représentations de source élective, dont la mission se limite donc à celle de présenter aux employeurs les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires pour les délégués du personnel[1004], et à assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte de leurs intérêts pour le comité d'entreprise[1005]. La fonction de négociation collective ne relève pas de ce dispositif, sauf dans le cas d'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise tel que prévu à l'article L. 2232-21 du Code du travail.

Au-delà de la réunion des seuls représentants élus, une partie de la doctrine et des experts soutient une unification de l'ensemble des instances de représentation de l'entreprise, élue et syndicale (a.2), à l'instar des modèles adoptés dans certains Etats membres (a.1).

a.1. Des dispositifs originaux dans les Etats membres

271. Chaque droit de la représentation du personnel est indissociable de l'histoire propre à chaque pays. L'observation des systèmes juridiques voisins révèle la diversité des approches et des techniques de prise en compte des points de vue d'une communauté de travailleurs dans les décisions économiques de l'entreprise. Nous nous proposons de décrire les modes de représentation de deux pays limitrophes qui, à l'inverse de la France, n'ont pas choisi d'attribuer à des acteurs distincts les manifestations de la participation des salariés (information, consultation, négociation). Il s'agit de l'Italie, qui a mis en place un canal unique de représentation, et de l'Espagne qui a décidé d'octroyer à l'institution élue l'exercice de la négociation collective[1006].

272. Evoquons d'abord le cas de l'Italie, pays où la répartition des compétences entre les différentes institutions représentatives et la détermination de leurs attributions relèvent des conventions collectives interprofessionnelles et de branche. L'évolution de son droit montre que le pays a glissé, de la coexistence entre deux modes de représentation élue et syndicale, vers un modèle de canal unique dont les fonctions sont cumulativement celles de l'information, de la consultation et de la négociation. Après la seconde guerre mondiale, des « commissions internes » élues par l'ensemble du personnel ont prospéré dans les entreprises. Elles ont disposé du pouvoir de négociation collective avant que des accords, en 1953 et 1966, entre l'organisation patronale *la Confindustria* et les syndicats (CGIL, CISL,

1002 Articles L. 2326-1 à L. 2326-3 du Code du travail.

1003 Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *JO* 21 décembre.

1004 Article L. 2313-1 et s. du Code du travail.

1005 Article L. 2323-1 et s. du Code du travail.

1006 Pour une histoire détaillée de la représentation du personnel dans les pays de l'Union voir : *L'Europe des représentants du personnel et de leurs attributions économiques,* Commission européenne, 1996, supplément 3.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

UIL) ne limitent leurs fonctions qu'à une seule consultation. En 1970, la loi dite « Statut des travailleurs » a reconnu la présence, l'organisation et l'activité des syndicats dans l'entreprise par la constitution de « représentations syndicales d'entreprise » (RSA). Ces dernières cohabitèrent avec les institutions élues[1007] au sein des entreprises avant de les absorber, d'une certaine façon, puisqu'elles étaient déclarées RSA : il en résultait un canal unique pour une double représentation.

De cette confusion, un besoin pour que soient définies des règles et procédures permettant de garantir une représentation équilibrée entre les syndicats et les catégories de salariés s'est fait sentir. Ce fut chose faite par le protocole des confédérations syndicales du 1er mars 1991 qui créa le RSU[1008], dénomination des représentations. Ce protocole maintient la double nature de la représentation : les RSU sont considérées comme une institution syndicale tandis que les élections sont ouvertes à tous les salariés. Tous les représentants doivent être élus par vote secret mais une distinction est faite entre ceux (deux tiers) auxquels les sièges sont attribués proportionnellement aux votes et les autres (le tiers restant) répartis équitablement entre les organisations syndicales. Le projet de protocole a été précisé par les protocoles et accords interprofessionnels du 23 juillet 1993[1009] et du 20 décembre 1993 qui reconnaissent à la négociation d'entreprise un rôle complémentaire à la négociation de branche et prévoient l'existence de procédures d'information, de consultation et de contrôle. Ces fonctions sont dévolues au RSU qui réunit l'ensemble des représentants élus et désignés.

273. L'Espagne, à la différence de l'Italie, dispose d'un système de représentation de forme duale. L'élection d'un comité d'entreprise *(comité de empresa)* est obligatoire dans les établissements dont l'effectif est d'au moins cinquante salariés[1010], tandis que celle de délégué du personnel est prévue dans les entreprises de dix à quarante-neuf salariés. Comme en France, ces représentants élus ont des compétences en matière économique, n'ont pas de pouvoir de décision en la matière, et participent à la gestion des œuvres sociales[1011]. Mais, à la différence du droit français, ils disposent également d'un rôle de négociation des conventions d'entreprise, parallèlement aux syndicats qui peuvent désigner des délégués et constituer des sections syndicales dans les entreprises d'au moins deux cent cinquante salariés[1012].

C'est la loi n° 8 du 10 mars 1980 sur le Statut des travailleurs (*Ley Estatuto de los Trabajadores* – ET) qui institua la représentation « unitaire », constituée des délégués du

1007 Ces institutions étaient connues sous divers noms comme conseil de fabrique (*consiglio di fabrica*) ou conseil d'entreprise (*consiglio d'azienda*) par exemple. Les « commissions internes » avaient quant à elles disparu.

1008 *Rappresentanze sindacali unitarie* (Représentations syndicales unitaires).

1009 Ce protocole est un épisode très important de la concertation sociale de l'histoire italienne. Il a été récemment renouvelé par un accord interprofessionnel, l'accord du 22 janvier 2009 sur la réforme de la structure contractuelle. Toutefois, cet accord n'ayant pas été signé par la confédération syndicale la plus importante, sa portée reste incertaine. V. M. Corti, La transposition de la directive sur l'information et la consultation des travailleurs en droit italien : tradition ou trahison ?, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 467 ; P. Loi, A. Lo Faro, La représentation des travailleurs sur les lieux de travail en Italie est-elle encore un monopole syndical ?, *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 221.

1010 Article 62 de *Ley Estatuto de los Trabajadores* –ET.

1011 Notons que ces instances ne sont composées que de représentants de salariés.

1012 La présence de sections syndicales et de délégués syndicaux dans l'entreprise résulte de la loi organique n° 11 sur la liberté syndicale *(Ley Organica de libertad sindical* – LOLS).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

personnel et du comité d'entreprise. Elle reconnut également le droit pour les travailleurs « de participer à la gestion de leur entreprise par le truchement de leurs organes de représentations »[1013] tout en légitimant la négociation collective au niveau de l'entreprise par les deux représentations, unitaire et syndicale[1014]. Le comité d'entreprise a des attributions économiques qui relèvent donc de l'information, de la consultation et de la négociation puisqu'il est habilité à négocier les conventions d'entreprise en formant à cet effet, avec les représentants de l'employeur, une commission de négociation[1015]. Néanmoins, les relations de l'institution élue avec les syndicats sont très étroites car la quasi-totalité des représentants est élue sur listes syndicales[1016] et, à l'instar des pratiques sociales françaises, la frontière entre les fonctions du syndicat et de l'institution élue est ténue dans l'entreprise, provoquant de nombreuses interférences entre les missions des divers représentants[1017].

Ces exemples sont invoqués par une partie de la doctrine qui propose une réflexion sur l'idée d'une instance unique de représentation en France, mêlant représentation élue et syndicale.

a.2. Une piste proposée en France

274. L'évolution du comité d'entreprise vers un organe de négociation conduit des auteurs[1018] à prôner une refondation des règles de fonctionnement de l'institution élue tendant vers une « homogénéité de la délégation des salariés »[1019]. Ainsi est née l'idée d'un « organe spécifique de négociation dans l'entreprise qui regrouperait, selon des modalités à déterminer et en entourant sa création de précautions juridiques, des représentants élus par les salariés et d'autres désignés par les syndicats »[1020]. Cette réflexion résulte du

1013 Article 61 de l'ET.

1014 Article 87.1 de l'ET.

1015 Article 88 de l'ET.

1016 Aux élections professionnelles, peuvent présenter des candidatures les syndicats et les électeurs d'un groupe.

1017 *L'Europe des représentants du personnel et de leurs attributions économiques,* Commission européenne, 1996, supplément 3, spé. p. 76.

1018 P.-H. Antonmattei, Négociation collective et CE : vivement demain, *Les Cahiers Lamy du CE*, 2002 ; A. Arseguel, préc., *in Mélanges dédiés au Président Despax,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401, spé. p. 425. Outre ces positions doctrinales, on peut citer les propositions du Centre des jeunes dirigeants qui dès 1988, avançait la mise en place d'un conseil d'entreprise. Sans condition d'effectif, ces conseils seraient élus dans les entreprises et outre les attributions des institutions élues, ils disposeraient d'une compétence à négocier les accords d'entreprise sur la base d'une majorité de leurs membres élus (v. A. Arseguel, préc., *in Mélanges dédiés au Président Despax,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401, spé. p. 426 pour une présentation détaillée de ce dispositif). V. également F. Petit, préc., *Revue de droit du travail,* 2010, p. 76. Cet auteur propose une fusion entre l'institution du délégué syndical et du délégué du personnel, dont les compétences se chevauchent, par la création d'un nouveau représentant élu qu'il appellerait le « représentant syndical du personnel ». Ce dernier permettrait d'abaisser les seuils permettant l'existence d'une présence syndicale – à partir de onze salariés - et pourrait « aussi participer à un renouveau de la négociation collective, cette dernière devenant possible dans un plus grand nombre d'entreprises ». Monsieur Franck Petit propose en outre que le représentant syndical du personnel siège au comité d'entreprise avec la possibilité de voter, au même titre que les élus.

1019 G. Lyon-Caen, Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective, *Droit social,* 2003, p. 355, spé. p. 356.

1020 A. Arseguel, préc., *in Mélanges dédiés au Président Despax,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 401, spé. p. 425.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

constat que « ni le modèle syndical ni le modèle électif ne paraît fonctionner seul »[1021], leur complémentarité devant l'emporter sur leur autonomie[1022].

275. Si cette affirmation est exacte, l'instance unique n'est pourtant pas la seule piste proposée par la doctrine et les praticiens pour permettre une participation du comité à la négociation collective, sans remettre en cause son rôle d'observateur et de force de proposition dans les domaines économiques, sociaux et professionnels.

Il est prôné d'abord l'organisation d'une « articulation vertueuse » et « ordonnée des différentes instances », dont chacune s'inscrirait « dans un champ de compétences clair et indiscutable »[1023]. Cette organisation, plus nécessaire selon l'auteur que la création d'une instance unique, devrait se traduire par une clarification des missions de chaque instance pour éviter tout mélange ou toute interférence « des pouvoirs dévolus à chacune d'entre elles »[1024].

La complémentarité des différentes institutions représentatives pourrait également être organisée par la faculté qu'a le comité d'entreprise d'en appeler à la direction, pour qu'à l'initiative d'un syndicat, une question fasse l'objet d'un accord collectif conclu avec les organisations syndicales représentatives en présence du secrétaire du comité dûment mandaté. Cette démarche, qui prendrait la forme d'une résolution votée par le comité à l'occasion d'une de ses réunions en application de l'article L. 2325-18 du Code du travail, ferait suite à une demande d'investigation ou d'expertise des délégués syndicaux au comité d'entreprise dans le cadre de leurs prérogatives communes[1025].

Une autre position défendait l'idée de mettre en place une concertation obligatoire entre l'institution élue et l'institution désignée, par le jeu d'une « navette sociale »[1026]. En effet, si l'intervention des représentations élue et syndicale, ainsi que leur articulation, sont déjà rendues obligatoires par la Cour de cassation[1027], ce mécanisme n'organise pas de concertation entre les représentants à cette occasion. Dans le strict respect des attributions de chacune des deux représentations, un enchaînement de leurs interventions était alors proposé. Ainsi, quand le projet d'accord concernait son domaine d'intervention[1028], le comité d'entreprise saisi en premier lieu devait communiquer ses observations, non seulement à l'employeur, mais également aux organisations syndicales appelées à négocier le projet

1021 *Ibid.*

1022 V. A. Supiot, *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe,* Flammarion, 1999, spé. p. 303. Monsieur Alain Supiot prône la complémentarité des systèmes de représentation qui « doit être pensée comme celle d'un support réciproque. Les syndicats ont besoin de relais au sein des entreprises, dont la légitimité peut passer par la voie élective ; inversement la représentation d'entreprise doit pouvoir s'appuyer sur des instances de coordination à un niveau plus élevé pour pallier les effets de « corporatisme d'entreprise » ».

1023 G. Bélier, Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? Un choix nécessaire entre clarification des rôles et confusion, *Revue de droit du travail,* 2010, p. 76.

1024 Une clarification des compétences des différentes institutions représentatives du personnel est également encouragée par le Centre d'Analyse Stratégique, qui se prononce aussi pour la promotion du système de délégation unique du personnel. V. Centre d'Analyse Stratégique, *Améliorer la gouvernance d'entreprise et la participation des salariés*, La Documentation française, 2010, p. 138, http://www.strategie.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_27_Gouvernance_web.pdf.

1025 T. Grumbach, Monopole syndical, contenu et négociation des accords de méthode, *Droit social,* 2006, p. 325.

1026 D. Boulmier, Consultation et négociation : la navette sociale, un remède à la pesanteur, *Droit ouvrier,* 1998, p. 350.

1027 Cass. soc. 5 mai 1998, *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

1028 Article L. 2323-6 et s. du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'accord. Dans ces conditions, ce dispositif aurait certes permis le développement de la négociation autour des propositions syndicales, mais aussi autour des propositions formulées par les élus. Parallèlement, les représentants désignés auraient fait part aux élus de l'état de leurs travaux à l'issue des négociations et du projet définitif d'accord, sur lequel le comité d'entreprise aurait pu être conduit à formuler un avis. De la nature de cet avis, auraient dépendu les modalités de conclusion de l'accord : un avis négatif de l'institution élue conduisant à la nécessaire signature de l'accord par un ou plusieurs syndicats majoritaires aux élections professionnelles. Ces réflexions, menées en 1998 et qui proposaient d'organiser une complémentarité des missions des représentations au sein de l'entreprise, n'ont pas abouti ; le législateur ayant depuis profondément réformé la représentativité syndicale.

276. Inversement, l'idée de l'instance unique a trouvé un écho puisqu'elle a d'abord été reprise dans le rapport de la commission Virville. C'est ainsi qu'après la conclusion d'un accord collectif d'entreprise, « les entreprises ou établissements de plus de cinquante salariés à deux cent cinquante salariés se verraient (…) offrir la possibilité de fusionner les comités d'entreprise, les délégués du personnel et les délégués syndicaux au sein d'une instance unique, le conseil d'entreprise, exerçant les attributions de ces trois institutions (…). Exerçant l'ensemble des attributions des trois instances, le conseil d'entreprise pourrait notamment négocier des accords d'entreprise. Ces accords seraient alors signés par l'employeur et le délégué syndical de chacune des organisations syndicales représentées dans le conseil et choisi parmi les membres élus. Celles-ci conserveraient bien entendu leur autonomie de signature. Le conseil d'entreprise pourrait également choisir de conclure des accords à la majorité de ses membres élus, sous réserve que cette modalité de négociation ait été prévue par l'accord organisant son fonctionnement. Dans cette hypothèse, l'accord devrait alors avoir été approuvé par l'ensemble des délégués syndicaux présents dans l'entreprise, ou, en l'absence de représentation syndicale, avoir été validé par une commission paritaire de branche »[1029].

Plus récemment encore, Monsieur Raphaël Hadas-Lebel proposait l'idée du conseil d'entreprise unique dans les petites et moyennes entreprises[1030] et avançait deux options pour la mise en place de cette instance. La première de ces options consistait à rapprocher les institutions existantes sans procéder à une fusion des fonctions. Cette instance serait devenue « le lieu d'expression collective des délégations syndicales ainsi que l'espace des négociations des accords d'entreprise, mais ces derniers [seraient] conclus dans les conditions de droit commun avec les délégués syndicaux présents dans l'entreprise, ou, à défaut, avec les représentants élus »[1031]. La seconde option visait à créer une instance unique « transformée en lieu de négociation et de délibération sur les accords ». Elle serait « intégralement élue par les salariés [et] serait la seule instance de négociation mais aussi de délibération sur les accords, qui seraient conclus à la majorité des voix des membres

[1029] M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace. Rapport au ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité*, La Documentation française, 2004, proposition n° 24, http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000015/0000.pdf. Le Medef s'inscrit également dans cette direction puisqu'il prône l'institution d'une seule instance de dialogue social. « Cette instance doit se voir confier les différentes fonctions qui sont actuellement réparties entre les délégués du personnel (réclamations), les membres du comité d'entreprise (information, consultation) et les délégués syndicaux (négociation) à l'exclusion des fonctions très spécifiques du CHSCT » : Guide de lecture comparée des propositions du Medef et des propositions du rapport Virville, *Medef, Direction des relations sociales*, 2004.

[1030] R. Hadas-Lebel, *préc.,* La Documentation française, 2006, p. 106, http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000364/0000.pdf.

[1031] *Ibid.*, p. 108.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

des salariés du conseil » et la participation des délégués syndicaux à la négociation et à la conclusion des accords « supposerait leur élection à l'instance unique »[1032]. Cette dernière proposition, dont l'objectif est le développement de la représentation et de la négociation dans l'entreprise, conduit à une mise à l'écart de la représentation syndicale au profit d'une représentation strictement élective.

Toutes ces réflexions, orientées principalement vers une approche conventionnelle du droit de la représentation du personnel, restent des propositions. Si elles étaient adoptées, elles modifieraient en profondeur notre système de relations professionnelles en provoquant un bouleversement des finalités mêmes des pouvoirs des représentations en relation avec les pouvoirs de l'employeur. Elles entraîneraient une remise en cause du « partage » entre, d'une part, information et consultation et, d'autre part, négociation collective[1033]. Mais ces propositions n'auraient-elles pas déjà trouvé un certain écho, même indirect, dans la dernière grande réforme de la négociation collective de 2008 ?

b. L'approche originale de la loi du 20 août 2008

277. S'il est vrai que la réforme de la négociation collective issue de la loi n° 2008-789 ne consacre en aucun cas l'idée d'un canal unique, elle opère, par ses dispositions, une juxtaposition des représentants qui tend vers une « unicité de la représentation du personnel issue du jeu électoral »[1034]. Les trois institutions constituant l'ossature de notre système de représentation du personnel sont préservées. Toutefois, leurs nouveaux modes de désignation pour l'une (b.1) et l'exercice de certaines de leurs fonctions pour les autres (b.2) les rapprochent.

b.1. Un rapprochement entre mandat syndical et mandat électif

278. La représentation du syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés est toujours assurée par le délégué syndical. En revanche, les conditions de sa désignation ont été bouleversées[1035].

Auparavant, la reconnaissance de la représentativité suffisait à donner pouvoir au syndicat pour désigner tout salarié de son choix. Désormais, en plus de devoir constituer une section syndicale pour nommer un délégué syndical, le syndicat représentatif a obligation

[1032] *Ibid.*, p. 109.

[1033] J.-C. Javillier, Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail, *in Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 219, spé. p. 241.

[1034] S. Néron, La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 426, spé. p. 429.

[1035] La Cour de cassation a considéré que le critère d'audience électorale issu de la loi n° 2008-789, qui conditionne la représentativité syndicale et la désignation à la fonction de délégué syndical, est conforme aux normes supranationales et internationales, et particulièrement aux conventions n° 98 et 135 de l'OIT, à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne et à l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Cass. soc. 14 avril 2010, n° 09-60.426 et 09-60.429. V. J.-M. Béraud, Les nouvelles règles sur la représentativité : l'évaluation de la Cour de cassation, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 276 ; Entretien avec J.-F. Akandji-Kombé, *Semaine sociale Lamy,* 2010, n° 1142 ; F. Champeaux, Tonnerre de Brest a-t-il fait long feu ?, *Semaine sociale Lamy,* 2010, n° 1142 ; L. Pécaut-Rivolier, La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens, *Droit social,* 2010, p. 647 ; B. Gauriau, Brest : suite et fin, *JCP S,* 2010, 1259 ; *RJS,* 2010, n° 529 ; P. Bonneau, A. Coeuret, La représentativité syndicale à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité, *Semaine sociale Lamy*, 2010, n° 1447.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de choisir ce dernier « parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants »[1036]. Par ailleurs, si aucun candidat ne remplit ces conditions, le syndicat pourra alors désigner un délégué parmi les autres candidats, ou à défaut, parmi ses adhérents au sein de l'entreprise ou de l'établissement[1037]. Si le seuil électoral requis n'implique pas nécessairement que la personne choisie en qualité de délégué syndical ait été élue, ces nouvelles dispositions auront pour conséquence qu'en pratique, très souvent, le délégué syndical sera un représentant élu du personnel.

Ces conditions de désignation du délégué syndical tendent donc bien à gommer la distinction entre les institutions élues et désignées. Une atténuation de la distinction entre les représentations est confirmée par le fait que, selon les textes, le mandat syndical est mis en cause à chaque nouvelle élection. L'article L. 2143-11 alinéa 1 du Code du travail dispose en effet que « le mandat du délégué syndical prend fin lorsque l'ensemble des conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 2143-3 et à l'article L. 2143-6 cessent d'être réunies ». Le délégué syndical n'est plus nommé pour une durée indéterminée. Il devra, pour conserver son mandat, se présenter à chaque élection et obtenir au moins 10 % des suffrages exprimés dans son collège[1038]. Il en va de même pour le représentant syndical au comité dans les entreprises d'au moins trois cents salariés[1039] dont la désignation par les organisations syndicales est subordonnée au fait qu'elles aient « des élus au comité d'entreprise »[1040]. Cette condition implique une reconduction de ce mandat à la seule hypothèse que l'organisation qui l'a désigné obtienne à nouveau des élus au comité. En outre, la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 2009[1041], a confirmé la mutation opérée par la loi qui privilégie la source élective comme caractéristique de la représentation. Alors que dans sa rédaction antérieure à la réforme de 2008, le Code du travail ouvrait le droit de désignation d'un représentant syndical aux seules organisations syndicales représentatives[1042], cette condition de représentativité n'est désormais plus requise, « les

[1036] Article L. 2143-3 du Code du travail. La même règle s'applique en matière de désignation du délégué syndical supplémentaire dans les entreprises de cinq cents salariés ou plus puisque ce dernier « est désigné parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants » (C. trav. art. L. 2143-4). La Cour régulatrice décide que la représentativité syndicale pour la désignation d'un délégué syndical s'apprécie en priorité au regard des résultats du premier tour des élections du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, l'audience recueillie par les organisations syndicales aux élections des délégués du personnel ne pouvant être prise en compte que s'il n'est pas tenu dans l'entreprise des élections au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel : Cass. soc. 13 juillet 2010, n° 10-60.148.

[1037] Article L. 2143-3 al. 2 du Code du travail.

[1038] F. Petit, préc., *Droit ouvrier,* 2009, p. 22, spé. p. 31.

[1039] L'article L. 2143-22 du Code du travail prévoit que dans les entreprises de moins de trois cents salariés, le délégué syndical est de droit le représentant syndical au comité d'entreprise.

[1040] Article L. 2324-2 du Code du travail.

[1041] Cass. soc. 8 juillet 2009, *Bull.*, V, n° 179, n° 09-60.015, *RJS,* 2009, n° 808 ; Droit du travail (1) mai 2009 –août 2009, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 342 ; L. Pécaut-Rivolier, Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs à la loi du 20 août 2008, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1408.

[1042] Précisons que cela est toujours le cas pour la désignation du représentant syndical au comité central d'entreprise puisque l'article L. 2327-6 du Code du travail, qui n'a pas été modifié par la loi du 20 août 2008, vise les seules organisations syndicales représentatives.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

nouvelles dispositions de l'article L. 2324-2 (…) [donnant] le droit à chaque organisation ayant des élus, sans autre condition, de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement », selon la Cour de cassation. L'unique condition exigée – qui « ne porte atteinte à aucun des droits et libertés garantis par la Constitution »[1043] - étant que le syndicat ait « au moins deux élus au sein de ce comité »[1044], tout accord imposant une condition supplémentaire de représentativité étant « contraire aux dispositions de ce texte [l'article L. 2324-2] qui impose uniquement d'avoir des élus au comité d'entreprise »[1045].

Les règles issues de la loi du 20 août 2008 semblent donc instituer un lien entre les mandats désignatifs et les élections professionnelles. Ce lien est également perçu dans les dispositions concernant le représentant de la section syndicale puisque la loi prévoit que son mandat « prend fin, à l'issue des premières élections professionnelles suivant sa désignation, dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif dans l'entreprise »[1046].

279. Ce lien établi, se pose alors la question des modalités de cessation des mandats désignatifs affectés par le résultat des élections[1047]. Cette cessation intervient-elle de plein droit suite à la proclamation des résultats électoraux ou nécessite-t-elle une révocation judiciaire ?

La Cour de cassation fait application des deux mécanismes. Elle s'est déjà prononcée en faveur de la cessation de plein droit d'un mandat désignatif dans de très nombreuses situations :

- en cas de reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale, qui emporte la cessation des mandats tant électifs[1048] que syndicaux, comme il semble résulter d'une décision de la Chambre sociale du 29 avril 2009[1049] ;
- concernant le délégué syndical supplémentaire. Sur le fondement de l'article L. 412-11 - devenu l'article L. 2143-4 du Code du travail[1050] -, alors applicable, la Cour a jugé que « le mandat du délégué syndical supplémentaire désigné par un syndicat compte tenu des résultats qu'il a obtenus à une élection cesse lors de l'élection suivante »[1051]. Sur cet arrêt, le rapport annuel de la Cour précise d'ailleurs que « (…) dans la mesure où la désignation du délégué syndical supplémentaire est directement liée aux résultats de chaque élection, il est proposé de consacrer une solution prétorienne affirmée récemment dans un arrêt rendu le 18 novembre 2008 (pourvoi n° 08-60.397) en précisant dans la loi que le mandat du délégué supplémentaire est d'office caduc lors des élections suivantes. Il peut être proposé de modifier l'article L. 2143-4 du Code du travail en le complétant par l'alinéa suivant : « Le mandat du

1043 Ass. plén. 18 juin 2010, n° 10-14.749, *Semaine sociale Lamy*, 2010, n° 1453.

1044 Cass. soc. 4 novembre 2009, *Bull.*, V, n° 240, n° 09-60.066, *RJS*, 2010, n° 60 ; *Droit ouvrier*, 2010, p. 250.

1045 Cass. soc. 10 mars 2010, n° 09-60.282. V. *JCP S*, 2010, act. 164 ; L. Pécaut-Rivolier, G. Loiseau, L'entre-deux de la représentativité syndicale, *Semaine sociale Lamy,* 2010, n° 1438. Dans cette décision, la Cour de cassation juge également que « les nouvelles dispositions de l'article L. 2342-2 du Code du travail sont applicables, à compter du 22 août 2008, aux désignations tant au comité d'entreprise qu'au comité d'établissement ». Elles concernent donc les désignations de représentant syndical ayant lieu à compter de la publication de la loi portant rénovation de la démocratie sociale, tant au comité d'entreprise qu'au comité d'établissement, également dans les entreprises de trois cents salariés et plus qui n'ont pas encore procédé à de nouvelles élections depuis le 22 août 2008.

1046 Article L. 2142-1-1 al. 3 du Code du travail.

1047 A. Brice, Le sort des mandats désignatifs liés aux résultats des élections professionnelles, *Droit social*, 2009, p. 1222.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

délégué syndical supplémentaire prend fin à l'expiration du mandat des membres du comité d'entreprise élus lors du scrutin ayant donné lieu à sa désignation » »[1052].

Les éléments en faveur de la cessation des mandats désignatifs consécutive aux résultats électoraux ne manquent donc pas, tant du côté de la Cour de cassation que des dispositions législatives qui conditionnent désormais le maintien des mandats syndicaux à l'obtention d'une audience électorale minimale[1053]. Pourtant, dans un arrêt du 17 juin 2009, les magistrats de la Haute juridiction ont pu décider que « la perte des conditions de validité d'un mandat de représentant syndical auprès du comité central d'entreprise n'emporte pas cessation de plein droit de ce mandat, mais constitue un élément nouveau de nature à entraîner sa mise en cause dont tout intéressé peut se prévaloir en saisissant le juge avant l'expiration du délai de quinze jours suivant la date à laquelle il a eu connaissance de ce fait nouveau »[1054]. Les faits de cette espèce étant antérieurs à la réforme de 2008, l'application d'une telle décision aux mandats des représentants syndicaux désignés postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 se posait. Des voix semblaient en tout cas douter de l'application de la procédure de révocation judiciaire[1055], compte tenu des liens désormais établis entre désignation du représentant syndical au comité d'entreprise et résultats. La Cour de cassation ne confirma pas sa position choisie en juin 2009. Le 10 mars 2010, dans une affaire dont les faits étaient postérieurs à 2008, elle décidait, sur le fondement des articles L. 2342-2 et R. 2324-24 du Code du travail, que « le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution »[1056]. Les juges ont donc déduit que « tout intéressé peut faire constater l'expiration du mandat sans que puisse lui être opposé le délai [de 15 jours] prévu par l'article R. 2324-24 du Code du travail ».

La cessation des mandats syndicaux à l'occasion des résultats électoraux semble donc privilégiée, conformément au Code du travail (C. trav. art. L. 2143-11 al. 3 pour les délégués syndicaux[1057] ; C. trav. art. L. 2142-1-1 pour les représentants de la section syndicale) et à la position de la Cour de cassation (Cass. soc. 10 mars 2010 précité pour les représentants syndicaux au comité d'entreprise). Le lien de la légitimité syndicale à l'audience électorale établi par le législateur en 2008 s'en trouve renforcé.

280. On peut percevoir dans ces innovations la volonté du législateur d'accorder une préférence aux représentants de source élective, révélant une « évolution profonde dans la perception des modes d'investiture des agents de négociation au niveau de l'entreprise »[1058]. Si les délégués syndicaux, directement désignés par les syndicats, ont

[1053] Article L. 2143-11 al. 1 du Code du travail pour le délégué syndical, article L. 2142-1-1 al. 3 du Code du travail pour le représentant de la section syndicale.

[1054] Cass. soc. 17 juin 2009, n° 08-60.582.

[1055] L. Pécaut-Rivolier, Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel (2e trimestre 2009), *Semaine sociale Lamy,* 2009, n° 1419 ; A. Brice, préc., *Droit social,* 2009, spé. p. 1222.

[1056] Cass. soc. 10 mars 2010, n° 09-60.347, *JCP S*, 2010, act. 165 ; *RJS,* 2010, n° 440 ; F. Signoretto, Le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise: un mandat à durée déterminée, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 453 ; obs. L. Pécaut-Rivolier, *Droit social*, 2010, p. 600.

[1057] Concernant le délégué syndical supplémentaire, des dispositions similaires à cet article sont proposées par la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2008.

[1058] G. Borenfreund, La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, *Droit social*, 2004, spé. p. 613.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

toujours la mission de négocier les accords collectifs avec l'employeur, leur légitimité est de moins en moins syndicale et de plus en plus élective, ce qui n'est pas sans rappeler les modèles d'instance unique de représentation du personnel proposés aux gouvernements de 2004 et 2006 évoqués *supra* [cf. n° 274 et s.].

b.2. Un rapprochement par les fonctions des représentants

281. La suggestion d'un canal unique de représentation du personnel dans l'entreprise transparaît également dans l'article L. 2232-21 du Code du travail, modifié par l'article 9 de la loi du 20 août 2008. Rappelons qu'aux termes de cet article, dans les entreprises de moins de deux cents salariés, en cas de carence de délégué syndical ou de délégué du personnel désigné en tant que tel, des accords peuvent être conclus par des élus au comité d'entreprise ou par la délégation unique, ou à défaut, par le délégué du personnel. Dans un tel cas, on relèvera que le législateur n'a pas prévu de mandatement ou de désignation. La situation est tout autre dans les entreprises d'au moins deux cents salariés dépourvues de délégué syndical et dotées de représentants élus puisque dans cette hypothèse, c'est le représentant de la section syndicale, et non les élus, qui dispose de la faculté de négocier avec l'employeur[1059]. Alors pourquoi une telle différenciation comme déjà évoquée et relevée par certains auteurs ? « Tout cela est-il raisonnable ? (…) où est l'impératif de clarté et d'intelligibilité de la loi ? » s'interrogeait Madame Marie-Armelle Souriac[1060].

282. Une réponse se situe peut-être dans le choix, par le législateur, du seuil de deux cents salariés. Un choix qui s'applique à la délégation unique du personnel, dispositif qui permet la réunion du comité d'entreprise et des délégués du personnel dans une même entité. Or, si les conditions de l'article L. 2232-21 sont réunies, le pouvoir de négociation doit donc être dévolu à la délégation unique du personnel, sous réserve que l'employeur ait fait le choix de mettre en place ce dispositif dans l'entreprise, conformément à l'alinéa 1 de l'article qui le prévoit expressément[1061]. Une hypothèse qui conduirait en pratique à une seule instance représentative dans l'entreprise, dotée des fonctions de réclamation des délégués du personnel, de consultation du comité d'entreprise, et de négociation des syndicats.

Ainsi, si l'intervention des élus comme agents de la négociation demeure subsidiaire, elle démontre que le législateur ne s'oppose pas à une « fusion » des institutions représentatives de notre système au sein d'une instance unique de source élective. Une telle disposition participe à rapprocher institutions élues et désignées. D'ailleurs, il est intéressant de constater que les premières enquêtes effectuées sur la mise en place de la délégation unique du personnel ont conduit à s'interroger sur une hypothétique fin du système dual de notre représentation[1062]. Elles montrent, en effet, que la distinction délégués du personnel - comité, dans le cadre de ce dispositif, est artificielle et relève

1059 Article L. 2143-23 al. 1 du Code du travail.

1060 M.-A. Souriac, préc., *Revue de droit du travail,* 2009, p. 14, spé. p. 23.

1061 Article L. 2232-1 al. 1 du Code du travail : « Dans les entreprises de moins de deux cents salariés, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise ou l'établissement, ou de délégué du personnel désigné comme délégué syndical dans les entreprises de moins de cinquante salariés, les représentants élus du personnel au comité d'entreprise ou à la délégation unique du personnel ou, à défaut, les délégués du personnel peuvent négocier et conclure des accords collectifs de travail (…) ».

1062 J.-P. Le Crom, *préc.,* Syllepse, 2003, p. 152.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'un « pur formalisme ». Si l'obligation légale de tenir deux réunions séparées[1063] est en général respectée, l'essentiel de l'activité de la délégation unique consiste à traiter des questions relevant de la compétence du comité d'entreprise, auxquelles viennent s'ajouter des thèmes comme ceux du temps de travail ou des salaires, thèmes appartenant au domaine d'intervention de la négociation avec les syndicats[1064].

283. Le droit français de la représentation du personnel préserve encore dans l'entreprise son dispositif historique de séparation des institutions élues et désignées, pourvues d'attributions propres et distinctes. Ce double canal connaît pourtant quelques turbulences, dues à l'intervention du législateur. Sans le remettre en cause, ce dernier participe à un mélange des fonctions de négociation et de consultation et crée une convergence entre les deux procédures en plaçant l'élection au cœur de la détermination des acteurs de la représentation syndicale. Faut-il percevoir dans cet enchevêtrement des attributions une influence, certes diffuse, du droit communautaire ? Si celui-ci laisse les Etats membres libres de décider du droit des travailleurs à l'information et à la consultation à s'exprimer au travers d'une représentation du personnel élue ou désignée, syndicale ou non, il prescrit que la consultation ou la négociation doivent avoir lieu en vue d'aboutir à un accord. Dans ces conditions, comme le soutient Monsieur Pierre Rodière, « le droit communautaire ne s'opposerait pas, en particulier, à ce que [l'organe de représentation des travailleurs désigné par le droit national] soit composé sur une base mêlant élection par les salariés et désignation par les syndicats »[1065].

2. La négociation des mesures sociales d'une restructuration

284. Nous l'avons vu, en droit de l'Union européenne, les droits à l'information et à la consultation des travailleurs, accomplis par leurs représentants, sont souvent associés à une négociation collective. C'est notamment le cas dans les procédures de licenciements dont les conséquences sociales doivent faire l'objet, selon l'article 2.1 de la directive 98/59/CE, d'une consultation « en vue d'aboutir à un accord »[1066]. Or, en droit français, « aboutir à un accord » n'est pas la finalité de la consultation par l'employeur du comité d'entreprise. La consultation se démarque de la procédure de négociation dont le but est précisément la recherche d'un accord. Sur ce plan, la conformité de notre législation au droit communautaire n'est toujours pas acquise (a) malgré certaines de ses dispositions tendant vers une négociation autour du plan de sauvegarde de l'emploi (b).

a. Des droits divergents

285. Le droit français a profité de l'ambiguïté de la rédaction de la directive sur les licenciements collectifs pour conserver son dispositif, et pour ne mettre en œuvre qu'une simple obligation de consulter le comité d'entreprise dans les procédures de licenciements collectifs pour motif économique. (a.1). Désormais, la Cour de justice de l'Union européenne

[1063] Article L. 2326-3 al. 2 du Code du travail : « Les réunions des délégués du personnel et du comité d'entreprise se tiennent au moins une fois par mois sur convocation de l'employeur. Elles ont lieu à la suite l'une de l'autre selon les règles propres à chacune des instances ».

[1064] J.-F. Amadieu, N. Mercier, La délégation unique du personnel, une chance pour notre système de représentation ?, *Travail et emploi*, 1997, n° 73, p. 91.

[1065] P. Rodière, préc., *Droit social,* 2007, p. 1015, spé. p. 1024.

[1066] Article 2.1 de la directive 98/59/CE. La directive 2001/23/CE relative au transfert d'entreprises prévoit également de telles dispositions dans son article 7.2 ; nous aborderons dans ce développement le seul cas des licenciements collectifs.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

impose une consultation des représentants des travailleurs dont l'objet est la recherche d'un accord avec l'employeur (a.2).

a.1. Une forme de participation spécifique à la directive ?

286. Le paragraphe 1 de l'article 2 de la directive 98/59/CE précise que « lorsque l'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 ».

Ces consultations doivent porter 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 aux reclassements ou à la reconversion des travailleurs licenciés », aux termes du paragraphe 2 du même article. Par ailleurs, conformément au paragraphe 3, l'employeur doit fournir au cours de ces consultations un ensemble de renseignements qui incluent « les critères envisagés pour le choix des travailleurs à licencier » et la « méthode de calcul envisagée pour toute indemnité éventuelle de licenciement autre que celle découlant des législations (…) nationales ». L'objet de la négociation ainsi que la particularité des renseignements devant être fournis orientent l'intervention des représentants des travailleurs vers les mesures d'accompagnement des licenciements, plus que dans la prise de décision de licencier en tant que telle.

Les modalités de cette intervention apparaissent ambiguës compte tenu de l'association dans la directive de deux processus qui sont dissociés dans le droit français[1067]. Alors qu'il incombe au comité d'entreprise d'être informé et consulté sur la marche générale de l'entreprise, le droit à la négociation collective appartient aux syndicats. Certes, la consultation et la négociation présentent des similitudes puisqu'elles impliquent toutes deux des discussions, un dialogue qui doit se nouer entre partenaires sociaux et une obligation d'information des représentants des travailleurs à la charge de l'employeur. Par ailleurs, dans le cadre de la consultation, l'obligation de l'employeur de répondre aux suggestions des représentants élus prévue aux articles L. 2323-4 et L. 1233-33 du Code du travail participe d'un échange pouvant s'assimiler à une forme de négociation. L'aboutissement des deux processus est cependant radicalement différent. La négociation impose la recherche d'un accord, même si les parties sont libres de ne pas conclure. La consultation ne requiert pour l'employeur que la réception de l'avis des représentants des travailleurs avant qu'il ne prenne sa décision. Un accord collectif ne peut donc résulter d'une telle procédure.

Malgré la distinction entre consultation et négociation, la directive décide de les associer dans une formulation évoluant entre ces deux notions, imposant en conséquence « des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord ». Celles-ci doivent-elles alors se rattacher au processus de la consultation, à celui de la négociation, ou entendent-elles imposer « une forme spécifique de participation »[1068] ? Le droit communautaire, qui renvoie la définition des représentants des travailleurs aux Etats membres, ne permet pas de nous renseigner sur les acteurs amenés à connaître cette procédure.

287. Par ailleurs, si la directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation n'apporte pas de réponse claire, elle permet de considérer

[1067] S. Laulom, préc., *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 41.

[1068] S. Laulom, *L'harmonisation en droit social communautaire : les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, Thèse Paris X, 1996, p. 43.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

qu'il existe une distinction entre simple consultation et consultation en vue d'aboutir à un accord. Le texte impose en effet cette dernière pour un certain nombre de décisions et réserve la simple consultation à d'autres. La directive prévoit ainsi explicitement que les « décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail (…) » doivent faire l'objet d'une « consultation [qui] s'effectue (…) en vue d'aboutir à un accord (…) »[1069]. Alors qu'une consultation seule suffit à recouvrir « l'évolution probable des activités de l'entreprise (…) et de sa situation économique » et « la situation, la structure et l'évolution probable de l'emploi (…) »[1070]. C'est la Cour de justice de l'Union européenne qui opéra un éclaircissement quant à cette notion.

a.2. L'obligation de négocier imposée par la Cour de justice de l'Union européenne

288. La Cour de justice de l'Union européenne exerce un contrôle sur la qualité de la transposition des directives dont les normes doivent permettre une unité d'interprétation du droit social entre les Etats membres. Elle s'applique à procéder à un contrôle du résultat obtenu, apprécié au regard des objectifs poursuivis par la directive, quel que soit le moyen utilisé pour y parvenir[1071]. Elle veille à ce que les Etats membres se conforment aux dispositions imposées par les directives « tant sur le terrain de la généralité de la norme que sur celui de son efficacité »[1072]. Son influence est particulièrement sensible dans les secteurs où le droit communautaire est constitué de dispositions cadres et de principes généraux[1073], comme l'est la directive 2002/14/CE par exemple. Elle s'est ainsi prononcée sur la conformité des transpositions nationales des dispositions communautaires relatives à la participation des travailleurs, notamment par ses arrêts célèbres rendus en 1994[1074] et 2005[1075] ; elle a permis une clarification des notions utilisées dans les directives relatives au transfert d'entreprises et aux licenciements collectifs.

289. Dans ses décisions du 8 juin 1994, la Cour condamnait le droit britannique qui avait transposé les obligations d'information et de consultation des directives sans prévoir des modes obligatoires de désignation des représentants des travailleurs, laissant leur reconnaissance à la seule volonté de l'employeur. La Cour de justice, dont le contrôle se fonde sur la nécessité d'assurer une « protection comparable des droits des travailleurs dans les différents Etats membres »[1076], estimait que cette décision allait à l'encontre des exigences communautaires.

290. Dans ces mêmes décisions, elle se prononçait également sur la définition de la consultation au sens de la directive sur les licenciements collectifs. La Commission

[1069] Article 4.4 e) de la directive 2002/14/CE.

[1070] Article 4.2 de la directive 2002/14/CE.

[1071] M.-A. Moreau, Le contrôle des directives par la Cour de justice des Communautés européennes. A propos de deux arrêts du 8 juin 1994 concernant le Royaume-Uni, *RJS*, 1995, p. 3. V. également G. Lyon-Caen, Le Royaume-Uni, mauvais élève ou rebelle indomptable, *Droit social,* 1994, p. 923.

[1072] M.-A. Moreau, préc., *RJS*, 1995, p. 3, spé. p. 4.

[1073] S. Robin-Olivier, L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes sur le droit social français, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale,* 2003, p. 149.

[1074] CJCE 8 juin 1994, aff. C-382/92 et C-383/92, Commission c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

[1075] CJCE 27 janvier 2005, aff. C-188/03, Junk.

[1076] Point 16, CJCE 8 juin 1994, aff. C-383/92.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

avait en effet soulevé, parmi ses griefs, la transposition[1077] incomplète des dispositions relatives à la consultation contenues à l'article 2.1, au motif qu'elle obligeait simplement l'employeur à consulter les représentants des syndicats, à écouter leurs observations et à y répondre, alors que la directive impose une consultation en vue d'aboutir à un accord. La Cour accueillait ce grief et relevait que la loi de transposition introduisait seulement une obligation de consulter les représentants des travailleurs sans exiger la recherche d'un accord[1078]. Le fait pour l'employeur de consulter les représentants des travailleurs sur des licenciements envisagés, de « prendre en considération » leurs observations, d'y répondre et, s'il écarte ces observations, d'« en indiquer le motif » comme le prévoyait le droit britannique, n'est pas conforme à l'obligation de consultation « en vue d'aboutir à un accord » prescrite par la directive. La directive relative aux licenciements collectifs impose donc aux partenaires sociaux une procédure de négociation des conséquences sociales des restructurations. Distincte d'une simple obligation de consultation, représentants des travailleurs et employeur doivent rechercher un accord. C'est ce qu'affirmait à nouveau la Cour dans son arrêt Junk du 27 janvier 2005.

Cette décision, connue pour avoir consacré l'antériorité de la consultation des représentants des travailleurs sur la décision de l'employeur de résilier les contrats de travail, nous renseigne aussi sur l'objectif des consultations conduites en vue d'aboutir à un accord prévues dans le cadre de la directive du 20 juillet 1998 relative aux licenciements collectifs. Après avoir rappelé que la procédure de consultation est faite pour atteindre cet objectif[1079], elle énonce qu' « il apparaît ainsi que l'article 2 de la directive impose une obligation de négociation »[1080]. La Cour ne donne pas de signification spécifique aux termes « négociation » et « accord ». S'agissant de l'accord, rien ne semble indiquer qu'il soit collectif au sens du droit national ; et peut-être pourrait-il seulement s'inscrire « dans l'horizon du processus de décision comme la recherche d'un consensus que serait à même de dégager la discussion »[1081] entre les partenaires sociaux. Par ailleurs, il n'y a pas d'obligation de résultat[1082]. L'obligation de conclure un accord n'existe pas dans la mesure où la directive de 1998 ne porte pas atteinte aux prérogatives de l'organe de direction[1083]. Dans ces conditions, ne pourrait-il pas être envisagé que la négociation imposée par la Cour de justice ait lieu à l'occasion de la consultation du comité d'entreprise ? Consultation qui serait propice à des échanges et à des discussions entre employeur et élus qui pourraient

1077 La transposition de la directive relative aux licenciements collectifs a été faite par la loi de 1975 sur la protection de l'emploi (*Employment Protection Act*, 1975 – EPA).

1078 Point 36, CJCE 8 juin 1994, aff. C-383/92 : « A cet égard, il suffit de relever que les dispositions de l'EPA n'imposent pas à l'employeur de consulter les représentants des travailleurs « en vue d'aboutir à un accord », comme l'exige l'article 2, paragraphe 1, de la directive (…) ». Il convient de noter que la Cour de justice a procédé à la même condamnation du droit britannique en matière de transfert d'entreprises : point 50, CJCE 8 juin 1994, aff. C-382/92.

1079 Point 42, CJCE 27 janvier 2005, aff. C-188/03, Junk.

1080 Point 43, CJCE 27 janvier 2005, aff. C-188/03, Junk.

1081 E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail,* LGDJ, 2008, p. 49 et s.

1082 N. Moizard, L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, commentaire de la décision de la CJCE 27 janvier 2005, aff. C-188/03, Junk, *RJS*, 2005, p. 503, spé. p. 505.

1083 Point 10, CJCE 12 février 1985, aff. 284-83, Nielsen & Son : « La directive ne porte pas atteinte à la liberté de l'employeur de procéder ou de ne pas procéder à des licenciements collectifs. Son seul objectif est de faire précéder ces licenciements par une consultation avec les syndicats et par l'information de l'autorité publique compétente ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

conduire à la prise en compte de l'avis du comité et, *in fine*, à un résultat négocié. Cette solution ne semble toutefois pas répondre aux exigences communautaires. L'employeur français n'étant absolument pas tenu de négocier avec les représentants élus, sa seule obligation est de les mettre en mesure de formuler un avis motivé. Or, en 1994, la Cour avait clairement précisé que la seule consultation des représentants des travailleurs et l'examen, par l'employeur, de leurs observations ne correspondaient pas à l'obligation de consultation « en vue d'aboutir à un accord », laquelle va bien au-delà de la simple obligation de consulter.

291. Par ces décisions, la Cour de justice participe à l'émergence de références centrales du droit social de l'Union européenne tel le droit à l'information et à la consultation des travailleurs. A l'évidence, ces décisions sont sources de perturbation du droit national dans la mesure où elles ébranlent les dispositifs dédiés à la représentation des travailleurs français fondée sur une distinction des représentants titulaires du droit à la négociation et du droit à la consultation. Si des divergences existent entre les législations française et communautaire, et en dépit de l'absence de transposition, certaines des dispositions du droit national contribuent cependant à en atténuer les différences.

b. Des divergences atténuées

292. Les dispositions du droit français qui vont dans le sens de la directive 98/59/CE concernent d'abord les attributions économiques dévolues au comité d'entreprise. La consultation de l'institution élue en matière de licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours peut conduire à considérer cette procédure « comme un passage obligé vers un consensus »[1084] (b.1). Il s'agit ensuite de l'introduction, en 2005, par le législateur français, d'éléments de négociation qui autorisent la conclusion d'un accord collectif sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, sans que soit mis en cause le rôle prépondérant du comité sur la prise en compte des conséquences sociales de ces licenciements. Sans opérer une transposition de la directive 98/59/CE, ces dispositions ne participeraient-elles pas à un début de mise en conformité de notre droit avec les prescriptions communautaires ? (b.2).

b. 1. L'exigence de la procédure de consultation

293. Le comité d'entreprise, on le rappelle, est doté de pouvoirs exclusivement consultatifs et ses attributions ne lui permettent pas d'achever sa consultation par la conclusion d'un accord collectif. La divergence avec le droit communautaire est ici manifeste. Cependant, le renforcement constant de ses attributions, et plus particulièrement dans les cas de licenciements de dix salariés ou plus sur une même période de trente jours, contribue à atténuer cette différence.

294. Originellement, le licenciement faisait l'objet d'une autorisation administrative. C'est l'Ordonnance de 1945[1085] qui prévoyait ce contrôle pour toutes les formes de licenciement avant que la loi de 1975[1086] ne le réserve aux seuls licenciements collectifs pour motif économique. Dès 1966[1087], un contrôle interne à l'entreprise est mis en place parallèlement au contrôle administratif puisque le comité d'entreprise est désormais

1084 A. Lyon-Caen, Le comité d'entreprise et les restructurations, *Droit social*, 2004, p. 285, spé. p. 289.

1085 Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945, *JO* 23 février.

1086 Loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour motif économique, *JO* 26 février.

1087 Loi n° 66-427 du 18 juin 1966, *JO* 25 juin.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

consulté sur les « mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs »[1088] et par ailleurs « saisi en temps utile des projets de compression des effectifs »[1089]. Cette dernière disposition est aujourd'hui codifiée à l'article L. 2323-15 du Code du travail, qui prévoit également la saisine du comité sur les « projets de restructuration ». Le rôle consultatif du comité d'entreprise est ici affirmé. Puis en 1986[1090], l'autorisation administrative disparaît et le législateur[1091] distingue deux procédures de consultation du comité : la première au titre des articles L. 2323-6 et s. (dite autrefois « du livre IV ») et la seconde au titre des articles L. 1233-28 et s. du Code du travail (dite du « livre III », avant la recodification intervenue en 2008)[1092].

Dans ce cadre, un plan de sauvegarde de l'emploi doit être présenté au comité d'entreprise (C. trav. art. L. 1233-32) lequel doit contenir, depuis la loi du 27 janvier 1993[1093], un dispositif visant au reclassement des salariés (C. trav. art. L. 1233-61 et s.). L'institution élue a droit à l'assistance d'un expert-comptable (C. trav. art. L. 1233-34). Les informations qui doivent être remises au comité sont détaillées (C. trav. art. L. 1233-31) et les délais au sein desquels la procédure doit se dérouler sont précisés (C. trav. art. L. 1233-30). En outre, l'employeur doit une réponse motivée aux suggestions formulées par l'institution élue relatives aux mesures sociales proposées (C. trav. art. L. 1233-33).

Parallèlement aux prérogatives du comité sur les conséquences sociales des licenciements collectifs l'administration, qui ne dispose plus d'aucun pouvoir sur la décision de licencier de l'employeur, peut présenter « toute proposition pour compléter ou modifier le plan de sauvegarde de l'emploi, en tenant compte de la situation économique de l'entreprise »[1094]. Elle peut également constater la carence du plan auprès de l'entreprise même si ce constat n'a aucun effet particulier, à l'exception peut-être de permettre une régularisation de la procédure pour que celle-ci reprenne son cours normal[1095].

On le constate, le comité d'entreprise ne dispose que d'attributions consultatives. Il n'a pas le pouvoir d'empêcher les licenciements, mais seulement la capacité à les accompagner.

295. Cependant, cette consultation particulière n'est pas perçue de façon équivalente aux autres consultations par les employeurs et les représentants du personnel. Son exercice engendre un dialogue, un débat contradictoire entre les élus et l'employeur à propos de l'acte unilatéral qu'est le plan de sauvegarde de l'emploi. Par ailleurs, dans la mesure où la loi du 27 janvier 1993 a ouvert le droit au comité de s'opposer au plan de sauvegarde

1088 Article L. 432-1 al. 1 de l'ancien Code du travail, aujourd'hui article L. 2323-6 du Code du travail.

1089 Article L. 432-1 de l'ancien Code du travail, aujourd'hui article L. 2323-15 du Code du travail.

1090 Lois n° 86-797 du 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement et n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement, *JO* 4 juillet et 31 décembre.

1091 Loi n° 89-549 du 2 août 1989, *JO* 8 août.

1092 Depuis 2005, la loi prévoit toutefois la possibilité d'un aménagement conventionnel de ces deux procédures, conformément à l'article L. 1233-21 du Code du travail.

1093 Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, *JO* 30 janvier. La disposition de cette loi qui sanctionne par la nullité la procédure marquée par l'insuffisance ou l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi est issue d'une initiative parlementaire, un amendement ayant été inséré dans la loi. V. F. Gaudu, Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte, *Droit social*, 2010, p. 151, spé. p. 154.

1094 Article L. 1233-57 du Code du travail.

1095 Article L. 1233-52 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de l'emploi en saisissant la justice, l'employeur recherchera la formalisation d'un accord, au cours de la consultation, pour réduire la probabilité d'un contentieux judiciaire. L'article L. 1235-10 du Code du travail énonce en effet que la « procédure de licenciement est nulle tant qu'un plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 et s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés ». Une procédure de licenciement peut donc être annulée par le juge judiciaire[1096]. En revanche, l'insuffisante information-consultation des représentants du personnel n'entraîne pas de nullité[1097]. La Cour de cassation, dans sa jurisprudence dite « La Samaritaine »[1098], a étendu la nullité affectant le plan de sauvegarde aux « licenciements prononcés par l'employeur qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif (…) ». Cette voie de recours ouvre la possibilité au comité d'entreprise de faire recommencer la procédure en cas de plan de sauvegarde insuffisant, à défaut de pouvoir peser assurément sur son contenu. Outre la voie de la nullité, le comité dispose de la faculté de saisir le juge des référés au cours de la procédure, en cas d'irrégularité, conformément à l'article L. 1235-7 du Code du travail.

Le contrôle judiciaire du licenciement économique est donc fort : alors que le juge des référés peut suspendre la procédure s'il estime que le comité n'a pas bénéficié d'une information suffisante pour se faire une opinion éclairée sur le motif économique présenté, il peut également prononcer la nullité d'un plan de sauvegarde de l'emploi soumis à l'institution élue si celui-ci ne contient pas des mesures précises, concrètes et effectives. Cette capacité de saisine du juge par le comité d'entreprise en vue de faire respecter les règles de procédure encourage la direction à rechercher et obtenir un accord, la consultation pouvant alors se muer en une concertation.

Ce renforcement, constant, des attributions économiques de l'institution élue lors de licenciements collectifs et le contrôle de la Cour sur le plan de sauvegarde de l'emploi ont conduit des auteurs à déceler dans la procédure de consultation une exigence de démonstration posée à l'employeur[1099]. La consultation est « de nature à stimuler des démarches explicatives et démonstratives qui accompagnent l'exercice du pouvoir » et le juge des référés s'impose comme « tuteur de la conduite de ce processus d'explication

[1096] Cass. soc. 17 mai 1995, Everite, *Bull.,* V, n° 159, n° 94-10.535, *Droit ouvrier,* 1995, p. 220 ; G. Couturier, *Recueil Dalloz*, 1995, p. 436 ; concl. P. Lyon-Caen, *Droit social,* 1995, p. 574 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 512.

[1097] Cass. soc. 12 novembre 2008, n° 07-43.242 : « (…) Mais attendu, d'abord, que seule l'absence de plan de sauvegarde de l'emploi ou l'insuffisance de celui-ci entraîne la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique ; que l'irrégularité de la procédure consultative permet seulement d'obtenir la suspension de la procédure de licenciement, tant qu'elle n'est pas achevée par la notification des licenciements ou, à défaut, la réparation du préjudice subi à ce titre, dans les termes de l'article L. 1235-12 du code du travail ; qu'il en résulte que la nullité de la procédure de licenciement n'est pas encourue à ce titre lorsque, comme en l'espèce, sa suspension n'a pas été demandée avant son achèvement (…) ».

[1098] Cass. soc. 13 février 1997, La Samaritaine, *Bull*., V, n° 64, n° 96-41.874 et 96-41.875 : « Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 321-4-1, alinéa 2, du Code du travail la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel, qui doivent être réunis, informés et consultés ; qu'il en résulte que la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et qu'en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L. 321-4-1 susmentionné, sont eux-mêmes nuls (…) ». V. obs. G. Couturier, *Droit social*, 1997, p. 249 ; A. Lyon-Caen, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 171 ; P. Moussy, *Droit ouvrier,* 1997, p. 91 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 514.

[1099] E. Lafuma, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 139 et s.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

et de justification »[1100]. L'auteur (l'employeur) de la décision (le projet de licenciement) est donc redevable d'une argumentation[1101]. En découleraient donc des règles de procédure relatives au licenciement économique « une obligation de s'expliquer (de motiver) » pour l'employeur selon les termes de Gérard Lyon-Caen estimant que l'« on va vers un principe général du Droit, selon lequel tout acte doit être motivé pour être valable »[1102].

296. L'importance accordée à la procédure de consultation du comité d'entreprise et à la concertation qui doit en résulter aurait pu déboucher sur la reconnaissance d'une véritable obligation de négocier, qui pouvait s'appuyer sur la directive de 1975, modifiée en 1998. Ce ne fut pas le choix du législateur. Au mépris des dispositions communautaires, il préféra rester dans le cadre classique de la consultation, « l'absence de pouvoir réel du comité d'entreprise étant contrebalancée par la définition précise (…) du contenu du [plan de sauvegarde de l'emploi] »[1103]. Le droit français persiste donc à ignorer la référence contractuelle accolée à l'obligation de consultation dans la directive, dont la prise en compte conduirait, il est vrai, à une mise en cause de la séparation historique entre les attributions des institutions élues et syndicales dans l'entreprise.

Si les exigences portées par l'obligation de consultation participent à une réduction de la divergence entre droit français et droit communautaire, il n'en demeure pas moins que l'obligation de négocier les conséquences sociales des licenciements fait toujours défaut à notre droit. Les lois successives n'ont pas désavoué les choix primitifs du droit français : le comité d'entreprise est saisi pour émettre un avis qui ne lie pas l'employeur, ce dernier ayant seul la responsabilité d'élaborer des mesures de reclassement. Le recours au contrôle externe du juge permet de pallier à une défaillance de l'information de l'institution élue et à une insuffisance de mesures d'accompagnement[1104]. Pourtant en 2005, le législateur, sans remettre en cause le caractère exclusivement consultatif des attributions du comité d'entreprise, a penché vers une possibilité d'aménagement conventionnel d'un projet de licenciement, et plus particulièrement de ses conséquences sociales, tendant ainsi vers le champ de la négociation prescrit par le droit communautaire.

b. 2. La promotion de la négociation des conditions de mise en place et du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi

297. Dès 2003, le législateur avait initié la faculté d'un accord ayant trait au plan de sauvegarde de l'emploi. Cependant il autorisait seulement une discussion dont l'objet était de déterminer les conditions de la négociation d'un tel plan, et non de ses mesures[1105]. Depuis la loi n° 2005-32, un accord d'entreprise, de groupe, ou de branche, peut déterminer

[1100] B. Laplane, Q. Urban, Les juges et la décision de gestion : un sujet à controverses fécondes, *in Le juge et la décision de gestion,* sous la dir. de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, 2006, p. 5, spé. p. 11.

[1101] E. Lafuma, Le juge et le processus de décisions, *in Le juge et la décision de gestion,* sous la dir. de A. Lyon-Caen et Q. Urban, Dalloz, 2006, p. 55, spé. p. 62.

[1102] G. Lyon-Caen, Le juge et l'entreprise, *Actes du colloque du 27 novembre 1998 organisé par la Cour de cassation,* La Documentation française, 2000, p. 89, spé. p. 94.

[1103] S. Laulom, *préc.*, Thèse Paris X, 1996, p. 70.

[1104] B. Reynes, C. Vicens, Cadre institutionnel des restructurations en France : une nouvelle configuration dans l'espace européen, *Revue de l'IRES,* n° 47, 2005, p. 281, spé. p. 288.

[1105] Article 2 I, alinéa 2 de la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique (*JO* 4 janvier) : « ces accords peuvent aussi déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi prévu à l'article L. 321-4-1 du Code du travail fait l'objet d'un accord ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

« les conditions dans lesquelles l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi prévu à l'article L. 1233-61 fait l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci »[1106]. Une action en contestation contre un tel accord peut être formée dans un délai de douze mois à compter de la date de son dépôt auprès des services compétents (C. trav. art. L. 1233-24 alinéa 2). En outre, dans les entreprises et groupes d'entreprises de trois cents salariés et plus, la négociation sur les conditions et le contenu d'un plan de sauvegarde peut être menée dans le cadre de l'obligation triennale de négocier[1107], ce qui conduit d'ailleurs Monsieur François Gaudu à considérer qu'il est « sans doute vain de chercher à distinguer, par la nature des mesures qu'ils comportent, accords de GPEC, accords de méthode et accords portant sur un plan de sauvegarde de l'emploi »[1108].

Les premiers commentaires des praticiens de ces dispositions faisaient valoir que, depuis fort longtemps, l'obligation de présenter un plan de sauvegarde de l'emploi engendrait des discussions entre employeurs et représentants du personnel, menées en considération des concessions auxquelles consentait chacune des parties[1109]. A ces discussions avec l'institution élue dans le cadre de sa consultation, s'est ajoutée la conduite de négociations collectives d'entreprise avec les organisations syndicales représentatives, portant essentiellement sur le contenu des plans de sauvegarde de l'emploi. La pratique n'était pas nouvelle mais le fait pour les syndicats d'être aux côtés de l'employeur parties prenantes dans la rupture des contrats de travail semblait porter « un changement radical de logique »[1110].

298. Conformément aux prescriptions communautaires, il peut donc être affirmé que le droit français permet que les mesures d'accompagnement d'un licenciement collectif fassent l'objet d'un accord, en l'espèce d'un accord collectif. Mais sa conclusion ne pourra pas intervenir à l'issue « des consultations avec les représentants des travailleurs » prévues par la directive. En droit français, les agents aptes à la consultation ne sont pas ceux compétents pour la négociation et la conclusion d'un accord collectif. Dans ces conditions, la question du sort des prérogatives économiques du comité d'entreprise en présence d'un accord avec les organisations syndicales représentatives établissant un plan de sauvegarde de l'emploi se pose. Certains pressentaient en effet que la procédure d'information et de consultation pourrait être absorbée par la négociation[1111].

299. La Cour de cassation s'applique à préserver les attributions économiques du comité d'entreprise en matière de licenciements collectifs pour motif économique et des conséquences sociales qui en découlent. Ceci, non seulement en présence d'un accord collectif antérieur[1112], mais également en cas d'accord qui serait intervenu sur les conditions

1106 Article L. 1233-22 al. 3 du Code du travail.

1107 Article L. 2242-16 1° du Code du travail.

1108 F. Gaudu, Les accords de méthode, *Droit social*, 2008, p. 915, spé. p. 920.

1109 V. E. Gayat, Accords de méthode, *Droit ouvrier*, 2005, p. 350.

1110 P. Lokiec, *Contrat et pouvoir,* LGDJ, 2004, p. 260, cité par S. Nadal, Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail, *Droit ouvrier,* 2005, p. 303, spé. p. 308.

1111 S. Nadal, préc., *Droit ouvrier,* 2005, p. 303, spé. p. 309 ; P. Rennes, D'un débat majeur à un accord mineur, *Droit ouvrier,* 2005, p. 311.

1112 Cass. soc. 22 février 1995, IBM, *Bull.*, V, n° 68, n° 92-11.566, *Droit social*, 1995, p. 511 : la Cour de cassation décide que l'employeur qui envisage de supprimer des emplois pour motif économique est tenu de respecter les dispositions d'ordre public des

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

du licenciement, comme par exemple sur les mesures de reclassement. L'hypothèse était déjà évoquée à l'article L. 1233-41 du Code du travail qui permet à un plan de sauvegarde de l'emploi de prendre la forme d'un accord collectif. Et, à l'époque, il était déjà affirmé que « l'insistance avec laquelle la Cour de cassation rappelle le rôle du comité d'entreprise et le fait que, même en cas de négociation sur les effets du licenciement, le nécessaire respect de la procédure du licenciement pour motif économique ne soit pas remis en cause confirment (…) que l'existence d'une négociation sur l'emploi ne peut conduire à exclure l'intervention du comité »[1113].

Depuis, la loi de 2005 a consacré la forme négociée du plan. Le rôle du comité d'entreprise dans l'élaboration des mesures sociales qu'entraîne la restructuration a-t-il été modifié ? Non selon nous, puisque les dispositions de l'article L. 1233-22 du Code du travail n'excluent en aucun cas la consultation des institutions représentatives du personnel, les dispositions des articles L. 1233-28 et s. restant applicables. Il doit en aller de même dans le cas où l'accord déterminant le plan de sauvegarde de l'emploi fixerait aussi « les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours », comme l'autorise l'article L. 1233-21. L'accord conclu en application de cet article, s'il aménage les dispositions légales relatives aux attributions économiques du comité d'entreprise dans les procédures de licenciement, ne peut déroger à une série de règles édictées à l'article L. 1233-23 du Code du travail. Or, parmi ces interdictions de déroger, figurent les articles L. 1233-32 et L. 1233-33 du Code du travail assurant l'intervention du comité d'entreprise à l'occasion des conséquences sociales de licenciements. Ainsi, et même en présence d'un accord collectif de méthode organisant la consultation du comité et le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi, la loi garantit aux représentants du personnel la transmission dudit plan, et la mise à l'étude, par l'employeur, de leurs suggestions relatives aux mesures sociales proposées ainsi qu'une réponse motivée de sa part. Cette communication est conforme « aux règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise prévues aux L. 2323-2, L. 2323-4 et L. 2323-5 » qui font également partie des dispositions auxquelles l'accord de méthode ne peut déroger, en application de l'article L. 1233-23 2° du Code du travail. « Une telle solution ne paraît pas illégitime dans la mesure où c'est bien cette instance qui assure la défense permanente des intérêts de la collectivité de travail »[1114].

300. L'existence d'un accord anticipant un plan de sauvegarde de l'emploi ne devrait donc pas exonérer l'employeur de son obligation de soumettre un plan aux représentants élus du personnel et priver ces derniers du droit de l'amender. La Cour d'appel de Toulouse va dans ce sens dans une décision du 30 janvier 2009[1115]. Elle décide que si, en application de l'article L. 1233-22, un accord de méthode peut anticiper le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi, « il ne peut avoir pour effet de régler de façon exhaustive la portée, l'ampleur et les modalités de celui-ci » car « en décider autrement priverait d'objet le processus de consultation des représentants du personnel prévu pas la loi qui permet de

articles L. 1233-3 du Code du travail et suivants, « peu important que ces emplois ne soient supprimés que par la voie de départs volontaires dans le cadre d'un accord collectif d'entreprise ».

1113 P.-Y. Verkindt, De la consultation à la négociation : questions de procédure, *Droit social*, 1998, p. 321, spé. p. 327.

1114 *Ibid.*

1115 CA Toulouse, 30 janvier 2009, n° 08/05784, *Droit ouvrier*, 2009, p. 339 ; *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1411.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

parvenir à l'élaboration définitive du plan »[1116]. Dans ces conditions, poursuivent les juges, « l'accord de méthode qui anticipe le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi constitue un accord-cadre ayant pour objet de garantir les garanties minimum que devra comporter le plan qui sera ultérieurement élaboré par l'employeur et soumis pour discussions aux représentants du personnel ». Dès lors, ils concluent que le plan de sauvegarde ne peut « se confondre avec l'accord de méthode » et qu'en conséquence, « la contestation du plan par les représentants du personnel peut intervenir alors même que le délai de contestation de l'accord de méthode est venu à expiration ». Une telle position ne peut être qu'approuvée car elle garantit le caractère opérant du droit à consultation du comité d'entreprise et sa portée. Les mesures relatives aux conséquences sociales d'un licenciement collectif arrêtées par accord conclu en application de l'article L. 1233-22 ne sauraient constituer des décisions définitives, qui échapperaient à la consultation de l'institution élue et à la procédure afférente.

Par ailleurs, cette décision peut être rapprochée d'un arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2007[1117]. L'affaire en question ne concernait pas le comité d'entreprise mais le droit des salariés licenciés à contester la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi adopté par accord collectif. Alors que le pourvoi soutenait que la cour d'appel avait violé les articles L. 132-1 et s. de l'ancien Code du travail (C. trav. art. L. 2221-2 et s.) en admettant un salarié à agir seul en nullité de l'accord collectif portant sur le plan, la Chambre sociale a fait d'abord observer que « la cour d'appel n'a pas prononcé l'annulation de l'accord collectif sur le plan de sauvegarde de l'emploi mais seulement l'annulation du licenciement d'un salarié, en raison de l'insuffisance de ce plan au regard des exigences légales ». Puis, elle a rappelé que « les personnes licenciées pour motif économique ont un droit propre à faire valoir que leur licenciement est nul au regard des dispositions de l'article L. 321-4-1 [C. trav. art. L. 1235-10, L. 1233-61 et L. 1233-62] du Code du travail » avant de juger que le « salarié à qui ce droit était ouvert, avait donc intérêt à se prévaloir de la nullité de la procédure de licenciement collectif, en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, sans que l'employeur puisse lui opposer le fait (…) que le plan de sauvegarde de l'emploi faisait l'objet d'un accord collectif ».

301. La nature conventionnelle du plan de sauvegarde de l'emploi permise par l'article L. 1233-22 du Code du travail semble donc être sans conséquence, tant sur les droits légaux des salariés que sur ceux de leurs représentants. Les prérogatives du comité d'entreprise dans les procédures de licenciement de plus de dix salariés sur une même période de trente jours apparaissent donc préservées, même dans l'hypothèse où des organisations syndicales représentatives auraient négocié et conclu des dispositions relatives à un plan de sauvegarde. Il en va de même pour les prérogatives de l'administration dont le contrôle qu'elle exerce sur le plan semble devoir demeurer. En effet, et même si cela ne figure pas dans la liste légale des interdictions à déroger figurant à l'article L. 1233-23, « l'ensemble des dispositions relatives au contrôle de l'administration sur la régularité de la procédure et sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi » reste applicable, « sans dérogation possible »,

[1116] Dans cette décision, la Cour s'attache à préserver les attributions consultatives. Précisons qu'un raisonnement juridique similaire avait conduit le Tribunal de grande instance de Paris à annuler un accord de méthode dont le préambule mentionnait que les parties s'engageaient par avance à adhérer à une convention collective. Le Tribunal décidait qu' « il ne saurait être posé en principe, dans le cadre d'un accord dit de méthode (…) que les parties signataires s'engagent, comme en l'espèce, à adhérer par avance à la convention collective applicable au sein du crédit mutuel Centre Est (…), sauf à vider les négociations collectives de leur sens ». V. TGI Paris, 25 octobre 2005, n° 05/10512, *Semaine sociale Lamy*, 2005, n° 1237.

[1117] Cass. soc. 9 octobre 2007, n° 06-41.286, A. Fabre, L'absence de spécificité du plan de sauvegarde de l'emploi adopté par accord collectif, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 723.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

selon la circulaire du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations[1118].

302. L'article L. 1233-22 du Code du travail peut-il apparaître comme une sorte de mise en conformité du droit français avec le droit communautaire en matière de conséquences sociales d'une procédure de licenciements collectifs ? Sur cette question les avis divergent. Certains considèrent qu'il « est quelque peu abusif (…) de justifier les réformes récentes (cf. pérennisation des « accords de méthode » par la loi du 18 janvier 2005, avec le nouvel article L. 320-3 [L. 1233-21]) par la transposition de la directive 98/59 »[1119]. D'autres estiment que l'on peut opérer « un rapprochement avec le droit français, celui-ci [donnant] de plus en plus d'illustrations d'une négociation autour du plan de sauvegarde pour l'emploi »[1120]. En tout état de cause, il ne fait pas de doute que l'obligation pour l'employeur d' « établir et de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourra être évité »[1121] devra être soumise à une consultation conçue « en vue d'aboutir à un accord », la CJUE imposant une obligation de négocier à l'occasion des consultations sur les conséquences sociales des restructurations[1122].

Dans ces conditions, que se passera-t-il si le législateur français ne transpose pas le droit communautaire de façon formelle ?[1123] La France encourt-elle le risque d'une condamnation pour manquement par la Cour de justice ? Car, contrairement à la directive 2002/14/CE qui fait de la recherche d'un accord une simple modalité de la consultation et non un élément de sa définition[1124], la directive de 1998 impose l'obligation de rechercher un accord au titre de normes que les Etats membres doivent, impérativement, introduire dans leur droit national, ce que la France n'a toujours pas fait.

Si ces dispositions ne mettent pas la France à l'abri d'une condamnation de l'Europe, elles participent néanmoins « à la diffusion d'un nouveau modèle du droit social »[1125], plus contractuel, qui peut être de nature à modifier l'intervention du comité d'entreprise.

303. A défaut de procéder à une mise en conformité, le droit français semble ici, à tout le moins, avoir été influencé par le droit communautaire. Celui-ci reconnaît « aux partenaires sociaux un rôle prépondérant en leur permettant de définir librement, par voie

[1118] La circulaire DGEFP-DRT n° 2005-47 du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations (*BO Trav.*, n° 2, 28 février 2006) prévoit en effet dans sa fiche n° 3 intitulée « les accords de méthode (article L. 320-3) » que « sont applicables sans dérogation possible les dispositions relatives au licenciement pour motif économique qui ne sont pas directement liées aux modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise : (…) – l'ensemble des dispositions relatives au contrôle de l'administration sur la régularité de la procédure et sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, à l'information dont elle doit disposer, aux conditions dans lesquelles elle peut formuler des avis ou un constat de carence et à leurs conséquences sur la procédure d'information et de consultation ».

[1119] Obs. M. Bonnechère, *Droit ouvrier,* 2005, p. 416.

[1120] N. Moizard, préc., *RJS*, 2005, p. 503, spé. p. 505.

[1121] Article L. 1233-61 du Code du travail.

[1122] Et en particulier 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 » comme le prescrit le paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 98/59/CE.

[1123] J.-P. Lhernould, L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE, *Droit social*, 2010, p. 893.

[1124] Article 4.4 e) de la directive 2002/14/CE.

[1125] S. Nadal, préc., *Droit ouvrier,* 2005, p. 303.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'accord, les modalités d'information et de consultation des travailleurs »[1126], sous réserve que soient respectées les définitions de l'information et de la consultation. A ce titre, on peut d'ailleurs noter que suite à la recodification du Code du travail, le dispositif permettant l'aménagement conventionnel des modalités d'information et de consultation de l'institution élue et du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi a été placé en tête de la section IV consacrée au licenciement de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, précédant ainsi les dispositions légales relatives à ces matières[1127]. Une marque, s'il en est, de la volonté du législateur de permettre, par la négociation, de fixer à l'avance, les mesures et les opérations qui devront être mises en œuvre lorsque le projet de licenciement se produira, y compris l'exercice de ses attributions économiques par le comité d'entreprise.

Le comité d'entreprise demeure l'institution placée au cœur du dispositif de renforcement des droits des salariés ; cependant il semble que le législateur français choisisse, de plus en plus souvent, la voie du droit conventionnel pour réaliser l'insertion de l'institution élue dans les processus de décision au sein de l'entreprise. On constate d'ailleurs que cette délégation de compétence du législateur aux acteurs de la négociation collective s'opère dans l'objectif de permettre l'association du comité d'entreprise plus en amont des décisions économiques, aux fins d'une participation des salariés au plus près des instances de décisions de l'entreprise.

Titre 2. L'association du comité d'entreprise en amont de la décision économique

304. En 1994, Monsieur Jean-Claude Javillier déclarait : « l'ère du droit hétéronome en matière de représentation et de participation des salariés dans l'entreprise est close ; la dynamique du droit du travail doit l'emporter sur une application statique des normes, fussent-elles relatives aux institutions représentatives du personnel. La voie de l'expérimentation doit être encouragée au besoin en écartant les règles d'ordre public »[1128]. L'abandon de ce modèle figé se perçoit dans les évolutions de la législation tant communautaire que nationale depuis les vingt dernières années. En matière de restructuration, phénomène en constante amplification, il se matérialise en particulier par un changement de posture des acteurs, et donc du comité d'entreprise. Ainsi est-il préconisé, notamment par le niveau communautaire, l'implication conjointe de l'ensemble des parties pour que, dans les entreprises, « le seul moment d'éveil »[1129] ne soit plus celui du licenciement économique. Ce mouvement, souhaité par les instances politiques, se traduit dans le droit des attributions économiques du comité d'entreprise et est déjà perceptible dans les évolutions récentes de ce droit. Mais une question demeure : le législateur œuvre-

[1126] Considérant n° 23 de la directive 2002/14/CE.

[1127] Articles L. 1233-21 à L. 1233-24 du Code du travail réunis dans un paragraphe 1 « Modalités spécifiques résultant d'un accord » de la sous-section 1 « Dispositions générales » de la section IV du chapitre III « Licenciement pour motif économique » du titre III « Rupture du contrat de travail à durée déterminée » du livre deuxième de la première partie du Code du travail.

[1128] J.-C. Javillier, Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail, *in Le droit collectif du travail, Etudes en hommage à Madame le professeur Hélène Sinay,* Peter Lang, 1994, p. 217.

[1129] G. Lyon-Caen, A la recherche des concepts du Livre IV du Code du travail, *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 81, spé. p. 86.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

t-il pour une adaptation du droit de l'institution élue dans la perspective du maintien du droit constitutionnel de participation des travailleurs ou bien son action se réduit-elle, comme l'énonce Monsieur Alain Supiot, « à la mise en formes juridiques d'une pensée gestionnaire » le conduisant à traduire « par exemple (…) « dialogue social » par « consultation du comité d'entreprise » »[1130] ?

Face aux mutations économiques et notamment au phénomène grandissant de restructuration, le législateur français, conscient de la nécessité d'accroître la participation des travailleurs plus en amont du processus décisionnel, a choisi de favoriser l'anticipation. Cette évolution paraît conforme au droit de l'Union européenne, la directive 2002/14/CE déplorant que « les cadres juridiques en matière d'information et de consultation des travailleurs qui existent au niveau communautaire [soient] souvent excessivement orientés vers le traitement *a posteriori* des processus de changement et négligent les aspects économiques des décisions et ne favorisent pas une réelle anticipation de l'évolution de l'emploi au sein de l'entreprise et la prévention des risques »[1131]. De même, la directive 2001/86/CE relative à la société européenne induit une intervention plus en amont du processus décisionnel des représentants des travailleurs quand elle invite à la négociation d'un accord sur « l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise »[1132].

Cette évolution de la législation nationale s'est d'abord traduite, conformément à son mode d'action traditionnel vis-à-vis le comité d'entreprise, par l'adjonction de nouvelles attributions légales en matière économique (I). De cette manière, elle continuait à façonner cette institution au gré d'interventions nombreuses et successives à des fins d'adaptation aux réalités de la vie des entreprises, dans le prolongement des lois Auroux. Cette évolution s'est poursuivie ensuite par l'adoption de la loi n° 2002-13 de modernisation sociale : ce texte, en contribuant à faire ressortir le caractère rigide des procédures organisant les relations employeur-comité, a conduit le législateur à abroger une partie des attributions dévolues aux élus avant de les réintégrer, pour certaines, en modifiant les modalités de leur exercice, alors abandonnées à la négociation collective (II).

I. Une association organisée légalement

305. Le début des années 1990 fut marqué, au plan économique, par une sensibilité nouvelle aux délocalisations[1133]. La mondialisation était devenue la base des stratégies de nombreuses firmes même si les restructurations n'étaient pas un phénomène récent. Cette période se caractérise par l'intensité des mouvements de fusion, d'acquisition et le développement de firmes de dimension mondiale. En France, cette nouvelle donne économique s'est traduite par des licenciements. Les années 2000 ont confirmé ce mouvement de réductions d'effectifs et de délocalisations[1134]. Cette situation d'« insécurité

1130 A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Puf, éd. Quadrige, 2007, p. 246.

1131 Considérant n° 13 de la directive 2002/14/CE.

1132 Article 2 h) de la directive 2001/86/CE.

1133 Sur la période de 1995 à 2001, le nombre d'emplois délocalisés aurait été de 13 500 par an : P. Aubert, P. Sillard, *Délocalisations et réductions d'effectifs en France*, INSEE, 2005, http://www.insee.fr/fr/ffc/docs_ffc/ecofra05b.pdf.

1134 C. Brunel, *Rapport déposé par la commission des Affaires économiques, de l'environnement et du territoire,* 2006, http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-info/i3467.pdf.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

sociale » n'a pas manqué de susciter l'émotion de l'opinion publique, obligeant le gouvernement, nouvellement passé à gauche (1997-2002), à prendre des mesures urgentes afin de limiter, voire interdire, les procédures de licenciement pour motif économique. Le gouvernement prit l'initiative des réformes, concrétisées principalement par la loi relative aux nouvelles régulations économiques (NRE)[1135] et par la loi de modernisation sociale (LMS)[1136], qui, dans le droit fil de la notion de contrôle des lois Auroux, accentuèrent le rôle préventif du comité d'entreprise et son droit de regard, en particulier sur la cause économique.

A. Une insertion plus directe du comité d'entreprise dans le processus de décision

306. La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, a participé à la mutation du comité d'entreprise, entamée en 1982, en « un véritable organe de contrôle de la gestion du chef d'entreprise »[1137], particulièrement dans les entreprises sous forme sociétaire. Jusqu'à cette date, le rôle consultatif de l'institution élue sur les décisions importantes prises par la direction n'avait cessé d'être renforcé par le législateur. Le nouveau texte confirme cette évolution en étendant la mission de contrôle du comité à certaines opérations affectant le capital de l'entreprise. Il réaffirme le choix du législateur de faire de l'institution élue l'outil permettant la participation des salariés aux décisions de gestion qui engagent l'avenir de l'entreprise. Il fait du comité le « partenaire imposé » de l'assemblée des associés[1138](1)et renforce ses droits d'intervention en cas d'offres publiques d'acquisition, tout en lui assurant une participation aux procédures de contrôle des concentrations (2).

1. Le comité d'entreprise dans les organes de la société

307. Avant la promulgation de la loi NRE, le droit du travail et le droit des sociétés coexistaient au sein de la même entité qu'est l'entreprise structurée sous forme de société, mais n'échangeaient que très peu. Quelques dispositions existaient déjà cependant. On peut citer l'article L. 2323-62 du Code du travail (anc. C. trav. art. L. 432-6 al. 1) qui prévoit la présence, avec voix consultative, de deux membres du comité aux séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance[1139] ; ou l'article L. 2323-8 (anc. C. trav. art. L. 432-4 al. 9 à 12) qui impose à la direction d'une part, de communiquer au comité les documents destinés à l'assemblée des actionnaires et, d'autre part, de transmettre les observations de l'institution élue à l'assemblée. Mais ces rapports entre comité et actionnaires sont entretenus sans aucun contact direct.

La loi NRE est allée plus loin en établissant un lien direct entre l'assemblée générale des associés, lieu d'exercice du pouvoir au sein d'une société, et le comité d'entreprise. L'article 99 de la loi a ajouté au Code du travail l'article L. 432-6-1 (devenu l'article L. 2323-67) qui donne au comité d'entreprise le droit de demander en justice la désignation d'un mandataire

1135 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JO* 16 mai.

1136 Loi n° 2002-13 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* 18 janvier.

1137 P. Ortscheidt, Comité d'entreprise (Rôle et attributions économiques), *Répertoire Dalloz de droit du travail*, 1989, n° 14 et s.

1138 B. Saintourens, Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles régulations économiques, *Bulletin Joly Sociétés*, 2002, p. 7.

1139 Comme généralement la société par actions simplifiée ne comporte pas de conseil d'administration ou de surveillance, les statuts doivent préciser l'organe social auprès duquel s'exerce cette participation (C. trav. art. L. 2323-66).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence[1140], et prévoit que deux de ses membres peuvent assister aux assemblées générales[1141].

Une question relative au champ d'application de ces nouvelles dispositions s'est néanmoins posée en raison de la rédaction de l'article L. 2323-67, qui a donné lieu à plusieurs positions doctrinales. Une incertitude réside dans l'utilisation, par cet article, des termes « actionnaire » et « associé ». La qualification légale d'actionnaire est réservée aux sociétés par actions, le terme d'associé étant plutôt utilisé pour les détenteurs de parts sociales des sociétés par actions simplifiées. Quelles sont alors les sociétés dont les assemblées générales sont concernées par la disposition légale ? Pour Monsieur Maurice Cohen, le fait que la loi utilise successivement les mots « actionnaire » et « associé » signifie que ces nouveaux droits ont vocation à s'exercer dans toutes les sociétés commerciales, dont les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées par exemple[1142]. A l'opposé, d'autres auteurs estiment que seuls les comités d'entreprise des sociétés par actions sont visés par l'article L. 2323-67, et ce pour deux raisons : la première est que le législateur envisageait d'attribuer au comité une action, ce qui montrait bien qu'il n'avait jamais raisonné en dehors du cadre des sociétés par actions[1143] ; la seconde est que le fonctionnement des sociétés par actions simplifiées ne suppose pas nécessairement la réunion d'assemblées générales, les statuts pouvant aménager la participation des associés[1144]. La question reste donc entière. A charge pour le législateur de revenir sur sa copie, ou aux juridictions de trancher à l'occasion d'un litige mettant en cause ce champ d'application.

308. Certains comités d'entreprise ont très rapidement mis en œuvre ces nouvelles attributions. Ainsi, dès novembre 2001, un cas de demande de convocation de l'assemblée générale par le comité d'une société anonyme a donné lieu à une première décision de justice[1145], décision qui a permis de préciser la nouvelle prérogative du comité. Dans ce jugement, le juge consulaire a admis l'autonomie de la disposition, qui doit être interprétée « sous l'angle des intérêts dont [le comité] a pour mission d'assurer l'expression », mais sans ignorer l'intérêt de la société qui doit guider les décisions de l'assemblée générale. L'urgence qui conditionne l'exercice du droit par le comité devra certes être appréciée au regard de la situation des salariés, mais également de l'intérêt social. La portée de cette nouvelle disposition nécessitera sans doute d'être nuancée, cette première décision de

1140 Le Code de commerce (article L. 225-103 II 2°) prévoyait déjà, avant mai 2001, la possibilité « pour tout intéressé, en cas d'urgence », de demander la convocation d'une assemblée générale.

1141 Le décret n° 2008-244 du 7 mars 2008 en précise les modalités d'application (articles R. 2323-13 et R. 2323-14 du Code du travail).

1142 M. Cohen, Les attributions économiques des comités d'entreprise depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Droit ouvrier,* 2002, p. 55.

1143 Initialement, le projet de loi prévoyait, pour renforcer l'intervention des salariés dans les décisions de gestion, d'attribuer une action de la société au comité d'entreprise afin de lui accorder l'ensemble des prérogatives dont disposent les actionnaires minoritaires. Mais cette idée fut abandonnée, compte tenu notamment du flou entourant la notion d'actionnaire minoritaire, au profit des prérogatives aujourd'hui inscrites à l'article L. 2323-67 du Code du travail. V. R. Vatinet, De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ?, *Droit social*, 2002, p. 286 ; N. Vignal, Les nouveaux pouvoirs du comité d'entreprise, *Droit et patrimoine*, 2001, p. 69.

1144 Article L. 227-9 du Code de commerce. V. B. Saintourens, préc., *Bulletin Joly Sociétés*, 2002, p. 7.

1145 Tribunal de commerce de Marseille, référé, 7 novembre 2001, *Bulletin Joly Sociétés,* 2002, p. 106.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

justice posant déjà le cadre dans lequel seront examinées les demandes de convocation des représentants du personnel.

309. La loi NRE permet aussi au comité de « requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées » (C. trav. art. L. 2323-67 al. 2), à deux de ses membres d'assister aux assemblées générales, et énonce enfin que « ceux-ci doivent être entendus, lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés » (C. trav. art. L. 2323-67 al. 3).

L'apport de ces mesures semble, ici encore, devoir être nuancé. D'abord, cette participation aux assemblées générales est conçue comme une possibilité à l'initiative des salariés et non comme une obligation de l'employeur. En outre, on peut s'interroger sur les conséquences d'un défaut de convocation des membres du comité, dont il semble qu'il ne serait pas une cause de nullité mais constituerait plutôt un délit d'entrave[1146]. Enfin, l'audition des membres lors des délibérations paraît aussi de portée limitée dans la mesure où elle n'est prévue qu'en cas de délibération « requérant l'unanimité des associés ». Or, l'unanimité n'est requise que dans des rares cas comme, par exemple, le changement de nationalité de la société[1147]. On en déduit *a contrario* que dans les autres cas, les membres du comité assistant à l'assemblée n'ont pas à intervenir, ce qui limite considérablement l'intérêt de cette mesure.

Les attributions du comité d'entreprise au sein des organes sociétaires, bien que demeurant consultatives, semblent aller plus loin que sa classique consultation. Elles offrent la faculté à l'institution élue d'être entendue par les actionnaires et, de ce fait, d'accroître sa capacité d'influence sur la prise de décision. Mais tous les comités d'entreprise ne sont pas égaux devant ces dispositions. Leur application est en effet sans objet selon la forme de la société, et particulièrement celle qui exclut toute procédure délibérative, comme la société simplifiée unipersonnelle dotée d'un seul président. De ce fait, les élus se trouvent, au surplus, privés de la garantie d'information que leur assure l'article L. 2323-63 du Code du travail[1148].

2. Le comité d'entreprise face aux organes de la société

310. Toujours dans une volonté de prendre en compte les intérêts des salariés, un renforcement de l'intervention du comité lors d'opérations de concentrations d'entreprises (a) et d'offres publiques d'acquisition (b) a été organisé. L'implication de l'institution élue dans ces opérations de rapprochement d'entreprises s'est traduite par la création de dispositifs spécifiques et distincts du droit commun du fonctionnement des comités.

a. L'information du comité d'entreprise en cas de concentration

311. La loi NRE a créé une procédure spécifique d'intervention en cas d'opération de concentration de grande ampleur. Ce dispositif, codifié à l'article L. 2323-20 du Code du travail, s'ajoute à celui de l'article L. 2323-19 qui prévoit l'information et la consultation du comité sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise. Nous nous intéresserons en premier lieu aux opérations visées, ainsi qu'aux parties intéressées à ces opérations – qui semblent nombreuses - (a.1), avant d'aborder les possibilités

1146 R. Vatinet, préc., *Droit social*, 2002, p. 286.

1147 Article L. 222-9 du Code de commerce.

1148 A. Lyon-Caen, Le pouvoir en droit du travail et droit des sociétés. A propos du licenciement dans une SAS, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 494.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'intervention de l'institution élue dans ce domaine qui, à l'inverse, apparaissent limitées (a.2).

a.1. Les opérations visées et les parties intéressées

312. Aux termes de l'article L. 430-1 du Code de commerce, les opérations de concentration sont les fusions, les prises de contrôle (par tous moyens permettant d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise) et la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Mais selon les termes de l'article L. 2323-20, l'information et le dispositif prévus ne concernent que deux sortes d'opérations de grande importance :

- D'abord les concentrations au sens de l'article L. 430-2 du Code de commerce.
  Depuis la loi du 4 août 2008[1149], trois cas de concentrations sont visés par cet article, dont celles pour lesquelles, d'une part, le chiffre d'affaires mondial total de l'ensemble des entités parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros et, d'autre part, le chiffre d'affaires total réalisé en France par au moins deux entités concernées dépasse 50 millions d'euros[1150].
- Ensuite les opérations de dimension communautaire au sens du règlement CE n° 139/2004[1151]. Parmi ces opérations décrites à l'article 1, figurent celles pour lesquelles le chiffre d'affaires total mondial est supérieur à 5 milliards d'euros, et pour lesquelles le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union européenne par au moins deux entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros.

313. L'importance du champ d'application de l'article L. 2323-20 s'est vérifiée à l'occasion d'un contentieux relatif à la détermination des « parties à l'opération de concentration ». Aux termes dudit article, « lorsqu'une entreprise est partie à telle opération de concentration », l'employeur doit réunir le comité « au plus tard dans un délai de trois jours » à compter de la publication par le ministre chargé de l'Economie du communiqué relatif à la réception de la notification de l'opération de concentration par les entreprises concernées - ou de son équivalent établi par la Commission européenne en cas de contrôle communautaire. Ce délai, s'il est compatible avec le délai de convocation du comité d'entreprise (C. trav. art. L. 2325-16), ne l'est pas, en revanche, avec celui de huit jours minimum posé par l'article L. 2327-14 du Code du travail pour la convocation du comité central d'entreprise. Une réponse ministérielle recommande le respect du délai de huit jours, et non celui de « trois jours au plus » de l'article L. 2323-20 du Code du travail[1152]. Le ministère justifie sa position par l'observation selon laquelle la loi du 15 mai 2001 n'a pas apporté d'exception, ni de restriction aux règles applicables à la convocation du comité central d'entreprise. Cette position est peu satisfaisante car elle tend à ignorer la spécificité des dispositions relatives à l'information des représentants du personnel dans les opérations de concentration. Car cette spécificité est réelle. En effet, l'article L. 2323-20 apporte une restriction aux règles communes de convocation de l'institution élue puisqu'il prévoit sa réunion « au plus tard dans un délai de trois jours », et non « trois jours au moins avant la séance » comme le prescrit l'article L. 2325-16 du Code du travail. Il permet donc, potentiellement, une réduction du délai de convocation de l'institution élue. Dès lors, on suppose que le délai de convocation du comité central d'entreprise pourrait, de la même façon, être abrégé. Par ailleurs, si l'on devait considérer, à l'instar du ministère, que l'article L. 2323-20 doit être appliqué strictement, le comité central d'entreprise ne relèverait plus du dispositif

[1152] Rep. min. Affaires sociales, travail et solidarité n° 12808, *JOAN* Q 2 juin 2003, p. 4241.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

instauré par cet article, puisque ce dernier ne vise que le comité d'entreprise. Un tel raisonnement doit être écarté, tant il paraît contraire aux objectifs de la loi NRE tendant vers une information accrue et rapide des salariés, par le biais de leurs représentants, lors des opérations de concentration[1153]. Un éclaircissement du législateur en la matière serait donc le bienvenu.

Quelles sont les « parties à une opération de concentration » mentionnées par l'article L. 2323-20 ? S'agit-il de toutes les entreprises concernées par le projet, ou seulement de celles qui acquièrent et qui sont acquises ? A ces interrogations, le Tribunal de grande instance de Nanterre a eu à répondre. Il l'a fait en s'appuyant sur les textes communautaires en matière de concentration. Ainsi, aux termes du règlement CE n° 802/2004, l'expression « parties à l'opération » désigne « à la fois la ou les parties qui acquièrent et la ou les parties qui font l'objet de l'acquisition, ou les parties qui fusionnent, y compris toutes les entreprises dans lesquelles est acquise une participation de contrôle (…). Sauf dispositions contraires, les expressions « partie(s) notifiante(s) » et « partie(s) à la concentration » englobent toutes les entreprises appartenant aux mêmes groupes que les « parties » »[1154]. Sur ce fondement, le tribunal décide que « le vocable « entreprises parties à la concentration » ne se réduit pas aux seules parties qui ont procédé à la notification ou qui interviennent à « l'opération », mais inclut nécessairement les sociétés contrôlées directement ou indirectement par les parties actrices de l'opération de concentration, et qui contribuent à l'entité objet de la concentration »[1155]. Au-delà de l'interprétation des textes européens, cette solution apparaît donner un plein effet au dispositif visant à l'information du comité dans les opérations de concentration, notamment quand la société acquise (une société mère de filiales) était, comme en l'espèce, « une holding, purement financière sans aucune représentation du personnel ».

Les comités d'entreprise des filiales des sociétés acquises et acquérantes relèvent donc du champ d'application de l'article L. 2323-20 du Code du travail. En conséquence, ils devraient également pouvoir, en tant que comité d'une entreprise « partie à l'opération de concentration », exercer l'ensemble des attributions spécifiques dévolues à l'institution élue en la matière.

a.2. Les possibilités d'intervention du comité d'entreprise

314. L'entreprise, partie à une opération de concentration, convoque le comité d'entreprise après la publication de la notification de l'opération. La réunion intervient donc postérieurement à la prise de décision et n'a qu'une valeur informative pour le comité[1156]. Mais celui-ci dispose de moyens pour assurer son information en décidant, au cours de la réunion obligatoire, de faire appel à un expert rémunéré par l'entreprise, dans les conditions prévues à l'article L. 2325-35 3° du Code du travail. L'expert mandaté dispose alors du droit d'accéder aux documents de toutes les sociétés intéressées par l'opération[1157]. Dans ce cas, une deuxième réunion, pour laquelle aucun délai relatif à sa tenue n'est prévu, doit avoir lieu pour entendre les résultats des travaux de l'expert.

1153 J.-F. Louis, Délai de consultation du comité d'entreprise lors d'une opération de concentration, *JCP E*, 2004, 1768.

1154 Point 1.6 de l'annexe I du règlement CE n° 802/2004 du 21 avril 2004, *JOCE* L 133 du 30 avril 2004.

1155 TGI Nanterre, ord. réf., 30 novembre 2007, n° 07/02764. V. F. Vélot, A quelles conditions une société est-elle partie à une opération de concentration ?, *Semaine sociale Lamy,* 2008, n° 1353.

1156 Le comité aura néanmoins été consulté préalablement, en application de l'article L. 2323-19 du Code du travail.

1157 Article L. 2325-37 al. 2 du Code du travail.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

315. Le rôle confié à l'institution élue s'exerce au sein de l'entreprise, mais également devant le Conseil de la concurrence. Les comités des entreprises parties à l'opération ont le droit, à leur demande, d'être entendus par lui s'il a fait l'objet d'une saisine pour avis par le ministre chargé de l'Economie. Ce droit constitue une réelle innovation en permettant un prolongement, à l'extérieur de l'entreprise, de la position du comité sur l'opération de concentration[1158]. Il manifeste la volonté du législateur que soient pris en compte les aspects sociaux de l'opération. On constate que le comité d'entreprise est, formellement mais de plus en plus souvent, invité à participer quand le droit économique induit des conséquences sociales, bien qu'il soit permis de s'interroger sur le poids de ses observations sur la décision finale du Conseil.

Ce constat vaut également pour l'échelon communautaire, les salariés ayant vocation à intervenir dans la procédure de contrôle des opérations de concentration[1159]. Celles-ci sont régies par le règlement de 1989[1160], révisé en 2004[1161], qui dispose que dans la phase d'enquête approfondie, « si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant, et notamment (…) des représentants reconnus des travailleurs [des entreprises concernées] demandent à être entendues, il est fait droit à leur demande » (article 18.4). Dans deux affaires datées du même jour, dites affaires Perrier et Vittel, le Tribunal de première instance de l'Union européenne (TPIUE) a admis l'intervention formelle des institutions représentatives du personnel en s'appuyant sur le fait que la décision de la Commission européenne les concernait personnellement[1162]. Le Tribunal, admettant que « la priorité accordée à l'instauration d'un régime de libre concurrence peut, dans certains cas, être conciliée (…) avec la prise en considération des incidences sociales de cette opération, lorsque celles-ci sont de nature à porter atteinte aux objectifs sociaux visés à l'article 2 du traité CE [article 3 traité UE] »[1163], leur conférait le droit de formuler leurs observations. Le Tribunal avait néanmoins décidé que les représentants des travailleurs ne sauraient avoir accès au dossier, n'étant pas considérés comme des « parties directement intéressées »[1164]. Cependant, si le droit d'être entendu, pour les représentants du personnel - et donc pour le comité d'entreprise - existe bien, il reste subordonné à sa demande auprès de la Commission. Sans cette demande, le Tribunal déduit une absence d'atteinte aux droits procéduraux des requérants. « Cette position est critiquable » selon Monsieur Francis Meyer qui relève qu'elle prive les salariés qui n'auraient pas été mis au courant d'un projet de concentration de pouvoir formuler une telle demande. Il faut préciser, en outre, que ce droit

1158 B. Saintourens, préc., *Bulletin Joly Sociétés*, 2002, p. 7.

1159 F. Meyer, L'intervention des salariés dans le droit économique des restructurations, *in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire,* sous la dir. de C. Sachs-Durand, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 33, spé. p. 39.

1160 *JO* L 395 du 30 décembre 1989.

1161 Règlement CE n° 139/2004 du 20 janvier 2004, *JO* L 24 du 29 janvier 2004.

1162 TPICE 27 avril 1995, aff. T-96/92 et aff. T-12/93.

1163 Sur ces décisions, v. F. Meyer, préc., *in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire,* sous la dir. de C. Sachs-Durand, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 33, spé. p. 39.

1164 TPICE, aff. T-96/92, point 64. Concernant l'accès au dossier, le règlement 139/2004 prévoit en effet qu'il est ouvert au moins « aux parties intéressées tout en respectant l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas dévoilés » (article 18.3). Or, les représentants des travailleurs ne sont pas considérés comme « parties directement intéressées » et leur accès au dossier n'est donc pas garanti.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

d'être auditionné ne peut être mis en œuvre que si la Commission décide d'entamer une procédure à l'occasion du projet qui lui est notifié[1165].

On le voit, l'audition du comité d'entreprise, tant au niveau national que communautaire, ne lui permet pas d'intervenir sur le fond de la décision et se réduit à un élément de la procédure de concentration, à l'instar de la réunion prévue à l'article L. 2323-20 du Code du travail. Ces dispositions n'en sont pas pour autant dénuées d'intérêt : en tant que règles procédurales, elles constituent un « facteur d'enrichissement »[1166] de la décision de rapprochement des entreprises en ce qu'elles permettent l'instauration d'un dialogue entre protagonistes. Mais leur portée minore leur efficacité. Tout d'abord, l'audition par le Conseil de l'institution élue est subordonnée à deux conditions : qu'il ait été saisi pour avis sur le projet d'opération de concentration et que le comité d'entreprise ait fait lui-même la demande d'être entendu. Les textes sont muets sur les conséquences d'un refus d'audition malgré la demande du comité, Madame Raymonde Vatinet considérant qu'il « constituerait probablement un vice de procédure »[1167]. Ensuite, le non-respect de l'obligation de réunir l'institution élue en vertu de l'article L. 2323-20 ne pourra être sanctionné que par une condamnation pour délit d'entrave ou la demande de suspension de l'opération en cours si le comité d'entreprise considère qu'il est empêché d'exercer ses attributions. La modestie des sanctions encourues relativise donc ces mesures de type procédural concernant l'intervention du comité d'entreprise dans les opérations de concentration.

b. L'information du comité d'entreprise en cas d'offre publique d'acquisition

316. Le dispositif assurant l'information du comité d'entreprise en cas d'offres publiques d'acquisition touchant l'entreprise fut renforcé en 2001, puis en 2006[1168]. Pour s'assurer de l'insertion du comité dans ces processus, le législateur – à l'inverse de ce qui fut prévu pour les concentrations - a créé des sanctions, censées garantir le respect de l'intervention de l'institution élue.

317. L'employeur auteur de l'offre est dispensé de consulter le comité avant le lancement de l'offre publique d'acquisition, par dérogation à la règle générale de consultation préalable de l'institution élue sur les décisions de l'employeur édictées à l'article L. 2323-2 du Code du travail[1169]. Cette disposition reflète le souci de privilégier la confidentialité des projets d'offre publique et de prévenir les risques de délit d'initiés[1170]. La réunion du comité par l'employeur est prévue dans « les deux jours ouvrables suivant la publication de l'offre », afin que lui soient transmises « des informations écrites et prévisibles

[1165] Article 6 du règlement CE n° 139/2004 du 20 janvier 2004.

[1166] F. Khodri-Benamrouche, Les exigences procédurales*, Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1340.

[1167] R. Vatinet, préc., *Droit social*, 2002, p. 286, spé. p. 292.

[1168] Article 4 de la loi du 15 mai 2001, introduit aux articles L. 2323-21 à L. 2323-26 du Code du travail. L'article L. 2332-2 du Code du travail permet la prise en compte de la situation particulière créée lorsqu'une offre publique d'acquisition porte sur l'entreprise dominante d'un groupe. Dans un tel cas, l'employeur en informe immédiatement le comité de groupe et il est fait application, au niveau du groupe, des dispositions prévues aux articles L. 2323-21 à L. 2323-26.

[1169] Article L. 2323-25 al. 1 du Code du travail.

[1170] V. E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail,* LGDJ, 2008, n° 78, p. 50.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

sur le contenu de l'offre et sur les conséquences en matière d'emploi qu'elle est susceptible d'entraîner »[1171].

L'intervention du comité de l'entreprise sur laquelle porte l'offre d'acquisition est prévue « immédiatement » après le dépôt de l'offre, à l'occasion d'une réunion, conformément à l'alinéa 1 de l'article L. 2323-21 du Code du travail. Par « immédiatement », il faut entendre « dans les meilleurs délais possibles », dans le respect des règles de fonctionnement de l'institution, et notamment celles relatives aux délais de convocation et à l'ordre du jour des réunions dont l'élaboration doit se faire conjointement par l'employeur et le secrétaire du comité[1172]. La réunion permet au comité d'exprimer le souhait d'auditionner l'auteur de l'offre publique et de se prononcer sur son caractère amical ou hostile. Les auteurs s'accordent sur le fait que cette dernière prérogative n'a pas d'intérêt. D'abord parce que les expressions « amical » et « hostile » ne correspondent à aucune notion juridique, ensuite parce qu'aucune conséquence n'est attachée à la position que prendra sur ce point le comité, même si elle manifeste une divergence d'appréciation avec la direction[1173]. Quant à la faculté de procéder à l'audition de l'auteur de l'offre, elle est laissée à la discrétion du comité d'entreprise et devra se dérouler selon les formes prévues à l'article L. 2323-23 du Code du travail.

En tout état de cause, et même dans l'hypothèse où l'institution élue renonce à son droit d'audition, une seconde réunion doit être tenue dans les quinze jours suivant la publication de la note d'information[1174] dans le but de procéder à son examen (C. trav. art. L. 2323-23). Cette note aura été transmise au comité par l'auteur de l'offre dans les trois jours suivant sa publication (C. trav. art. L. 2323-22). Pour la compréhension de l'information, le comité a la faculté de s'adjoindre les services d'un expert, qu'il rémunère pour l'assister (C. trav. art. L. 2323-23 al. 4).

318. L'innovation la plus importante de la loi réside dans les sanctions destinées à faire respecter les droits du comité d'entreprise, des sanctions qui n'existaient pas auparavant. Ainsi, le refus de l'auteur de l'offre de participer à la réunion du comité à laquelle il a été convié entraîne désormais *de facto* l'interdiction, pour sa société, d'exercer les droits de vote attachés aux titres de la société faisant l'objet de l'offre qu'elle détient ou viendrait à détenir. Cette mesure s'étend en outre aux sociétés qui la contrôlent ou qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce[1175]. Cette privation de droits peut être illimitée[1176]. Elle le deviendrait si l'employeur était absent d'une deuxième réunion à laquelle le comité l'a convié, quinze jours après la notification de la première réunion. On peut penser cependant que cette sanction n'aura pas à s'appliquer indéfiniment, dans la mesure où l'employeur a la possibilité de se faire représenter. A cet égard, les personnes ayant cette

1171 Article L. 2323-25 al. 2 du Code du travail.

1172 Articles L. 2325-15 et L. 2325-16 du Code du travail pour le comité d'entreprise, article L. 2327-14 pour le comité central d'entreprise.

1173 R. Vatinet, préc., *Droit social*, 2002, p. 286 ; B. Saintourens, préc., *Bulletin Joly Sociétés*, 2002, p.19 ; A. Couret, Le régime des offres publiques issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Recueil Dalloz*, 2001, p. 1178.

1174 Cette note est mentionnée au IX de l'article L. 621-8 du Code monétaire et financier qui prévoit qu'elle doit contenir « les orientations en matière d'emploi de la personne physique ou morale qui effectue l'offre publique ».

1175 Article L. 2323-24 du Code du travail.

1176 Exception faite des cas où la levée de la sanction est légalement prévue : le lendemain du jour où l'auteur de l'offre est entendu par le comité d'entreprise ou de groupe, ou si l'auteur de l'offre n'est pas convoqué à une nouvelle réunion de celui-ci, dans les quinze jours qui suivent (C. trav. art. L. 2323-24 al. 3 et 4).

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

faculté ont été précisément déterminées par le législateur, qui la réserve aux mandataires sociaux ou à un salarié de l'entreprise afin d'éviter que l'entreprise à l'origine de l'offre ne puisse envoyer devant l'institution élue « un avocat d'affaires, un banquier ou un membre d'un cabinet d'audit »[1177].

Cette sanction, inédite en droit du travail mais connue en droit boursier[1178], fait donc de la présence de l'employeur devant le comité d'entreprise une véritable obligation, « ce qui produit une interférence directe d'une préoccupation sociale dans une procédure qui est normalement purement financière »[1179]. Mais ces sanctions ont leurs limites. Quelles seraient-elles, en effet, dans l'hypothèse où l'auteur de l'offre participe tout de même au vote ? La nullité de la délibération n'est pas envisageable puisque la disposition violée ne figure pas, dans le Code de commerce, parmi celles susceptibles d'être sanctionnées par la nullité d'une délibération d'un organe social[1180]. Le délit d'entrave est également difficile à envisager. L'auteur de l'offre pourrait néanmoins être poursuivi sur ce fondement, ce délit étant susceptible d'être reproché à un tiers[1181], et son défaut de comparution pouvant être constitutif d'une entrave. Mais, selon Madame Raymonde Vatinet, cela ne permet pas de considérer que « le vote au mépris d'une sanction encourue en raison de la violation des droits du comité constitue, lui-même, une nouvelle violation de ses droits »[1182].

319. La loi n° 2001-420 a-t-elle été à l'origine d' « une montée en puissance du comité d'entreprise », selon l'expression de Madame Raymonde Vatinet ? Par le biais de dispositions très techniques, elle a du moins permis à celui-ci de pénétrer des sphères du droit économique desquelles il restait jusque là exclu, son rôle dans ce domaine se limitant jusque là aux décisions « internes » à l'entreprise. Désormais, le comité est également associé aux décisions touchant le capital de l'entreprise, bien que le renforcement et l'extension de son rôle ne soient pas pour autant signe de bouleversement : ses nouvelles prérogatives ne conservent toujours qu'une valeur consultative ; il est invité, mais sa présence reste formelle. Son droit d'information et de formuler des observations se trouve cependant renforcé et ne saurait être ignoré.

La loi relative aux nouvelles régulations économiques s'inscrit bien dans la continuité de l'orientation choisie par le législateur depuis 1945, avec cependant une innovation : elle étend le schéma classique « information-consultation » au domaine du fonctionnement de la structure qu'est l'entreprise. Voyons si la loi de modernisation sociale, fruit du même mouvement du législateur visant à renforcer le rôle économique des représentants du personnel, aurait permis de dépasser le modèle du comité tel que nous le connaissons, c'est-à-dire celui d'un simple organe de consultation.

[1177] Intervention du rapporteur, Monsieur Eric Besson, Ass. nat., 1ère séance du 26 avril 2000, http://www.assemblee-nationale.fr/11/cra/1999-2000/2000042615.asp. Il ajoutait qu'il souhaitait qu' « au moins une fois dans sa vie, celui qui prétend acheter une entreprise en rencontre les salariés ».

[1178] V. par exemple l'article L. 233-14 du Code de commerce concernant l'absence de déclaration d'un franchissement de seuil et l'article L. 433-3 du Code monétaire et financier concernant le défaut de dépôt de l'offre en cas d'offre publique obligatoire.

[1179] N. Vignal, préc., *Droit et patrimoine*, 2001, p. 69.

[1180] Article L. 235-1 du Code de commerce.

[1181] Cass. crim. 9 décembre 1986, *Bull. crim.,* n° 368, n° 86-90.552 : la loi ne fait aucune distinction selon l'auteur de l'infraction. En conséquence, des tiers peuvent être poursuivis pour délit d'entrave s'ils ont volontairement empêché le fonctionnement normal d'un comité d'entreprise. V. M. Cohen, *préc.,* LGDJ, 9ème édition, 2009, p. 1112.

[1182] R. Vatinet, préc., *Droit social*, 2002, p. 289.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

B. Une tentative avortée d'extension des attributions économiques du comité d'entreprise

320. Ultime texte adopté au cours de la législature du gouvernement de Monsieur Lionel Jospin, la loi n° 2002-13 de modernisation sociale trouve son origine dans l'émotion suscitée par des fermetures d'établissements et des licenciements collectifs intervenus au cours du second semestre 2001 dans des entreprises en bonne santé économique et viables comme l'étaient Michelin, Marks & Spencer ou Danone et beaucoup d'autres. Certains qualifièrent ces licenciements de boursiers[1183], voulant exprimer par là que leur motivation aurait été guidée par le seul souci d'augmenter la rentabilité financière de l'entreprise cotée en bourse et d'en faire monter les cours. Cette loi, passée de soixante articles à deux cent vingt quatre, qualifiée ironiquement de « magnifique œuvre législative de deux cent vingt quatre articles sur des thèmes vitaux » par Monsieur Jean-Emmanuel Ray[1184], participe au phénomène d'inflation législative de textes, observé depuis les réformes de 1982, intéressant notamment le comité d'entreprise.

321. De nombreux obstacles ont entouré l'élaboration et l'adoption de cette loi.

Sa préparation a été marquée par les réactions des partenaires sociaux, tant du côté patronal que syndical, reprochant au gouvernement de ne pas les consulter sur l'opportunité d'une telle réforme et de pratiquer un interventionnisme, déjà dénoncé lors de l'élaboration des lois relatives à la réduction du temps de travail[1185]. A la différence des grandes lois votées depuis 1975, ce texte n'a pas été précédé par la tenue d'une négociation nationale et interprofessionnelle et d'une concertation entre l'Etat et les partenaires sociaux[1186]. Son adoption a requis plus d'un an et demi. Elle a été longue et difficile en raison des profonds désaccords entre majorité et opposition, et des divergences entre les différentes composantes de la majorité à l'Assemblée, désaccords qui ont donné lieu à de nombreux ajouts, retraits et amendements. Cette longue procédure parlementaire a été suivie d'une saisine du Conseil constitutionnel qui a abouti à une censure partielle de la loi par le juge constitutionnel dans sa décision du 12 janvier 2002[1187]. Le Conseil a déclaré non conforme à la Constitution l'une des dispositions clé du texte qu'était l'article 107, qui proposait une nouvelle définition plus restrictive du licenciement économique[1188]. La réforme fut aussitôt

1183 On trouve cette expression dans de nombreux articles de presse de l'époque. Citons par exemple : L. Van Eeckhout, La loi de modernisation sociale. Le conseil constitutionnel ampute la réforme du licenciement, *Le Monde*, 15 janvier 2002 ; P. Avril, Vers une réforme de la loi de modernisation sociale, *Le Figaro*, 14 septembre 2002 ; F. Wenz-Dumas, Modernisation sociale. La gauche fait enfin sa loi, *Libération*, 7 décembre 2001.

1184 J.-E. Ray, De lege non feranda…, *Droit social,* 2002, p. 237 : la loi de modernisation sociale traite de sujets variés dont notamment la durée de travail des marins, de la territorialité de la CSG…

1185 V. A. Mazeaud, Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position commune du 16 juillet 2001, *Droit social,* 2003, p. 361, spé. p. 362.

1186 On peut citer par exemple l'accord national interprofessionnel du 2 février 1969 et l'avenant du 21 novembre 1974, qui seront largement repris par la loi du 3 janvier 1975. Mentionnons également l'accord du 27 octobre 1986 qui permet à l'Etat de s'assurer de l'assentiment des syndicats à la suppression de l'autorisation administrative de licencier qui sera définitivement supprimée par la loi du 30 décembre 1986.

1187 C.C., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, J.-E. Schoettl, La loi de modernisation sociale devant le Conseil constitutionnel, *Petites affiches*, 21 janvier 2002.

1188 J.-E. Ray parle de « constitutionnalisation de l'arrêt *SAT* du 8 décembre 2000 » quand le Conseil indique que l'article censuré amenait le juge, « non seulement à contrôler la cause économique des licenciements décidés (…), mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise entre les différentes solutions possibles », *Droit social,* 2002, p. 242. Ass. plén. 8 décembre

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

mise en cause par la nouvelle majorité lors de son arrivée au pouvoir en mai 2002, qui s'empressa de procéder à la suspension des mesures qui, selon elle, « en organisant un véritable labyrinthe de procédures, [pénalisait] gravement les entreprises et les salariés sans prévenir les licenciements »[1189]. La loi n° 2003-6 a « suspendu »[1190] l'application de onze articles de la loi de modernisation sociale près d'un an après son entrée en vigueur, avant que la loi du 18 janvier 2005[1191] ne les abroge définitivement.

322. La mesure essentielle de la loi de modernisation sociale consistait à assurer une protection renforcée des salariés en cas de projets de « grands » licenciements économiques. La nouvelle définition du licenciement économique qu'elle introduisait ayant été déclarée non conforme à la Constitution en raison d'une atteinte manifestement excessive portée à la règle constitutionnelle de la liberté d'entreprendre, l'ancienne définition figurant à l'article L. 321-1 devait donc continuer à s'appliquer. Modifiée depuis par la loi du 18 janvier 2005, elle figure désormais à l'article L. 1233-3 du Code du travail.

Cette loi reste cependant à l'origine de nouvelles règles visant à renforcer en amont les possibilités d'empêcher le déclenchement de la procédure de licenciement économique. Ainsi, conformément à l'idée que cette décision doit être l'ultime recours, elle avait instauré un certain nombre d'obligations pesant sur l'employeur[1192]. Citons à titre d'exemple l'article 110 selon lequel toute procédure de licenciement pour motif économique menée dans une entreprise où le comité d'entreprise ou les délégués du personnel n'ont pas été mis en place, alors qu'elle est assujettie à cette obligation, est irrégulière en l'absence d'un procès-

2000, SAT, *Bull. ass. plén.*, n° 11, n° 97-44.219, note J. Pélissier, *Recueil Dalloz,* 2001, p. 1125 ; concl. P. de Caigny et note A. Cristau, *Droit social,* 2001, p. 126 ; P.-H. Antonmattei, Le motif économique du licenciement : les limites du contrôle judiciaire, *RJS,* 2001, n ° 80 ; G. Lyon-Caen, T. Grumbach, G. Bélier, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1010 ; F. Duquesne, *JCP E*, 2001, 426 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 533 ; A. Jeammaud, M. Le Friant, Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi, *Droit social*, 2001, p. 417.

[1189] J.-M. Dubernard, président de la commission des Affaires culturelles, *JOAN*, 3 décembre 2002, http://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2002-2003/088.asp.

[1190] Article 1 I de la loi du 3 janvier 2003 : « L'application des dispositions du code du travail dans leur rédaction issue des articles 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 104, 106, 109 et 116 de la loi (…) du 17 janvier 2002 (…) est suspendue pour une durée maximale de dix-huit mois à compter de la promulgation de la présente loi (…) ». Le choix de la suspension provisoire n'a pas manqué de susciter l'étonnement de nombreux auteurs qui se sont interrogés sur son opportunité. V. P.-H. Antonmattei, Licenciements économiques et négociation collective : un nouvel accord collectif est né, *Droit social,* 2003, p. 486 : « La technique de la suspension peut surprendre. Elle est périlleuse et inutile » ; N. Molfessis, La loi suspendue, *Recueil Dalloz,* 2003, p. 139 : « Le retour au droit ancien n'est qu'un expédient et la suspension un moyen bien prosaïque pour délégiférer » ; G. Lyon-Caen, Vers une négociation sur les restructurations destructrices d'emploi, *Droit ouvrier,* 2002, p. 559 : « Il importe de s'interroger sur la faculté pour le législateur de suspendre ainsi ce que le législateur avait antérieurement statué ».

[1191] Article 71 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005. Outre les onze articles cités, cette loi a également abrogé l'article 118 de la loi de modernisation sociale qui mettait en place pour les entreprises de cinquante à mille salariés et celles de plus de mille salariés une obligation d'intervenir dans le traitement de l'évolution de l'emploi dans le bassin dans lequel elles se situent.

[1192] Nous rappelons ici, pour mémoire, celles qui paraissaient essentielles mais qui ne concernaient pas le comité d'entreprise. Une disposition qui fut abrogée d'abord : il s'agit de l'article 96, connu aussi sous le nom d'amendement « Michelin » - car issu d'une initiative ponctuelle liée à une affaire particulière -, qui avait introduit dans l'article L. 321-4-1 de l'ancien Code du travail une obligation de négocier un accord de réduction du temps de travail portant la durée collective du travail des salariés de l'entreprise à un niveau égal ou inférieur à trente-cinq heures hebdomadaires ou à mille six cents heures sur l'année, préalablement à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi (nouvelle appellation du plan social depuis la loi de modernisation sociale selon l'article 93). Citons aussi l'article 108, n'ayant pas fait partie des dispositions abrogées et codifié à l'article L. 1233-4 du Code du travail, qui prévoit une obligation pour l'employeur de réaliser « tous les efforts de formation et d'adaptation ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

verbal de carence d'élections des représentants du personnel établi par l'employeur. Cette disposition est aujourd'hui codifiée à l'article L. 1235-15 du Code du travail, inspirée semble-t-il d'une position de la Cour de cassation[1193]. Elle incite les employeurs à organiser des élections, ce qui entraîne de fait une meilleure effectivité des textes relatifs aux attributions économiques de l'institution élue.

323. La loi de modernisation sociale portait essentiellement sur la prévention des licenciements économiques mais aussi sur des dispositifs qui devaient permettre d'en atténuer les conséquences. Elle avait également enrichi les attributions économiques des comités en renforçant leur intervention lors de la décision de la direction de procéder à des licenciements pour motif économique. C'est ainsi qu'avait été prévu l'élargissement des hypothèses d'information, de consultation, d'intervention du comité avant la prise de décision de la direction (1). L'exercice d'un droit d'opposition par l'instance représentative du personnel, qui se traduisait par la saisine d'un médiateur, avait aussi été organisé (2). Voyons si ce renforcement des prérogatives économiques, qui n'a pas eu l'occasion de s'appliquer dans son intégralité, aurait permis au comité d'entreprise de sortir de son rôle uniquement consultatif et d'exercer un véritable pouvoir d'intervention lors du processus décisionnel.

1. Un accroissement des pouvoirs d'action du comité d'entreprise en amont du processus décisionnel

324. Un « véritable pouvoir consultatif », voilà comment Monsieur Maurice Cohen[1194] qualifiait les attributions économiques de l'institution élue suite à la multiplication des cas d'information, de consultation et de l'élargissement de sa capacité d'intervention. La loi de modernisation sociale instaurait de nouvelles dispositions qui se caractérisaient par la volonté du législateur d'instituer un contrôle *a priori* au profit du comité d'entreprise. Ces prérogatives avaient vocation à s'exercer en amont du licenciement économique, dans un objectif d'anticipation de la décision économique de la direction. Une idée d'anticipation que l'on retrouvait à la fois dans les nouveaux cas de consultation (b), d'information (a) et d'intervention des représentants du personnel.

a. L'information accrue en cas de restructuration

325. La loi n° 2002-13 du 17 janvier 2002 avait accru les cas d'information du comité d'entreprise. Si certains ont disparu avec la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 (a.1), d'autres sont encore en vigueur aujourd'hui (a.2).

a.1. L'information en cas d'annonce publique

326. Une obligation d'information du comité d'entreprise en cas d'annonce publique d'une restructuration avait été ajoutée par l'article 100 de la LMS.

Ce nouveau cas a été conçu suite à l'annonce de la fermeture des magasins Marks & Spencer faite sans en informer au préalable les institutions représentatives du personnel.

[1193] En 1999, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation avait pour la première fois relevé l'inexistence d'un procès-verbal de carence dans un cas de licenciement d'un salarié déclaré inapte à son emploi par le médecin du travail et dont l'engagement de la procédure n'avait pas été précédé de la consultation des délégués du personnel, comme l'article L. 1226-10 al. 2 du Code du travail le requiert. V. Cass. soc. 7 décembre 1999, *Bull.*, V, n° 470, n° 97-43.106, *Droit social,* 2000, p. 226, cité dans M. Cohen, Les nouvelles attributions du comité d'entreprise depuis la loi de modernisation sociale, *Droit social,* 2002, p. 298.

[1194] M. Cohen, préc., *Droit social,* 2002, p. 298.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

En droit français, « les décisions de l'employeur doivent être précédées de la consultation du comité d'entreprise »[1195]. Cette règle générale du Code du travail confirmait ce qu'avait affirmé à plusieurs reprises la jurisprudence antérieure en décidant que la consultation « pour ne pas être une vaine formalité, devait précéder la décision à prendre et, a fortiori, son exécution »[1196]. Le respect de l'antériorité de la consultation nécessite que, dans le cas où la mesure s'inscrit dans une procédure complexe comportant des décisions échelonnées, le comité d'entreprise soit consulté à l'occasion de chacune d'elles[1197]. Pourtant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu considérer que les attributions consultatives du comité d'entreprise, articulées sur la décision du chef d'entreprise, ne lui permettaient pas de bénéficier de la primauté de l'information d'un simple projet de restructuration fait à la presse ou au public[1198]. Ce projet, selon la Cour, ne constituait pas encore une décision de l'employeur devant faire l'objet d'une consultation du comité sous peine de délit d'entrave. Cette position de la Chambre criminelle n'avait pas empêché le juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris de rendre une ordonnance suspensive le 9 avril 2001[1199] dans une affaire intervenant dans le contexte des annonces de plans de restructurations par des entreprises au cours du second semestre 2001. En assimilant à une décision une annonce d'intention présentée comme un simple projet, le juge avait décidé de suspendre la décision de fermeture des magasins Marks & Spencertant que l'employeur n'aurait pas procédé à l'information et à la consultation du comité d'entreprise.

L'article 100 de la loi, codifié brièvement à l'article L. 431-5-1 de l'ancien Code du travail[1200], était venu conforter la position adoptée par le tribunal en reconnaissant au comité d'entreprise le droit à la primauté des informations par rapport au public. Il visait les annonces publiques faites par un employeur en distinguant dans ses deux premiers alinéas deux types d'annonces qui obéissent à deux régimes distincts :

[1195] Article L. 2323-2 du Code du travail. Il convient de noter que cette règle générale est assortie d'une dérogation déjà évoquée ci-dessus : l'employeur n'est plus tenu de consulter le comité d'entreprise préalablement au lancement d'une offre publique d'acquisition portant sur le capital d'une entreprise.

[1196] J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 21ème édition, 2002, n° 726, p. 830.

[1197] Cass. soc. 7 février 1996, *Bull.*, V, n° 47, n° 93-18.756, 93-18.757 et 93-18.758. Cette règle dégagée par la Cour de cassation est toujours appliquée. On peut citer par exemple la décision de la Cour d'appel de Paris du 31 juillet 2009 relative au rapprochement des groupes Caisses d'épargne et Banques populaires dans laquelle la cour, statuant en référé, fait application de cette jurisprudence. Cette décision précise également qu'il faut que le comité soit « dès l'origine » suffisamment informé sur le projet. Dans le cas d'un projet de fusion, le caractère suffisant de l'information suppose que celle-ci comporte une description précise du projet industriel. Tel n'est pas le cas quand l'information donnée au comité d'entreprise ne comporte que des généralités quant à la description du projet. V. CA Paris, 31 juillet 2009, n° 09/14577, *RJS*, 2009, n° 862.

[1198] Cass. crim. 28 novembre 1984, Talbot*, Bull. crim.,* n° 375, n° 83-93.094 ; Cass. crim. 4 avril 1995, *Bull. crim.*, n° 146, n ° 93-80.312, *RJS*, 1995, n° 666. V. A. Teissier, Le comité d'entreprise dispose-t-il du monopole de l'information dans l'entreprise ?, *Travail et protection sociale*, 2000, mai, p. 6.

[1199] TGI Paris, 9 avril 2001, *RPDS,* 2001, p. 263.

[1200] Article L. 431-5-1 de l'ancien Code du travail : « Lorsque le chef d'entreprise procède à une annonce publique portant exclusivement sur la stratégie économique de l'entreprise et dont les mesures de mise en œuvre ne sont pas de nature à affecter de façon importante les conditions de travail ou d'emploi, le comité d'entreprise se réunit de plein droit sur sa demande dans les 48 heures suivant ladite annonce. L'employeur est tenu de lui fournir toute explication utile. Le chef d'entreprise ne peut procéder à une annonce publique dont les mesures sont de nature à affecter de façon importante les conditions de travail ou d'emploi des salariés qu'après avoir informé le comité d'entreprise ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

- celles portant exclusivement sur la stratégie économique de l'entreprise et n'affectant pas outre mesure les conditions de travail et d'emploi, qui permettent au comité de demander à être réuni dans un délai de quarante-huit heures suite à l'annonce afin d'entendre l'employeur ;
- celles dont les mesures de mise en œuvre sont de nature à affecter de façon conséquente les conditions de travail et qui doivent alors faire l'objet d'une information du comité par l'employeur préalablement à l'annonce publique.

327. Ces nouvelles mesures avaient suscité de nombreuses interrogations de la part des auteurs, interrogations qui n'ont plus lieu d'être aujourd'hui suite à la suspension puis à l'abrogation de cet article. Les principaux questionnements étaient relatifs à la définition des notions évoquées par ce dispositif, à l'articulation de cette nouvelle disposition avec l'article L. 2323-6 du Code du travail, à l'époque encore article L. 432-1, et au risque du délit d'initié dans l'hypothèse de sociétés faisant appel public à l'épargne. Ce dernier point, qui avait été soulevé par les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel, a reçu une réponse qui semble faire primer le droit du travail sur le droit économique. L'information qui devait être donnée par le chef d'entreprise au comité conformément à l'article L. 431-5-1 « constitue une cause d'exonération de la responsabilité qu'il pourrait encourir du seul fait de cette information ». De plus, le Conseil constitutionnel a rappelé que les élus du personnel sont tenus à une obligation de discrétion dans les conditions fixées par le Code du travail.

Quant aux notions évoquées par l'article, la circulaire du ministère de l'Emploi du 5 mai 2002[1201] s'était appliquée à les définir, en décrivant l'annonce publique comme « toute déclaration du chef d'entreprise relayée par les médias et quel que soit le public à qui, à l'origine, était destinée l'annonce ». Elle précisait également que « par annonce portant sur la stratégie économique de l'entreprise, il faut entendre toute annonce relative à des projets de développement de l'activité de l'entreprise, non nécessairement centrés sur des questions d'emploi mais pouvant avoir des conséquences sur l'emploi. L'annonce du développement, de l'acquisition ou de l'abandon d'une branche d'activité de l'entreprise ou bien encore du rapprochement avec une autre entreprise sont ainsi des annonces publiques entrant dans le champ d'application de la présente disposition (exemples : cas visés à l'article L. 432-1 [L. 2323-6 et s.] du Code du travail) ». Enfin, les « explications utiles » qui devaient être délivrées au comité lors de la réunion suivant l'annonce sur la stratégie économique étaient « l'annonce et ses conséquences éventuelles pour les salariés de l'entreprise » comme le prévoyait la même circulaire. Une juridiction avait également eu l'occasion, pendant le bref laps de temps où l'article L. 431-5-1 a été en vigueur, de rendre une décision sur son fondement. Le Tribunal de grande instance de Paris avait ainsi jugé qu'une décision de révocation du dirigeant social connue des salariés à la suite d'une annonce publique, n'entrait pas dans les prévisions de l'article L. 431-5-1 dans la mesure où cette dernière n'était pas relative à la stratégie économique de l'entreprise[1202].

Restait une double interrogation à propos de la conciliation de ces nouvelles dispositions avec les dispositions « générales » relatives à l'information et à la consultation du comité d'entreprise, notamment en cas de projet dont la mise en œuvre n'affecte pas de manière importante les conditions de travail et d'emploi du personnel. Comment accorder la réunion de plein droit dans les quarante-huit heures suivant l'annonce avec l'obligation d'envoyer trois jours à l'avance l'ordre du jour élaboré en commun entre le président et

[1201] Circulaire DGEFP/DRT/DSS n° 2002-1 du 5 mai 2002 relative à la mise en œuvre des articles 93 à 123 de la loi de modernisation sociale, *BO Trav.,* n° 11, 20 juin 2002.

[1202] TGI Paris, ord. réf., 16 mai 2002, *RJS,* 2002, n° 997.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

le secrétaire du comité conformément à l'article L. 2325-16 du Code du travail ? Qu'en était-il de l'application de l'article L. 2323-6 dans l'hypothèse où le projet concernait des questions intéressant la marche générale de l'entreprise ? Le gouvernement avait répondu à la première question en arguant que la loi de modernisation sociale est une loi spéciale qui « déroge aux règles générales posées par le livre IV[1203] du Code du travail » [1204]. Ainsi, le délai de quarante-huit heures dispensait du respect des autres délais. La réponse à la deuxième interrogation était plus hésitante et moins tranchée : seul le juge aurait pu la donner si la loi n'avait pas été suspendue. La consultation au sens de l'article L. 2323-6 doit avoir lieu avant que le projet ne soit irréversible. Partant de cette position de la Cour de cassation[1205], l'annonce publique d'un projet portant exclusivement sur la stratégie économique de l'entreprise aurait dû, en plus de l'information postérieure prévue à l'article L. 2323-4 du Code du travail, faire l'objet d'une consultation préalable au sens de l'article L. 2323-6 si ce projet concernait des questions intéressant la marche générale de l'entreprise.

328. Toutes ces interrogations, qui avaient suscité des débats tant du côté de la doctrine universitaire que de la pratique professionnelle[1206] dès la mise en œuvre de la loi, n'ont plus lieu d'être depuis la suspension, puis l'abrogation, du dispositif relatif aux annonces publiques, dont l'objectif premier était de permettre aux représentants du personnel d'être destinataires des informations avant le public ou, à tout le moins, simultanément. Lors des travaux parlementaires, le Sénat avait d'ailleurs fait observer, par la voie de la Commission des affaires sociales, que « concernant le droit à l'information *a posteriori* suite à une annonce publique relative à la stratégie de l'entreprise (…), cette disposition aurait pour conséquence d'instaurer un droit permanent d'information pour le comité d'entreprise à moins que les dirigeants d'entreprises renoncent à évoquer la situation de leur entreprise en public, ce qui est peu envisageable compte tenu des impératifs en droit boursier »[1207].

Si l'information postérieure du comité en cas d'annonce publique portant sur la stratégie n'est plus, le législateur n'a cependant pas renoncé à toute intervention de l'institution élue en la matière. C'est ainsi qu'il s'est de nouveau emparé de cette notion pour en faire, aux termes de l'article L. 2242-15 du Code du travail, un objet de la négociation d'entreprise qui devra porter sur « les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi »[1208]. Les droits du comité sur la stratégie ne relèvent donc plus des dispositions du Code relatives aux attributions de l'institution élue mais du livre II de la deuxième partie dévolu à la négociation collective et aux conventions et accords collectifs de travail.

[1203] Règles aujourd'hui posées par le livre III de la deuxième partie du Code du travail.

[1204] Voir les observations du gouvernement faites au Conseil constitutionnel sur l'article 100 du projet de loi, reportées dans : M. Cohen,préc., *Droit social,* 2002, p. 298.

[1205] Cass. soc. 12 novembre 1997, *Bull.*, V, n° 375, n° 96-12.314. V. à propos de cette décision : obs. M. Cohen, *Droit social*, 1998, p. 87 ; J.-Y. Frouin, *RJS*, 1997, n° 1391 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 649.

[1206] V. J. Grangé, Comité d'entreprise, annonces publiques et restructurations, *Droit social,* 2002, p. 704 ; S. Béal, Annonce publique et information du comité d'entreprise, *JCP E,* 2007, 1288 ; M. Cohen, préc., *Droit social*, 2002, p. 298 ; F. Favennec-Héry, Licenciement économique, Du contrôle « a priori » à la responsabilité « a posteriori » de l'entreprise, *RJS*, 2002, p. 282.

[1207] C. Hurtiet, B. Seillier, A. Gournac, A. Bocandé, *Rapport n° 275 fait au nom de la commission des Affaires sociales sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, après déclaration d'urgence, de modernisation sociale*, déposé le 18 avril 2001, p. 191, http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0386.pdf.

[1208] Cette question sera étudiée de manière plus approfondie, cf. n° 368 et s.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

a.2. L'information dans l'entreprise sous-traitante

329. Une innovation en matière d'information des salariés, par le biais de leurs représentants élus, survécut à la suspension, puis à l'abrogation de la LMS. Elle est issue de l'article 105 de la loi - devenu l'article L. 2323-16 du Code du travail - qui impose une obligation d'information de l'entreprise sous-traitante et de son comité. L'article énonce que « lorsqu'un projet de restructuration et de compression des effectifs », soumis à l'institution élue de l'entreprise donneuse d'ordre, « est de nature à affecter le volume d'activité d'une entreprise sous-traitante, l'entreprise donneuse d'ordre doit immédiatement en informer l'entreprise sous-traitante ». Celle-ci doit alors à son tour informer immédiatement son comité ou, à défaut, ses délégués du personnel. Les représentants du personnel « reçoivent toutes explications utiles sur l'évolution de l'activité et de l'emploi ». Les destinataires de l'information ne sont plus seulement les salariés de l'entreprise où intervient le projet de restructuration, mais également ceux des entreprises sous-traitantes.

L'objectif affiché de ce dispositif est de permettre à ces entreprises d'être « en situation d'anticiper d'éventuelles difficultés » et, en conséquence, de pouvoir « rechercher d'autres contrats pour maintenir l'activité et l'emploi »[1209]. S'agissant de la transmission immédiate de l'information aux comités des entreprises sous-traitantes, elle répond à la nécessité que ces derniers puissent « assumer [leurs] compétences en matière économique »[1210]. Si l'intention de ce dispositif mérite d'être relevée, en ce qu'il permet de saisir la disjonction entre le lieu de la prise de décision et ses effets, on peut également en souligner les limites tant sur les modalités de communication de l'information que sur les sanctions applicables au défaut de cette information. Le texte n'exige pas, en effet, de réunion formelle du comité de l'entreprise sous-traitante, de sorte que l'employeur sous-traitant pourrait se contenter d'une simple information écrite des membres de la délégation du personnel de l'institution élue. Ces derniers pourraient cependant, s'ils le souhaitent, solliciter une réunion extraordinaire, conformément à l'article 2325-17 du Code du travail. Par ailleurs, aucune sanction spécifique n'est prévue dans l'hypothèse où le chef de l'entreprise sous-traitante n'informerait pas immédiatement son comité d'entreprise du projet dont il aurait été saisi par l'entreprise donneuse d'ordre, même si, en tout état de cause, le défaut d'information du comité d'entreprise reste sanctionnable par le délit d'entrave. Mais quelle serait la responsabilité de l'entreprise donneuse d'ordre, dans l'hypothèse où elle manquerait à son devoir d'information envers l'entreprise sous-traitante, privant ainsi cette dernière de la faculté d'informer son propre comité ? Il ne paraît pas exclu, à notre sens, que sa responsabilité pénale puisse être engagée. En tant qu'auteur de la décision qu'elle aurait manqué de transmettre, elle aurait participé à la commission de l'infraction subie par le comité de l'entreprise sous-traitante.

Toujours selon la même idée d'anticipation, la loi de modernisation avait également renforcé les moyens d'action du comité pour qu'il puisse se faire entendre au stade du projet de restructuration et de compression des effectifs.

b. La consultation

330. Le comité d'entreprise était invité, aux termes d'un 2ème alinéa de l'article L. 432-1 de l'ancien Code du travail modifié par la LMS, à rendre un avis et formuler des propositions

[1209] Ass. nat., compte rendu intégral, 2ème séance du mercredi 23 mai 2001, *JO* 24 mai, http://www.assemblee-nationale.fr/11/cri/pdf/20010184%202e%20s%E9ance%20du%20mercredi%2023%20mai%202001.pdf.

[1210] *Ibid.*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

alternatives au projet de restructuration et de compression des effectifs présenté par le chef d'entreprise[1211], légalisant ainsi une pratique courante des comités. D'ailleurs, l'article L. 2323-15 prévoit désormais sa saisine sur les projets de restructuration. L'innovation se situait surtout dans le droit ouvert à l'institution élue de recourir à l'assistance d'un expert comptable[1212], rémunéré par l'employeur, chargé d'examiner le projet et formuler des propositions alternatives. Ces avis et contre-propositions devaient être transmis à l'inspection du travail afin qu'ils puissent servir lors de l'examen du plan de sauvegarde de l'emploi. En outre, la représentation élue aurait nécessairement reçu une réponse motivée à l'avis émis, ainsi qu'à ses éventuelles propositions alternatives, comme le prescrivaient les mesures de la loi de modernisation sociale dans son article 101.

Cette nouvelle prérogative démontrait la volonté du législateur de 2002 d'ériger le comité en véritable interlocuteur de l'employeur. Elle accroissait sa capacité d'action et autorisait son intervention en amont de la phase de consultation sur le plan de sauvegarde de l'emploi[1213]. Le comité d'entreprise aurait eu la possibilité de formuler un véritable contre-projet et, à l'issue de la procédure dite autrefois « du livre IV »[1214], de marquer formellement son opposition qui aurait conduit à la saisine d'un médiateur, comme nous le verrons dans le prochain développement.

Aujourd'hui, l'article L. 2323-15 prévoit seulement la saisine du comité pour avis sur les projets de restructuration. La faculté d'émettre des propositions alternatives sur le versant économique d'un projet a été abrogée, puis reprise par le législateur de 2005, mais de façon radicalement différente. Actuellement, si cette faculté peut légalement, à l'instar de ce que prévoyait la loi de 2002, s'exercer sur « le projet économique à l'origine de la restructuration », elle est dépendante de la conclusion d'un accord collectif, dit de méthode, conformément au 2° de l'article L. 1233-22.

331. Afin de s'assurer de la participation du comité d'entreprise et de donner du poids à ses nouveaux moyens d'intervention, le législateur de 2002 avait consacré en partie la jurisprudence de la Cour de cassation[1215] en imposant un déroulement successif de

[1211] L'article 101 I de la loi de modernisation sociale modifiait ainsi l'alinéa 2 de l'article L. 432-1 de l'ancien Code du travail : « Le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur tout projet de restructuration et de compression des effectifs. Il émet un avis sur ledit projet et sur ses modalités d'application et peut formuler des propositions alternatives à ce projet. Cet avis et les éventuelles propositions alternatives sont transmis à l'autorité administrative compétente ».

[1212] L'article 101 I de la loi de modernisation sociale créait un alinéa 4 à l'article L. 432-1 de l'ancien Code du travail qui disposait : « Le comité d'entreprise, lors de sa première réunion tenue en application du deuxième alinéa du présent article, peut décider de recourir à l'assistance de l'expert-comptable dans les conditions prévues au premier, deuxième, troisième et sixième alinéa de l'article L. 434-6 [C. trav. art. L. 2325-35 et s.]. Dans les entreprises soumises aux dispositions des articles L. 435-1 et L. 435-2 [C. trav. art. L. 2327-15 à L. 2327-19], dès lors que les mesures envisagées excèdent le pouvoir du ou des chefs d'établissement concernés ou qu'elles visent plusieurs établissements simultanément, cette désignation est effectuée par le comité central d'entreprise. Dans ce cas, la seconde réunion du ou des comités d'établissement concernés ne peut avoir lieu avant la tenue de la seconde réunion du comité central d'entreprise. Si le comité central d'entreprise n'use pas de son droit de désigner un expert-comptable, un comité d'établissement peut en user à condition que la mission de l'expert-comptable ainsi désigné se cantonne aux activités de l'établissement concerné ».

[1213] Consultation au titre des articles L. 1233-28 et s. du Code du travail.

[1214] Consultation au titre des articles L. 2323-6 et L. 2323-15 du Code du travail.

[1215] La distinction, opérée par la Cour de cassation, entre les consultations menées au titre « du livre III » (C. trav. art. L. 1233-28) et du « livre IV » (C. trav. art. L. 2323-15) implique la tenue de deux procédures différentes qui doivent chacune être respectées : Cass. soc. 16 avril 1996, Sietam, *Bull.,* V, n° 165, n° 93-20.228, G. Picca, L'information/consultation du comité d'entreprise en cas de restructuration, *JCP E*, 1996, 836.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

ses consultations. Selon l'article 99[1216] de la loi, en cas de licenciements économiques présentés comme la suite d'une restructuration, la convocation à la réunion du comité sur le fondement du livre III de l'ancien Code du travail ne pouvait être faite qu'après l'achèvement de la consultation prévue au livre IV de l'ancien code. Cette spécification, qui fermait la voie à toute possibilité de concomitance des deux procédures comme la Chambre sociale l'autorisait[1217], était prévue à l'article L. 432-1 de l'ancien Code du travail[1218]. Une telle dissociation des procédures de consultation en matière de licenciements économiques, utile selon le législateur de 2002 pour permettre au comité de devenir « un interlocuteur obligé » de la direction, risquait de provoquer un allongement des délais[1219]. Cet alourdissement du calendrier, que la mise en œuvre des nouvelles prérogatives économiques attribuées au comité aurait provoqué, constitue l'une des raisons principales avancées par le gouvernement de Monsieur Jean-Pierre Raffarin pour justifier la réforme de la loi de modernisation sociale. La loi n° 2005-32, en plus de supprimer la distinction temporelle entre les deux phases de consultation, a expressément autorisé la concomitance des deux procédures à l'article L. 1233-30 qui dispose que l'employeur « peut procéder à ces opérations [prévues aux articles L. 1233-28 et s.] concomitamment à la mise en œuvre de la procédure de consultation prévue par l'article L. 2323-15 ». Elle a permis, en outre, leur aménagement par accord dérogatoire d'entreprise, de groupe ou de branche lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique de dix salariés ou plus sur une même période de trente jours, conformément à l'article L. 1233-21 du Code du travail[1220].

Notons que la nouvelle législation a cependant maintenu le suivi du plan de reclassement qui « fait l'objet d'une consultation régulière et détaillée du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel » selon l'article 115 de la loi de modernisation sociale, aujourd'hui codifié à l'article L. 1233-63.

332. La dissociation dans le temps des consultations, ajoutée à l'exercice par le comité de ses nouvelles prérogatives, sont des mesures dont la mise en œuvre aurait certainement entraîné une multiplication de réunions en cas de licenciements économiques suite à une restructuration : deux réunions dans la première phase, puis les trois réunions de la phase consacrée aux licenciements. A celles-ci se seraient adjointes, éventuellement, une consultation du comité d'entreprise en cas de négociation d'un accord collectif sur la réduction du temps de travail à trente-cinq heures et enfin, une réunion supplémentaire

[1216] L'article 99 avait été introduit dans l'article L. 321-1 de l'ancien Code du travail qui énonçait alors que « dans les entreprises ou professions (…) où sont occupés habituellement au moins cinquante salariés, les employeurs qui projettent d'y effectuer un licenciement (…) sont tenus de réunir et de consulter le comité d'entreprise (…). Ces opérations s'effectuent après l'achèvement des procédures de consultations (…) du livre IV (…) ».

[1217] La Cour de cassation a jugé que les procédures dites « du livre III » (C. trav. art. L. 1233-28) et du « livre IV » (C. trav. art. L. 2323-15) pouvaient être conduites de manière concomitante sous réserve du respect des délais les plus favorables aux salariés : Cass. soc. 17 juin 1997, Grands magasins de l'Ouest, *Bull.,* V, n° 223, n° 95-18.904 (*RJS*, 1997, n° 990 ; rapport J.-Y. Frouin, *Droit social,* 1997, p. 142 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 510) ; Cass. soc. 2 mars 1999, *Bull.,* V, n° 91, n° 97-16.489, *Droit social,* 1999, p. 592 ; Cass. soc. 9 février 2000, Diac, *Bull.*, V, n° 62, n° 98-12.143.

[1218] Alinéa 6 de l'article L. 432-1 de l'ancien Code du travail tel que rédigé suite à la loi de modernisation sociale : « L'employeur ne peut présenter un plan de sauvegarde de l'emploi en vertu de l'article L. 321-4-1 tant qu'il n'a pas apporté de réponse motivée aux avis et propositions alternatives formulés par le comité d'entreprise en application des précédentes dispositions ».

[1219] F. Favennec-Héry, préc., *RJS*, 2002, p. 287.

[1220] Cf. n° 173 et s. de la première partie de l'étude.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

issue du constat administratif de carence du plan de sauvegarde de l'emploi[1221]. Se serait également ajoutée, entre les deux procédures, dans l'hypothèse d'une cessation totale ou partielle d'une entité économique entraînant la suppression d'au moins cent emplois, l'intervention d'une décision des organes de direction et de surveillance de la société prise au vu d'une étude d'impact social et territorial sur les conséquences de la fermeture de l'établissement[1222]. Sept réunions donc, auxquelles pouvait s'ajouter en plus la procédure de médiation, déclenchée par l'exercice du droit d'opposition.

333. On a pu lire que ces mesures étaient « abracadabrantes »[1223], et leur mise en œuvre « paralysante »[1224]. D'autres auteurs, à l'inverse, relevaient que l'objectif de la LMS étant la construction d'un dialogue entre employeur et comité, il était indispensable de permettre une confrontation sereine des points de vue et particulièrement le respect des réactions (avis et contre-proposition, puis réponse motivée de l'employeur), ce qui nécessitait des réunions plutôt successives que concomitantes[1225]. Ces nouveaux cas de consultation des représentants du personnel en cas de licenciement pour motif économique (renforcement de l'autonomie de la procédure couramment dénommée « procédure du livre IV » avant la recodification du Code du travail en 2008) et l'assistance d'un expert comptable lors de cette procédure, ainsi que les nouvelles obligations de l'employeur en matière d'information du comité d'entreprise (annonce publique), étaient autant d'attributions qui répondaient, en fait, à une double volonté du législateur. La volonté, d'une part, de reconnaître au comité d'entreprise un droit systématique à l'information sur la situation économique de l'entreprise, et d'autre part, d'en faire un interlocuteur des restructurations dès la phase de réflexion, avant que ne soit entamée la procédure relative au plan de sauvegarde de l'emploi.

Mais ces nouvelles prérogatives demeurent dans la continuité de la nature classique des attributions économiques depuis l'origine de l'institution : celles d'être exclusivement consultatives. A cette étape de notre analyse, il ne semble pas que ces attributions auraient permis d'ériger le comité en contre-pouvoir face à l'employeur ou, du moins, d'assurer à l'avis ou à la proposition de l'institution une influence réelle et effective dans la prise de décision de la direction.

2. L'opposition suspensive et la médiation : un pouvoir d'intervention du comité dans le processus décisionnel ?

[1221] L'article 116 de la loi de modernisation sociale avait inséré dans l'article L. 321-7 du Code du travail des dispositions sur le contrôle administratif du plan de sauvegarde de l'emploi avec la possibilité sur demande du comité d'entreprise, d'une réunion supplémentaire en cas de constat administratif de carence. Cet article a été suspendu par la loi n° 2003-6. Désormais, selon l'article L. 1233-57 du Code du travail, l'administration peut proposer de modifier le plan de sauvegarde de l'emploi. Le comité d'entreprise ne peut plus demander une réunion supplémentaire, mais la majorité de ses membres a toujours la faculté de demander une réunion exceptionnelle, en vertu de l'article L. 2325-17.

[1222] Articles 97 et 98 de la loi de modernisation sociale, suspendus en 2003 avant d'être abrogés en 2005, qui avaient introduit dans le Code de commerce les articles L. 239-1 et L. 239-2. Si cette obligation d'établir une étude d'impact social et territorial a été supprimée, il convient de noter que désormais les entreprises d'au moins mille salariés sont tenues de « contribuer à la création d'activités et au développement des emplois et d'atténuer les effets du licenciement envisagé sur les autres entreprises dans le ou les bassins d'emplois » (C. trav. art. L. 1233-84 issu de la loi du 18 janvier 2005).

[1223] J.-E. Ray, préc., *Droit social*, 2002, p. 242.

[1224] F. Favennec-Héry, préc., *RJS*, 2002, p. 287.

[1225] F.-J. Pansier, C. Charbonneau, Commentaire de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (7ème partie), *Petites affiches*, 30 janvier 2002, p. 4.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

334. La nouveauté résidait en réalité dans les dispositions, aujourd'hui abrogées, des articles L. 432-1 alinéa 3 et L. 432-1-3 de l'ancien Code du travail issues des articles 101 et 106 de la loi de modernisation sociale. Des dispositions qui pouvaient être qualifiées d'innovantes dans la mesure où elles semblaient traduire un changement de point de vue du législateur. Celui-ci accordait à l'institution élue un véritable pouvoir *via* la reconnaissance d'un droit d'opposition aux projets patronaux suivi de l'intervention d'un tiers, organisant ainsi un dialogue entre les deux parties présentant la spécificité d'être, en fait, contraint[1226].

a. L'opposition suspensive

335. Il résultait de l'article L. 432-1 alinéa 3 tel qu'issu de la loi de 2002, que « le comité d'entreprise [disposait] d'un droit d'opposition qui se [traduisait] par la saisine d'un médiateur selon les modalités prévues à l'article L. 432-1-3. Pendant la durée de la mission du médiateur, le projet en question [était] suspendu ». Quant à l'article L. 432-1-3, il édictait qu'« en cas de projet de cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome ayant pour conséquence la suppression d'au moins cent emplois, s'il [subsistait] une divergence importante entre le projet présenté par l'employeur et la ou les propositions alternatives présentées par le comité d'entreprise, l'une ou l'autre partie [pouvait] saisir un médiateur sur une liste arrêtée par le ministre du Travail ».

Ce droit d'opposition et son corollaire, la médiation, auraient-ils pu changer la situation actuelle du comité d'entreprise en tant qu'organe consultatif pour le faire entrer dans une logique de cogestion de l'entreprise en matière économique, de co-détermination avec l'employeur, et ainsi modifier la conception du droit français des relations collectives de travail ? La suspension de ces dispositions rend bien évidemment impossible une réponse à cette interrogation. Essayons d'envisager cependant quelles auraient pu être les conséquences d'une éventuelle application du régime juridique de ce nouvel instrument qu'était la médiation.

336. Ces textes laissaient planer un doute quant à leur champ d'application. Leur lecture laissait à penser que le législateur avait visé un double domaine d'intervention du médiateur. Plusieurs interprétations étaient alors possibles, qui furent tranchées par le Conseil constitutionnel. La difficulté provenait de l'article L. 432-1 alinéa 3 dans son évocation des « modalités prévues à l'article L. 432-1-3 ». Car on pouvait légitimement s'interroger sur la nature de ces modalités. Etait-ce celles de l'article L. 432-1-3 relatives au choix du médiateur, à la durée de sa mission, à ses pouvoirs, à la valeur de sa recommandation[1227] ou aux circonstances propres de cet article ? En raison de ce renvoi d'un article à une autre disposition légale, deux interprétations étaient alors possibles.

En premier lieu, l'article L. 432-1 alinéa 3 laissait à penser que l'exercice du droit d'opposition aurait été possible dans tous les cas de projets de restructuration et de compression d'effectifs d'une entreprise, quel que fut le nombre de salariés éventuellement visés[1228]. Mais le renvoi de l'article L. 432-1 alinéa 3 à l'article L. 432-1-3 permettait une autre interprétation, subordonnant l'exercice du droit d'opposition et la saisine du médiateur aux conditions posées dans cet article. Dans cette seconde hypothèse, le comité d'entreprise n'aurait pu user de son pouvoir d'opposition qu'en cas de « projet de cessation totale

[1226] I. Desbarats, La réforme de la modernisation sociale, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 4.

[1227] Article L. 432-1-3, al. 3, 4, 5, 7 de l'ancien Code du travail modifié par la loi de modernisation sociale.

[1228] Cette interprétation est celle de Monsieur Cohen. Voir : M. Cohen, Les attributions des comités d'entreprise votées le 13 juin 2001, *Semaine sociale Lamy,* 2001, n° 1035.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome ayant pour conséquence la suppression d'au moins cent emplois », et que s'il persistait « une divergence importante entre le projet présenté par l'employeur et la ou les propositions alternatives présentées par le comité ». Le Conseil constitutionnel a conforté cette deuxième lecture[1229]. Le droit d'opposition pouvait bien être exercé à l'issue de la procédure de la consultation sur le projet de restructuration, juste avant la procédure de licenciement prévue au livre III de l'ancien Code du travail.

Cette lecture constitutionnelle des textes permettait de désigner également les personnes susceptibles de recourir à la médiation. Cette possibilité était bilatérale[1230]. En pratique, on peut supposer que cette prérogative serait devenue essentiellement celle des comités d'entreprise, dans la mesure où l'employeur n'a pas à recourir à un tel artifice pour faire valoir et imposer son point de vue.

Le domaine d'intervention du médiateur s'était donc trouvé limité par une réserve d'interprétation émise par le juge constitutionnel, qui aurait empêché les tribunaux de considérer comme légitime le recours à la médiation dans le cadre de l'article L. 432-1 alinéa 3 de l'ancien Code du travail[1231].

b. La médiation et ses implications

337. L'originalité de cette loi se trouvait moins dans la délimitation du domaine d'intervention du droit d'opposition que dans les conséquences sur notre conception classique des rapports collectifs que l'intervention du médiateur aurait pu apporter. Est-ce que la médiation aurait pu ouvrir des perspectives de co-décision entre la direction et l'institution représentative du personnel, sortant alors cette dernière du schéma « information-consultation » que nous lui connaissons ?

En cas de divergence importante entre le projet de restructuration de l'entreprise élaboré par la direction et les propositions alternatives présentées par le comité d'entreprise, l'article L. 432-1-3 prévoyait que les élus du comité pouvaient décider d'exercer un droit d'opposition.

La première conséquence qui résultait de l'article L. 432-1 alinéa 3 était la suspension du projet pendant toute la durée de la médiation[1232], (conséquence qui n'était pas prévue par l'article L. 432-1-3). Cette suspension aurait empêché le déclenchement de la procédure de consultation sur le projet de licenciement économique accompagnant le projet de restructuration. Le début de cette dernière procédure était donc renvoyé au délai minimum d'un mois qui débutait à compter du délai de saisine de huit jours suivant la seconde réunion

[1229] C.C., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, considérant n° 16.

[1230] Selon l'article L. 432-1-3 de l'ancien Code du travail : « (…) s'il subsiste une divergence importante entre le projet présenté par l'employeur et la ou les propositions alternatives présentées par le comité d'entreprise, l'une ou l'autre des parties peut saisir un médiateur », alors que l'article L. 432-1 al. 3 énonçait : « Le comité d'entreprise dispose d'un droit d'opposition qui se traduit par la saisine d'un médiateur ».

[1231] Selon l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

[1232] Article L. 432-1 al. 3 de l'ancien Code du travail : « Le comité d'entreprise dispose d'un droit d'opposition qui se traduit par la saisine d'un médiateur selon les modalités prévues à l'article L. 432-1-3. Pendant la durée de la mission du médiateur, le projet en question est suspendu ».

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de consultation prévue au livre IV[1233]. Le droit d'opposition se traduisait par la saisine d'un médiateur[1234]. La finalité de sa mission était la rédaction d'une recommandation destinée à rapprocher les points de vue[1235]. Si cette recommandation était acceptée par les parties, l'alinéa 7 de l'article L. 432-1-3 décidait : « elle emporte les effets juridiques d'un accord au sens des articles L. 132-1 et suivants [art. L. 2221-2 et s.] »[1236].

La loi de modernisation sociale avait donc introduit l'idée, nouvelle, d'un accord collectif d'un nouveau genre, issu d'une négociation avec le comité d'entreprise, sans intervention à aucun moment d'un syndicat. Notons que le juge constitutionnel n'a formulé aucune réserve sur ce point dans sa décision du 12 janvier 2002. C'est cette innovation qui aurait pu être à l'origine de l'entrée de la cogestion dans le système des relations collectives où l'expression juridique de la prise de décision patronale est unilatérale. La recommandation aurait permis au comité d'entreprise d'exercer une influence réelle sur le nouveau projet de restructuration - chose qu'il n'aurait pu faire dans le projet initial - à la double condition que le médiateur eût introduit des éléments de propositions des élus dans sa recommandation et qu'ensuite, cette dernière eût été acceptée par la direction de l'entreprise et le comité[1237]. Mais, même s'il est difficile d'imaginer l'avenir qu'aurait pu avoir cette nouvelle procédure de médiation, il semble peu probable qu'elle eût permis au « comité d'entreprise d'entrer dans la codécision »[1238]. La recommandation, pour être effective, supposait en effet l'accord des deux parties. Dans cette démarche, l'acceptation de la direction était indispensable.

La décision finale appartenait donc, finalement, toujours au dirigeant de l'entreprise, de façon unilatérale. S'il refusait la recommandation proposée par le médiateur, la technique nouvelle du droit d'opposition n'aurait eu pour effet que de retarder mais non d'empêcher la réalisation d'un projet voulu par lui. A défaut d'acceptation commune, la procédure devait alors reprendre son cours. L'exercice de la médiation n'ayant été prévu qu'en cas de projet de cessation totale ou partielle d'activité d'un établissement ou d'une entité économique autonome ayant pour conséquence la suppression d'au moins cent emplois, il convenait, pour l'employeur, de saisir alors les organes de direction de l'entreprise pour qu'ils réalisent

1233 Voir en ce sens : M. Morand, Le médiateur dans la procédure de licenciement économique, *Semaine sociale Lamy,* 2002, n° 1067.

1234 La procédure de médiation avait été précisée par le décret n° 2002-783 du 3 mai 2002, *JO* 5 mai. V. sur ce sujet : M. Morand, Précisions sur l'intervention du médiateur, *Petites affiches*, 21 janvier 2002, p. 43 ; N. Moizard, Un retour en grâce des médiateurs, *Droit social*, 2002, p. 325.

1235 Article L. 432-1-3 al. 6 de l'ancien Code du travail : « Après avoir recueilli les projets et propositions des parties, le médiateur est chargé de rapprocher leurs points de vue et de leur faire une recommandation. Les parties disposent d'un délai de cinq jours pour faire connaître par écrit au médiateur leur acceptation ou leur refus de sa recommandation ».

1236 La circulaire n° 2002-1 du 5 mai 2002 (*BO Trav.,* n° 11, 20 juin 2002) précisait qu'en cas d'acceptation, la recommandation du médiateur emportait « les effets juridiques d'un accord au sens des articles L. 132-1 et suivants du Code du travail [art. 2221-2 et s.]. Elle lie donc les parties, c'est-à-dire l'employeur et le comité d'entreprise, qui sont tenus de la respecter sous le contrôle du juge. En revanche, n'étant pas un accord collectif, la recommandation n'est pas susceptible d'être révisée ou dénoncée au sens des articles L. 132-7 [art. L. 2222-5, L. 2261-7, L. 2261-8] et L. 132-8 [art. 2222-6, L. 2261-9 et s.] ».

1237 A. Coeuret, Le comité d'entreprise dans la loi de modernisation sociale, morceaux choisis, *Gazette du Palais*, vendredi 20, samedi 21 septembre 2002, p. 36.

1238 Selon le titre de l'article de S. Niel, Le comité d'entreprise entre dans la codécision, *Semaine sociale Lamy*, 2002, n° 1073.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

l'étude d'impact que prévoyait l'article L. 239-1 du Code de commerce[1239], avant d'entamer la procédure de consultation sur le projet de licenciement collectif.

Même si l'acceptation de la représentation élue était également nécessaire, la pratique aurait sans doute montré que ces nouvelles dispositions visaient plutôt à créer un droit au profit du comité d'entreprise et que celui-ci aurait pris le plus souvent l'initiative de l'exercice. On restait donc dans le type de relation de pouvoir à caractère unilatéral que l'on retrouve dans tout rapport entre la direction de l'entreprise et les représentants élus du personnel.

338. Cette « forme de dialogue contractuel (…) sur le sujet (…) du motif économique » [1240] a été abrogée par le législateur de 2005, qui a choisi de la réserver au plan de sauvegarde de l'emploi[1241]. Elle semblait pourtant constituer les prémices d'un rapprochement avec le droit communautaire qui prescrit, comme on le sait, une consultation « en vue d'aboutir à un accord »[1242], puisque l'exercice de cette opposition pouvait conduire à l'achèvement de la procédure de consultation du comité d'entreprise par un accord collectif avec l'employeur. Toutefois, le champ d'intervention de cette figure de négociation résultant d'une opposition, en étant la mesure économique elle-même, différait de celui exigé par la norme européenne, circonscrit aux effets de cette mesure économique[1243]. Si le droit français s'est maintenant conformé au droit communautaire sur l'objet de la négociation (le plan de sauvegarde de l'emploi peut être prévu par un accord collectif, conformément aux articles L.1233-22 et L. 2242-16 du Code du travail), c'est la procédure qui y conduit qui diverge désormais des exigences communautaires. La consultation du comité d'entreprise lors d'un licenciement économique ne peut plus déboucher sur un accord, comme le permettait le droit d'opposition.

339. La loi de modernisation sociale aurait-elle érigé le comité d'entreprise en contre-pouvoir face à la direction, lui permettant de décider conjointement de l'avenir des salariés qu'il représente ? On peut en douter, bien que la pratique n'ait pas eu le temps de nous apporter de réponse. Dès son arrivée aux affaires, la nouvelle majorité est revenue sur une réforme[1244] qui, selon un auteur fréquemment cité lors des travaux préparatoires de la loi du 3 janvier 2003, conférait au droit français du licenciement « la Palme d'Or mondiale de la complexité et donc de l'insécurité juridique et judiciaire »[1245]. Il n'en demeure pas moins que cette loi avait enrichi les attributions économiques du comité d'entreprise. Elle en faisait le partenaire de la direction et un interlocuteur privilégié. Elle accentuait sa fonction de contrôle et de surveillance des décisions patronales. Mieux informé et consulté, il ne pouvait qu'assurer de façon plus efficace sa mission de prise en compte permanente des

[1239] Article L. 432-1-3 de l'ancien Code du travail : « En cas de refus de la recommandation, le médiateur la transmet sans délai à l'organe de direction ou de surveillance de l'entreprise en vue de la décision prévue à l'article L. 239-1 [version abrogée au 19 janvier 2005] du Code de commerce. La recommandation doit être jointe à l'étude d'impact social et territorial présentée à cet organe ».

[1240] D. Balmary, Le licenciement économique : du contrôle à la négociation, *Droit social*, 2004, p. 272, spé. p. 275.

[1241] Articles L. 1233-22 et L. 2242-16 du Code du travail.

[1242] Article 2.1 de la directive 98/59/CE.

[1243] Article 2.2 de la directive 98/59/CE.

[1244] Notons que nombre de dispositions de la loi de modernisation sociale suspendues ne sont, en tout état de cause, jamais entrées en vigueur faute de décrets d'application. « La perspective même de leur application » qui « incite certains chefs d'entreprise à effectuer un dépôt de bilan ou une délocalisation » selon le ministre des Affaires sociales de l'époque, François Fillon, justifiait ainsi le recours à la procédure d'urgence sur le texte adopté le 3 janvier 2003.

[1245] J.-E. Ray, préc., *Droit social,* 2002, spé. p. 241.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

intérêts des salariés dans les décisions relatives à la gestion et l'évolution économique de l'entreprise. Par ailleurs, en imposant dans le texte du Code de commerce une décision des organes de gestion et de surveillance[1246] entre les deux procédures de consultation du comité d'entreprise, la loi organisait son intégration au processus, plus en amont des restructurations. Il aurait pu en résulter une participation plus grande des représentants des travailleurs à la décision de gestion, même si ce dispositif demeurait modeste. Il ne concernait en effet que les conséquences d'une cessation d'activité, et avait vocation à n'intervenir qu'après la consultation de l'institution élue sur le projet de restructuration et de compression des effectifs. Mais c'est bien la mise en œuvre de ces prérogatives qui soulevait discussion. Si de façon unanime, les auteurs constataient l'allongement des délais que cet exercice aurait provoqué, cet accroissement de la procédure avait en réalité suscité des commentaires diamétralement opposés. La mise en œuvre des nouvelles attributions était perçue comme paralysante pour certains, faisant du comité une simple force de blocage[1247]. Pour d'autres, au contraire, la nouvelle procédure constituait un moyen utile pour le comité d'entreprise de gagner du temps face à une décision de la direction qui aurait été irréversible[1248] ou, à tout le moins, l'occasion de rapprochement entre les parties, propice à la facilitation de la prise en compte des propositions de l'institution élue[1249].

L'adoption de cette loi ne peut être dissociée du contexte social et économique de l'époque, marqué par de nombreuses fermetures d'établissements d'entreprises apparemment prospères. Sous la pression d'une opinion publique émue par ces évènements, le législateur de 2002 avait souhaité accroître les pouvoirs du comité d'entreprise en instaurant un dialogue entre les protagonistes même s'il n'aurait sans doute pas permis de révolutionner le rôle de l'institution élue dans le domaine économique. Même le droit d'opposition, qualifié par certains de droit de veto du comité, ne permettait pas en réalité de modifier une décision voulue définitive par la direction. Pour une partie avisée de la doctrine, la LMS, qualifiée « de loi de circonstance » par Monsieur Dominique Dord[1250], n'aurait reconnu au comité d'entreprise « aucun autre pouvoir réel que [celui] de ralentir tous les processus de prise de décision »[1251].

340. L'organisation de l'intervention du comité d'entreprise en amont du processus décisionnel par la loi de modernisation sociale fut un échec. Il ne fait aucun doute que les employeurs considéraient « la limitation de leur pouvoir en amont de la prise de décision »[1252] comme un obstacle à « leur liberté de gestion entravée par de trop lourdes procédures »[1253].

1246 Dans les hypothèses de cession totale ou partielle d'activité d'un établissement concernant au moins cent salariés (article 97 de la loi de modernisation sociale).

1247 F. Favennec-Héry, préc., *RJS*, 2002, p. 287.

1248 M. Cohen,La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprise, *Droit social*, 2003, p. 271. ; J. Grangé, préc., *Droit social*, 2002, p. 704, spé. p. 714.

1249 J. Grangé, préc., *Droit social*, 2002, p. 704, spé. p. 714.

1250 D. Dord, *Rapport n° 386 fait au nom de la commission des Affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif à la négociation collective sur les restructurations ayant des incidences sur l'emploi (n° 375)*, 20 novembre 2002, p. 7, http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0386.pdf.

1251 R. Vatinet, De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ?, *Droit social*, 2002, p. 286.

1252 F. Khodri-Benamrouche, Les exigences procédurales, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1340.

1253 *Ibid.*

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Pourtant, il est intéressant de constater que nombre de ses dispositions abrogées par la loi n° 2005-32 de cohésion sociale furent réintroduites, par cette même loi, au chapitre du Code du travail relatif à la négociation collective, et non plus à celui consacré aux attributions économiques de l'institution élue. Ainsi, si l'intervention du comité telle que l'avait organisée la loi de modernisation sociale paraissait légitime et souhaitée, c'est sa mise en œuvre qui en fut changée. Ce choix du législateur en 2005 est révélateur, selon nous, de l'amorce d'une mutation profonde de l'intervention du comité d'entreprise en matière économique. Mais, avec la suppression de ce droit d'opposition du comité, est abandonnée ce qui pouvait représenter l'amorce d'une cogestion. On s'éloignerait alors de l'idée de coopération perçue comme la recherche d'un accord entre comité et employeur. On s'en rapprocherait cependant, si l'on considérait que l'organisation conventionnelle de l'intervention du comité d'entreprise dans les décisions économiques – encouragée par les réformes de la présente décennie - en est une manifestation.

II. Une association organisée conventionnellement

341. Le comité d'entreprise aurait-il une tendance à se révéler au moment des périodes de « crise économique » ? Monsieur Pierre Bouvier faisait remarquer, en 1980, que « l'importance de l'institution du comité d'entreprise en tant qu'instance obligatoire d'information sur les projets de compression d'effectifs, et ceci depuis la loi de 1966, devient d'autant plus vérifiable que l'économie entre dans une période de crise »[1254]. Déjà, « la restructuration des branches industrielles indui[sait] un nombre important de modifications au niveau des effectifs », et l'auteur émettait l'hypothèse que les modifications légales de 1966 instituant un élargissement des attributions à la consultation sur les plans de réduction des effectifs « correspond[aient] à la volonté des pouvoirs publics d'intégrer de manière plus effective les salariés aux stratégies de l'entreprise »[1255]. Cette intégration se vérifie-t-elle aujourd'hui et la constate-t-on dans les interventions législatives relatives aux attributions économiques du comité d'entreprise ?

Longtemps focalisée sur les conséquences sociales des décisions économiques, l'intervention des représentants des travailleurs se situe aujourd'hui de plus en plus en amont de la prise de ces décisions. On peut alors s'interroger sur les raisons d'un tel déplacement de l'intervention du comité et les objectifs poursuivis par le législateur.

342. En 1994, Monsieur Jean-Claude Javillier faisait le constat que les « institutions représentatives du personnel dans l'entreprise française sont marquées en profondeur comme coulées dans ce grand moule idéologique de la lutte des classes », prédisant que « le conflit radical et permanent (…) élevé au rang de principe ordonnateur des relations de travail comme du système des relations professionnelles, est ce grand vent qui agite tant le voile de la participation, que ce dernier finit, tôt ou tard par se déchirer. Revendiquer, c'est, un peu, refuser cette participation qui voudrait « intégrer le salarié dans l'entreprise » »[1256].

Ce constat semble avoir inspiré les récentes dispositions législatives, à l'origine de cas de négociations obligatoires visant à organiser les procédures d'information et de consultation de l'institution élue dans les décisions de l'entreprise. Ces négociations

1254 P. Bouvier, *Travail et expression ouvrière*, Galilée, 1980, p. 57.

1255 *Ibid.*, p. 61.

1256 J.-C. Javillier, Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail, *in Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le professeur Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 219, spé. p. 225.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

se situent-elles dans le droit fil du droit communautaire, qui prône « l'implication des travailleurs » avec comme objectif de rendre les entreprises plus productives et compétitives ? Ce droit n'inscrit-il pas le recours aux représentants des travailleurs « dans une perspective libérale »[1257] ? A cet égard, la directive 2002/14/CE est particulièrement explicite. Dans son préambule, elle prévoit qu'il « importe de renforcer le dialogue social et les relations de confiance au sein de l'entreprise afin de favoriser l'anticipation des risques, de rendre l'organisation du travail plus flexible (…), de sensibiliser les travailleurs aux besoins d'adaptation, (…) de promouvoir l'association des travailleurs à la marche et à l'avenir de l'entreprise et de renforcer la compétitivité de celle-ci »[1258]. Elle énonce plus loin qu' « une information et une consultation en temps utile constituent une condition préalable à la réussite des processus de restructuration et d'adaptation des entreprises aux nouvelles conditions induites par la mondialisation de l'économie, notamment au travers du développement de nouveaux modes d'organisation de travail »[1259]. La récente directive 2009/38/CE sur la mise en place d'un comité d'entreprise européen n'est pas en reste dans ce domaine. Elle prévoit, en effet, que « pour assurer un développement harmonieux des activités économiques, il faut que les entreprises et les groupes d'entreprises opérant dans plusieurs Etats membres informent et consultent les représentants de leurs travailleurs touchés par leurs décisions »[1260]. Cette conception de l'institution élue n'est pas sans rappeler la finalité originelle du comité d'entreprise français au moment de sa création, qui était de permettre un accroissement de la productivité. Paul Durand et Robert Jaussaud définissaient dans leur traité de droit du travail son objet qui était d'organiser « la coopération de la direction et des représentants du personnel »[1261]. Ils précisaient que les comités d'entreprise, en tant qu' « organes de la communauté d'entreprise, n'ont pas de caractère revendicatif [et] sont dominés par le souci de l'œuvre commune à réaliser »[1262]. La notion de coopération fut, il est vrai, attribuée initialement à la mission du comité d'entreprise par les juristes[1263]. Les réunions entre parties patronale et salariée faisaient l'originalité de l'institution élue. Elles avaient pour motif la prise en compte et la conciliation des demandes contradictoires des interlocuteurs « autour, sinon de la prise de décision, du moins de l'information, de la consultation et de la participation à « l'œuvre commune » »[1264]. Elles devaient permettre « en trouvant le lieu d'un dialogue, d'améliorer [les] rapports réciproques [des interlocuteurs] et construire une coopération »[1265]. Mais l'association des représentants

1257 S. Laulom, préc., *in Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la dir. de S. Laulom, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, p. 52.

1258 Considérant n° 7 de la directive 2002/14/CE.

1259 Considérant n° 9 de la directive 2002/14/CE.

1260 Considérant n° 10 de la directive 2009/38/CE.

1261 P. Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail,* Tome premier, Dalloz, 1947, p. 463.

1262 *Ibid.*

1263 G. Lyon-Caen, Critique de la négociation collective, *Droit social*, 1979, p. 350, spé. p. 353 : « (…) dans l'entreprise, existent déjà deux systèmes de représentation (élue et syndicale). La tendance des juristes (plus que des sociologues) est de les cloisonner parce que la loi définit différemment leur mission : - au syndicat, la contestation donc la capacité de négocier, - au comité d'entreprise, la consultation donc la coopération ».

1264 P. Bouvier, *préc.*, Galilée, 1980, p. 10.

1265 *Ibid.* Précisons que cette perspective d'association des représentants du personnel dans une logique libérale s'est retrouvée bien des années plus tard dans le discours des experts en *management* qui souhaitaient « une évolution de l'entreprise par une contribution accrue à un nouveau type de concertation sur les objectifs et les stratégies et non plus seulement sur les moyens ou le

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

du personnel n'est pas guidée seulement par le souci de concevoir leur participation à l'entreprise de manière « libérale » ; elle l'est également par celui d'être en conformité avec les textes communautaires[1266] et constitutionnels qui reconnaissent le droit à l'information et à la consultation des travailleurs, ainsi que leur droit à la participation à la gestion des entreprises[1267].

Aujourd'hui, on remarque un renforcement de l'approche conventionnelle de la participation des salariés dans un contexte transnational des rapports d'organisation des entreprises et d'accélération des changements économiques et décisionnels. Quelle place cette approche laisse-t-elle alors pour l'intervention économique du comité d'entreprise ?

A. Le comité d'entreprise dans les restructurations

343. Le phénomène de restructuration des entreprises semble avoir changé de nature au fil des décennies. Jusqu'aux années quatre-vingt-dix, on les imaginait conjoncturelles, liées aux mutations technologiques ou à des difficultés passagères. Depuis, on sait que le mouvement est structurel et permanent, lié à des phénomènes mondiaux et financiers qui échappent largement aux acteurs de base. Ces nouvelles formes de restructurations sont souvent menées indépendamment de toute situation d'urgence, résultant de décisions stratégiques et de choix de gestion. Ce phénomène mérite qu'on s'y arrête (1), avant d'examiner les capacités d'intervention du comité d'entreprise dans ce nouveau contexte (2).

1. Le phénomène grandissant des restructurations

344. Face à la multiplication incessante des restructurations, qui semblent être désormais considérées comme une « étape récurrente de la vie des entreprises engagées dans des processus de reconfiguration permanents »[1268] (a), le législateur de 2005 a choisi la voie de l'anticipation à laquelle les représentants des salariés doivent être associés, qui vient s'ajouter aux prérogatives du comité d'entreprise en matière de restructuration suivie de licenciement collectif (b).

a. Les restructurations : d'une situation de crise à une généralisation du phénomène[1269]

partage des résultats ». Avec l'idée sous-jacente que « les travailleurs n'accepteront les sacrifices qu'implique le redéploiement de nos économies que s'ils sont associés à la préparation des objectifs à atteindre et des stratégies à mettre en œuvre » (*L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales*, sous la dir. de J. Vandamme, IRM, 1984, p. 20). Ainsi, les bénéfices d'une meilleure association des travailleurs aux décisions sont « donc aussi et surtout d'ordre économique » (F. Meyer, préc., *in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire,* sous la dir. de C. Sachs-Durand, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 33, spé. p. 37).

[1266] Point 17 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989, article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

[1267] Alinéa 8 de la Constitution du 27 octobre 1946, repris par la Constitution du 4 octobre 1958.

[1268] J.-P. Aubert, R. Beaujolin-Bellet, Les acteurs de l'entreprise face aux restructurations: une délicate mutation, *Travail et emploi,* 2004, n° 100, p. 99.

[1269] ***V. par exemple : F. Meyer, La place des salariés en Europe communautaire. Synthèses et conclusions générales, in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire, sous la dir. de C. Sachs-Durand, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 327.***

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

345. De nombreuses définitions de la notion de restructuration sont proposées, indépendamment de toute transcription juridique[1270]. On retiendra ici l'analyse que propose Monsieur Antoine Lyon-Caen, pour qui ce terme « réunit un ensemble d'initiatives ou de projets affectant les structures juridiques ou productives de l'entreprise mais avant tout susceptibles d'entraîner des conséquences sur l'emploi ». Il n'est « guère besoin d'être plus précis » énonce l'auteur, pour lequel « ce qui importe c'est l'incidence potentielle d'une initiative ou d'un projet sur l'emploi. Il n'y a pas lieu de s'arrêter aux règles applicables à l'opération, qui d'ailleurs, ne correspond pas nécessairement à un acte juridique »[1271]. Le terme est connu du Code du travail[1272] et fut considéré comme « suffisamment précis » par le Conseil constitutionnel[1273]. L'article L. 2323-15 prévoit ainsi que « le comité d'entreprise est saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs [et] émet un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application »[1274].

Sans nous arrêter sur les règles applicables aux opérations caractérisant les restructurations, il convient cependant de faire le constat de leur très forte augmentation, et de leur changement de nature, ce dernier point étant souligné par de nombreux observateurs[1275]. Désormais, les restructurations s'opèrent aussi bien en période de croissance économique qu'en période de crise. Elles sont souvent mondialisées et s'inscrivent dans des logiques d'anticipation de résultats. Longtemps considérées comme des évènements accidentels, *a priori* peu prévisibles, elles sont désormais permanentes

1270 V. F. Meyer, L'intervention des salariés dans le droit économique des restructurations, *in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire,* sous la dir. de C. Sachs-Durand, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 33 ; *Délocalisations, normes du travail et politique d'emploi. Vers une mondialisation plus juste ?*, sous la dir. de P. Auer, G. Besse, D. Méda, La découverte, 2005 ; C. Masquefa, *La restructuration*, LGDJ, 2000.

1271 A. Lyon-Caen, Le comité d'entreprise et les restructurations, *Droit social,* 2004, p. 285.

1272 Le terme apparaît dans certains articles relatifs aux dispositifs de revitalisation des bassins d'emploi touchés par des licenciements économiques (C. trav. art. L. 1233-87, D. 1233-43, D. 1233-46) et d'aides au maintien et à la sauvegarde de l'emploi (C. trav. art. R. 5122-1). L'article L. 1233-22 concernant le contenu des accords organisant la procédure de consultation des représentants du personnel dans les cas de licenciement collectif le mentionne également.

1273 C.C., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, considérant n° 17.

1274 Pour un commentaire de cette formulation issue de la loi de modernisation sociale, v. J. Grangé, Comité d'entreprise, annonces publiques et restructurations, *Droit social,* 2002, p. 704. Le terme restructuration est également employé à l'article L. 2323-16 du Code du travail,

1275 J.-P. Aubert, R. Beaujolin-Bellet, préc., *Travail et emploi,* 2004, n° 100, p. 99 ; J.-Y. Kerbouc'h, L'anticipation des restructurations à l'épreuve du droit du travail*, Travail et emploi*, 2007, n° 109, p. 25 ; R. Beaujolin-Bellet, C. Cornolti, A. Kuhn, Y. Moulin, L'anticipation partagée des restructurations à l'épreuve des faits, *Travail et emploi*, 2007, p. 11 ; *Des restructurations et des hommes*, sous la dir. de T. Lemasle et P.-E. Tixier, Dunod, 2000 ; M. Campinos-Dubernet, Des restructurations discrètes : reconstruire l'emploi face à la mondialisation, *Travail et emploi*, 2003, n° 95, p. 41 ; *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi,* sous la dir. de J.-Y. Kerbouc'h et C. Willmann, La Documentation française, 2001 ; J.-E. Ray, Mutation économique et droit du travail *in Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen,* Dalloz, 1989, p. 11 ; F. Meyer, M. Rigaux, La place des salariés en Europe communautaire. Synthèse et conclusions générales, *in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, sous la dir. de C. Sachs-Durand, Collection de l'Université de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 327 ; A. Degremont, Le contexte des restructurations en Europe : la « restructuration permanente », *in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, sous la dir. de C. Sachs-Durand, Collection de l'Université de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 7 ; Numéro spécial : Les restructurations, *Droit social*, 2006, n° 3 ; Restructurations en Europe, sous la dir. de M.-A. Moreau, *Semaine sociale Lamy supplément,* 2008, n° 1376.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

et qualifiées même de « fait de société en Europe »[1276]. Elles peuvent affecter toutes activités, tous types d'entreprises, toutes catégories de salariés et ne sont plus le lot de quelques secteurs identifiables connaissant une crise économique. Cette multiplication des restructurations est par ailleurs encouragée par les textes communautaires, notamment celui relatif à la société européenne, qui a vocation « à devenir une formidable machine à restructurer puisque c'est l'objectif affiché dans les cinq premiers considérants »[1277], et qu'elle facilite quatre formes de fusions ou de restructurations : la constitution *ex-nihilo* d'une société européenne, la constitution par voie de fusion absorption, la constitution d'une holding entre SA et SARL et la constitution d'une filiale[1278].

346. Face à ces changements permanents des entreprises, accompagnés de transformation d'emploi, le droit français de la représentation des travailleurs a pu être considéré comme inadapté, car concentré sur une intervention du comité d'entreprise par le biais de procédures au seul moment de l'annonce de la restructuration. D'une façon générale, l'institution élue se trouve, à l'occasion d'une telle annonce et à l'instar des représentants syndicaux, placée en situation d'asymétrie de préparation, de compétences, d'information et de pouvoir face à l'employeur. Cependant, le droit français, en situation de crise, met à sa disposition un arsenal de procédures et des moyens auxquels l'employeur doit se soumettre.

Cette généralisation des restructurations devrait conduire les entreprises à intégrer dans leur gestion courante des moyens et des méthodes destinés à en assurer le traitement, incluant alors l'organisation de l'intervention des représentants du personnel. Faute de procéder à cette intégration, le risque serait alors l'inadaptation des droits que la loi accorde aux représentants du personnel, conçus pour une mise en œuvre en situation exceptionnelle ou de crise, et non dans le cadre de la gestion courante de l'entreprise.

b. La légitimité de l'intervention du comité d'entreprise dans les décisions économiques de restructuration

347. Le droit français impose à l'employeur qui projette une restructuration l'obligation d'informer et de consulter préalablement son comité d'entreprise. Les représentants élus du personnel ont donc vocation à intervenir au moment de l'annonce du projet, conformément aux articles L. 2323-6 et s., et particulièrement à l'article L. 2323-15 du Code du travail. Lors de la procédure de consultation menée en application des articles L. 1233-28 et s. du Code du travail, leur action se focalise spécialement sur le plan de sauvegarde de l'emploi qui leur est présenté dans les projets de licenciements économiques d'au moins dix salariés sur une période de trente jours.

Il n'est pas prévu que les représentants élus soient informés ou consultés « depuis l'amont (par exemple le moment de la prise de conscience par la direction de l'entreprise de la nécessité de restructurer) à l'aval (par exemple le moment de l'évaluation de l'ensemble du processus) »[1279]. Ils ne connaissent que la mise en œuvre de la décision, au moment où celle-ci est intégrée comme étant irréversible, l' « avant » étant le champ exclusif des

[1276] C.-E. Triomphe, L'Europe doit s'intéresser aux restructurations, *Liaisons sociales Europe,* 2006, n° 165, p. 4.

[1277] F. Meyer, préc., *in La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire,* sous la dir. de C. Sachs-Durand, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 33, spé. p. 34. L'auteur fait référence dans cette situation aux considérants du règlement du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne.

[1278] V. article 3.7 de la directive 2001/86/CE.

[1279] J.-P. Aubert, R. Beaujolin-Bellet, préc., *Travail et emploi,* 2004, n° 100, p. 99, spé. p. 106.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

instances de direction qui préparent la décision dans la confidentialité et sans mise en débat des critères de la prise de décision[1280]. Or, il est soutenu que le « *tempo* pour lequel le Code du travail a créé le rituel des procédures d'information-consultation (…) » n'est pas adapté à ces nouvelles formes de restructurations. Leur caractère « continu, littéralement incessant, de plus en plus rapide »[1281] est appréhendé par la mise en place d'un processus de gestion de crise, alors que lesdites crises ne relèvent plus aujourd'hui d'accidents liés à la conjoncture mais bien de choix de gestion et de choix stratégiques. Les mécanismes procéduraux mis au service du comité d'entreprise sont dénoncés comme étant inadaptés au mouvement perpétuel des restructurations.

348. Ce changement de nature des restructurations a conduit à considérer l'intervention des représentants des travailleurs, telle qu'elle est organisée par la loi française, comme inadaptée à cette nouvelle situation. Il a donc été prôné la mise en place d'un dispositif nouveau. Son objectif est de permettre une meilleure prise en compte, par les acteurs, de la permanence des restructurations en organisant une anticipation dont le but est la recherche de solutions satisfaisantes pour les différentes parties. Cette anticipation suppose un traitement dit « à froid » des restructurations. Elle nécessite que chacun des acteurs – dont les salariés, par l'intermédiaire de leurs représentants - se trouve en amont du processus selon lequel vont s'effectuer les mutations économiques et dispose d'une capacité de diagnostic des situations. Une vision qui doit admettre un partage de l'information plus important, afin de permettre une concertation en continu, tant la permanence des mouvements de restructurations estompe « l'identification nette d'un « amont » de ces derniers (même si des situations de crise existent) »[1282]. Cette volonté d'un partage anticipé de l'information se manifeste d'ailleurs dans la directive 2002/14/CE qui crée un cadre général à l'information et à la consultation devant notamment porter sur « l'évolution probable de l'emploi au sein de l'entreprise et de l'établissement, ainsi que sur les éventuelles mesures d'anticipation envisagées, notamment en cas de menace sur l'emploi »[1283]. Dans ce courant d'idées promouvant l'anticipation des restructurations, le législateur a décidé par la loi du 18 janvier 2005, pour faire face à la nécessité d'associer les travailleurs à l'anticipation des mutations économiques, de privilégier l'intervention du syndicat. Ce texte fait de la représentation syndicale le partenaire de la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, à l'occasion de l'obligation triennale de négociation, au détriment de l'institution élue.

2. Les attributions économiques du comité à l'épreuve du phénomène des restructurations

349. S'il est vrai que les attributions du comité d'entreprise sont construites pour lui permettre une intervention forte lors de projets ponctuels, l'institution élue n'est cependant pas dépourvue de moyens face à cette logique d'anticipation. L'exercice de ses attributions économiques, dans le cadre de la gestion ordinaire de l'entreprise, a vocation à lui permettre d'anticiper et de mieux appréhender les décisions ayant des effets sur l'emploi, décisions sur lesquelles il est amené à être consulté. Ses droits réguliers à information et à consultation peuvent être mis au service d'une intervention en amont dans la politique prévisionnelle de l'entreprise et les décisions de gestion prises par l'employeur, même si force est

1280 R. Beaujolin, *Les vertiges de l'emploi, l'entreprise face aux réductions d'effectifs,* Grasset, 1999.

1281 J.-E. Ray, Avant-propos. Pour des restructurations socialement responsables, *Droit social*, 2006, p. 249, spé. p. 252.

1282 J.-P. Aubert, R. Beaujolin-Bellet, préc., *Travail et emploi,* 2004, n° 100, p. 99, spé. p. 107.

1283 Article 4.2 b) de la directive 2002/14/CE.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de reconnaître que ses compétences, dont l'exercice coordonné n'est pas prévu, sont disséminées dans le Code du travail.

En dehors des périodes de crise, l'institution élue, en charge de la prise en compte permanente des intérêts des salariés dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production[1284], est en effet destinataire d'un nombre conséquent d'informations, préalable indispensable à l'accomplissement de sa mission. Ces informations, dont certaines ne figurent plus dans la partie légale du Code du travail depuis sa recodification (b), permettent une anticipation de l'institution élue (a).

a. L'information prévisionnelle pour une intervention en amont du comité d'entreprise

350. Le comité d'entreprise a vocation à recevoir, un mois après chaque élection de la délégation du personnel, une documentation économique et financière précisant la forme juridique de l'entreprise et son organisation, ses perspectives économiques et, le cas échéant, sa position au sein du groupe (C. trav. art. L. 2323-7). Tout au long de l'année, il est destinataire périodiquement d'informations, certaines d'entre elles devant faire l'objet d'une consultation. Conformément à l'article L. 2323-33, il est chaque année « consulté sur les orientations de la formation professionnelle dans l'entreprise en fonction des perspectives économiques et de l'évolution de l'emploi, des investissements et des technologies dans l'entreprise ». De plus, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, il est amené à connaître trimestriellement de la situation de l'emploi et des mesures envisagées en matière d'équipements ou de méthodes de production et d'exploitation (C. trav. art. L. 2323-51). En application de l'article L. 2323-55, l'employeur remet dans ces mêmes entreprises, au moins une fois par an, « un rapport d'ensemble sur la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir ». Outre des informations et consultations régulières, le comité a également vocation à intervenir de manière ponctuelle. Ainsi, « lorsque l'employeur envisage de mettre en œuvre des mutations technologiques importantes et rapides », l'article L. 2323-14 prévoit qu'il établisse un plan d'adaptation qu'il transmet, pour information et consultation, au comité d'entreprise. Plus généralement, le Code du travail assure à l'institution élue sa consultation sur toutes « les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle » (C. trav. art. L. 2323-6).

Les informations qui renseignent le comité sur la situation de l'entreprise, mises au service d'une anticipation des décisions sur lesquelles il sera consulté, sont destinées à être reçues dans le cadre de la gestion ordinaire de l'entreprise. Elles lui permettent de replacer un projet important de réorganisation ou de restructuration dans un contexte plus général ; elles sont autant d'éléments qui peuvent rendre possible une anticipation de la décision, objet d'une consultation[1285].

351. Le lien qui existe entre les informations régulières dues au comité d'entreprise et ses consultations ponctuelles au titre des articles L. 2323-6 et s., L. 1233-8 et s., L. 1233-28 et s. du Code du travail a déjà été souligné dans plusieurs textes. L'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, dans son article IV du préambule, avait d'abord posé une règle générale selon laquelle toute entreprise « doit

[1284] Article L. 2323-1 du Code du travail.

[1285] V. S. Laulom, *préc.*, Thèse Paris X, 1996, p. 99.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

s'efforcer de faire des prévisions de façon à établir les bases d'une politique de l'emploi »[1286]. La liaison entre information périodique du comité et consultation sur des décisions relevant de la gestion extraordinaire de l'entreprise a également été mise en avant par la loi du 2 août 1989[1287]. Celle-ci a institué, dans un but de prévention des licenciements, une information et une consultation annuelle du comité d'entreprise. Aujourd'hui cette information est codifiée à l'article L. 2323-56. Elle concerne « l'évolution de l'emploi et des qualifications dans l'entreprise au cours de l'année passée » et « les prévisions annuelles ou pluriannuelles et les actions, notamment de prévention et de formation, que l'employeur envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions, particulièrement au bénéfice des salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification les exposant, plus que d'autres, aux conséquences de l'évolution économique ou technologique ». L'article précise également que « l'employeur apporte toutes les explications sur les écarts éventuellement constatés entre les prévisions et l'évolution effective de l'emploi ainsi que sur les conditions d'exécution des actions prévues au titre de l'année écoulée ». Des dispositions similaires sont prévues pour le comité de groupe qui doit recevoir des informations sur « (…) l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions » (C. trav. art. L. 2332-1). De même, le comité d'entreprise européen, s'il est institué sans accord, doit être informé au cours de sa réunion annuelle de « l'évolution probable [des] activités [de l'entreprise ou du groupe d'entreprises] », conformément à l'article L. 2343-3 du Code du travail.

352. Tous ces moyens doivent permettre au comité d'entreprise d'anticiper d'éventuelles décisions de licenciement et d'intervenir en amont des procédures. Ils l'aident à mieux comprendre et mieux appréhender les motifs, les « tenants et les aboutissants » des projets de réorganisation de l'entreprise qui lui sont soumis. Toutefois, il convient de préciser que la recodification issue de l'ordonnance du 12 mars 2007 n'a pas été sans conséquence sur les dispositions relatives aux informations prévisionnelles dues aux comités, semblant priver en partie plus spécifiquement ceux des entreprises de moins de trois cents salariés de toute information prospective et prévisionnelle.

b. Information prévisionnelle et recodification[1288]

353. Les informations qui doivent être délivrées au comité ont été classées, à la suite de la recodification, en fonction de l'effectif de l'entreprise.

Dans les entreprises dont l'effectif est au moins égal à trois cents salariés, on relève que l'article L. 2323-55 du Code du travail, qui organise la remise d'un rapport d'ensemble annuel, prévoit que celui-ci porte désormais sur « la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir », alors que l'article L. 432-4 de l'ancien Code (dont l'article L. 2323-55 assure la transcription) disposait que ledit rapport devait

[1286] Le texte de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969, modifié par avenants, est consultable dans le Code du travail (Appendice, III. Placement et emploi, A. Emploi), *Dalloz*, 2010, p. 2763.

[1287] Loi n° 89-549 du 2 août 1989, *JO* 8 août.

[1288] ***Sur la recodification du Code du travail v. E. Dockès, La décodification du droit du travail, Droit social, 2007, p. 388 ; C. Radé, Le nouveau Code du travail et la doctrine : l'art et la manière, Droit social, 2007, p. 513 ; A. Fabre, M. Grévy, Réflexions sur la recodification du droit du travail, Revue de droit du travail, 2006, p. 362 ; A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, Le nouveau Code du travail, une réussite ?, Revue de droit du travail, 2007, p. 356 ; J.-D. Combrexelle, H. Lanouzière, Les enjeux de la recodification du Code du travail, Droit social, 2007, p. 517 ; L. Casaux-Labrunée, Evaluation par les usagers et bilan des deux premières années d'application, Semaine sociale Lamy, 2010, n° 1450.***

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

préciser « également les perspectives économiques de l'entreprise pour l'année à venir ». Le terme « économique » a disparu ; la nouvelle version ne précise plus, légalement, la nature des perspectives[1289]. Ce changement de rédaction ne saurait cependant avoir de conséquence sur l'information délivrée au comité, la Cour de cassation jugeant que, « sauf dispositions expresses contraires, la recodification est intervenue à droit constant »[1290]. Cette règle établie, la réécriture de certains articles n'est donc pas susceptible d'induire une interprétation différente du droit positif, à moins qu'une disposition exprime formellement une modification.

354. Ce sont les comités des entreprises de moins de trois cents salariés qui semblent être plus particulièrement concernés par la nouvelle codification. La lecture de l'article L. 2323-47 du Code du travail indique que l'employeur est dans l'obligation de communiquer au comité les éléments sur la seule situation passée de l'entreprise, qui permettent un état des lieux de l'année écoulée. Il n'est fait aucune mention sur la communication d'éléments prospectifs dans ces dispositions. L'employeur, dans ces entreprises, ne serait donc pas redevable d'une information sur le futur ? Une réponse négative s'impose. Les perspectives économiques de l'entreprise pour l'année à venir ne sont certes pas une mention légale du rapport remis au comité en application de l'article L. 2323-47, mais elles devront y figurer, leur inscription étant prévue dans la partie réglementaire du Code du travail, à l'article R. 2323-9 I 2° a).

La mise en place, en 1993, de ce rapport unique avait-elle eu également pour conséquence de se substituer aux dispositions de l'ancien article L. 432-1-1 alinéa 1er [L. 2323-56] ? Si un doute persistait sur son application aux entreprises de moins de trois cents salariés, il n'est plus permis depuis la recodification. Il résulte clairement du découpage actuel du Code du travail que les institutions élues de ces entreprises n'ont pas à être consultées sur les prévisions annuelles ou pluriannuelles, pas plus que sur les actions que l'employeur envisage de mettre en œuvre. Ces dernières figurent désormais à l'article L. 2323-56, dans un paragraphe 2 intitulé « Rapports et information dans les entreprises de trois cents salariés et plus » de la sous-section consacrée aux « informations et consultations périodiques du comité d'entreprise ». Madame Elsa Peskine assimile ce changement à une « altération du texte » au moment où « les actions judiciaires sur le fondement du non-respect de cette obligation d'information-consultation sont aujourd'hui légion »[1291]. A défaut de contrôle par l'institution élue de la politique prévisionnelle des entreprises de moins de trois cents salariés - celles-ci ne relevant plus de son champ de compétence -, il n'est pas exclu que les employeurs, en conséquence, soient dispensés de l'élaboration de telles mesures prévisionnelles. Cette hypothèse doit cependant être nuancée car si les « prévisions annuelles et pluriannuelles » semblent désormais clairement exclues du champ d'information et de la consultation des comités des entreprises de moins de trois cents salariés, il en va différemment des autres éléments prévisionnels, particulièrement en matière d'emploi prévus à l'article L. 2323-56, qui devront être délivrés à ces comités, conformément au 3° du II de l'article R. 2323-9 du Code du travail.

[1289] Ce terme a, à l'inverse, été maintenu concernant l'information du comité de groupe puisqu'aux termes de l'article L. 2332-1 al. 2 du Code du travail : « Il est informé, dans ces domaines, des perspectives économiques du groupe pour l'année à venir ».

[1290] Cass. soc. 27 janvier 2010, *Bull.*, V, n° 22, n° 08-44.376, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 384 ; Cass. soc. 29 avril 2009, *Bull.*, V, n° 115, n° 08-60.484, C. Radé, Le principe d'interprétation constante du (nouveau) Code du travail : première application de la Cour de cassation, *Droit social*, 2009, p. 776.

[1291] E. Peskine, La représentation collective des salariés, *in Le nouveau Code du travail,* sous la dir. de A. Lyon-Caen et A. Fabre, Dalloz, 2008, p. 142.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

355. Bien avant l'adoption de la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005, la gestion prévisionnelle des emplois bénéficiait déjà d'un « environnement juridique »[1292]. Relevant du champ de compétence de l'institution élue, elle n'est également pas étrangère à la négociation collective. Au niveau de l'entreprise d'abord, puisque la négociation annuelle obligatoire « est l'occasion d'un examen par les parties de l'évolution de l'emploi dans l'entreprise, et notamment (…) des prévisions annuelles ou pluriannuelles d'emploi établies dans l'entreprise »[1293]. Au niveau de la branche ensuite, puisque doivent y être examinées, au moins une fois par an, l'évolution économique de l'emploi et les prévisions annuelles ou pluriannuelles[1294]. En outre, une négociation triennale obligatoire est prévue sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences des salariés âgés[1295] et sur « les priorités, les objectifs et les moyens de la formation professionnelle des salariés »[1296] qui peuvent notamment porter sur « les actions de formation mises en œuvre pour assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois, le développement de leurs compétences ainsi que la gestion prévisionnelle des emplois des entreprises de la branche compte tenu de l'évolution prévisible de ses métiers »[1297].

356. En dépit de ces incursions de la négociation collective dans le domaine de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, celle-ci, en tant que notion propre aux ressources humaines et née « dans le giron du pouvoir unilatéral »[1298], restait une prérogative de l'employeur sur laquelle le comité était informé et consulté. La loi du 18 janvier 2005 a opéré un changement en la matière, en en faisant une obligation de négociation. La GPEC n'appartient plus désormais à la seule sphère du pouvoir de l'employeur, contrôlée à l'occasion de la consultation de l'institution élue, mais devient négociable dans les entreprises visées à l'article L. 2242-15 du Code du travail. La GPEC, devenue objet de la négociation collective, a également vocation à organiser l'intervention du comité en la matière, et plus généralement, ses attributions dans la pratique de l'anticipation des restructurations. La loi n° 2005-32 encourage cette technique de traitement des restructurations, qui semble relever plus de la gestion courante de l'entreprise que de la gestion de crise pour laquelle le droit de la représentation du personnel mobilise des règles spécifiques[1299]. Il en résulte une accentuation encore un peu plus importante de l'emprise de la négociation sur les attributions économiques de l'institution élue.

B. L'influence de la négociation collective sur la place du comité d'entreprise dans les restructurations

1292 F. Favennec-Héry, La GPEC : l'environnement juridique, *Droit social*, 2007, p. 1068.

1293 Article L. 2242-9 du Code du travail.

1294 Article L. 2241-2 du Code du travail : « La négociation sur les salaires est l'occasion, pour les parties, d'examiner au moins une fois par an au niveau de la branche les données suivantes : 1° L'évolution économique, la situation de l'emploi dans la branche, son évolution et les prévisions annuelles ou pluriannuelles établies (…) ; 2° Les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions (…) ».

1295 Article L. 2242-4 du Code du travail, issu de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites (*JO* 22 août).

1296 Article L. 2241-6 du Code du travail.

1297 Article R. 2241-9 18° du Code du travail issu de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002.

1298 R. Dalmasso, J. Dirringer, L. Joly, T. Sachs, Variations autour de la gestion prévisionnelle des emplois, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 513, spé. p. 517.

1299 M. Keller, Vers un droit spécifique de l'entreprise qui entre en période de licenciement pour motif économique, *Droit social,* 1994, p. 870.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

357. Depuis la loi du 28 octobre 1982, le droit des attributions économiques s'est enrichi de nombreux textes et d'une jurisprudence fournie. Le législateur, avec la loi du 18 janvier 2005, semble vouloir marquer un tournant dans l'approche du rôle économique du comité d'entreprise. Une tendance similaire s'observe depuis le début des années 2000 avec les lois sur les nouvelles régulations économiques et de modernisation sociale : celle d'approfondir l'obligation d'information de l'institution élue et de situer son action en amont du processus de restructuration. L'objectif est de permettre au comité d'entreprise d'intervenir au moment de la décision économique, préalablement aux éventuelles discussions des mesures sociales qui pourraient en résulter.

Ce sont les modalités de l'intervention de l'institution élue qui sont profondément modifiées aujourd'hui, puisque le processus d'information et de consultation et sa mise en œuvre relèvent dorénavant de la négociation collective. Le législateur a ainsi confié à cette dernière l'organisation de l'implication du comité dans des domaines relevant initialement des sciences de gestion pour en faire des objets d'une obligation triennale de négociation. Cette obligation concerne les entreprises et les groupes d'entreprises, au sens de l'article L. 2331-1, de trois cents salariés et plus ainsi que les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire, au sens des articles L. 2341-1 et L. 2341-2, comportant au moins un établissement ou une entreprise en France de cent cinquante salariés. Aux termes de l'article L. 2242-15 du Code du travail, les domaines dans lesquels l'institution élue est appelée à intervenir sont ceux de la gestion prévisionnelle des emplois (1) et de la stratégie de l'entreprise (2).

1. La mise en place d'un dispositif de GPEC

358. S'il est vrai que la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences est un thème déjà articulé avec le droit[1300], l'article L. 2242-15 en a fait un objet de ce droit, et plus particulièrement un objet de négociation collective obligatoire. Dans les pages qui suivent, nous évoquerons successivement l'obligation de négocier « la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences » prévue au 2° de l'article L. 2242-15 du Code du travail (a), puis les conséquences de la mise en place par accord de ce dispositif sur les attributions légales du comité d'entreprise en matière de gestion prévisionnelle (b).

a. La GPEC, objet de la négociation

359. Le législateur n'a pas défini la notion de GPEC. S'il fallait choisir une définition, nous pourrions citer celle de Messieurs Christian Sauret et Dominique Thierry. Fréquemment reprise par les juristes, ces auteurs qualifient la GPEC comme étant « la conception, la mise en œuvre et le suivi de politiques et de plans d'action cohérents visant à réduire de façon anticipée les écarts entre les besoins et les ressources humaines de l'entreprise (en termes d'effectif et de compétence en fonction de son plan stratégique) et impliquant le salarié dans le cadre d'un projet d'évolution professionnelle »[1301]. Depuis le 19 janvier 2005, les employeurs des entreprises visées à l'alinéa 1 de l'article L. 2242-15 du Code du travail doivent engager « tous les trois ans une négociation portant sur (…) la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur laquelle le comité d'entreprise est informé, ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en particulier en matière de formation, de validation

[1300] Citons à nouveau les articles L. 2323-56, L. 2332-1 et L. 2242-9 du Code du travail, cf. n° 350 et s.

[1301] D. Thierry, C. Sauret, *La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences,* L'Harmattan, 1990.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés ». Cette disposition a suscité un vif engouement doctrinal[1302], et certains y ont vu la consécration d'une logique d'anticipation au cœur du droit des restructurations[1303].

Très vite, la doctrine s'est interrogée et a débattu sur les liens que devait entretenir cette obligation de négociation avec le droit du licenciement pour motif économique, avant que les tribunaux ne s'emparent à leur tour de ce débat (a.1) et que la Cour de cassation n'y mette un terme (a.2).

a.1. La GPEC et le droit du licenciement pour motif économique : les termes d'un débat

360. S'il n'est pas inconcevable qu'un lien puisse exister entre gestion prévisionnelle des emplois et licenciements, il était avancé que la GPEC serait moins un outil exclusivement destiné à prévenir les licenciements économiques qu'une disposition au service d'une anticipation des problèmes d'emploi et d'une réflexion sur l'évolution des compétences, sans que soit nécessairement en cause le volume d'emplois[1304]. C'est ce que semble révéler la pratique des accords collectifs de GPEC. La DGEFP, dans un bilan rendu public le 22 avril 2009, mentionnait quatre types d'accords en la matière, dont 80% avaient été conclus « à froid », en 2008, sans perspectives ou menaces à terme de suppressions d'emplois. Seuls 2 % étaient des accords que l'administration qualifiait de réalisés « à chaud », organisant de manière anticipée la gestion d'une restructuration[1305]. Ce constat semble d'ailleurs correspondre au « positionnement »[1306] des partenaires sociaux. Dans l'accord national interprofessionnel du 14 novembre 2008 – finalement signé par la CFDT et la CFE-CGC le 6 avril 2009 -, ces mêmes partenaires affirmaient que la GPEC « [devait] permettre de consolider l'emploi et le cas échéant, de mieux armer les salariés confrontés à des restructurations »[1307]. Préalablement à cette déclaration, ils avaient pris soin d'énoncer que la GPEC n'était « pas une étape préalable aux procédures de licenciements collectifs et aux PSE qui [obéissaient] à des règles spécifiques et [devait], de ce fait, être dissociée de

1302 V. par ex. B. Teyssié, A propos d'une négociation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail, *Droit social,* 2005, p. 377 ; P.-H. Antonmattei, GPEC et licenciement pour motif économique : le temps des confusions judiciaires, *Droit social*, 2007, p. 289 ; H.-G. Legrand, Sur un objet juridique non identifié : la GPEC, *Droit social,* 2006, p. 330 ; F. Favennec-Héry, Du droit du licenciement au droit de l'employabilité, *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1291 ; R. Dalmasso, J. Dirringer, L. Joly, T. Sachs, préc., *Revue de droit du travail*, 2007, p. 513.

1303 F. Favennec-Héry, préc., *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1291.

1304 V. en ce sens G. Bélier, S. Guedes da Costa, GPEC/PSE, deux dispositifs autonomes, *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1291 ; G. Bélier, Des liens limités entre GPEC et licenciement pour motif économique (PSE), *Revue de droit du travail*, 2007, p. 284 ; P.-H. Antonmattei, préc., *Droit social*, 2007, p. 289 ; N. de Sevin, F. Zunz, La GPEC n'est pas toujours une réponse adaptée aux problèmes de sureffectifs, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1277.

1305 Une montée en charge des accords GPEC, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1398. L'administration relève également que 11 % des accords de GPEC conclus en 2008 encouragent la mobilité en identifiant des menaces sur certains emplois ou métiers. Les 7 % d'accords restants sont des accords dits de méthode car ils organisent les conditions de négociation relative à la GPEC.

1306 V. F. Géa, GPEC *vs.* PSE : fin de partie. Variations sur le thème de la conditionnalité de la procédure de licenciement collectif, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 715.

1307 Article 7 al. 3 de l'accord national interprofessionnel du 14 novembre 2008 sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

leur gestion »[1308]. Ce texte faisait suite à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail qui déjà semblait affirmer l'indépendance des deux dispositifs[1309].

361. Il était aussi soutenu, à l'inverse, que ce lien était réel et qu'il faisait de cette obligation de négocier un préalable à toute procédure de licenciements économiques. Des éléments à l'appui de l'existence d'une relation entre les deux procédures ne manquaient pas.

D'abord, on a pu estimer que la place qu'occupait initialement dans le Code du travail l'obligation de négocier la mise en place d'un dispositif de GPEC n'était pas neutre, le législateur l'ayant situé dans un chapitre préliminaire[1310] précédant celui dévolu au licenciement pour motif économique, dans un titre consacré à l'emploi. En outre, l'article L. 320-3 de l'ancien Code du travail prévoyait la faculté pour les parties, à l'occasion de la négociation relative à la GPEC, de traiter des accords dits de méthode permettant de déroger à la procédure de licenciement pour motif économique et d'anticiper le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Cette rédaction, qui risquait d'être source de confusion, a été modifiée depuis la nouvelle codification du Code du travail. Désormais, l'obligation de négocier est placée dans le livre deuxième qui concerne la négociation collective et les conventions et accords collectifs de travail, et plus particulièrement dans un titre consacré aux domaines et à la périodicité de la négociation obligatoire. D'autre part, la faculté pour les parties d'aborder le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi à l'occasion de la négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois est dissociée de l'article L. 2242-15, définissant les thèmes obligatoires de la négociation triennale, puisqu'elle est désormais abordée à l'article L. 2242-16 du Code du travail.

Par ailleurs, la Cour de cassation, sans se prononcer sur l'articulation des différentes procédures de consultation du comité d'entreprise et de négociation, avait pu décider de prendre en compte la tentative patronale préalable de procéder à une gestion prévisionnelle des emplois. C'est un arrêt du 21 novembre 2006 dans lequel la Chambre sociale, jugeant qu'une nouvelle organisation mise en place par l'entreprise dans le cadre d'une gestion prévisionnelle des emplois destinée « à prévenir les difficultés économiques à venir et leurs conséquences sur l'emploi » était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, en a déduit que les licenciements économiques étaient justifiés[1311]. Sans le consacrer pour autant, la Cour de cassation laissait entrevoir également un lien entre GPEC et plan de sauvegarde de l'emploi dans un communiqué rendu suite à l'arrêt du 11 janvier 2006, dit « Pages

[1308] Article 7 al. 2 de l'accord national interprofessionnel du 14 novembre 2008 sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences.

[1309] Article 9 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : « (…) Pour produire sa pleine efficacité, la GPEC doit s'inscrire dans un dialogue social dynamique avec les représentants du personnel, en prenant appui sur la stratégie économique définie par l'entreprise. En outre, elle doit permettre, lorsqu'ils existent, d'articuler et de mettre en cohérence les accords de développement des compétences, les accords sur la formation professionnelle et les accords relatifs à la mobilité. En tant que démarche globale d'anticipation, la GPEC doit entièrement être dissociée de la gestion des procédures de licenciements collectifs et des PSE. (…) ».

[1310] Chapitre nommé « Gestion de l'emploi et des compétences. Prévention des conséquences des mutations économiques », créé par la loi du 18 janvier 2005 (art. 72).

[1311] Cass. soc. 21 novembre 2006, *Bull.,* V, n° 349, n° 05-40.656, *Droit social*, 2007, p. 114. V. A. Lyon-Caen, Justification du licenciement et gestion prévisionnelle des emplois, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 105 ; R. Dalmasso, Gestion prévisionnelle de l'emploi et droit du licenciement économique : quelle liaison ?, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 514.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

jaunes »[1312]. Dans ce communiqué, elle énonçait : « Cet impératif de gestion prévisionnelle, dont l'article 72 de la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005 - article L. 320-2 [L. 2242-15] du Code du travail - a encore accru la portée, irrigue ces décisions qui portent, il faut le rappeler, sur des modifications du contrat de travail et non sur des suppressions d'emplois »[1313]. Et la Cour poursuivait : « On peut d'ailleurs se demander si dans les entreprises où l'article L. 320-2 [L. 2242-15] du Code du travail s'applique, la nouvelle obligation de négocier sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences et les mesures d'accompagnement susceptibles d'y être associées ainsi que sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires, ne devrait pas conduire à une approche plus rigoureuse des mesures de licenciement économique qui interviendraient par la suite notamment lorsque la gestion prévisionnelle aura été défaillante ». Dans cette optique, la démarche de gestion prévisionnelle des emplois serait donc en mesure d'influencer la position des juges.

Ce fut d'ailleurs la position adoptée par nombre de juges des référés qui ont pu considérer que le défaut d'application des dispositions de l'article L. 2242-15 constituait un « trouble manifestement illicite justifiant une suspension de la procédure de licenciement économique »[1314]. Pareillement, certains juges ont ordonné une telle suspension au visa de

[1312] Cass. soc. 11 janvier 2006, *Bull.,* V, n° 10, n° 04-46.201. V. M.-L. Morin, Les conditions de la sauvegarde de la compétitivité, *Semaine sociale Lamy,* 2006, n° 1244 ; M. Hautefort, Quand sauvegarde de la compétitivité rime avec gestion prévisionnelle, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2006, n° 182 ; J. Pélissier, Réorganisation d'entreprise, sauvegarde de compétitivité et contrôle du juge, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1013 ; O. Leclerc, Droit du travail, septembre 2006 – décembre 2006, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 686 ; P. Waquet, Variations sur le licenciement pour motif économique, *Revue de droit du travail*, 2006, p. 27 ; G. Bélier, P. Masanovic, Obligations en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences et licenciement pour motif économique, *Revue de droit du travail,* 2007, p. 284 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *préc.*, LGDJ, 2008, p. 533 ; obs. J-E. Ray, *Droit social,* 2006, p. 138.

[1313] V. le communiqué dans *Droit ouvrier,* 2006, p. 384 ; J. Pélissier, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 1013. V. également F. Guiomard, Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation, *Revue de droit du travail,* 2006, p. 222.

[1314] TGI Nanterre, ord. réf., 18 janvier 2006, n° 06/00070. Le tribunal décide de conditionner le lancement d'une procédure de consultation du comité d'entreprise sur un projet de réorganisation à la mise en œuvre préalable de la négociation sur la GPEC : « Que si l'on peut en déduire que les entreprises concernées par ce texte disposent d'un délai de trois ans pour engager cette négociation, ce texte dont la vocation est purement préventive puisque la négociation doit porter sur "les effets prévisibles sur l'emploi" et sur la "gestion prévisionnelle des emplois", suppose qu'un employeur qui envisage avant l'expiration du délai de trois ans une modification de la stratégie de l'entreprise qui risque d'avoir des effets sur l'emploi pourrait se voir imposer d'engager la négociation sur la GPEC avant l'expiration dudit délai, sauf à voir priver de tout effet l'intention du législateur au regard de la prévention des licenciements, la négociation sur la GPEC n'ayant d'intérêt que si elle est faite en amont de toute prise de décision entraînant des licenciements économiques ». TGI Créteil, ord. réf., 29 novembre 2006, n° 06/01730. Les faits étaient les suivants : alors que la direction et les syndicats s'étaient engagés à négocier un accord GPEC, un projet de réorganisation est envisagé sans que les négociations aient débuté. Les syndicats demandent donc la suspension du projet. Le juge énonce alors : « (…) que si le texte n'a pas imposé une date à partir de laquelle devait s'organiser cette négociation, la raison d'être de celle-ci montre assez clairement que les partenaires sociaux devaient l'organiser dès que possible, s'ils entendaient être respectueux du texte et soucieux d'aboutir aux résultats visés par celui-ci ; que l'on ne saurait donc soutenir, sans vider ce dispositif de sa substance, qu'il n'est pas un préalable aux licenciements économiques puisque, encore une fois, il s'agit de négociations permanentes, accompagnant la vie de l'entreprise et dont les sujets de réflexion naissent avec les innovations et les demandes correspondantes de la clientèle et sont renouvelées avec celles-ci, en sorte que la GPEC n'est pas un doublon du PSE mais tend à éviter celui-ci (…) ». TGI Colmar, ord. réf., 22 janvier 2007, n° 07/0007. Le tribunal semble faire de la GPEC un préalable à un projet de réorganisation quand il énonce au visa des articles L. 320-2 [L. 2242-15] et L. 432-1-1 [L. 2323-56] du Code du travail : « (…) la GPEC n'est pas nécessairement liée à une procédure de licenciement économique mais vise à des modifications et adaptations contractuelles, selon l'évolution de l'entreprise qui se réorganise pour maintenir sa

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

l'article L. 2323-56, enjoignant l'employeur de consulter le comité d'entreprise en application de cet article, avant que la procédure de licenciement ne se poursuive[1315].

Une position relayée par la Cour d'appel de Paris, dans une décisiondu 7 mars 2007, confirmant l'ordonnance qui avait suspendu une procédure de consultation dite autrefois « livre IV – livre III » tant que la société n'avait pas respecté ses obligations au titre des articles L. 432-1-1 [L. 2323-56] et L. 320-2 [L. 2242-15] du Code du travail. La Cour avait ainsi jugé « que la procédure d'information-consultation de l'article L. 432-1-1 [L. 2323-56] n'[était] pas subordonnée à une situation donnée de l'entreprise, mais imposée de façon générale » et « que le respect de cette procédure [était] (…) nécessaire à l'appréciation des représentants du personnel d'un projet de réorganisation », avant d'affirmer que « cette procédure n'[avait] de pleine utilité, dans une telle hypothèse, que si elle [intervenait] avant la mise en œuvre de ce projet ». Le même raisonnement s'applique à la procédure de négociation prévue à l'article L. 2242-15 dont « la vocation est préventive et est imposée de façon générale ». Pour la Cour d'appel, elle est « d'autant plus impérative [quand] un employeur envisage une décision susceptible d'avoir des effets sur l'emploi et que le comité d'entreprise la sollicite pour cette raison », qui poursuit en considérant que « la négociation sur la GPEC n'a de pleine utilité, dans une telle hypothèse, que si elle intervient avant la prise de décision sur la modification des emplois et les éventuels licenciements »[1316].

362. D'autres juridictions avaient, au contraire, débouté les comités d'entreprise qui tentaient de faire suspendre des procédures de consultation sur des projets de licenciements collectifs au motif que l'employeur n'aurait pas respecté ses obligations relatives à la gestion prévisionnelle des emplois[1317]. La Cour d'appel de Douai[1318]décidait

compétitivité ; (…) cette mesure devient obligatoire dès lors que dans le cadre d'une procédure livre III, l'entreprise envisage des ruptures de contrat de travail ».

[1315] TGI Roche-sur-Yon, ord. réf., 22 novembre 2006, n° 06/01899. En l'espèce, la société ne rentrait pas dans le champ d'application de l'article L. 2242-15 du Code du travail. Le tribunal suspend néanmoins la procédure de consultation sur le projet de restructuration et de plan de sauvegarde de l'emploi et enjoint la société d'engager sans délai la procédure d'information et de consultation prévue par l'article L. 2323-56 du Code du travail à l'occasion de laquelle elle devra notamment transmettre au comité d'entreprise « une présentation (…) de ses objectifs ou de ceux de son groupe à l'horizon temporel dans le cadre duquel elle détermine sa stratégie (…) ; les prévisions d'emploi pour chacune des années comprises dans le plan stratégique mis en œuvre (…) ; une analyse de ces prévisions et des écarts (…) qu'elles sont susceptibles de faire apparaître entre les besoins de l'entreprise aux différentes étapes annuelles et ses ressources existantes ».

[1316] CA Paris, 7 mars 2007, 14e ch., sect. A, n° 06/17500, *Semaine sociale Lamy,* 2007, n° 1299 ; *RJS*, 2007, n° 577.

[1317] TGI Versailles, ord. réf., 13 février 2007, n° 07/0010. Le tribunal considère que la GPEC, telle qu'elle est prévue à l'article L. 2242-15 dans le cadre d'une négociation triennale constitue une procédure autonome qui s'inscrit dans la durée et qui ne constitue pas une négociation distincte supplémentaire préalable à celles prévues dans le cadre des procédures livre III [C. trav. art. L. 1233-28 et s.] et IV [C. trav. art. L. 2323-6 et s.] lorsque ces procédures d'information/consultation doivent être mises en œuvre. Par conséquent, le fait que les négociations sur la GPEC n'aient pas été mises en œuvre préalablement à la procédure d'information/consultation du livre IV [C. trav. art. L. 2323-6 et s.] ne constitue pas un trouble manifestement illicite justifiant la suspension de ladite procédure. Il n'y a donc pas lieu d'ordonner la suspension de la procédure du livre IV [C. trav. art. L. 2323-6 et s.] ni par voie de conséquence celle du livre III [C. trav. art. L. 1233-28 et s.] et la procédure engagée peut être poursuivie de ce point de vue. TGI Meaux, ord. réf., 31 octobre 2006, n° 06/00577. Dans cette espèce, une restructuration était envisagée, alors qu'un accord prévoyait que des négociations au titre de l'article L. 2242-15 devaient débuter au 1er trimestre 2007. Le tribunal décide que « les négociations triennales de l'article L. 320-2 [L. 2242-15] du Code du travail (…) n'apparaissent pas constituer en tant que telles un préalable obligatoire à toute procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise au titre des livres IV [C. trav. art. L. 2323-6 et s.] et III [C. trav. art. L. 1233-28 et s.] du même code à l'occasion d'une réorganisation de l'entreprise avec licenciements collectifs et plan de sauvegarde de l'emploi, tant dans les principes que dans le cas d'espèce ; (…) Qu'en conséquence s'agissant d'un droit collectif particulier autonome, l'obligation de son respect apparaît devoir être considérée de manière également distincte des autres procédures d'information et de consultation ;

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

que l'obligation de l'employeur prévue à l'article L. 320-2 de l'ancien Code du travail [L. 2242-15] n'était pas susceptible d'entraîner la suspension de la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Quant à la Cour d'appel de Rennes[1319], elle jugeait que « la mise en œuvre d'une procédure de licenciement collectif n'[était] pas subordonnée au respect préalable de la consultation du comité d'entreprise au titre de l'article L. 432-1-1 du Code du travail [L. 2323-56] ».

a.2. La solution de la Cour de cassation

363. Face à ces décisions éparses et contradictoires, la position de la Cour de cassation était attendue. En 2008, elle s'était déjà prononcée sur l'application dans le temps de l'obligation triennale de négocier en précisant que les employeurs, soumis à l'article L. 2242-15 1° du Code du travail depuis la loi du 18 janvier 2005, disposaient d'un délai expirant le 19 janvier 2008 pour engager cette négociation[1320]. Mais c'est dans un arrêt du 30 septembre 2009[1321] que les magistrats ont abordé la question du caractère préalable ou non de la GPEC par rapport à la procédure de licenciement économique. Dans cette affaire, un comité central d'entreprise, consulté sur une réorganisation impliquant de nombreux licenciements pour motif économique, avait assigné l'entreprise en référé. Son intention était d'obtenir la suspension de la procédure et sa reprise depuis l'origine, après que ses membres, à l'exception d'un seul, avaient refusé de reprendre une réunion suite à une suspension de séance. Il soutenait d'abord que l'employeur n'avait pas respecté son obligation annuelle prévue à l'article L. 2323-56, ainsi que l'obligation de négociation triennale exposée à l'article L. 2242-15 du Code du travail. Il invoquait ensuite qu'en toute hypothèse, l'exigence d'une information loyale et complète, dans le cadre de la procédure de consultation menée en application des articles L. 1233-28 et L. 2323-6 et s. du Code du travail, rendait nécessaire la

(…) qu'au surplus dans le cas d'espèce, il apparaît devoir être considéré que les prescriptions de l'article L. 320-2 [L. 2242-15] du Code du travail ont d'ores et déjà été respectées puisque les partenaires sociaux du comité d'entreprise ont négocié et fixé les modalités d'information et de consultation en prévoyant qu'elles auraient lieu au premier trimestre 2007. Que ce faisant les partenaires sociaux ont pu légitimement préférer se consacrer à la gestion difficile de la restructuration de l'entreprise avant d'envisager sa stratégie par définition d'avenir dès lors que le délai légal de périodicité triennale était respecté ». TGI Brest, ord. réf., 27 octobre 2006, n° 06/00316. Suite à la demande d'un syndicat de suspension de la procédure d'une réorganisation, le tribunal décide que : « (…) même si la finalité de cette procédure de GPEC est celle de la prévention des licenciements, il n'existe aucune obligation de résultat en la matière par le recours obligatoire à cette procédure, puisque la nature même des dangers qui pèsent sur les emplois dans l'entreprise est diverse et ne se rattache pas systématiquement aux solutions qui peuvent être mises en oeuvre dans le cadre de la procédure prévue à l'article L.320-2 [L. 2242-15] précité ; Qu'en effet, seul le refus de la direction de l'entreprise d'ouvrir cette négociation avant l'expiration du délai de trois ans pourrait permettre la remise en cause des procédures de licenciement collectif, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, puisque manifestement le délai prévu par la loi n'est pas écoulé ; Que du fait de la seule absence d'ouverture de la négociation prévue à l'article L.320-2 [L. 2242-15] précité n'autorise pas la suspension de la procédure d'information-consultation prévue en matière de licenciement collectif (…) ».

[1318] CA Douai, 14 novembre 2006, Stora Enso, n° 06/06110, *RJS*, 2007, n° 322.

[1319] CA Rennes, 11 janvier 2007, Jabil circuit, n° 06/07211, *RJS*, 2007, n° 577.

[1320] Cass. soc. 24 juin 2008, *Bull.,* V, n° 140, n° 07-11.411, O. Levannier-Gouël, Réorganisation de la sous-traitance, le volet collectif, *Semaine sociale Lamy,* 2008, n° 1378 ; A. Fabre, Des précisions sur la date d'exigibilité de l'obligation de négocier la GPEC…et plus encore ?, *Revue de droit du travail,* 2008, p. 666 ; Centre de recherche en droit social de l'Institut d'études du travail de Lyon (CERCRID, Université Jean Monnet de Saint-Etienne – Université Lumière Lyon 2/UMR CNRS 5137), Droit du travail, mai 2008 – septembre 2008, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 191.

[1321] Cass. soc. 30 septembre 2009, *Bull.,* V, n° 217,n° 07-20.525, F. Aubonnet, C. Ventéjou, Spécificité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique, *JCP S,* 2009, 1526 ; F. Géa, préc., *Revue de droit du travail*, 2009, p. 715 ; T. Katz, Note sous arrêt, *Droit ouvrier*, 2010, p. 147 ; La GPEC n'est pas un préalable au PSE, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1416.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

communication, par l'employeur des informations dues en matière de gestion prévisionnelle des emplois.

Par une formulation claire, la Chambre sociale juge que « la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement pour motif économique n'est pas subordonnée au respect préalable par l'employeur de l'obligation de consulter le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications prévue par l'article L. 2323-56 ni celle d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences imposée par l'article L. 2242-15 du même code ». Elle considère également que la cour d'appel « par motifs propres et adoptés a constaté qu'il ressortait des procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise et des réponses faites soit par écrit soit oralement lors de ses réunions qu'il avait eu les renseignements suffisants pour se forger une opinion sur le choix de l'employeur (…) et qu'il avait été mis à même de discuter utilement les éléments économiques du choix de l'employeur » et qu'elle a pu donc en déduire que « l'information avait été complète et loyale ».

Par cette décision, la Cour de cassation affirme de façon limpide qu'aucun des textes en présence, c'est-à-dire les articles L. 2323-56 et L. 2242-15 relatifs à la gestion prévisionnelle d'une part, et les articles L. 2323-6 et L. 1233-28 et s. du Code du travail relatifs aux procédures de consultation du comité d'entreprise en cas de restructuration suivie de licenciements d'autre part, ne subordonne l'engagement ou l'achèvement de la consultation du comité sur un projet de licenciement au respect d'autres consultations ou négociations. Une telle liaison n'a pas été prévue par le législateur. Celui-ci l'aurait faite explicitement s'il l'avait souhaité, comme il avait pu le faire par le passé avec l'article 96 de la loi de modernisation sociale par exemple, connu aussi sous le nom d'amendement « Michelin ». Cette disposition avait introduit dans l'article L. 321-4-1 de l'ancien Code du travail une obligation de négocier un accord sur les trente-cinq heures. A défaut d'accord ou d'engagement de négociation, le comité d'entreprise pouvait saisir, jusqu'à l'achèvement de la procédure de consultation sur les licenciements économiques, le juge statuant en la forme des référés en vue de faire prononcer la suspension de la procédure. Il était prévu que celui-ci puisse décider de la nullité de la procédure de licenciement, si au terme du délai de suspension qu'il avait décidé, l'employeur n'avait pas conclu ou à défaut, engagé de négociation[1322]. Il n'y a rien de tel dans les procédures en cause, et sauf à ajouter à la loi une condition, la Cour de cassation ne peut donc déclarer irrégulière ou nulle une procédure de consultation sur un projet de licenciement collectif au seul motif qu'elle n'aurait pas été précédée de la consultation prévue à l'article L. 2323-56 ou d'une négociation menée en application de l'article L. 2242-15 du Code du travail. Cette décision confirme les opinions d'auteurs qui avaient considéré que la gestion prévisionnelle des emplois ne pouvait s'apparenter à un préalable procédural, et que sa carence ne pouvait compromettre la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi évoquée à l'article L. 1235-10 du Code du travail[1323].

La Cour de cassation affirme ainsi l'autonomie des dispositifs de gestion prévisionnelle et du plan de sauvegarde de l'emploi et des procédures afférentes, en dehors de toute hypothèse de mise en relation conventionnelle de ces deux dispositifs dans un

[1322] L'application de cet article avait été suspendue par la loi n° 2003-6, avant qu'il soit abrogé par la loi n° 2005-32.

[1323] F. Favennec-Héry, préc., *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1291 ; P.-H. Antonmattei, L'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique : nouvelles dispositions, *Droit social,* 2002, p. 274 ; G. Bélier, Des liens limités entre GPEC et licenciement pour motif économique (PSE), *Revue de droit du travail*, 2007, p. 284.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

accord collectif de GPEC[1324]. L'appréciation du plan de sauvegarde de l'emploi doit-elle apparaître, par cet arrêt, exclusive de toute démarche de l'employeur en matière de gestion prévisionnelle en application des articles L. 2323-56 et L. 2242-15 du Code du travail ? Ce n'est pas la position d'une partie de la doctrine qui souligne que cette décision est un arrêt statuant en matière de référé[1325]. Dans ces conditions, seule l'autonomie des procédures de suppression d'emploi et de prévision est énoncée, et non leur contenu. Ce qui permet d'affirmer, selon Madame Tamar Katz, qu'« au-delà de la seule articulation des procédures, le respect des obligations pesant sur l'employeur ne saurait être sans incidence sur la mise en œuvre des plans de sauvegarde de l'emploi ». Le communiqué de la Cour régulatrice relatif à l'arrêt « Pages jaunes »[1326], préconisant une approche plus rigoureuse des mesures de licenciement qui interviendraient lorsque la gestion prévisionnelle aura été défaillante, demeurerait alors d'actualité.

364. Afin de contourner l'éventuel rejet par la Cour du moyen du pourvoi par lequel le comité souhaitait faire suspendre sa procédure de consultation au motif que l'employeur ne s'était pas conformé à ses obligations en matière de gestion prévisionnelle des emplois, l'institution élue avait alors présenté une argumentation supplémentaire. Elle réclamait la transmission des informations qu'elle aurait dû recevoir à l'occasion de sa consultation au titre de l'article L. 2323-56 et de la négociation prévue à l'article L. 2242-15 du Code du travail, indispensable à l'émission de son avis, celui-ci ne pouvant être rendu que sur la base d' « informations loyales et complètes ». Un moyen non fondé pour la Chambre sociale qui suivait la Cour d'appel ayant constaté que « l'information avait été complète et loyale ».

S'il est vrai que la lettre des textes semble exclure une obligation préalable en matière de GPEC au déclenchement ou à l'achèvement d'une procédure de licenciements pour motif économique, il ne nous paraît pas, en revanche, exclu que des informations d'ordre préventif ou prévisionnel puissent être nécessaires au comité d'entreprise, dans le cadre de sa consultation à l'occasion d'un licenciement collectif, « pour lui permettre de formuler un avis motivé », conformément à l'article L. 2323-4 du Code du travail. L'objet de cette consultation est un projet défini, dont les conséquences sociales sont déjà déterminées. Dans ce cadre, l'employeur a l'obligation de transmettre à l'institution élue des informations « précises et écrites » sur sa situation actuelle et sur les raisons économiques de l'opération de restructuration, en supplément de celles dont la communication est expressément prévue par l'article L. 1233-10 du Code du travail. Mais la demande par le comité d'entreprise d'informations qu'il pourrait obtenir en application de l'article L. 2323-56 à l'occasion de sa consultation sur un projet de restructuration ne devrait pas, selon nous, être systématiquement exclue d'office. L'accès à ces informations prendrait par ailleurs tout son sens, dans l'hypothèse où l'application de cet article se trouverait écartée du fait de la négociation collective.

[1324] TGI Nanterre, ord. réf., 5 septembre 2006, n° 06/01923. Dans cette décision, le tribunal accède aux demandes du syndicat en suspendant une procédure de restructuration entraînant des licenciements, mais c'est parce que celle-ci était intervenue en violation d'un accord collectif qui comportait trois titres : I. GPEC, II. Plan de redéploiement, III. Plan de reclassement. « Il ressort ainsi, avec l'évidence requise en référé, que les partenaires sociaux ont entendu soumettre la mise en œuvre des titres II, puis III de l'accord, correspondant aux procédures des livres IV [C. trav. art. L. 2323-6 et s.] et III [C. trav. art. L. 1233-28 et s.] du Code du travail, à la défaillance constatée de la GPEC qui doit être préalable. En effet, la mise en œuvre du plan de redéploiement ne peut intervenir qu'aux deux conditions cumulatives, ainsi que le précisent les termes "tout à la fois" d'une part des mesures prévues au titre I sur la GPEC et d'autre part à la situation sociale, économique et financière de l'entreprise. C'est aussi, la raison pour laquelle le législateur de 2005 a créé l'article L. 320-2 du Code du travail [art. L. 2242-15], faire une gestion prévisionnelle afin d'éviter les plans sociaux ».

[1325] T. Katz, préc., *Droit ouvrier*, 2010, p. 147.

[1326] Cass. soc. 11 janvier 2006, *Bull.,* V, n° 10, n° 04-46.201. V. le communiqué dans *Droit ouvrier*, 2006, p. 384.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

b. La GPEC, exclue par la négociation du domaine de compétence des attributions du comité d'entreprise

365. Il faut maintenant nous interroger sur les conséquences que pourrait avoir la conclusion d'un accord en application de l'article L. 2242-15 du Code du travail sur les attributions légales du comité d'entreprise en matière de gestion prévisionnelle. Ces interrogations naissent suite à la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 relative à l'actionnariat salarié et aux modifications qu'elle a introduites d'une part, au droit à l'information du comité d'entreprise, et d'autre part, au dispositif de GPEC prévu à l'article L. 2242-15. Les nouvelles dispositions issues de cette loi soulèvent en effet quelques inquiétudes quant à la pérennité de l'information et de la consultation des comités des entreprises en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, particulièrement quand il en est fait un exercice combiné. Voyons si elles sont justifiées.

366. En premier lieu, le législateur de 2006 a offert la possibilité à l'employeur, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, d'établir conventionnellement un rapport unique qui se substitue aux rapports et bilans antérieurement exigés qu'il transmet annuellement au comité d'entreprise. Cette substitution par accord a été rendue possible aux termes de l'article L. 2323-61 du Code du travail[1327].

La mise en place d'un tel document ne risquerait-elle pas de mettre en cause la compétence de l'institution élue en matière de gestion prévisionnelle ? Car le cœur de l'information du comité en la matière se situe aux articles L. 2323-55 et L. 2323-56 2° qui prévoient respectivement la remise d'un « rapport d'ensemble sur la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir » et l'information et la consultation « sur les prévisions annuelles ou pluriannuelles et les actions, notamment de prévention et de formation, que l'employeur envisage de mettre en oeuvre compte tenu de ces prévisions (…) ». Or, l'article L. 2323-61 énonce que les informations délivrées en application de ces deux articles peuvent être remplacées par un rapport établi conventionnellement, dont ni la loi, ni les dispositions réglementaires ne prévoient qu'il porte obligatoirement sur les perspectives pour l'année à venir et les prévisions annuelles ou pluriannuelles, et les actions envisagées par l'employeur.

Ainsi, si les parties à la négociation ne décident pas expressément que les matières considérées doivent figurer au rapport substitutif, le comité risquerait de se trouver privé de toute compétence en matière de GPEC. Une telle perspective ne paraît pas envisageable, tant elle conduirait à une amputation importante des attributions économiques de l'institution élue.

Une étude attentive de l'article L. 2323-61 semble indiquer qu'une telle éventualité est à écarter. Il ressort de la lecture du début de l'article, que la mise en place du rapport substitutif par voie d'accord collectif doit se faire « sans préjudice des obligations de consultation du comité d'entreprise ». Par ailleurs, l'alinéa 2 du même article n'organise la substitution que de « l'ensemble des informations et documents à caractère économique, social et financier prévus par les articles L. 2323-51, L. 2323-55 à L. 2323-57 et L. 3123-3 », sans viser les consultations prévues par lesdits articles et particulièrement celles prévues à l'article L. 2323-56 du Code du travail.

Dans ces conditions, il devrait résulter de la combinaison des alinéas de l'article L. 2323-61 que serait préservée la consultation sur les thèmes définis par l'article L.

[1327] Pour une étude des dispositions de l'article L. 2323-61, v. n° 157 et s.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

2323-56[1328]. Cette préservation serait assurée même dans le cas où le rapport unique n'envisagerait pas que les informations relatives aux prévisions annuelles et pluriannuelles - qui n'apparaissent pas dans les mentions obligatoires de tout rapport substitutif[1329] - soient délivrées au comité. La pérennité de cette consultation impliquerait alors nécessairement la communication, en tout état de cause, de ces informations, indépendamment du contenu du rapport négocié.

A contrario, l'article L. 2323-55 ne prescrivant pas de consultation du comité sur « le rapport d'ensemble sur la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir », la remise de ces informations prévisionnelles à l'institution élue pourra être supprimée si l'accord d'« adaptation des règles de consultation »[1330] ne prévoit pas leur communication.

Une telle interprétation de l'article L. 2323-61 sauvegardant la consultation sur la GPEC prévue au 2° de l'article L. 2323-56 conduirait certes à limiter ses effets, alors que sa création l'a été en vue d'une simplification des modalités de délivrance des très nombreuses informations dues au comité. La coexistence de ces deux articles l'autorise cependant. Car, dans le cas contraire, la suppression totale des dispositions phares attribuant compétence au comité en matière de GPEC pourrait alors être réalisée par voie d'accord collectif. La négociation collective permettrait la mise à l'écart absolue de l'institution élue d'un domaine dont la loi lui reconnaît pourtant expressément une compétence. L'intervention du comité d'entreprise dans le champ de la GPEC ne dépendrait alors plus que des parties à la négociation, si celles-ci convenaient à la fois de la mise en place d'un dispositif de GPEC en application de l'article L. 2242-15, et d'un rapport en vue de la simplification des informations et consultations périodiques dues à l'institution élue, comme l'article L. 2323-61 du Code du travail les y autorise.

367. La loi du 30 décembre 2006, en second lieu, est à l'origine de modifications du dispositif de GPEC décrit à l'article L. 2242-15, dont une application concomitante à la mise en place par accord d'un rapport substitutif semblerait pouvoir écarter le comité d'entreprise du domaine de la gestion prévisionnelle.

D'abord, en plus de la possibilité de substituer les informations délivrées aux élus au titre des articles L. 2323-55 et L. 2323-56 par un rapport informatif unique, l'article 27 de ladite loi a complété le 2° de l'article L. 2242-15 en précisant que la négociation porte sur « la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences sur laquelle le comité d'entreprise est informé ainsi que sur les mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées (…) ». Si l'on pouvait s'interroger sur la pertinence de cette précision – considérant qu'en tout état de cause le comité d'entreprise dispose d'une compétence générale en la matière conformément à l'article L. 2323-56[1331] -, elle prend

[1328] Le même raisonnement peut être tenu pour la consultation prévue à l'article L. 2323-57 qui dispose que dans les entreprises de trois cents salariés et plus, l'employeur doit soumettre « pour avis au comité d'entreprise (…) un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise ».

[1329] Ce rapport doit obligatoirement porter sur « 1° L'activité et la situation financière de l'entreprise ; 2° L'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation et des salaires ; 3° Le bilan du travail à temps partiel dans l'entreprise ; 4° La situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes ; 5° Les actions en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés travaillant dans l'entreprise » (C. trav. art. L. 2323-61).

[1330] D'après le titre de la sous-section 7 « Adaptation des règles de consultation par voie d'accord » contenant l'article L. 2323-61 du Code du travail autorisant l'organisation conventionnelle de l'information régulière du comité d'entreprise.

[1331] Cf. n° 125.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

tout son sens à la lumière de l'article L. 2323-61 dont l'application pourrait conduire à la suppression de cette compétence. Cette nouvelle mention, se contentant d'une simple information du comité, ne servirait alors qu'à faire office de palliatif à la disparition du droit de consultation sur la gestion prévisionnelle définie à l'article L. 2323-56, assurant une intervention du comité réduite à sa portion congrue.

Ensuite, le dernier alinéa de l'article L. 2323-61 relève que l'accord conclu en application de cet article devra, impérativement semble-t-il, définir « également les conditions dans lesquelles les salariés sont directement informés sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise et sur les matières mentionnées aux articles L. 1233-21 à L. 1233-24, L. 2242-15 et L. 2242-16 ». Si une information des salariés paraît légitime en cas de mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois, elle ne doit pas servir à combler l'absence d'une consultation des élus en la matière qui aurait été écartée.

En cas d'adaptation conventionnelle des règles de consultation telle que le permet l'article L. 2323-61, la simple information du comité d'entreprise et des salariés suffira-t-elle à remplacer une consultation de l'institution élue en matière de GPEC ? Nous en doutons, tant la consultation implique des exigences procédurales, un dialogue et des échanges qui ne peuvent être assurés par la seule information de l'institution élue et des salariés. Cette information n'est pas en mesure de garantir leur expression collective et permettre la prise en compte permanente de leurs intérêts. Nuançons cependant ce constat. Si la consultation du comité d'entreprise pourrait être affaiblie en matière de gestion prévisionnelle des emplois dans les hypothèses particulières décrites, les intérêts des salariés en la matière demeurent préservés puisque la représentation syndicale aura la charge de les défendre lors de la négociation menée en application de l'article L. 2242-15. En outre, les attributions relatives à l'information et à la consultation du comité sur la marche générale de l'entreprise, couplées à l'obligation pour l'employeur de requérir son avis avant la signature d'un accord collectif[1332], devraient garantir au comité d'entreprise d'être, en tout état de cause, consulté à l'occasion des négociations engagées en application de l'article L. 2242-15, si celles-ci devaient aboutir à un accord.

Au sein de notre système représentatif, la gestion prévisionnelle relève donc désormais du champ de compétence des deux agents en charge de la représentation des salariés et de leurs intérêts[1333]. La loi conserve un double canal de représentation, où il n'est prévu aucune interaction entre les branches[1334]. Cette stricte séparation trouve ses limites, au moment où de plus en plus de thèmes doivent donner lieu à la fois à une obligation de négocier et à une obligation de consulter le comité. Elle se heurte également aux normes internationales qui prévoient que lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et élus, des mesures appropriées doivent être prises pour encourager leur coopération sur toutes les questions pertinentes[1335].

[1332] Cass. soc. 5 mai 1998, *Bull.,* V, n° 219, n° 96-13.498.

[1333] Citons par exemple les mesures prises en vue d'assurer l'égalité entre hommes et femmes, qui doivent donner lieu à une consultation annuelle du comité d'entreprise (C. trav. art. L. 2323-47 et L. 2323-57) et à des négociations dans le cadre de l'obligation annuelle de négocier (C. trav. art. L. 2242-5 à L. 2242-7).

[1334] Exception faite de l'interaction permise par la Cour de cassation qui impose à l'employeur une obligation de consultation avant la signature d'un accord collectif relevant du champ de compétence de l'institution élue [cf. n° 131 et s.], ou de celle née des relations entre les acteurs de chaque institution.

[1335] Article 5 de la convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs, 1971, *Droit syndical de l'OIT, normes et procédures,* BIT, 1996, p. 20, spé. p. 21.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

2. L'information et la consultation sur la stratégie

368. L'article L. 2242-15 du Code du travail dispose dans son 1° que dans les entreprises et les groupes d'entreprises d'au moins trois cents salariés soumises à l'obligation de constituer un comité de groupe, dans celles astreintes à mettre en place un comité d'entreprise européen et ayant au moins un établissement de cent cinquante salariés en France, l'employeur doit engager tous les trois ans une négociation portant sur « les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi ».

A l'instar de l'obligation de négocier la mise en place d'un dispositif de GPEC, l'organisation des modalités de l'information et de la consultation sur la stratégie de l'entreprise peut être analysée comme une volonté du législateur d'associer, de manière continue, les représentants des travailleurs aux mutations désormais permanentes que connaissent les entreprises. L'objectif serait de provoquer une certaine acceptation de ces mutations par les travailleurs en permettant une meilleure compréhension des évolutions touchant leur entreprise.

a. Une figure nouvelle

369. Que recouvre cette notion ? La loi n° 2005-32 inclut la stratégie dans le Code du travail sans en proposer de définition. Madame Emmanuelle Lafuma l'explique en partie par le fait que fondamentalement, « le juriste demeure un peu dépourvu face à une notion qui ne renvoie assurément pas à une catégorie juridique, mais relève du discours gestionnaire »[1336].

Il est vrai que s'agissant de l'entreprise, la stratégie est un concept clé des sciences de gestion[1337]. On pourrait croire qu'elle est une notion relativement éloignée des préoccupations directes du personnel, dans la mesure où ce thème est traditionnellement considéré comme relevant des prérogatives de la direction. Il s'agit pourtant de questions jugées cruciales en matière d'information, qui a conduit le législateur à favoriser une intervention des salariés, par leurs représentants élus, dans des sphères qui leur sont habituellement peu ouvertes[1338]. Monsieur Henri Rouilleault, auteur du rapport sur l'obligation triennale de négocier[1339], décrit trois dimensions de la stratégie sur lesquelles les différents acteurs sont impliqués à différents niveaux : les choix des éventuels changements du périmètre d'activité (prérogative des directions générales) ; les choix relatifs aux produits et aux marchés vis-à-vis des concurrents (impliquant la direction et les fonctions recherche, développement et marketing de chaque grand métier) ; les choix de stratégie industrielle

1336 E. Lafuma, De la stratégie comme objet d'information et de la consultation du comité d'entreprise, *Semaine sociale Lamy supplément,* 2008, n° 1380.

1337 V. H. Mintzberg, Safari en pays stratégie. L'exploration des grands courants de la pensée stratégique*, Village Mondial*, 2005, cité dans H. Rouilleault, *Rapport sur l'obligation triennale de négocier*, 2008, p. 90, http://www.finances.gouv.fr/directions_services/sicorn/emploi/raprouilleault.pdf. D'une façon générale, l'auteur de ce rapport rappelle l'étymologie de stratège en grec : celui qui conduit l'armée. Ainsi, la stratégie, par opposition à la tactique, désigne communément l'art de coordonner l'action dans une perspective d'ensemble. Puis, il propose une définition en plusieurs points issue de ses entretiens réalisés auprès des dirigeants et des conseils de direction sur ce qui relève pour eux de la stratégie.

1338 A. Rebérioux, Les marchés financiers et la participation des salariés aux décisions, *Travail et emploi,* 2003, p. 25, spé. p. 30.

1339 H. Rouilleault, *Rapport sur l'obligation triennale de négocier*, 2008, http://www.finances.gouv.fr/directions_services/sicorn/emploi/raprouilleault.pdf.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

(impliquant les directions opérationnelles et les représentants du personnel du fait de leurs impacts directs sur l'emploi)[1340].

La doctrine s'est peu emparée de cette notion. Différentes interprétations de ce texte ont été cependant proposées. La première de ces interprétations porte sur le ou les objets d'information et de consultation du comité couverts par le dispositif décrit au 1° de l'article L. 2242-15. Certains auteurs considèrent que cet article propose bien deux objets soumis dans leurs modalités à la négociation : la stratégie d'une part et les effets de la stratégie sur l'emploi et les salaires d'autre part[1341]. D'autres commentateurs pensent qu'il conviendrait mieux de limiter la consultation aux effets sur l'emploi de la stratégie adoptée, dans la mesure où une consultation sur cette dernière introduirait une « procéduralisation des décisions économiques qui présenterait un risque de paralysie improductif »[1342]. Ainsi, « ne doit-on pas comprendre que ce sur quoi doit porter la consultation, ce sont les effets sur l'emploi et sur les salaires de la stratégie ? » s'interrogeait Monsieur Gilles Bélier, avant d'affirmer que « le comité d'entreprise aurait à être consulté sur les mesures constituant la stratégie plutôt que sur la stratégie elle-même »[1343].

Si la loi ne donne pas de définition à cette figure (a.1), le contenu des accords conclus en application de ce dispositif permet de nous renseigner, si ce n'est sur une définition, à tout le moins sur les informations dues au comité dans le cadre de son information et de sa consultation sur ce thème (a.2).

a.1. Des références légales à défaut d'une définition

370. Ce n'est pourtant pas la première fois que cette notion est évoquée par le Code du travail, en lien avec les attributions économiques du comité d'entreprise.

Rappelons ainsi que la loi de modernisation sociale avait, en 2002, créé l'article L. 431-5-1 disposant que lorsque le chef d'une entreprise procédait à une annonce publique portant exclusivement sur sa stratégie économique, dont les mesures de mise en œuvre n'étaient pas de nature à affecter de façon importante les conditions de travail ou d'emploi, le comité se réunissait de plein droit sur sa demande dans les quarante-huit heures de ladite annonce. A l'instar du législateur de 2005 qui abrogea ce dispositif, celui de 2002 n'avait pas défini la « stratégie économique » qu'il énonçait. Sans proposer de définition de cette notion, le Tribunal de grande instance de Paris jugeait cependant que l'annonce publique d'une décision de révocation d'un dirigeant social ne pouvait être imputée à la stratégie économique de l'entreprise[1344]. Par ailleurs, l'article L. 132-27 de l'ancien Code du travail, tel que modifié par la loi du 18 janvier 2005, prévoyait dans son alinéa 2 que « la négociation portant sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie globale et sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences prévues à l'article L. 320-2 porte également sur les conditions d'accès et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle ». Ici, il était fait référence à la « stratégie globale », indépendamment de ses effets sur l'emploi et sur les salaires. Cette référence a été abandonnée suite à la recodification de ces dispositions à

[1340] La GPEC : au-delà du rapport Rouilleault, *Revue de droit du travail,* 2007, p. 566, spé. p. 567.

[1341] E. Lafuma, préc., *Semaine sociale Lamy supplément,* 2008, n° 1380.

[1342] G. Bélier, S. Guedes da Costa, GPEC/PSE : deux dispositifs autonomes, *Semaine sociale Lamy,* 2007, n° 1291. V. F. Favennec-Héry, préc., *Droit social,* 2007, p. 1068.

[1343] G. Bélier, préc., *Revue de droit du travail*, 2007, p. 284.

[1344] TGI Paris, ord. réf., 16 mai 2002, *RJS,* 2002, n° 997.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

l'article L. 2242-19 qui énonce : « la négociation sur la gestion prévisionnelle de l'emploi et la prévention des conséquences des mutations économiques prévue aux articles L. 2242-15 et L. 2242-16 porte également sur les conditions de retour et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle ». Le renvoi à la négociation sur les modalités d'information et de consultation du comité sur la stratégie a donc disparu, mais par cette nouvelle rédaction, le législateur a, selon Madame Emmanuelle Lafuma, voulu l'insérer dans une démarche plus générale de prévision et d'anticipation[1345].

A ce jour, la notion de stratégie ne figure plus dans le Code du travail qu'au seul article L. 2242-15.

371. Les travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 18 janvier 2005 n'évoquent pas plus cette « stratégie de l'entreprise », dépourvue de définition légale. On peut néanmoins relever les réserves qu'avait émises le député Jean-Pierre Godefroy, qui doutait de la réalité d'une consultation sur la stratégie de l'entreprise, si « entre deux sessions, les actionnaires exigeaient un taux de rentabilité plus élevé, si le cours des matières premières s'envolait ou si un conflit mettait en péril l'approvisionnement stratégique de l'entreprise ». Le même député s'interrogeait par ailleurs sur « la sincérité de cette négociation si, par exemple, des projets de rachat ou de fusion [étaient] envisagés ». Il relevait également le sens « imprécis » de cette formule, et qu'il n'était pas nécessaire d'ajouter une négociation sur les modalités d'information et de consultation du comité alors que l'article L. 132-27 (C. trav. art. L. 2242-8) imposait déjà pour l'entreprise l'organisation d'une négociation annuelle portant sur les salaires, l'organisation du travail, la situation économique et l'évolution de l'emploi[1346].

Outre ces interrogations, les travaux ne nous renseignent pas sur la notion de stratégie et ce qu'elle recouvre. On remarquera que l'obligation de négociation avait été initialement prévue dans le cadre du projet de loi sur la stratégie elle-même, et non sur les modalités de l'information et de la consultation du comité sur ladite stratégie. A l'origine, le projet de loi du gouvernement disposait en effet, dans son article 37-2, que « dans les entreprises occupant au moins trois cents salariés, ainsi que dans les entreprises mentionnées aux articles L. 439-1 et L. 439-6 occupant ensemble au moins trois cents salariés, l'employeur est tenu d'engager tous les trois ans une négociation portant sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ». « Erreur rédactionnelle » rapidement modifiée, la stratégie demeurant la prérogative exclusive de l'entreprise[1347].

a.2. La stratégie de l'entreprise dans les accords

372. Si seul l'employeur est responsable de la « stratégie de l'entreprise », la qualification de celle-ci comme objet d'information et de consultation de l'institution élue induit qu'elle soit définie, afin d'en connaître de manière précise les éléments devant être communiqués au comité.

1345 E. Lafuma, préc., *Semaine sociale Lamy supplément,* 2008, n° 1380.

1346 Sénat, séance du 5 novembre 2004, http://www.senat.fr/seances/s200411/s20041105/s20041105002.html.

1347 A. Gournac, *Rapport supplémentaire n° 39 fait au nom de la commission des Affaires sociales sur la lettre rectificative au projet de loi de programmation pour la cohésion sociale,* déposé le 26 octobre 2004, p. 10, http://www.senat.fr/rap/l04-039/l04-0391.pdf. La commission énonce qu'il ressort des documents préparatoires du texte qu'il a toujours été seulement question de négocier sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et non pas sur la stratégie elle-même comme le texte du projet de loi l'indique pourtant.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Les accords conclus en application du 1° de l'article L. 2242-15 doivent donc déterminer ce qu'ils entendent par cette expression. Leur lecture ne se révèle toutefois pas très éclairante sur ce point. C'est que le thème est sensible. Les syndicats refusent la perspective d'une cogestion ou, à tout le moins, d'une participation des représentants des salariés dans la décision des organes dirigeants des entreprises. Ils souhaitent d'une part faire des contre-propositions, tout en affirmant d'autre part que les choix stratégiques ne les regardent pas, car « accepter l'échange [est] en soi une forme de compromission »[1348] ; ils se sentent écartelés entre la volonté d'être parties prenantes à la discussion sur la prise de décision et celle de ne pas vouloir l'incarner. Dans ces conditions, la négociation doit articuler l'intervention souhaitée des représentants du personnel dans les décisions économiques, tout en préservant leur nécessaire indépendance vis-à-vis des directions d'entreprise. « La voie semble bien étroite » analysait Monsieur Jean-Pierre Le Crom[1349].

373. Peu d'accords ont été conclus, suite à la mise en place de ce dispositif, dans les négociations engagées en application du 1° de l'article 2242-15, notamment pour des raisons d'ordre sociologique semblerait-il[1350]. En 2007, un premier bilan réalisé dans les entreprises concernées par l'obligation de consultation montrait que sur soixante-cinq accords conclus en 2005 et 2006, seuls quelques uns « ne font qu'évoquer cette stratégie, et seuls dix-huit accords (27,7 %) en fixent les modalités. Il s'agit notamment des délais de transmission de l'information, la nature des documents transmis et les possibilités de demander des compléments d'information » [1351]. Une progression sensible a été constatée dès 2007 puisqu'un peu moins de la moitié (45 %) des accords signés traitaient alors des modalités d'information et de consultation du comité sur la stratégie. Une progression confirmée en 2008 avec la signature et l'enregistrement auprès de l'administration de trois cents accords dont 86 % d'entre eux organisant de telles modalités[1352]. En revanche, une diminution de signature d'accord de GPEC est enregistrée l'année suivante, une baisse qui s'expliquerait notamment par le fait que les entreprises et groupes, tenus par une obligation triennale de négociation, auraient déjà négocié au moins une fois entre 2005 et 2009[1353].

Une constante se dégage depuis 2005 : les accords n'envisagent jamais les conséquences de la stratégie sur les salaires. Plusieurs raisons expliquent cette particularité : d'abord, les craintes des directions d'entreprise quant à la divulgation de renseignements confidentiels, mais aussi le fait que ce domaine est l'un des points essentiels de la négociation annuelle obligatoire[1354].

[1348] J.-P. Aubert, R. Beaujolin-Bellet, préc., *Travail et emploi,* 2004, n° 100, p. 99, spé. p. 102.

[1349] J.-P. Le Crom, *préc.,* Syllepse, 2003, p. 159.

[1350] Monsieur Henri Rouilleault explique que tant les directions que les syndicalistes sont partagés et ambivalents en matière d'anticipation des mutations et de GPEC. « L'information sur la stratégie est parfois très sensible par rapport aux marchés financiers (périmètre d'activité), aux concurrents, ou potentiellement conflictuelle socialement (externalisations, répartition de la production entre les sites, fermetures…) » : autant de justifications éventuelles au faible nombre d'accords conclus en la matière. V. H. Rouilleault, Obligation de négocier, où en est-on ?, *Droit social*, 2007, p. 988, spé. p. 990.

[1351] Un premier bilan des accords GPEC, *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1308.

[1352] Une montée en charge des accords GPEC, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1398.

[1353] Le rapport ne précise pas la part des accords de GPEC traitant du thème des modalités de l'information et de la consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise prévu au 1° de l'article L. 2242-15 du Code du travail. V. Ministère du Travail, de la Solidarité et de la Fonction publique, La négociation collective en 2009, p. 480, http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/La_Negociation_Collective_en_2009.pdf.

[1354] Une montée en charge des accords GPEC, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1398.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Dans son rapport, Monsieur Henri Rouilleault constate que, au titre des modalités d'échange sur la stratégie, des instances, des observatoires de métiers sont créés ; des liens entre les institutions représentatives du personnel des différents niveaux d'un groupe sont organisés[1355] ; la nature des informations sur l'emploi qui devront être transmises est déterminée[1356].

374. A titre d'exemple, on peut citer l'accord du 12 octobre 2006 de l'entreprise SFR. Il évoque dans une rubrique dénommée « Partage sur la stratégie de l'entreprise », les « modalités d'information et de consultation du comité central d'entreprise sur la stratégie du groupe SFR »[1357]. Dans cette perspective d'information, sont communiqués « aux partenaires sociaux, par la direction du groupe SFR, les différents objectifs de l'entreprise et sa vision de l'avenir à trois ans »[1358] ainsi que par exemple, les éléments relatifs aux perspectives et objectifs en terme de marketing, d'investissement et d'activité. Préalablement, l'accord prend soin de préciser que « la stratégie est exclusivement la prérogative de l'entreprise et les partenaires sociaux n'entendent pas en être responsables » ; il affirme plus loin que la « notion de « stratégie » constitue un thème nouveau dans lequel le comité central d'entreprise n'a ni compétence ni attribution légale particulière ».

Le groupe Thalès est également à l'origine d'un accord sur « l'Anticipation des évolutions d'emploi, le développement professionnel et la formation » qui contient un volet dédié aux moyens mis en œuvre pour partager l'information sur la stratégie et ses effets sur l'emploi[1359]. Dans ce cadre, les parties ont choisi que l'information sur la stratégie du groupe relevait du comité d'entreprise européen[1360]. Dès lors, celui-ci se voit présenter annuellement, par exemple, la revue du portefeuille d'activité, les choix industriels et organisationnels, la politique territoriale du groupe. L'organe européen, en plus de sa vocation à intervenir juridiquement en période de conflit, devient un lieu de débats permettant d'engager, hors période de crise, une réflexion commune à la direction et aux représentants des salariés, comme peut l'être la stratégie de l'entreprise[1361]. Une consultation du comité européen sur les éléments précités qui lui sont présentés conduit cette institution à intervenir non plus seulement en aval au moment de la mise en œuvre des stratégies arrêtées par la direction, mais dès l'amont au moment de la définition même de

1355 V. sur le contenu de ces accords : M. Gadrat, Le contenu des accords de groupe, *Droit social*, 2010, p. 651.

1356 H. Rouilleault, préc., *Droit social*, 2007, p. 988, spé. p. 991.

1357 Article 1.3 de l'accord « anticipation, développement des compétences et progression professionnelle » du 12 octobre 2006. Le comité central d'entreprise partage ces informations avec deux commissions mises en place par l'accord : la commission d'anticipation globale qui peut se faire assister d'un expert et les commissions d'anticipation par domaine.

1358 Article 1.311 « Champ de l'information » de l'accord précité.

1359 Accord sur « l'Anticipation des évolutions d'emploi, le développement professionnel et la formation » conclu au niveau du groupe Thalès le 23 novembre 2006. Sur cet accord, v. A. de Ravaran, La GPEC au sein du groupe Thalès, *Droit social,* 2007, p. 1086.

1360 Le comité d'entreprise européen apparaît comme l'institution privilégiée pour réaliser un travail de fond dans une perspective de mobilisation continue des acteurs, et recevoir une information en matière de stratégie. Les thèmes qui concernent la situation économique et financière de l'entreprise et la stratégie industrielle relèvent en effet de son champ d'intervention, comme en attestent certaines études (V. Delteil, Les comités d'entreprise européens : quelles perspectives, *Travail et emploi*, 2006, n° 106, p. 51, spé. p. 56 ; M.-A. Moreau, L'internationalisation de l'emploi et le débat sur les délocalisations en France : perspectives juridiques, *in Délocalisations, normes du travail et politique d'emploi. Vers une mondialisation plus juste ?*, sous la dir. de P. Auer, G. Besse, D. Méda, La découverte, 2005, p. 177).

1361 E. Bethoux, préc., *Travail et emploi,* 2004, n° 98, p. 21.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

ces stratégies. En complément au comité d'entreprise européen, une consultation annuelle des comités d'entreprise de chaque société est programmée sur les effets prévisibles sur l'emploi et les qualifications de la déclinaison de cette stratégie au niveau de l'entreprise.

On constate cependant, aux termes de cet accord de groupe « Thalès », que le partage de l'information sur la stratégie est privilégié non pas avec les instances élues, mais avec les organisations syndicales signataires, organisé au sein d'une commission paritaire spéciale créée à cet effet, composée de membres de la direction et des organisations syndicales signataires de l'accord. Le rôle de cette commission ne se limite pas à recevoir des informations. Elle a pour mission de débattre et d'émettre des avis en matière d'anticipation ou de gestion de l'emploi. Elle s'interroge également sur le rôle des comités d'entreprise - dont la saisine n'est prévue qu'ultérieurement - dans le projet définitif. Ceux-ci n'ont donc pas vocation à être associés à une démarche anticipative, leur intervention étant organisée par les parties négociatrices à plus court terme. Même s'il ne concerne pas les attributions économiques du comité, un tel dispositif mérite d'être souligné tant les organisations syndicales ont pu se montrer réticentes à partager ce genre d'informations[1362], ne voulant pas risquer ainsi d'apparaître comme la caution de la stratégie, prérogative propre de l'entreprise[1363].

375. A l'instar de la loi, les accords ne semblent pas définir la notion de stratégie. Ils permettent à tout le moins de connaître la nature des informations dont la communication au comité d'entreprise est prévue au titre de sa consultation sur cette question. Dépourvue de définition précise, la stratégie de l'entreprise n'en semble pas moins élevée au rang d'objet d'information et de consultation, dont les modalités ne pourront être que conventionnelles.

b. Un nouvel objet de l'information et de la consultation

376. La stratégie de l'entreprise soulève une double interrogation. La première concerne sa qualité de nouveau champ de compétence de l'institution élue, dont l'accès dépendrait exclusivement de la négociation collective (b.1). La seconde interrogation porte sur la possibilité, pour le comité, d'accéder à la connaissance de la stratégie dans le cas où un accord n'aurait pas été conclu (b.2).

b.1. Un nouveau thème d'intervention du comité

377. Madame Emmanuelle Lafuma, évoquant la stratégie de l'entreprise, pose la question des « liens (…), en tant qu'objet potentiel d'information et de consultation du comité d'entreprise, [qu'elle] tisse avec le champ légal de compétence consultative »[1364]. Cet auteur identifie trois catégories d'objets de consultation. Une première catégorie est organisée autour d'une décision qui induit la consultation du comité sur toutes les questions intéressant

[1362] Cette réticence est bien sûr également constatée du côté des directions d'entreprises qui veillent à leurs prérogatives en matière de stratégie et d'organisation.

[1363] J.-M. Verdier, Le rapport Sudreau, *in La participation, quelques expériences étrangères*, Librairie technique, 1977, spé. p. 101 : « Les trois principales organisations syndicales françaises, la CGT, la CFDT et FO, avec des motivations diverses, se retrouvent d'accord pour exclure toute idée de cogestion (…) » ; spé. p. 112 : « Il faut relever que les syndicalistes français vivent une opposition tranchée, parfois jusqu'à la caricature : la négociation, c'est la lutte ; la cogestion, c'est la collaboration ». V. également J.-E. Ray, Avant-propos : Pour des restructurations socialement responsables, *Droit social,* 2006, p. 249, spé. p. 256 : l'auteur parle du sentiment des syndicats français de « pactiser avec le diable » et de reconnaître indirectement la légitimité d'une restructuration en cours en signant par exemple un accord de GPEC.

[1364] E. Lafuma, préc., *Semaine sociale Lamy supplément,* 2008, n° 1380.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise prévue à l'article L. 2323-6 du Code du travail. Une deuxième catégorie est relative à l'état passé ou présent de l'entreprise, qui conduit à la remise au comité d'une série d'informations sous la forme de rapports, de bilans comptables et financiers sur la situation de l'entreprise (C. trav. art. L. 2323-8 à L. 2323-10, L. 2323-47, L. 2323-56 1°, L. 2323-68 et s.). Enfin la dernière catégorie concerne les éléments prospectifs et prévisionnels pour lesquels l'employeur est redevable au comité d'une information (C. trav. art. L. 2323-55 et L. 2323-56). La stratégie de l'entreprise qu'évoque le 1° de l'article L. 2242-15 se rattache-t-elle à l'une de ces trois catégories ou constitue-t-elle un nouvel objet d'information et de consultation ?

Si la question reste entière, les juges ont eu l'occasion d'apporter quelques éléments de réponse, notamment dans la décision du Tribunal de grande instance de Paris du 6 novembre 2007 portant sur l'application et l'interprétation de l'accord GPEC de l'entreprise SFR[1365]. L'article 1.3 de l'accord, intitulé « Modalités d'information et de consultation du CCE sur la stratégie du groupe SFR », prévoit que « le cadre d'information (…) ne concerne que les évolutions structurelles du groupe SFR (…). Les évènements conjoncturels susceptibles d'affecter à tout moment l'exploitation, le marché et même l'organisation du groupe, ne peuvent être régis par l'anticipation ». Le Tribunal, prenant appui sur le contenu de cet accord, jugeait alors que la décision de SFR d'externaliser une activité qui faisait suite à une offre de reprise formulée par des sociétés extérieures devait s'analyser comme un élément conjoncturel au sens de l'article 1.3 précité. Elle ne relevait donc pas de la stratégie de l'entreprise telle qu'elle avait été définie conventionnellement et ne pouvait donc se limiter qu'à la seule consultation du comité au titre de l'article L. 2323-6.

On le voit, en l'espèce, l'élément déclencheur de l'information et de la consultation sur la stratégie n'est pas la décision envisagée par l'employeur, mais bien l'élément qui peut être anticipé. A défaut d'avoir pu être anticipée, une décision ne relèverait donc pas de la stratégie de l'entreprise et ne nécessiterait pas en conséquence une consultation des élus à ce titre. Or, dans l'affaire qui nous occupe, la décision d'externaliser n'avait pu être anticipée car elle résultait d'une proposition de prestataires extérieurs. A la lumière de ce constat, Madame Emmanuelle Lafuma considère que la procédure de consultation sur la stratégie comme n'ayant pas « fondamentalement vocation à saisir un processus décisionnel. Au sens de l'article L. 2242-15 du Code du travail, on ne consulte pas sur une décision envisagée, mais sur un projet, une orientation prise en vue d'anticiper l'évolution sur l'emploi et les compétences »[1366].

Les indications livrées pourraient alors conduire à considérer que l'information et la consultation sur la stratégie doivent être rattachées aux dispositions obligeant l'employeur à informer le comité sur les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir (C. trav. art. L. 2323-55) ainsi que sur ses prévisions annuelles ou pluriannuelles (C. trav. art. L. 2323-56). Elles s'inscrivent dans tous les cas dans une démarche d'anticipation à laquelle sont conviés à participer les représentants des travailleurs, mais uniquement si les acteurs à la négociation collective le décident.

b.2. La stratégie de l'entreprise appréhendée par le comité à défaut d'accord

378. S'il est vrai que l'article L. 2242-15 du Code du travail n'élargit pas le domaine soumis à la consultation du comité, cette obligation de négociation, imposée aux entreprises à structure complexe, participe à l'adaptation, opérée par la loi, des représentants élus

1365 TGI Paris, 6 novembre 2007, n° 07/12611. Un quizz au secours de la stratégie, *Semaine sociale Lamy,* 2008, n° 1330.

1366 E. Lafuma, préc., *Semaine sociale Lamy supplément,* 2008, n° 1380.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

aux différents niveaux de décisions. La figure de la direction est parfois difficile à saisir dans ces entreprises. Cela rend les droits d'information des représentants du personnel inopérants quand l'employeur, au sens juridique du terme, n'a plus la maîtrise des décisions fondamentales intéressant l'entreprise ou le groupe[1367]. La dispense de cette obligation pour les entreprises comprises dans le périmètre d'un groupe dans lequel un tel accord aurait été conclu[1368] démontre la volonté des pouvoirs publics d'attirer « l'attention sur la corrélation nécessaire entre le niveau de la représentation des salariés et celui où les véritables décisions sont prises »[1369].

379. La particularité de cette nouvelle attribution du comité d'entreprise, à l'instar de son intervention dans le dispositif de GPEC mis en place en application de l'article L. 2242-15, est qu'elle n'existe que dans la seule hypothèse où un accord est conclu. Si l'employeur a en effet l'obligation de prendre l'initiative d'une telle négociation tous les trois ans[1370], rien n'oblige à ce que cette négociation aboutisse[1371]. A défaut d'accord, l'employeur ne sera pas tenu à une obligation d'information et de consultation « sur la stratégie de l'entreprise » évoquée à l'article L. 2242-15. Les mesures de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences relèveront alors de son seul pouvoir unilatéral, exception faite de l'application de dispositions qui seraient issues d'un accord de branche conclu en application des articles L. 2241-4 et L. 2241-6 du Code du travail.

C'est là une nouvelle illustration de l'augmentation des cas de transfert à la négociation collective des attributions économiques du comité d'entreprise et de leur exercice, plaçant ainsi sa mission de contrôle un peu plus sous la tutelle de cette négociation. La procédure conventionnelle d'information et de consultation, cadre de l'exercice de cette attribution économique par le comité, pourrait varier selon chaque entreprise, selon la faculté de chaque représentation syndicale à mener la négociation, la loi n'étant plus un facteur d'égalité assurant un minimum intangible. Le comité d'entreprise ne sera certes pas privé pour autant de toute association à une démarche anticipative. Dans ce cadre, l'employeur sera toujours tenu de communiquer à l'institution élue, un mois après son élection, la documentation économique et financière précisant « les perspectives économiques de l'entreprise telles qu'elles peuvent être envisagées »[1372]. Celles-ci visent les plans, orientations et projets ainsi que les activités et investissements projetés et les résultats escomptés[1373]. L'employeur devra également s'acquitter de ses obligations qui résultent des

1367 V. C. Hannoun, L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 288, spé. p. 291.

1368 Article L. 2242-18 du Code du travail. Cet article est issu d'un amendement qui avait pour objet de favoriser l'installation à la négociation à l'échelon du groupe lorsque la stratégie de développement est définie à ce niveau.

1369 H.-J. Legrand, préc., *Droit social,* 2006, p. 330.

1370 Il résulte de la recodification que les modalités de la négociation obligatoire prévues dans une première section (articles L. 2242-1 à L. 2242-4 du Code du travail) placées en tête du chapitre « Négociation obligatoire en entreprise » ont vocation à s'appliquer à la négociation triennale. Nous devrions donc en déduire qu'en cas d'absence d'initiative de l'employeur, la négociation s'engagerait obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative, comme le prévoit l'article L. 2242-1 al. 2 du Code du travail. Néanmoins, il paraît difficile de calquer le processus de négociation triennale sur les dispositions de l'article L. 2242-1 conçu initialement pour la négociation annuelle obligatoire, dans la mesure où elles n'ont pas la même périodicité.

1371 Article L. 2242-4 du Code du travail.

1372 Article L. 2323-7 2° du Code du travail.

1373 Déclaration de M. Coffineau, *JO* AN 5 juin 1982, p. 3001 et circulaire ministérielle DRT 84-12 du 30 novembre 1984, paragraphe 1.3.1, *Droit ouvrier,* 1985, p. 48, citées dans M. Cohen, *préc.*, LGDJ, 9ème édition,2009, p. 486.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

articles L. 2323-55 et L. 2323-56 du Code du travail. Des consultations dues, à notre sens, même en cas d'accord sur la mise en place négociée d'un rapport unique d'information en application de l'article L. 2323-61. A défaut en résulterait, à n'en pas douter, une atteinte à la mission du comité de la prise en compte de l'intérêt des salariés dans les décisions de l'employeur, et par là même, un lourd préjudice aux droits des travailleurs.

Conclusion de la deuxième partie

380. Cette seconde partie nourrissait l'ambition de mettre en exergue les manifestations d'une forme de coopération dans les rapports du comité d'entreprise avec l'employeur, dans la perspective d'une mise en conformité du droit français avec le droit communautaire.

Formellement, la coopération comme notion caractérisant ces rapports n'est plus inscrite dans les textes depuis les lois Auroux[1374]. Le droit de l'Union européenne, pour sa part, ne définit pas la coopération qu'il invoque [cf. n° 208 et s.]. Dans ces conditions, tenter d'identifier dans le droit des comités d'entreprise des éléments susceptibles de caractériser un « esprit de coopération » n'aurait pas été une tâche aisée, ce que notre analyse a fait ressortir.

On reconnaît cependant l'influence du droit communautaire sur notre droit, laquelle pourrait représenter une forme de coopération. Cette influence se retrouve, par exemple, dans les récentes interventions législatives qui paraissent s'orienter vers la recherche d'une entente en vue d'un objectif commun, mais dont l'outil privilégié serait la négociation collective. Le comité d'entreprise serait alors moins l'acteur de cette recherche que son objet. L'institution élue est certes toujours « appelée à concourir, par l'expression de ses vœux, avis, propositions ou observations, à la direction sociale et économique de l'entreprise »[1375] et demeure l'instrument privilégié pour associer les salariés aux décisions de gestion qui concernent l'avenir de l'entreprise. Mais la loi autorise désormais, dans un nombre croissant de cas, que le déclenchement de l'intervention du comité dépende d'un accord collectif de travail. Plus encore, elle subordonne l'existence même de certains des droits du comité à la conclusion d'un tel accord quand elle enjoint une négociation obligatoire sur la consultation de l'institution élue relative à la stratégie de l'entreprise. Là se situerait la coopération en droit français : entre l'organe représentatif des salariés reconnu compétent pour exercer la négociation collective et l'employeur qui s'accorderaient sur la procédure de consultation du comité d'entreprise dont la finalité demeure celle d'un contrôle de la décision unilatérale de l'employeur.

Mais, parallèlement à ces dispositions, le législateur, par la place qu'il a donnée à l'élection dans le droit de la négociation collective, crée une proximité entre les deux canaux de représentation, tant au niveau des acteurs que de la répartition de leurs compétences. Le comité d'entreprise est reconnu comme partie à la négociation collective : apte à conclure un accord collectif avec l'employeur, l'idée de coopération pourrait alors prendre le pas sur celle de contrôle dans la relation qu'a l'institution élue avec ce dernier.

Quoi qu'il en soit, l'étanchéité entre les deux représentations de notre système de relations professionnelles, réaffirmée en 1982, a volé en éclats. La question d'un rapprochement des deux canaux est alors inévitable. Les propositions tendant vers la

[1374] Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, *JO* 29 octobre.

[1375] B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives de travail,* Litec, 6ème édition, 2009, n° 274, p. 208.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

mise en place d’un canal unique sont nombreuses [cf. n° 274 et s.]. Des voies moins radicales pourraient également être envisagées : celle, par exemple, d’une coopération institutionnalisée entre les deux représentations, en vue d’une tenue organisée des procédures de négociation et de consultation à l’occasion de la décision patronale, qui concourrait à une participation efficace des salariés à la gestion des entreprises. Le représentant syndical au comité d’entreprise pourrait alors constituer un relais intéressant entre les deux procédures, dans un système où perdurerait le modèle actuel du double canal de représentation.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Conclusion

381. Un constat s'impose : la participation à la gestion des entreprises selon les termes de l'alinéa 8 du Préambule de 1946 de valeur constitutionnelle, ne définit pas une contribution des salariés à l'élaboration d'une décision d'ordre économique de la direction, même par le biais d'un intermédiaire comme le comité d'entreprise. Il est acquis que l'institution élue doit être associée aux discussions préalables à toute décision de l'employeur de quelque importance, « que cette décision concerne l'organisation de l'entreprise, les opérations affectant sa structure ou la composition de son capital, son transfert total ou partiel, ses relations avec d'autres entreprises, la gestion du personnel proprement dite, le temps de travail, le règlement intérieur, et même les négociations d'entreprise avec les syndicats représentatifs »[1376]. Mais cette association ne met pas en cause le pouvoir de l'employeur.

Est-il alors envisageable, pour répondre aux sollicitations dont le comité d'entreprise fait aujourd'hui l'objet en période de crise de l'emploi, d'adapter ses attributions économiques pour assurer une bonne défense des intérêts des salariés qu'il représente en leurs noms ? Cette modification de ses attributions conduirait à transformer le comité en un véritable contre-pouvoir dans les entreprises. Elle autoriserait des échanges constructifs entre direction et représentants du personnel pour prévenir, ou du moins amortir les conséquences d'ordre social d'une décision de l'employeur. Une telle perspective suppose un meilleur partage de l'information, qui doit se traduire par une association continue du comité d'entreprise aux organes décisionnaires. Le législateur a marqué, à maintes reprises, sa volonté d'une participation plus prospective et prévisionnelle de l'institution élue : en 2001, avec la loi sur les nouvelles régulations économiques, puis en 2002 par la loi de modernisation sociale, deux textes créateurs d'obligations et d'attributions nouvelles aux employeurs et au comité d'entreprise[1377], insérées non pas dans le Code du travail mais dans le Code de commerce. Cette volonté s'est poursuivie en 2003 puis en 2005 avec, principalement, la faculté d'organiser conventionnellement l'information de l'institution élue sur la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et sa consultation sur la stratégie de l'entreprise. Mais, si ces différentes tentatives conduisent le comité à intervenir plus en amont dans le processus de prise de décision économique, elles ne tendent pas, sur le fond, vers la prise en compte des intérêts des salariés dans l'appréciation de la légitimité de la décision de gestion. Ces tentatives ont ceci de commun qu'elles encouragent la réflexion et l'échange de vues avec l'institution élue, sans prolongement juridique réel ; mais elles diffèrent radicalement sur la méthode. En effet, si la loi de modernisation sociale entraînait, par les droits qu'elle conférait à l'institution élue, un ralentissement du processus de prise de décision, les législations les plus récentes paraissent, au contraire, vouloir inclure l'intervention du comité d'entreprise dans une démarche préétablie par accord collectif, réduisant ainsi la durée du processus par une simplification des procédures. Alors, « si l'on tient la procédure dans un cadre de négociation, il faut logiquement admettre qu'elle entraîne ou doit entraîner un recul

[1376] A. Jeammaud, *Rapport général. Thème 2 : Représentation des travailleurs et dialogue social au lieu de travail*, XIXème Congrès mondial de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, Sydney, 4 septembre 2009, http://www.afdt-asso.fr/fichiers/publications/sydneyjeammaud.PDF, spé. p. 49.

[1377] Obligations aujourd'hui abrogées avant même d'avoir été mises en œuvre pour certaines.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

de l'unilatéralisme. Jusqu'où ? Telle est la question qui invite à revoir les prérogatives du comité d'entreprise »[1378]. Et le droit n'est pas encore allé, dans son objectif d'associer cette institution aux décisions, jusqu'à changer sa nature strictement consultative en matière économique.

382. On peut donc s'interroger sur l'avenir de cette délégation élue dont l'évolution et les modifications des attributions économiques paraissent étroitement liées au contexte économique. Or, la mondialisation des échanges engendre une opacité des relations professionnelles en multipliant les niveaux de décision et, corrélativement, la division des responsabilités qui mettent à l'épreuve les rapports de l'institution élue avec l'employeur tels qu'ils ont été organisés par notre droit. Dans ce contexte, la délégation élue est-elle destinée à rester un organe de représentation dont le législateur s'attacherait à multiplier les occasions de consultation sans qu'aucune conséquence sur la décision finale n'ait jamais lieu ? S'il est vrai que les droits français et communautaire se sont appliqués à faire coïncider d'une part, les pôles patronaux investis du pouvoir de décision et d'autre part, les lieux et niveaux d'exercice des attributions économiques des institutions représentatives du personnel, ces dernières demeurent toujours en marge des organes de décision. Le droit de l'Union européenne a néanmoins rompu avec cette situation par la création du statut de la société européenne. Cette institution permet aux représentants des salariés d'intervenir dès les phases initiales du processus décisionnel, l'immatriculation de la société européenne dépendant de l'obtention d'un accord sur les modalités relatives à l'implication des travailleurs, qui englobe « l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise »[1379]. Cette formule tranche avec celles du droit français, et sans doute l'effectivité de cette influence dans les choix de gestion devra nécessairement impliquer une meilleure cohérence des droits qui régissent l'entreprise. Cette cohérence pourrait passer par une prise en compte accrue de la consultation sur la décision patronale, la validité de cette dernière obéissant aujourd'hui à des règles étrangères au droit du travail. Sanctionner le défaut de consultation par la seule suspension en référé ne saurait en effet permettre au comité d'assurer une prise en compte effective de l'intérêt des salariés. Il en va de même de l'impossibilité, pour le comité d'entreprise, d'agir en justice pour la défense des intérêts des salariés qu'il représente. La cohérence pourrait également s'opérer par un rapprochement du droit du travail et du droit des sociétés. Dans ce cadre, le point de vue des salariés serait intégré dans la législation économique elle-même et non plus dans un seul droit spécifique. Cela éviterait que leurs demandes dans les décisions stratégiques soient repoussées sans qu'aucune disposition juridique ne vienne sanctionner effectivement un tel comportement de la part de l'employeur, et qu'elles ne soient plus prises en compte seulement qu'au terme du processus décisionnel.

383. Les attributions économiques du comité sont un sujet d'actualité, de débats et de controverses si l'on en juge par les interventions du législateur en la matière au cours de cette première décennie des années 2000, au gré des alternances politiques. Ces touches successives auront du moins permis de mettre en lumière le rôle reconnu à la représentation élue des salariés en matière de participation à la gestion des entreprises, bien loin de la cantonner aux seules activités sociales et culturelles. Ce constat révèle que le schéma classique « information-consultation », conçu au temps où le comité était considéré encore comme un organe de coopération avec la direction, ne correspond plus aux attentes des

[1378] A. Lyon-Caen, préc., *Droit social*, 2004, p. 285, spé. p. 289.

[1379] Article 2 h) de la directive 2001/86/CE.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

travailleurs, bien que toujours privilégié par le droit français, et généralement, par celui de l'Union européenne.

Cette forme institutionnelle qu'est le comité, masquant une réalité très contrastée, demeure cependant en France le lieu essentiel du dialogue social entre les différents acteurs de l'entreprise. Et le contexte économique et social contemporain interpelle manifestement le législateur sur le rôle à lui consentir dans un avenir proche.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-
Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/
by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Bibliographie

Ouvrages généraux et traités

Bledniak, E., *Le comité d'entreprise*, Delmas, 2007.

Bouvier, P., *Travail et expression ouvrière*, Galilée, 1980.

Chalaron, Y., *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990.

Cohen, M., *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 9ème édition, 2009.

Cornu, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 8ème édition, 2007.

Couturier, G., *Traité de droit du travail, tome 2. Les relations collectives de travail,* Puf, 2001.

Despax, M., *Droit du travail. Négociation, conventions et accords collectifs*, Dalloz, 2ème édition, 1989.

Desseigne, G., *L'évolution du comité d'entreprise*, Collection Que sais-je ?, Puf, 1995.

Dockès, E., *Droit du travail*, Dalloz, 4ème édition, 2009.

Durand, P., *Traité de droit du travail*, Tome III, Dalloz, 1956.

Durand, P., Jaussaud, R., *Traité de droit du travail*, Tome premier, Dalloz, 1947.

Favennec-Héry, F., Verkindt, P.-Y., *Droit du travail*, LGDJ, 2ème édition, 2009.

Gaudu, F., *Droit du travail*, Dalloz, 3ème édition, 2009.

James, E., *Les comités d'entreprise*, LGDJ, 1945.

Legoff, J., *Droit du travail et société. Les relations collectives de travail*, Les Pur, 2002.

Lyon-Caen, G., *Manuel de droit du travail et de sécurité sociale*, LGDJ, 1955.

Malaurie, P., Aynes, L., Stoffel-Munck, P., *Les obligations*, Defresnois, 4ème édition, 2009.

Mazeaud, A., *Droit du travail*, Montchrestien, 6ème édition, 2008.

Morvan, P., *Restructurations en droit social*, Litec, 2007.

Pélissier, J., Supiot, A., Jeammaud, A., *Droit du travail*, Dalloz, 24ème édition, 2008.

Pélissier, J., Supiot, A., Jeammaud, A., Dockès, E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4ème édition, 2008.

Rivero, J. et Savatier, J., *Droit du travail*, Puf, 3ème édition, 1964. *Droit du travail*, Puf, 1993.

Rodière, P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Sachs-Durand, C., Le comité d'entreprise européen, *Répertoire Dalloz de droit du travail.*

Supiot, A., *Au-delà de l'emploi, Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe,* Flammarion, 1999. *Droit du Travail*, Puf, Collection Que sais-je ?, 2006. *Critique du droit du travail*, Puf, éd. Quadrige, 2007.

Terré, F., Simler, P., Lequette, Y., *Les obligations*, Dalloz, 10ème édition, 2009.

Teyssié, B., *Droit du travail. Relations collectives*, Litec, 6ème édition, 2009.

Urban, Q., Le comité d'entreprise (Rôle et attributions en matière économique), *Répertoire Dalloz de droit du travail.*

Verdier, J.-M., *Droit du travail. Syndicats et droit syndical*, Volume I, Dalloz, 2ème édition 1987.

Ouvrages spéciaux, colloques, thèses

Actes du colloque du 27 novembre 1998 organisé par la Cour de cassation, La Documentation française, 2000.

Auer, P., Besse, G., Méda, D., dir., *Délocalisations, normes du travail et politique d'emploi*. *Vers une mondialisation plus juste ?*, La découverte, 2005.

Auzero, G., *Les accords collectifs d'entreprise relatifs aux droits syndicaux et à la représentation du personnel*, Thèse Bordeaux II, 1997.

Beaujolin, R., *Les vertiges de l'emploi*, Grasset, 1999.

Bernaud, V., *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

Bocquillon, F., *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg III, 1999.

Borenfreund, G., Lyon-Caen, A., Souriac, M.-A., Vacarie, I., dir., *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005.

Bouaziz, P., dir., Présentation de quelques articles anciens, modifiés et nouveaux du Code du travail, suivis de notes critiques et pratiques, *Droit ouvrier,* 2005, p. 342 et s.

Braun, A., *Négociation et consultation dans l'entreprise*, Thèse Lyon II, 2008.

Brunetière, C., *Le rôle du comité d'entreprise et le pouvoir de décision dans l'entreprise*, Grenoble SRT, 1977.

Canut, F., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007.

Cohen, M., *Le statut des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise*, LGDJ, 1964.

Colloque AFDT, « Consultation – négociation » du 9 octobre 1998, *Liaisons sociales*, 26 janvier 1999, n° 6/99, Documents.

Commission européenne, L'Europe des représentants du personnel et de leurs attributions économiques, *Europe Sociale,* sept 3/96.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Dauxerre, L., *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

Dauxerre, N., *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

Desbarats, I., *L'entreprise à établissements multiples en droit du travail*, LGDJ, 1996.

Fourcade, C., *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, 2006.

Gaillard, E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

Grimaldi, J., d'Esdra, *La représentation du personnel dans l'entreprise : origine, puissance, déclin, annonce d'un pouvoir*, Thèse Montpellier I, 1993.

Gudayer, H., *Le cadre d'organisation des instances de représentation du personnel*, Thèse Paris II, 2006.

Guillouet, D., *La représentation du personnel dans les groupes de sociétés*, Thèse Paris II, 1999.

Guiomard, F., *La justification des mesures de gestion du personnel*, Thèse Paris X, 2000.

Hecquet, M., *Essai sur le dialogue social européen*, LGDJ, 2007.

Kerbouc'h, J.-.Y., et Willmann, C., dir., *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi,* La Documentation française, 2001.

Lafuma, E., *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, LGDJ, 2008.

Laulom, S., *L'harmonisation en droit social communautaire : les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, Thèse Paris X, 1996.

Laulom S., dir., *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005.

Le Crom, J.-P., *L'introuvable démocratie salariale*, Syllepse, 2003. dir.*, Deux siècles de droit du travail,* sous la dir. de J.-P. Le Crom, Editions de l'atelier, 1998.

Legoff, J., dir., *Les lois Auroux, 25 ans après (1982-2007),* Les Pur, 2007.

Lemasle, T., Texier P.-E., dir., *Des restructurations et des hommes*, Dunod, 2000.

Lyon-Caen, A., Fabre, A., *Le nouveau Code du travail*, Dalloz, 2008.

Lyon-Caen, A., Jeammaud, A., *L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises transnationales,* Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1987.

Lyon-Caen, A., Lokiec, P., dir., *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005.

Lyon-Caen, A., Urban, Q., dir., *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006.

Moreau, M.-A., *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006.

Ouaissi, H., *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés,* Thèse Paris II, 2005.

Perrier, G., *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise*, Thèse Paris II, 2005.

Petit, F., *La notion de représentation dans les relations collectives,* LGDJ, 2000.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Restructurations, *Regards, Les cahiers de Syndex*, 2003, n° 2.

Retour sur les restructurations, *Regards, Les cahiers de Syndex*, 2004, n° 6.

Sachs-Durand C., dir., *La place des salariés dans les restructurations en Europe communautaire*, Collection de l'Université de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

Souriac-Rotschild, M.-A., *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse Paris I, 1986.

Vandamme J., dir., *L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales*, IRM, 1984.

Varcin, F., *Le pouvoir patronal de direction*, Thèse Lyon II, 2000.

Vatinet, R., *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Sirey, 1984.

Voynnet-Fourboul, C., *Management stratégique du comité d'entreprise européen*, Thèse Lyon III, 2000.

Vuibert, B., *Dynamique et avenir du comité central d'entreprise. Instrument de dialogue social dans l'entreprise mondialisée*, Vuibert, 2007.

Wolmark, C., *La définition prétorienne*, Dalloz, 2007.

Articles

Amauger-Lattes, M.-C., Desbarats, I., Pour une réactivation du mandatement dans le système français de négociation collective, *Droit social*, 2003, p. 365.

Antonmattei, P.-H., Le Préambule de 1946 et la Cour de cassation, *Revue administrative*, 1997, n° 297, p. 290. Comité d'entreprise et négociation collective : « le courant passe », *RJS,* 8-9/98, p. 611. Accord de méthode, génération 2005 : la « positive attitude », *Droit social*, 2005, p. 399.

Arseguel, A., Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale, *in Mélanges dédiés au Président Despax*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2001, p. 401.

Aubert, J.-P., Beaujolin-Bellet R., Les acteurs de l'entreprise face aux restructurations : une délicate mutation, *Travail et emploi*, 2004, n° 100, p. 99.

Auzero, G., Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel, *Bulletin Joly Sociétés*, 2006, p. 867.

Balmary, D., Le licenciement économique : du contrôle à la négociation ?, *Droit social*, 2004, p. 272.

Barthélémy, J., Vers un droit plus contractuel et moins réglementaire (3ème partie), *Les Cahiers du DRH*, 2007, n° 131, p. 34.

Baumgarten, C., Accords de méthode : un marché de dupes, *Droit ouvrier*, 2003, p. 358. Les accords de méthode, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1380.

Bélier, G., L'assistance du comité d'entreprise par un expert-comptable en cas de licenciement économique, *Droit social*, 1988, p. 158. Restructurations en Europe,

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Droit social, 2006, p. 324. Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? Un choix nécessaire entre clarification des rôles et confusion, *Revue de droit du travail,* 2010, p. 76.

Béraud, J.-M., Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise *in Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 55.

Bethoux, E., Les comités d'entreprise en quête de légitimité, *Travail et emploi*, 2004, n° 98, p. 21.

Bied-Charreton, M.-F., Le comité d'entreprise peut-il négocier ?, *Droit ouvrier*, 1993, p. 129. L'articulation des missions du syndicat et du comité d'entreprise au sein de l'entreprise, *Droit ouvrier*, 1995, p. 56.

Bonnechère, M., De la connaissance et de l'usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social, *Droit ouvrier*, 2000, p. 84.

Borenfreund, G., La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux, *Droit social*, 2004, p. 606.

Borenfreund, G., Souriac, M.-A., Les rapports de la loi et de la convention collective, *Droit social*, 2003, p. 72.

Boulmier, D., Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à l'apesanteur, *Droit ouvrier*, 1998, p. 350. Le comité d'entreprise touché à son tour par l'oxymore. A propos du décret n° 2009-349 du 30 mars 2009, *JCP S*, 2009, act. 193.

Brihi, R., La directive sur le Comité d'Entreprise Européen à travers les affaires Renault-Vilvorde et Otis*, Droit ouvrier*, 2000, p. 108.

Bruggeman, F., Restructurations et licenciements, *Droit social*, 2004, p. 852.

Brunhes, B., Les droits du licenciement collectif : les humeurs d'un praticien, *Droit social*, 2003, p. 40.

Dalmasso, R., Dirringer, J., Joly, L., Sachs, T., Variations autour de la gestion prévisionnelle des emplois, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 513.

Carles, M., Cohen, M., Millet, L., Le rapport de Virville : une volonté d'affaiblir le code du travail, *RPDS*, 2004, n° 707, p. 79.

Chagny, Y., Une négociation pour les restructurations : la GPEC, *Droit social*, 2008, p. 72.

Chalaron, Y., Les œuvres sociales dans l'entreprise : les limites du pouvoir ouvrier intégré, *Droit social*,1978, p. 1.

Chérot, J.-Y., Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel, *Gazette du Palais*, dimanche 3 au mardi 5 juillet 1993, p. 2.

Clapié, M., Le Conseil d'Etat et le Préambule de la Constitution de 1946, *Revue administrative*, 1997, n° 297, p. 278.

Coeuret, A., Le comité d'entreprise dans la loi de modernisation sociale ; morceaux choisis, *Gazette du Palais,* vendredi 20, samedi 21 septembre 2002, p. 36.

Cohen, M., Représentation du personnel et licenciements collectifs, in Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes. Etudes en hommage

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

à Madame le Professeur Hélène Sinay, p. 207. La réduction « négociée » des avantages des salariés, Droit social, 1996, p. 18. Les attributions économiques des comités d'entreprise depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Droit ouvrier*,2002, p. 55. La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprise, *Droit social*,2003, p. 271. Une loi d'incitation à la corruption, *RPDS*,2005, p. 39. Le fonctionnement du comité d'entreprise et les licenciements économiques après la loi du 18 janvier 2005, *Droit social*, 2005, p. 394. La loi sur « la participation » et les comités d'entreprise, *Droit social*, 2007, p. 298.

Cohen, M., Milet, L., La loi « suspensive » Fillon-Raffarin, les comités d'entreprise et les licenciements économiques, *RPDS*, 2003, n°695, p. 59.

Combrexelle, J.-D., Loi du 4 mai 2004 : quel bilan ? Quelles perspectives ? *Droit social*, 2005, p. 20. Sur quelques évolutions récentes en droit du travail, *Droit social*, 2008, p. 1069.

Combrexelle, J.-D., Lanouzière, H., Les enjeux de la recodification du Code du travail, *Droit social*, 2007, p. 517.

Cordova, E., La participation des travailleurs aux décisions dans l'entreprise, Tendances et problèmes actuels, *Revue internationale du Travail*, mars-avril 1982, vol. 121, n° 2, p. 139.

Couturier, G., L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière, *Droit social,* 1983, p. 26 Cinquante ans d'histoire, *Droit ouvrier*, 1995, p. 44. Le choix de la procéduralisation conventionnelle, *Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1152, p. 6. Encore une réforme du droit des licenciements économiques, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2006, n° 1242. Le motif économique des départs volontaires, *Droit social*, 2007, p. 978.

Daubler, W., Participation des travailleurs et entreprises multinationales, *Droit ouvrier*, 1984, p. 336.

Delteil, V., Les comités d'entreprise européens : quelles perspectives ?, *Travail et emploi*, 2006, n°106, p. 51.

Déprez, J., La cour de cassation, *in Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p.169.

Desbarats, I., La réforme de la modernisation sociale, *Recueil Dalloz*, 2003, p. 4.

Didry, C., Les comités d'entreprise face aux licenciements collectifs : trois registres d'argumentation, *Revue française de sociologie XXXIX-3*, 1998, p. 495.

Dockès, E., Le juge et la négociation, *Droit ouvrier*, 2008, p. 290.

Duquesne, F., Négociation dans l'entreprise et entrave à la mission des élus du personnel, *Droit social*, 2007, p. 758. Un délégué syndical en devenir : le nouveau représentant de la section syndicale (art. 6 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008), *Droit social,* 2008, p. 1084.

Escolano, E., Le droit à l'information des travailleurs, *in* Y. Loussouarn et P. Lagarde dir., *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, p. 181.

Favennec-Héry, F., Du contrôle « a priori » à la responsabilité « a posteriori » de l'entreprise, *RJS*,4/02, p. 287. Restructurations : rôle de la négociation collective,

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Droit social, 2004, p. 279. Collectivité du personnel : quelles représentations ?, *Droit social*, 2006, p. 989. Restructurations, deux maîtres mots : négociation, anticipation, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1242. La GPEC : l'environnement juridique, *Droit social*, 2007, p. 1068.

Fraissinier-Amiot, V., La participation des salariés à la gestion des entreprises : mythe ou réalité ?, *Petites affiches*, 2008, n° 99, p. 6.

Freyria, C., Problématique des pouvoirs économiques du comité d'entreprise, *in Tendances du droit français contemporain. Etudes de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 209. Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise, *in Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1977, p. 273. Les accords d'entreprise atypiques, jurisprudence commentée, *Droit social,* 1988, p. 464.

Freyssinet, J., Quels acteurs et quels niveaux pertinents de représentation dans un système productif en restructuration, *La revue de l'IRES*, 2005, n° 47, p. 319.

Frossart, S., La supplétivité des règles en droit du travail, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 491.

Frouin, J.-Y., Négociation collective et consultation du comité d'entreprise, *Droit social*,1998, p. 579.

Gamet, L., L'information du comité d'entreprise préalablement à sa consultation sur un projet de restructuration, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1380.

Gaudu, F., Les accords de méthode, *Droit social,* 2008, p. 915.

Gavini, C., Vers un droit interne d'entreprise ?, *Sociologie du travail*,n° 2/97, p. 149.

Gold, M., Treves, L., Le dialogue social au niveau de l'entreprise. Le Royaume-Uni est-il en train de devenir plus européen ?, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1340, p. 33.

Grumbach, T., Monopole syndical, contenu et négociation des accords de méthode, *Droit social*, 2006, p. 325.

Guiomard, F., L'intervention des juges dans la vie conventionnelle, *in La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005.

Hannoun, C., L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 288.

Harff, Y., Henriet, B., Evolution du rôle et des interventions économiques du comité d'entreprise, *Droit social*, 1988, p. 166.

Héas, F., Observations sur les processus normatifs en matière de relations professionnelles, *Droit ouvrier*, 2007, p. 306. Retour sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, *JCP S*, 2008, n° 1300.

Javillier, J.-C., Dynamique des relations professionnelles et évolution du droit du travail, *in Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes. Etudes en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, P. Lang, 1994, p. 219.

Jeammaud, A., Les lois Auroux : plus de droit ou un autre droit, *Critique de l'Economie politique,* 1983, n° 23/24, p. 223. Le droit constitutionnel dans les relations du travail, *Droit administratif*, 20 septembre 1991, p. 612. Les droits du travail à l'épreuve de la

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

mondialisation, *Droit ouvrier*, 1998, p. 240. Le pouvoir patronal visé par le droit du travail, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1340, p. 15.

Keller, M., L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques (ou les vertus altruistes d'une action propre), *Droit social*, 2006, p. 861. Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du comité d'entreprise ? Ouvrir l'action en justice du comité d'entreprise, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 431.

Khodri-Benamrouche, F., Les exigences procédurales, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1340, p. 61.

La transposition de la directive 2002/14 sur l'information et la consultation des travailleurs dans la communauté européenne, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 466.

La transposition de la directive 2002/14 sur l'information et la consultation des travailleurs dans la communauté européenne (suite), *Revue de droit du travail*, 2009, p. 537.

Lafuma, E., De la stratégie comme objet d'information et de la consultation du comité d'entreprise, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1380.

Laulom, S., Passé, présent, futur de la négociation collective transnationale, *Droit social,* 2007, p. 623. La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1399, p. 5.

Le Crom, J.-P., La naissance des comités d'entreprise : une révolution par la loi ? *Travail et emploi*, 1995, n°63, p. 58. La loi du 28 octobre 1982 sur le développement des institutions représentatives du personnel. Les travailleurs, acteurs du changement de l'entreprise, *in* J. Le Goff dir., *Les lois Auroux, 25 ans après (1982-2007)*, Les Pur, 2007, p. 103.

Legrand, H.-J., Sur un nouvel objet juridique non identifié, la GPEC, Droit social, 2006, p. 330.

Les entreprises ont boudé les accords dérogatoires, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1348, p. 2.

Lhernould, J.-P., La négociation collective communautaire, Petit manuel de la diversité, *Droit social,* 2008, p. 623. Le droit communautaire et la sécurisation des parcours professionnels, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1348, p. 9. La nouvelle directive CE européen : une victoire française…quelle victoire ?, *RJS*, 2009, p. 101. L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE, *Droit social*, 2010, p. 893.

Lokiec, P., La contractualisation du licenciement, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1367, p. 6. Du nécessaire dialogue entre le droit du travail et le droit des sociétés, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 221. La consultation en quête d'utilité, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1380.

Lyon-Caen, A., Le comité d'entreprise à l'heure du changement, *Droit social,* 1983, p. 299. Le comité d'entreprise institution représentative du personnel, *Droit ouvrier*, 1986, p. 355. La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique, *Droit ouvrier*, 2002, p. 161. Le comité d'entreprise et les restructurations, *Droit social*, 2004, p. 285. Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

travail, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 84. Article 16, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 137.

Lyon-Caen, G., Critique de la négociation collective, *Droit social*, 1979, p. 350. Le Royaume-Uni, mauvais élève ou rebelle indomptable, *Droit social*, 1994, p. 923. A la recherche des concepts du Livre IV, *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle. Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 83. L'état des sources du droit du travail, *Droit social*, 2001, p. 1031. Que sait-on de plus sur l'entreprise, *in Mélanges dédiés au Président Despax*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2001, p. 33. La pertinence des catégories juridiques du droit du travail, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale,* 2001, p. 113. Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective, *Droit social*, 2003, p. 355. Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée, *Droit ouvrier*, 2004, p.49.

Maillard, S., Réflexions autour de l'article L. 321-16 du Code du travail, alinéa 1er du Code du travail, *RJS*, 6/07, p. 507.

Malecki, C., Le nouveau souffle de l'actionnariat salarié dans la loi du 30 décembre 2006, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 524.

Marquet de Vasselot, L., De l'expression par le comité d'entreprise de son avis, *RJS*, 9-10/00, p. 607.

Masson, P., Simplifier disaient-ils (propos syndicaux sur la recodification du Code du travail), *Droit ouvrier*, 2007, p. 409.

Mazeaud, A., Accords collectifs et restructuration, *Droit social*, 2008, p. 66. La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégués syndicaux, *Droit social*, 2009, p. 66.

Meyrat, I., Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif : le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique, *Droit ouvrier*, 2005, p. 296.

Moreau, M.-A., Activités transnationales et représentation collective des salariés, *Droit social*, 1991, p. 53. Restructurations et comité d'entreprise européen, *Droit social,* 2006, p. 314.

Morin, M.-L., La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité, *Droit social*, 1998, p. 419. Le dualisme de la négociation collective à l'épreuve des réformes : validité et loyauté de la négociation, application et interprétation de l'accord, *Droit social*, 2008, p. 24.

Moulin, J.-M., La participation des salariés à la gestion de la société, *Bulletin Joly Sociétés*, 2002, p. 571.

Nadal, S., Négociation collective et licenciement économique : propos introductifs sur le nouvel article L. 320-3 du Code du travail, *Droit ouvrier*, 2005, p. 303.

Neau-Leduc, C., Les accords sur la « responsabilité sociale de l'entreprise », *Droit social*, 2008, p. 75.

Néron, S., La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 427

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Nicod, C., L'accord collectif succédané de l'acte collectif unilatéral, *Semaine sociale Lamy supplément*, 2008, n° 1340, p. 39. La réforme du droit de la négociation collective par la loi du 20 août 2008, *Droit ouvrier*, 2009, p. 219.

Paris, J.-J., Les organisations collectives des travailleurs face aux stratégies des multinationales, *Droit social*, 2007, p. 1026.

Pécaut-Rivolier, L., Les premiers arrêts de la Cour de cassation relatifs à la loi du 20 août 2008, *Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1408, p. 6.

Pécaut-Rivolier, L., Struillou, Y., Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel (1er trimestre 2009)*, Semaine sociale Lamy*, 2009, n° 1401, p. 7. La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 491.

Pélicier Loevenbruck, S., Verkindt, P.-Y., Loi Borloo. Vade-mecum des incidents de procédure (partie 1), *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1276. Loi Borloo. Vade-mecum des incidents de procédure (partie 2), *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1277.

Pélissier, J., Droit des conventions collectives. Evolution ou transformation, *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle. Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 95.

Petit, F., Qu'est-ce qu'une institution représentative du personnel (Cour cass. ch. Sociale, 19 février et 27 juin 2002), *Droit social*, 2002, p. 1073. L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur, *Droit social*, 2004, p. 262. Représentation syndicale et représentation élue des personnels de l'entreprise depuis la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, *Droit ouvrier*, 2009, p. 22. Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? Pour la mise en place d'un « conseil d'entreprise », accompagnée de la fusion des délégués du personnel et des délégués syndicaux, *Revue de droit du travail,* 2010, p. 76.

Petrovski, M., Paucard, D., Les accords de méthode et leur impact sur les procédures d'information et de consultation des représentants du personnel : quelques résultats à partir de huit études de cas, *Revue de l'IRES*, 2006/1, n° 50, p. 103.

Picod, Y., L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP*, 1988, I, 3318.

Poirier, M., Brefs propos sur le projet de loi inspiré par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 relatif à la politique contractuelle, *Droit ouvrier*, 1996, p. 311.

Prétot, X., Les bases constitutionnelles de la négociation collective, *Travail et protection sociale*, 1997, p. 4.

de Quenaudon, R., Volonté patronale et actes atypiques d'entreprise*, in Le droit collectif : questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Madame le Professeur Hélène Sinay*, P. Lang, 1994, p. 263.

Ray, J.-E., Quel droit pour la négociation collective de demain ?, *Droit social*, 2008, p. 5.

De lege non feranda…, *Droit social*, 2002, p. 237.

Raymond, P., Fusions d'entreprises et fusion des statuts collectifs, *Droit social*, 2006, p. 303.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Rémy, P., Les pouvoirs des représentants des salariés dans les licenciements collectifs en droit allemand, Présentation à partir de la directive 98/58/CE selon laquelle la consultation doit être effectuée « en vue d'aboutir » à un accord, *Droit social*, 2008, p. 902.

Rennes, P., D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3), *Droit ouvrier*, 2005, p. 321.

Renucci, J.-F., Dialogue social et négociation collective à l'échelle communautaire, Constat : « les temps européens » ne sont pas « les temps dans les entreprises », *Droit social*, 2008, p. 52.

Reynes, B., Vicens, C., Cadre institutionnel des restructurations en France : une nouvelle configuration dans l'espace européen, *Revue de l'IRES*, n° 47, 2005, p. 281, spé. p. 288.

Robin-Olivier, S., L'influence de la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes sur le droit social français, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2003, p. 149.

Rodière, P., Le « cadre général » relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans l'entreprise, *Semaine sociale Lamy*, 2002, n° 1098, p. 6. Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise, *Droit social*,2006, p. 1015. L'influence du droit communautaire et du droit international, *Droit social*, 2008, p. 895.

Sachs-Durand, C., Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française, *Semaine sociale Lamy*, 1993, n° 658. Comité d'entreprise européen et obligation d'information de la direction d'un groupe : quelle évolution ?, *in Le droit social – Le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 299.

Saintourens, B., Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles régulations économiques, *Bulletin Joly Sociétés*, 2002, p. 7.

Saramito, F., Les licenciements économiques au fil…des lois, *Droit ouvrier*, 2005, p. 281.

Savatier, J., Les transformations de la fonction représentative des syndicats, *in les transformations de la fonction représentative des syndicats, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989. Les accords collectifs relatifs aux pouvoirs et au fonctionnement du comité d'entreprise, *Droit social*, 1993, p. 870.

Spyropoulos, G., Les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation, *Droit social,* 1999, p. 230.

Soubie, R., Observations sur l'évolution du comité d'entreprise, *Droit social*,1983, p. 356.

Souriac-Rotschild, M.-A., Négociation collective d'entreprise et consultation du comité d'entreprise, *Action juridique*, n° 118, mai 1996, p. 4.

Souriac, M.-A., Borenfreund, G., La négociation collective entre désillusions et illusions, *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle. Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 199.

Supiot, A., Un faux dilemme : la loi ou le contrat, *Droit social*, 2003, p. 59.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Tagliarino-Vignal, N., Le droit du comité d'entreprise d'être informé et consulté dans le cadre d'opérations de fusion, *RJS*, 2010, p. 99.

Taquet, F., Les nouvelles dispositions relatives au licenciement économique issues de la loi de cohésion sociale (Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005), *Revue des procédures collectives*, 2005, juin, n° 2, p. 114.

Teyssié, B., Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique, *JCP*, 1996, I, 3902. A propos de la directive relative à l'information et à la consultation des travailleurs, *Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1182. A propos d'une négociation triennale : commentaire de l'article L.320-2 du Code du travail, *Droit social*, 2005, p. 377.

Tourniquet, H., Le temps de l'appréciation des motifs, *Droit ouvrier*, 2005, p. 289.

Triomphe, C.-E., L'Europe doit s'intéresser aux restructurations, *Liaisons sociales Europe*, 2006, p. 5.

Vachet, G., Les accords atypiques, *Droit social*,1990, p. 620.

Vatinet, R., L'expression des salariés, *in Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen,* Dalloz, 1989, p. 395. De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ?, *Droit social*,2002, p. 286. Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, *JCP S*, 2005, n° 15, 1230. Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés. – (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, art. 27 à 31), *JCP S*, 2007, 1072.

Verdier, J.-M., Une expérimentation française : la recherche des nouvelles procédures de négociation collective au niveau de l'entreprise, *in Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos,* Editions A. Pedone, 1999, p. 607.

Vericel, M., Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins de défense des intérêts des salariés de l'entreprise, *Droit social*, 2007, p. 1153.

Verkindt, P.-Y., Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité, *Droit social*, 2007, p. 697. Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail – Quelques développements jurisprudentiels récents, *Droit social*, 2007, p. 1253.

Notes, observations de jurisprudence

Andreo, E., Le comité d'entreprise n'est pas recevable à contester l'application de l'article L. 122-12, Cass. soc. 14 mars 2007, n° 06-41.647, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 401.

L'argumentaire tout en nuances de la cour d'appel de Paris sur la GPEC et le PSE, CA Paris, 7 mars 2007, n° 06/57817, *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1299.

Bailly, P., L'organisation du travail ne doit pas nuire à la santé des salariés. Une nouvelle implication de l'obligation de sécurité de résultat, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1346.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Baugard, D., L'obligation d'information liée au transfert d'entreprise. Quand une directive non transposée s'en mêle. Cass. soc. 18 novembre 2009, n° 08-43.397, *Semaine sociale Lamy*, 2010, n° 1430.

Baumgarten, C., Note sous CA Toulouse (4e Ch. Soc.) 30 janvier 2009, *Droit ouvrier*, 2009, p. 339.

Bélier, G., Legrand, H.-J., Le livre III du Code du travail : loi spéciale ou loi résiduelle (à propos de l'arrêt SIETAM), *Droit social*,1996, p. 932.

Bigard, C., Dénonciation : information et consultation du comité d'entreprise, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1052, p. 11.

Borenfreund, G., Observations sous Cass. soc. 25 janvier 1995, *Droit social*,1995, p. 275. La consultation du comité d'entreprise en cas de dénonciation d'un accord collectif : un faux lien de parenté avec la jurisprudence EDF, Soc. 5 mars 2008, n° 07-40. 273, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 540.

Boubli, B., La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif, *Semaine sociale Lamy*, 1998, n° 893, p. 6.

Boulmier, D., Naissance et mort de la norme collective : quel droit d'information et de consultation du comité d'entreprise (Cass. soc., 13 nov. 2001 ; TGI Paris, référé, 18 oct. 2001), *Jurisprudence sociale Lamy*, 2002, n° 97, p. 4.

Conclusion et dénonciation d'un accord collectif : sanction du défaut de consultation des institutions représentatives du personnel (Réflexions à partir de Cass. soc. 5 mars 2008, PBR), *Droit ouvrier*, 2008, p. 409.

Cerati-Gauthier, A., Note sous Trib. com. Marseille, référé, 7 novembre 2001, *Petites affiches*, 3 mai 2002, n° 89, p. 18.

Chaumette, P., Observations sous Cass. soc. 5 mars 2008, *Droit social*, 2008, p. 605.

Cohen, M., La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif, *RJS*,6/98, p. 435. Observations sous Cass. crim. 18 novembre 1997, *Droit social*,1998, p. 409. Quand l'inobservation des droits des représentants du personnel perturbe la fusion GDF – Suez, *Droit ouvrier*, 2007, p. 105.

Couturier, G., Observations sous Cass. soc. 19 mars 2003, *Droit social*,2003, p. 552.

Dénonciation d'un accord : l'employeur doit consulter le CE – Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-40. 273, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1347, p. 10.

Frouin, J.-Y., Rapport du conseiller référendaire. Négociation collective et consultation du comité d'entreprise, Cour de cassation, Chambre sociale, 5 mai 1998, *Droit social*, 1998, p. 579.

Gaillard, C., Entrave au fonctionnement du comité central d'entreprise : responsabilité pénale du dirigeant d'une société mère étrangère, commentaire sous Cass. crim., 28 octobre 2008, n° 04-87. 264, *JCP S*, 2009, n° 1141.

Géa, F., GPEC *vs.* PSE : fin de partie. Variations sur le thème de la conditionnalité de la procédure de licenciement collectif, Soc. 30 septembre 2009, n° 07-20.525, *Revue de droit du travail,* 2009, p. 715.

Gouël, O., Les jurisprudences administratives et judiciaires s'opposent, CE, 3 mars 2006, n° 287960, *Semaine sociale Lamy*, 2006, n° 1256, p. 12.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Hennion, S., La force normative du droit social européen, *JCP S*, 2009, n° 1091.

Jullien, D., Cass. soc. 5 décembre 2006, n° 05-21.641, Seuls les élus peuvent exprimer l'avis, *Les Cahiers Lamy du CE*, 2007, n° 56.

Kerbouc'h, J.-Y., Attributions d'un comité d'établissement en l'absence de comité central d'entreprise, commentaire sous Cass. soc., 4 mars 2009, *JCP S*, 2009, n° 1288.

Kessler, F., Un arrêt pour rien ? Ou les difficultés de déterminer avec précision le moment du déclenchement de la consultation, CJCE 10 septembre 2009 aff. 44/08, Akavan c/ Fujitsu Siemens Computers Oy, *RJS*, 12/09, p. 786.

Lafuma, E., Note sous CA Paris (18e Ch. C) 18 décembre 2008 GIE Informatique Caisse des dépôts et Consignation contre Comité d'entreprise du GIE et a., *Droit ouvrier*, 2009, p. 447.

La nullité d'une dénonciation illicite et déloyale, TGI Nanterre, 25 novembre 2006, n° 05/11716, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n° 1249, p. 12.

Leclerc, O., L'expert-comptable désigné dans le cadre de la procédure d'alerte économique : l'étendue de sa mission. Soc. 29 septembre 2009, n° 08-15.035, *Revue de droit du travail*, 2010, p. 46.

Levannier-Gouël, O., Des restrictions du droit d'agir du salarié admises par le juge communautaire et leur impact en droit français, CJCE 16 juillet 2009 aff. 12/08, Mono Car Styling SA c/ Dervis Odemis, *RJS*, 12/09, p. 783.

Lhernould, J.-P., Fusion GDF-Suez. La consultation du comité d'entreprise européen rajoute de l'eau dans le gaz, *RJS,* 2008, p. 279.

Lyon-Caen, G., La Constitution française et la négociation collective (Commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil Constitutionnel par un esprit « non prévenu »), *Droit ouvrier*, 1996, p. 479.

Masse-Dessen, H., Observations sous Cass. soc. 17 juin 1997, *Droit social*,1997, p. 743.

Moizard, N., L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale, commentaire de la décision de la CJCE 27 janvier 2005 aff. C-188/03, Junk, *RJS*, 2005, p. 503.

Moreau, M.-A., Le contrôle des directives par la Cour de justice des communautés européennes, *RJS*, 1995, p. 3. A propos de l'affaire Renault, *Droit social*,1997, p. 493.

Morvan, P., Commentaire sous Cass. soc., 11 janvier 2006, n° 04-46.201, Les Pages Jaunes, *JCP E*, 2006, n° 8, 1310.

Moussy, P., Observations sous Cass. soc. 13 février 1997, *Droit ouvrier*,1997, p. 96.

Négociation sans consultation : pas de suspension possible ? *Semaine sociale Lamy*, 2003, n° 1116, p. 10.

Note sous Cass. soc., 5 mars 1998, n° 96-13.498, *Recueil Dalloz*, 1998, 43e cahier, jurisprudence, p. 609.

Note sous TGI d'Angers (référé) 3 mars 2005, Comité d'entreprise de l'unité économique et sociale NEC Angers et Picaut contre Sté NEC Computers Angers et autres, *Droit ouvrier*, 2005, p. 436.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Note sous Cass. soc. 30 septembre 2009, n° 07-20.525, *JCP S*, 2009, n° 46, n° 1526.

Observations sous Cass. soc. 9 février 2000, *RJS*,3/00, p. 184.

Observations sous Cass. soc. 28 novembre 2000, *RJS*,2003, n° 212.

Observations sous CJCE 27 janvier 2005, Irmtraud Junk, aa. C-188/03, *Droit ouvrier*, 2005, p. 416. *RJS*, 2005, p. 503.

Observations sous TGI Paris 18 septembre 2008, n° 08-57164, CE Cetelem c/ Sté Cetelem, *RJS*,2009, n° 370.

Observations sous Cass. soc. 16 janvier 2008, GDF c/ Comité d'entreprise européen de Gaz de France, *RJS*, 2008, n° 443.

Observations sous Cass. soc. 8 avril 2009, n° 08-40.256, Sté TCAR c/ CGT, *RJS*,2009, n° 560.

Observations sous CA Paris 31 juillet 2009, n° 09-14577, ch. 1-1, Comité d'entreprise de la Caisse d'épargne Ile-de-France c/ Caisse d'épargne Ile-de-France, *RJS*,2009, n ° 862.

Observations sous TGI Paris 12 mai 2009 n° 09/53777, CE France Télécom Vente Marketing France c/ Sté France Télécom et CA Paris 13 mai 2009, n° 08-23442, 14e ch. A, Comité d'ét. France Télécom réseaux systèmes d'information c/ France Télécom, *RJS*,2009, n° 863.

Observations sous Cass. soc. 4 novembre 2009 n° 09-60.066, Sté Essilor international – Ets. De la Compasserie c/ Ramirez, *RJS*, 2010, n° 60.

Peretto, J., Les conditions de mise en œuvre de la négociation en matière de GPEC, CA Paris, 7 mars 2007, *JCP S*, 2007, n° 25, 1467.

Tissandier, H., Membres des comités d'entreprise : de la discrétion ! Cass. soc. 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-47.558, *Revue de droit du travail*, 2006, p. 402. GDF-Suez : une étape dans la reconnaissance du rôle majeur des comités d'entreprise européens dans les restructurations, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 191. Information des administrateurs représentants des salariés et obligation de discrétion : une timide avancée, Com. 29 janvier 2008, n° 06-20.311, *Revue de droit du trava*il, 2008, p. 248. Caractère préalable de la consultation d'un comité d'entreprise et suspension d'un projet de fermeture d'entreprise : un espoir déçu, TGI Sarreguemines, ord. réf., 21 avril 2009, n° 9.09/00048, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 391.

Tourreil, J.-E., Un accord collectif conclu sans consultation du comité d'entreprise n'est pas nul, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2003, n° 122, p. 11. Tant que le comité d'entreprise n'est pas consulté, la dénonciation d'un accord collectif reste sans effet ? Cass. soc. 5 mars 2008, n° 06-45.888, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2008, n° 231, p. 15. Impact des décisions de la société mère sur la procédure d'information et de consultation au sein d'une filiale, CJCE, 10 septembre 2009, aff. N° C-44/08, *Jurisprudence sociale Lamy*, 2009, n° 265

TGI Paris, 6 novembre 2007, Un quizz au secours de la stratégie, *Semaine sociale Lamy*, 2007, n° 1330.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Vatinet, R., La communication d'informations privilégiées par des représentants du personnel initiés, *JCP S*, 2006, n° 6, 1119. Le droit d'action du comité d'entreprise devant les juridictions administratives. A propos de CE, 3 mars 2006, Sté Oberthur Fiduciaire c/ CCE de l'Imprimerie nationale, *JCP S*, 2006, n° 25, 1490.

Vélot, F., A quelles conditions une société est-elle partie à une opération de concentration – TGI Nanterre, ordo. de référé, 30 nov. 2007, n° 07/02764, *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1353, p. 10. Quand la sécurité fait obstacle au pouvoir de direction, Cass. soc. 5 mars 2008, n° 06-45.888, *Les Cahiers Lamy du CE*, 2008, n° 72, p. 16.

Waquet, P., Nécessité de dresser un plan de sauvegarde de l'emploi. Date d'appréciation de l'effectif de l'entreprise, Soc. 16 janvier 2008, n° 06-46.313, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 236.

Etudes, rapports

Auroux, J., *Les droits des travailleurs. Rapport au Président de la République et au Premier ministre septembre 1981*, Collection des rapports officiels, La Documentation française, 1982.

Battut, M., Duchamp, P., *Conditions pour l'anticipation des changements, du point de vue des représentants des travailleurs*, 2007, http://www.fse-agire.com.

Calendra, *Les attributions d'ordre économique des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise*, Conseil économique et social, La Documentation française, 25 novembre 1992.

Centre d'Analyse Stratégique, *Améliorer la gouvernance d'entreprise et la participation des salariés*, La Documentation française, 2010.

Chambelland, P., *Les comités d'entreprise, Fonctionnement et résultats pratiques*, Editions Rousseau et Cie, 1949.

Coffineau, M., *Rapport au Premier ministre, Les lois Auroux, dix ans après*, Collection des rapports officiels, La Documentation française, 1993.

Le comité d'entreprise, Editions l'Atelier, 1998.

Commission nationale de la négociation collective, La négociation collective en 2006, *JCP S,* 2007, n° 27, act. 311.

Dufour, C., Hege, A., Les systèmes représentatifs à l'épreuve de leur capacité d'intervention quotidienne, *Travail et emploi*, 1994, n° 61, p. 23.

Fabre, A., Critiques de quelques propositions du rapport Rouilleault, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 725.

Guide de lecture comparée des propositions du Medef et des propositions du rapport Virville, *Medef, Direction des relations sociales,* mars 2004.

Henriet, B., Harff, Y., Bourdonnais, J., *Les comités d'entreprise. Moyens d'action et interventions économiques,* CRESST, 1986.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-

Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/

by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010

Henriet, B., Tuchszirer, C., Willman, C., *Les comités d'entreprise. Contenu et cohérence des informations périodiques fournies au comité d'entreprise dans les PME*, CRESST, 1989.

Jeammaud, A., *Rapport général. Thème 2 : Représentation des travailleurs et dialogue social au lieu de travail*, XIXème Congrès mondial de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, Sydney, 4 septembre 2009, http://www.afdt-asso.fr/fichiers/publications/sydneyjeammaud.PDF.

Kahn-Freund, O., *Rapport général, La participation, quelques expériences étrangères,* Libraires techniques, 1977.

Lecomte, F., *Le rôle de l'obligation d'information dans les processus de restructuration*, 2007, http://www.fse-agire.com.

Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement. Le développement des accords de méthode en 2005-2006, *JCP S*, 2007, n° 22, act. 250.

Moreau, M.-A., L'anticipation des restructurations dans l'Union européenne. Un véritable défi, *Semaine sociale Lamy,* 2008, n° 1376.

Moreau, M.-A., Paris,J.-J, *Le rôle du comité d'entreprise européen au cours des restructurations : les leçons du projet AGIRE*, 2007, http://www.fse-agire.com.

Rebéroux, A., Les marchés financiers et la participation des salariés aux décisions, *Travail et emploi*, 2003, n° 96, p. 25.

Rouilleault, H., Rapport sur l'obligation triennale de négocier, 2008 http:// www.finances.gouv.fr/directions_services/sircom/emploi/raprouilleault.pdf. Obligation triennale de négocier, où en est-on ?, *Droit social*, 2007, p. 988. La GPEC : au-delà du rapport Rouilleault, *Revue de droit du travail,* 2007, p. 566.

Virville, M. de, Pour un code du travail plus efficace. Rapport au ministre des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, *in Liaisons sociales*, n° 3/2004, Doc. V.

Sous contrat Creative Commons : Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification 2.0 France (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/) - FRANCONI Vanina - Université Lyon 2 - 2010