

Paris, le 20 mars 2013

12-14 rue Charles Fourier

75013 PARIS

Tel 01 48 05 47 88

Fax 01 47 00 16 05

Mail : [contact@syndicat-magistrature.org](mailto:contact@syndicat-magistrature.org)

site : [www.syndicat-magistrature.org](http://www.syndicat-magistrature.org)

## **Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi**

Dans le cadre des travaux parlementaires tendant à réaliser la transcription de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 dans la loi, le Syndicat de la magistrature a souhaité présenter plusieurs observations.

Par cette intervention, il n'entend ni remettre en cause le principe de la démocratie sociale et de la négociation conduite par les partenaires sociaux ni se prononcer sur l'équilibre global de l'accord.

En revanche, le Syndicat de la magistrature est gravement préoccupé par l'absence de prise en compte des engagements internationaux de la France que révèle l'accord, par la fragilisation du contrat de travail qui en résulte et par la stratégie d'évitement du juge qui y est clairement affichée.

Le contrôle de conventionalité des lois relevant des attributions du juge judiciaire, le syndicat de la magistrature est légitimement attentif aux conditions dans lesquelles certaines dispositions de l'accord, manifestement contraires aux engagements internationaux de la France, seront retranscrites. En l'état, plusieurs articles du projet de loi paraissent contraires à la convention 158 de l'OIT, à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (article 12) ou à l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (art 13).

En outre, au nom de la compétitivité, plusieurs de ses dispositions remettent en cause l'intangibilité des conventions, qui compte parmi les grands principes du droit civil. En reconnaissant à l'accord d'entreprise une véritable suprématie sur le contrat de travail, l'accord déplace en effet le niveau de conclusion de la norme régissant les relations de travail. Le rapport entre le

contrat de travail et l'accord collectif se trouve ainsi profondément modifié, le premier perdant sa portée au profit du second.

Alors que le droit du contrat de travail s'est construit en dérogeant à certaines dispositions du droit des contrats pour assurer une plus grande protection au salarié, partie faible, c'est, avec cet accord, un renversement de l'objectif de protection qui s'opère au bénéfice de l'employeur et ce, dans le cadre d'accords conclus à un niveau – l'entreprise – où la défense collective des salariés est la moins bien assurée.

Il est au demeurant paradoxal qu'alors que le contrat de travail tend à s'effacer au profit des accords collectifs négociés, les pouvoirs donnés aux institutions représentatives du personnel sont parallèlement réduits. A titre d'exemple, les procédures d'information-consultation sont enfermées dans des délais particulièrement courts, laissant peu de possibilité au comité d'entreprise d'exercer véritablement sa mission.

Par ailleurs, le Syndicat de la magistrature dénonce, comme il l'a fait dans son communiqué du 15 janvier 2013, la stratégie d'évitement du juge chargé du contrôle du respect des droits des salariés qui est à l'œuvre sous couvert de rationalisation des procédures judiciaires.

Dès la phase de conciliation devant le conseil de prud'hommes, l'accord tend à réduire les pouvoirs du juge et à transformer cette phase essentielle du procès prud'homal en un processus transactionnel qui ne peut avoir d'autre issue que l'application d'un barème prédéterminé.

L'accès au juge est par ailleurs rendu plus difficile, non seulement par une réduction des délais de prescription, mais également par l'instauration de présomptions de cause réelle et sérieuse du licenciement au profit de l'employeur. Les pouvoirs de contrôle du juge ont ainsi été neutralisés - voire supprimés pour certains – au nom d'une légitimité et d'une validité présumées de l'accord d'entreprise.

Au demeurant, si les partenaires sociaux sont évidemment légitimes à conclure des accords tendant à modifier les dispositions régissant les relations entre employeurs et salariés, en revanche leur intervention dans les domaines de la procédure et, plus particulièrement, des conditions et modalités de l'accès au juge – qui touchent à des droits fondamentaux et relèvent à ce titre de l'ordre public général – ne se justifie guère. A tout le moins, la représentation nationale ne devrait donc pas se retrancher, sur ces questions, derrière la volonté des partenaires sociaux mais se reconnaître, au contraire, une totale liberté d'appréciation quant à l'opportunité de maintenir, modifier ou abandonner telle ou telle disposition de l'ANI.

Il faut souligner, enfin, que l'encombrement des juridictions sociales et les dysfonctionnements qui s'ensuivent – résultant eux-mêmes non pas de la prétendue judiciarisation croissante des relations de travail mais d'une grave insuffisance des moyens de ces juridictions - ne peuvent être résolus par un contournement du juge, nécessairement préjudiciable aux salariés. La réponse doit être recherchée dans une réflexion plus large sur l'état des conseils de prud'hommes et des chambres sociales et sur les conditions d'intervention du juge judiciaire, notamment dans le cadre du contrôle des licenciements pour motif économique.

Le Syndicat de la magistrature développera ci-après les observations que justifient plus particulièrement les dispositions du projet de loi consacrant l'évitement du juge judiciaire qui a largement inspiré les concepteurs de l'accord national interprofessionnel.

## **I. Article 10 (article 15 de l'ANI) sur la mobilité interne.**

L'article 10 de l'avant projet de loi reprend l'article 15 de l'ANI et organise la mobilité interne dans l'entreprise conçue comme la mise en oeuvre de mesures collectives d'organisation courantes dans l'entreprise, se traduisant par des changements de poste ou de lieux de travail dans l'entreprise en dehors de toute difficulté économique.

Selon les articles L.2242-21 à L.2242-23 nouveaux du code du travail, l'employeur engage tous les trois ans une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise dans le cadre de mesures collectives sans projet de licenciement. Cette négociation porte notamment sur les mesures d'accompagnement à la mobilité, les limites imposées à cette mobilité au delà de la zone géographique de l'emploi du salarié et les mesures visant à permettre la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle.

Si l'article 15 de l'ANI prévoyait que lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord ainsi conclu à leur contrat de travail, leur licenciement est soumis aux dispositions relatives à la rupture du contrat de travail pour motif personnel, l'article L.2242-23 nouveau du code du travail dispose que *« lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail , leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que prévoit l'accord »*.

Ce dispositif a pour effet de fragiliser le contrat de travail au profit d'un accord d'entreprise (1). Il permet de contourner la procédure de licenciement collectif pour motif économique (2). Enfin, il amoindrit le contrôle du juge (3).

### **1) Fragilisation du contrat de travail au profit de l'accord.**

Sur la base d'un accord cadre résultant d'une négociation triennale l'employeur pourra passer outre l'absence de clause de mobilité dans les contrats de travail pour imposer aux salariés un changement d'affectation géographique ou fonctionnelle.

Le lieu d'exécution du contrat et les fonctions occupées par le salarié, qui sont dans la majorité des cas des éléments essentiels contractualisés, pourront donc être remis en cause à tout moment.

Cette disposition contrevient ainsi au principe d'intangibilité des conventions consacré par le Conseil constitutionnel, qui prohibe les atteintes disproportionnées à l'économie des contrats ((n° 2002-465 DC, 13 janvier 2002).

En permettant à l'employeur d'imposer une mobilité à l'ensemble des salariés sur la base d'un accord d'entreprise qui n'en fixera que le périmètre et les mesures d'accompagnement...), l'ANI et le projet de loi qui en découle consacrent une fragilisation de la norme contractuelle, jusqu'à présent préservée dans les relations de travail.

Il en résultera un éclatement du droit du travail et la naissance d'un « droit d'entreprise » hétérogène, dont le contenu dépendra pour une large part du niveau de la représentation syndicale qui fera face à l'employeur.

Or, l'absence de représentation syndicale dans les petites entreprises et sa faiblesse dans les entreprises de taille moyenne fait légitimement craindre que les délégués syndicaux ne soient pas en capacité de négocier un accord cadre sur la mobilité des salariés dans des conditions d'information et d'équilibre des forces satisfaisantes.

### **2) Le contrôle du motif économique du licenciement.**

Selon l'article L1233-3 du code du travail, la modification refusée par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail consécutive notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques constitue un licenciement pour motif économique.

Dans son article 15, l'ANI partait du postulat que le refus du salarié n'entraînait pas son licenciement pour motif économique mais pour motif personnel, au terme d'une fiction juridique qui avait pour effet de priver le salarié des garanties inhérentes à la procédure de licenciement pour motif économique. De toute évidence, la décision de modifier le contrat de travail puis de licencier le salarié ne relevait que de la seule décision de l'employeur et constituait un motif non inhérent à la personne du salarié.

Si le projet de loi corrige ces errements en considérant que le licenciement du salarié qui refuse de voir modifier son contrat de travail « repose » sur un motif économique, ce faisant il instaure en réalité une présomption légale de motif économique.

Or, en écartant le contrôle du juge sur le bien fondé du licenciement, cette disposition heurte de front les dispositions de la convention n° 158 de l'OIT, dont l'article 8 prévoit que « un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal ... » et dont l'article 9 prévoit surtout que ces organismes impartiaux « devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié ».

En interdisant au juge de se prononcer sur le bien fondé du licenciement cette disposition l'empêche au surplus de vérifier à cette occasion que l'accord sur la base duquel la mobilité est imposée respectait bien les conditions fixées par la loi pour la validité d'un tel accord (mesures d'accompagnement à la mobilité, limites imposées à cette mobilité au delà de la zone géographique de l'emploi du salarié et mesures visant à permettre la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle). Il résulte en effet de l'économie générale de ce dispositif nouveau que le juge du licenciement ne pourra se prononcer a posteriori ni sur la validité de cet accord ni sur son équilibre interne au regard des exigences qu'il sera sensé concilier.

### **3) Le contournement de la procédure de licenciement collectif pour motif économique.**

L'article L.2242-23 nouveau du code du travail dispose que ce licenciement est un licenciement individuel pour motif économique, quelque soit le nombre de salariés ayant refusé l'application de l'accord d'entreprise à leur contrat de travail. Par ce mécanisme, l'employeur, qui entend mettre en oeuvre une réorganisation de son entreprise et les mesures de mobilité interne définies

dans l'accord d'entreprise, s'affranchit de fait de l'ensemble des règles protectrices des salariés dans le cadre des procédures de licenciement collectifs, quelque soit le nombre de licenciement prononcé et la taille de l'entreprise. La fiction juridique perdure donc alors que selon l'article L.1233-25 du code du travail, lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail, proposée par leur employeur pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique.

## **II. Article 12 du projet de loi (article 18 de l'ANI) : les accords de maintien dans l'emploi**

L'article 12 créé une nouvelle catégorie d'accords d'entreprise, les accords de maintien dans l'emploi, afin de permettre aux partenaires sociaux, dans les entreprises qui font face à de graves difficultés conjoncturelles, d'aménager temporairement l'équilibre global temps de travail-salaire-emploi pour préserver le maintien de l'emploi dans l'entreprise.

L'article L.5125-1 issu du projet de loi prévoit qu'un tel accord pourra être conclu « en cas de graves difficultés conjoncturelles dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise », en contrepartie de l'engagement de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de l'accord, et qu'il pourra aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération des salariés occupant un emploi dans l'entreprise.

L'accord de maintien dans l'emploi est encadré de la manière suivante :

- un expert-comptable pourra être mandaté par le comité d'entreprise pour accompagner les organisations syndicales dans l'analyse du diagnostic et dans la négociation
- un accord majoritaire à 50% sera nécessaire
- la durée de l'accord est limitée à deux ans

- il ne pourra avoir pour effet ni de diminuer les salaires des salariés compris entre 1 et 1,2 SMIC, ni de porter la rémunération des autres salariés en dessous du seuil de 1,2 SMIC.

- l'employeur ne pourra procéder à aucune rupture de contrat de travail pour motif économique pendant la durée de l'accord

- l'accord devra prévoir les conséquences d'une amélioration de la situation économique de l'entreprise sur la situation des salariés à l'issue de sa période d'application

- l'accord devra contenir une clause pénale qui s'appliquera lorsque l'employeur n'aura pas respecté les engagements de maintien de l'emploi, qui donnera lieu à versement de dommages et intérêts aux salariés lésés, dont le montant et les modalités seront fixées dans l'accord.

-l'accord détermine le délai et les modalités de l'acceptation ou du refus par le salarié de l'application des stipulations de l'accord à son contrat de travail

L'application de cet accord, qui modifie les clauses du contrat de travail, nécessitera l'acceptation des salariés concernés. L'article L.5125-2 nouveau du code du travail prévoit qu'en cas d'acceptation, les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues pendant la durée d'application de celui-ci.

Lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, ils sont licenciés et leur licenciement repose sur un motif économique. Le licenciement est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et ouvre droit aux mesures d'accompagnement que prévoit l'accord.

L'article L.5125-4 nouveau prévoit les conditions dans lesquelles, lorsque l'entreprise est dépourvue de délégué syndical, l'accord pourra être conclu par des représentants du personnel, des organisations syndicales représentatives, voire à défaut, des salariés expressément mandatés à cet effet par une ou plusieurs organisations syndicales.

L'article L.5125-5 nouveau dispose enfin que l'accord peut être suspendu par décision du président du tribunal de grande instance à la demande d'un de ses signataires si l'employeur ne respecte pas les engagements souscrits notamment en matière de maintien de l'emploi, ou qu'ils ne sont pas appliqués de manière loyale et sérieuse, ou que la situation de l'entreprise a évolué de manière significative.

## **1) L'atteinte à l'économie du contrat.**

L'accord d'entreprise pourra prévoir des modifications qui touchent au temps de travail ou au salaire, soit des éléments substantiels du contrat de travail. A ce titre, cette disposition apparaît contraire aux principes dégagés par le conseil constitutionnel qui prohibe les atteintes disproportionnées à l'économie générale des conventions (n° 2002-465 DC, 13 janv. 2002). Rien ne permet d'affirmer, en effet, que le motif d'intérêt général qui peut seul légitimer une remise en cause de l'équilibre général du contrat, pourra résider dans l'objectif de maintien des emplois, dont la réalisation reste d'ailleurs hypothétique et aléatoire.

L'atteinte au principe apparaît d'autant plus caractérisée que l'équilibre des concessions réciproquement consenties par l'employeur en termes d'engagements de maintien dans l'emploi et par les salariés en termes de diminutions de salaires ou d'accroissement de la durée du travail ne semble pas pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel (cf infra).

## **2) Le contrôle de l'accord de maintien dans l'emploi.**

Le texte prévoit que ce type d'accord peut être conclu en cas de graves difficultés conjoncturelles, dont l'existence doit faire l'objet d'un diagnostic « analysé avec les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ». Or, la notion de difficultés conjoncturelles n'existant pas en droit du travail, l'accord semble se démarquer sur ce point de la notion de difficultés économiques telle qu'elle a été définie par la loi et précisée par la jurisprudence. Pourtant, en cas de refus de la modification du contrat par le salarié, son licenciement sera néanmoins justifié par un motif qualifié d'économique. Ainsi l'employeur voit-il élargir à son profit les hypothèses dans lesquelles il pourra rompre les contrats de travail sans risquer d'être sanctionné par le juge du licenciement.

Surtout, l'existence d'un accord supposant le préalable d'un diagnostic analysé avec les organisations syndicales, semble exclure que le juge saisi du licenciement du salarié qui aura refusé les modifications de son contrat puisse réexaminer et le cas échéant remettre en cause l'existence même des « graves difficultés conjoncturelles » qui seront pourtant sensées légitimer ces modifications et, par conséquent, le licenciement. Or ce contrôle juridictionnel apparaît d'autant plus nécessaire que la capacité des représentants des salariés à évaluer la nature et l'étendue des difficultés invoquées par l'employeur dépendra pour une large part de la nature et de la sincérité des informations qu'il mettra à leur disposition.

Enfin, les dispositions susvisées contiennent, contrairement à l'ANI, plusieurs dispositions qui veulent tendre à assurer le respect de ses engagements par l'employeur. D'une part, il prévoit que l'accord contiendra une clause pénale qui permettra d'indemniser un salarié lésé lorsque l'employeur n'a pas respecté ses engagements, d'autre part il permet à l'une des parties signataire de saisir le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés des manquements éventuels de l'employeur ou de sa déloyauté.

S'agissant de la clause pénale, elle a pour objet de prédéterminer le montant des dommages intérêts qui devraient réparer le préjudice subi par le salarié du fait du licenciement prononcé en violation de l'engagement de l'employeur. Cette forfaitisation de la réparation du préjudice, qui ne permettra pas de l'adapter à la situation personnelle de chaque salarié apparaît totalement injuste et radicalement contraire au principe général du droit des obligations (largement consacré par la jurisprudence européenne) qui exige la réparation intégrale et adéquate du préjudice résultant d'un fait fautif.

Certes, le Code civil (article 1226) prévoit bien la possibilité d'inclure de telles clauses pénales dans les contrats. Mais la situation est ici toute différente dans la mesure où le salarié qui se verra appliquer cette réparation forfaitaire n'aura pas été partie au contrat qui l'aura prévue – l'accord d'entreprise – de sorte qu'il n'aura pas été en mesure de faire valoir les éléments personnels justifiant une appréciation particulière et, le cas échéant, une majoration du préjudice qui résultera spécifiquement pour lui du licenciement.

En tout état de cause, il est essentiel que la loi précise que les licenciements prononcés pendant la durée d'application de l'accord seront nuls, la Cour de cassation répétant inlassablement que la nullité ne peut être prononcée que si un texte la prévoit ou en cas de violation d'une liberté fondamentale.

### **3) L'information/consultation des IRP.**

Il est prévu que les représentants des salariés pourront avoir recours à un expert, mais dès lors que l'accès à l'information est limité (renvoi à la base de donnée et à l'annexe), le rôle de l'expert sera aussi nécessairement limité.

Actuellement, l'intervention de l'expert n'est possible qu'à l'initiative du comité d'entreprise. Rien ne vient modifier ce point dans l'accord. Or, ce sont les organisations syndicales qui vont négocier l'accord. Pour faire intervenir utilement un expert ou exercer son contrôle, le CE va devoir préparer avec les organisations syndicales la négociation de cet accord et être informé et

consulté sur la version avant la signature. Afin de permettre un contrôle pertinent du motif de recours à ces accords, le comité d'entreprise devrait pouvoir être saisi dès le début des négociations.

#### **4) Le contrôle du juge.**

L'article L.5125-2 nouveau prévoit qu'en cas de refus par le salarié des modifications de son contrat résultant de la mise en œuvre de l'accord, la rupture qui en résulte s'analyse en un licenciement économique. La mention dans l'ANI selon laquelle la cause réelle et sérieuse du licenciement était « attestée » par l'accord a été remplacée par l'expression « le licenciement repose sur un motif économique ».

Le projet de loi établit ainsi une présomption légale de motif économique justifiant le licenciement a priori, sans que le salarié puisse apporter la preuve contraire. L'existence d'un accord majoritaire consacrant la mise en place du dispositif empêche en effet le juge du licenciement d'en contrôler le motif, ce qui constitue le vice majeur de cette disposition.

La création de cette présomption constitue un bouleversement important des principes régissant le droit civil. Les présomptions ont traditionnellement pour fonction, en effet, de protéger la partie faible dans l'établissement de la preuve. C'est parce qu'il est prévisible qu'une partie ne sera pas en capacité d'apporter des éléments probants que la loi rétablit l'équilibre par avance en introduisant une présomption en sa faveur. Dans le cas de l'article 12 du projet de loi, la logique est inversée : c'est au bénéfice de l'employeur que le licenciement qu'il prononce est présumé avoir une cause réelle et sérieuse.

Au demeurant, cette présomption légale apparaît contraire à plusieurs des dispositions de la Convention 158 de l'OIT. L'article 4 prévoit en effet qu'un travailleur ne peut être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise. Surtout, les articles 8-1 et 9-1 garantissent l'accès à un juge habilité à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié.

C'est au demeurant pour les mêmes raisons que cette disposition pourrait être contraire à l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui garantit l'accès au juge.

#### **5) Le contournement de la procédure de licenciement collectif pour motif économique.**

L'article L.5125-2 nouveau du code du travail dispose que ce licenciement est un licenciement individuel pour motif économique, quelque soit le nombre de salariés ayant refusé l'application de l'accord d'entreprise à leur contrat de travail. Lorsque plusieurs salariés refuseront de voir appliquer l'accord à leur contrat de travail, l'employeur pourra s'affranchir, de fait, de l'ensemble des règles protectrices des salariés applicables dans le cadre des procédures de licenciement collectifs, quelque soit le nombre de licenciement prononcé et la taille de l'entreprise. Pourtant, l'article L.1233-25 du code du travail prévoit que lorsqu'est envisagé le licenciement d'au moins dix salariés ayant refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, ces licenciements sont soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique.

Aucune raison objective ne pourrait justifier que la même règle ne s'applique pas lorsque ces modifications sont imposées dans le cadre d'un accord de maintien dans l'emploi : les conditions dans lesquelles les salariés subiront leur licenciement et les nécessités de leur reclassement resteront en effet identiques que le licenciement résulte du refus d'une modification du contrat unilatéralement décidée par l'employeur ou du refus d'une modification du contrat résultant de l'application d'un accord d'entreprise.

### **III. Article 13 (article 20 de l'ANI) : procédure de licenciement collectif.**

L'ANI prévoyait dans son article 20 que la procédure de licenciement collectif pour motif économique et le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi étaient fixés soit par un accord collectif majoritaire, soit par un document produit par l'employeur et homologué par le Direccte.

La rédaction de l'article 20 laissait en pratique le choix à l'employeur entre la négociation et la procédure d'homologation. L'employeur était donc en mesure de choisir le juge –judiciaire ou administratif- appelé à se prononcer en cas de contestation, selon le cas, de l'accord ou du document établi par l'employeur définissant la procédure et le PSE.

La transposition de l'article 20 de l'ANI dans l'article 13 reste ambigu mais semble toujours permettre à l'employeur de choisir entre deux voies pour engager une procédure de licenciement collectif : selon l'article L.1233-24-1 nouveau du code du travail, l'employeur pourra négocier un accord majoritaire à 50%, ou à défaut d'un tel accord, établir un document fixant le

contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et les modalités de consultation du comité d'entreprise. Mais les nouvelles dispositions, en prévoyant que le contenu de l'accord ou le document élaboré par l'employeur devra être validé (pour l'accord) ou homologué (pour le document) par l'administration compétente, transfère le contentieux de la procédure de licenciement collectif pour motif économique aux juridictions administratives (article L.1235-7-1 nouveau du code du travail).

Certes, le salarié pourra toujours contester son licenciement devant le juge judiciaire. Mais cette nouvelle procédure a pour effet de priver le juge administratif du contrôle de l'élément essentiel des licenciements collectifs (1). Les nouvelles dispositions enferment par ailleurs la procédure de licenciements collectifs dans des délais contraints qui portent atteinte aux prérogatives des IRP et aux missions du juge (2).

### **1) L'absence de contrôle en amont du motif économique.**

Ces nouvelles dispositions ne laissent au juge judiciaire que le contrôle à posteriori du bien-fondé du licenciement, le juge administratif se voyant confier pour sa part le contrôle de la décision de validation ou d'homologation de l'administration, ainsi que les contestations sur le contenu du plan de sauvegarde, des décisions de l'administration et de la régularité de la procédure de licenciement collectif. Mais le juge administratif lui-même reste privé de tout contrôle du motif économique de la procédure de licenciement collectif.

Pourtant, le contrôle du motif économique qui doit justifier, ab initio, la mise en œuvre d'un PSE permet d'éviter les licenciements dits « boursiers » ou financiers » qui ne tendent pas à faire face à une réelle menace sur la compétitivité de l'entreprise mais seulement à en accroître la profitabilité. A l'occasion de l'affaire « VIVEO » et de l'arrêt de la cour de cassation qui a exclu ce contrôle en amont du motif économique (en l'état actuel des textes), beaucoup de voix s'étaient élevées pour faire valoir qu'il valait mieux prévenir des licenciements injustifiés que les indemniser une fois prononcés. Pourtant, l'ANI tend manifestement à exclure un tel contrôle, (en contradiction, d'ailleurs, avec les objectifs de sécurisation des procédures que les employeurs affirment poursuivre, un contrôle a priori offrant manifestement plus de prévisibilité qu'un contrôle a posteriori, qui laisse planer longtemps le risque contentieux et l'incertitude sur le coût final des licenciements).

En effet, l'accord d'entreprise ou le document homologué ne déterminent que la procédure de licenciement collectif et le contenu du PSE. Les actions en contestation de cet accord ou de ce document – à l'initiative des

organisations syndicales ou des comités d'entreprise - ne permettent donc pas de mettre en cause la réalité du motif économique. Ce contrôle n'est expressément prévu qu'au profit du juge prud'homal, mais celui-ci n'intervient qu'a posteriori, lorsqu'il est saisi par les salariés une fois les licenciements prononcés.

On remarquera d'ailleurs qu'à l'inverse, la validation de la procédure et du contenu du PSE résultant de l'accord collectif ou de l'homologation du document établi par l'employeur semble bien priver le juge prud'homal de son propre contrôle sur ces aspects essentiels des licenciements collectifs. Au demeurant l'ANI n'envisage que les actions des salariés tendant à contester le motif du licenciement ou le non-respect par l'employeur des dispositions de l'accord, ce qui exclut bien, en creux, le contrôle du contenu de l'accord ou du document homologué. Là encore, la légitimité d'un accord d'entreprise est implicitement mobilisée pour restreindre l'office du juge.

Le contrôle en amont du motif économique satisferait d'autant plus l'objectif de sécurité juridique que ce même contrôle deviendrait seulement subsidiaire, ensuite, dans le cadre du contentieux du licenciement devant le juge prud'homal.

Au demeurant, le projet de loi laisse subsister l'incohérence du dispositif actuel qui permet au juge de contrôler en amont le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi ou la validité de la procédure de licenciement collectif, mais l'empêche de contrôler l'existence même des difficultés économiques qui conditionnent pourtant absolument la mise en œuvre de ce plan et de cette procédure.

Il faut rappeler, enfin, que l'autorisation administrative de licenciement supprimée en 1986 « pour donner une latitude plus importante aux chefs d'entreprise pour gérer les effectifs », ouvrait un contrôle portant non seulement sur la procédure et les mesures du plan de sauvegarde de l'emploi mais aussi sur les motifs du licenciement, le reclassement et les critères d'ordre retenus.

Cette autorisation avait été supprimée pour contourner ce contrôle et le juge administratif. Retour de balancier, c'est aujourd'hui le juge judiciaire qu'il s'agit de contourner mais, à cette occasion, il s'agit bien de priver les salariés de tout contrôle juridictionnel du motif du licenciement économique..

## **2) Les délais imposés.**

- Selon l'article L. 1235-7-1 nouveau du code du travail, tout recours contre la décision de validation ou d'homologation de l'administration engagé

notamment par les organisations syndicales et les salariés devra être porté devant la juridiction administrative dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle ils en ont eu connaissance.

Le projet de loi fait en outre obligation de regrouper dans une seule procédure toutes les actions des organisations syndicales (OS) ou des comités d'entreprise (CE) portant, par exemple, soit sur les conditions de conclusion de l'accord collectif, soit sur les modalités de la procédure d'information et consultation des IRP, soit sur le contenu du PSE.

Au regard des principes d'ordre public qui sous-tendent les règles dont la violation peut être invoquée, (expression collective des salariés à travers leurs OS, droit à participer à la définition des orientations de l'entreprise à travers leurs IRP, droit à l'emploi à travers l'établissement d'un PSE), le moyen ainsi trouvé de donner plus de sécurité juridique à l'employeur en enfermant l'action dans des délais contraints peut apparaître disproportionné compte tenu des exigences de l'art 6-1 sur l'accès au juge et le procès équitable (les limitations apportées au droit d'agir en justice doivent poursuivre un but légitime et doivent être raisonnablement proportionnées au but poursuivi - CEDH, notamment : 22/10/96 Stubbings C/ RU 22083/93 ).

La procédure devant le juge administratif est elle-même enfermée dans des délais contraints qui auront pour effet de priver les salariés de l'accès effectif à ce juge. L'article L. 1235-7-1 nouveau prévoit en effet que tribunal administratif doit statuer dans un délai de trois mois, et que s'il ne s'est pas prononcé dans ce délai, le litige est porté devant la cour administrative d'appel qui devra également statuer dans un délai de trois mois. Si elle ne s'est pas prononcée dans ce délai, le litige sera porté devant le Conseil d'Etat.

Ces dispositions ont donc pour effet de dessaisir le tribunal administratif, puis la cour administrative d'appel de l'instance en cas de non respect des délais qui leur sont impartis. A notre connaissance, ce dessaisissement n'existe dans aucune autre procédure et il apparaît comme un moyen disproportionné de donner plus de sécurité juridique à l'employeur, en ce qu'il soumet le juge à des délais impératifs qui ne lui permettront pas de remplir son office.

- Selon l'article L. 1233-57-4 nouveau, l'administration dispose d'un délai de 8 jours pour valider l'accord collectif et de 21 jours pour homologuer le document élaboré par l'employeur.

De tels délais sont manifestement trop brefs pour permettre à l'administration d'exercer réellement son contrôle. Les accords tacites se multiplieront nécessairement.

- Les délais dans lesquels le comité d'entreprise devra rendre ses deux avis sont fixés à 2 mois lorsque le nombre de licenciements est inférieur à 100, de 3 mois lorsqu'il est compris entre 100 et 249, et de 4 mois lorsqu'il est égal à 250 ou plus salariés. S'il n'est plus mentionné, comme le prévoyait l'ANI, que ces délais sont préfixe, le projet de loi parvient néanmoins au même résultat en précisant qu'en l'absence d'avis du CE dans les délais imposés, celui-ci est « réputé avoir été consulté ». Or ces délais sont manifestement insuffisants pour mener à bien la procédure d'information-consultation des représentants du personnel, et ce d'autant plus que ces délais doivent permettre la saisine éventuelle d'un expert qui devra apporter toute analyse utile aux organisations syndicales pour mener à bien la négociation et notamment permettre à celui-ci d'obtenir de l'employeur les observations nécessaires.

Ces délais, fixés sans considération de la taille de l'entreprise, appartenant ou non à un groupe, son secteur d'activités, la nature des difficultés économiques qui sont invoquées, la densité des informations économiques et financières qui sont sensées en justifier, paraissent donc bien remettre en cause, outre l'article 6-1 de la CESDH qui garantit un accès à un juge disposant de pouvoirs effectifs, le principe de participation des travailleurs affirmé à l'alinéa 6 du préambule de la Constitution.

C'est pour la même raison que cette disposition paraît également se heurter à l'article 21 de la Charte sociale Européenne en ce qu'elle prévoit que pour assurer l'exercice effectif du droit des travailleurs à l'information et à la consultation au sein de l'entreprise, des mesures doivent être prises pour qu'ils soient consultés en temps utile sur les décisions envisagées qui sont susceptibles d'affecter substantiellement les intérêts des travailleurs et notamment sur celles qui auraient des conséquences importantes sur la situation de l'emploi dans l'entreprise.

- S'agissant du délai de prescription de l'action du salarié en contestation du licenciement, si l'article L1235-7 prévoit déjà que cette contestation se prescrit par douze mois à compter de la notification, il n'en demeure pas moins que le droit commun de la prescription est de cinq ans et qu'imposer au salarié – partie faible qui subit au surplus le licenciement – un régime cinq fois plus drastique que celui qui s'impose dans les relations commerciales, par

exemple, revient à accorder un avantage disproportionné et injustifié à l'employeur. Pour cette raison, ce délai pourrait apparaître contraire à l'article 6-1 de la CEDH.

L'argument de la sécurité juridique n'est pas recevable dans ce cas. En effet, si elle était sérieusement en cause, le patronat aurait dû s'empresse d'accepter le contrôle en amont du motif économique évitant toute possibilité de contestation une fois les licenciements prononcés.

#### **IV. Article 16 (article 25 de l'ANI) : Procédure de conciliation prud'homale en matière de licenciement.**

Pour le règlement des litiges relatifs au licenciement, l'article 16 prévoit que l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par un accord prévoyant le versement au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé « *sur le fondement d'un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié* ».

Ce dispositif, apparemment redondant avec les dispositions de l'actuel article L 1411-1 du Code du travail (« Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail ... ») est en réalité sans équivalent dans le domaine judiciaire en ce qu'il prédéfinit les termes et conditions de l'accord susceptible d'intervenir.

Certes, il n'a vocation à jouer, a priori, qu'au stade du bureau de conciliation, le salarié ayant toujours la possibilité de refuser l'application du barème et de choisir de porter son affaire devant le bureau de jugement. Il est cependant évident que le barème à venir deviendra la référence, implicite mais incontournable, devant les bureaux de jugement lorsqu'il s'agira de déterminer le montant des dommages et intérêts à accorder au salarié abusivement licencié : la tendance naturelle des conseillers réunis pour délibérer de l'affaire sera évidemment de se référer au barème pour évaluer ces dommages intérêts.

Cet effet de « contamination » du barème devant le bureau de jugement amplifiera l'orientation qui est ainsi amorcée en faveur d'une tarification forfaitisée de l'indemnisation du licenciement abusif tellement souhaitée par les employeurs en raison de la prévisibilité du risque contentieux qu'elle leur assure. Pourtant, il n'est pas admissible que cet objectif de sécurisation des entreprises prévale sur le principe général du droit des obligations (largement

consacré par la jurisprudence européenne<sup>1</sup>) qui exige la réparation intégrale et adéquate du préjudice résultant d'un fait fautif et qui s'oppose donc, en cas de licenciement injustifié, à la forfaitisation des dommages intérêts.

Outre cette grave dérive, le dispositif institué par l'article 16 pose trois sérieuses difficultés.

### **1) L'atteinte aux missions du juge conciliateur.**

Le principe même du barème entre en opposition frontale avec la mission conciliatrice du juge prud'homal, dont il faut rappeler que c'est la fonction première, avant même celle de juger (cf. article L 1411-1 du Code du travail). Cette mission de concilier les parties implique qu'il appartienne au bureau de conciliation de rechercher les termes d'un accord adapté au cas par cas, en fonction des spécificités de chaque litige. C'est ce que souligne la Cour de cassation par une jurisprudence constante selon laquelle : « *la conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique la participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles* » (Cass Soc 28 mars 2000 n° 97-42419).

Or le projet de loi réduit cette mission à une simple fonction d'enregistrement d'une solution automatisée. En assignant une issue unique au processus de conciliation, cette indemnisation pré-tarifée, si elle devait s'imposer au juge, serait donc la négation même de la mission du bureau de conciliation. C'est pourquoi, si ce barème devait être maintenu, il ne devrait pas, en tout cas, être d'application automatique et obligatoire mais laisser au contraire une marge d'adaptation au bureau de conciliation.

### **2) Un critère d'appréciation du préjudice inadapté.**

Le projet de loi prévoit par ailleurs que le barème, dont la fixation est confiée au pouvoir réglementaire, devra être établi sur le seul et unique critère de l'ancienneté du salarié.

Or l'ancienneté est loin de constituer le seul critère d'évaluation du préjudice résultant d'un licenciement : la qualification du salarié, son âge, le secteur d'activité de l'entreprise, le marché de l'emploi dans le bassin d'activité considéré ... sont autant de critères, parmi d'autres, qui ne peuvent être évacués sous peine que le cadre réglementaire à venir porte atteinte au principe de réparation intégrale et adéquate du préjudice.

Le législateur ne saurait se désintéresser des conditions dans lesquelles l'entorse majeure au principe de réparation intégrale du préjudice résultant

de l'application d'un barème sera susceptible de limiter a priori les obligations de l'une des parties au contrat de travail. C'est pourquoi le renvoi au décret ne doit pas limiter l'exercice du pouvoir réglementaire à la mise en œuvre du seul critère de l'ancienneté mais doit au contraire lui permettre, si le principe d'un tel barème est consacré, de prendre en compte une variété de situations et de critères d'appréciation.

### **3) Un encadrement insuffisant du renvoi au décret.**

Enfin, en renvoyant la fixation du barème d'indemnisation au décret, l'article 16 ne fixe aucun minimum, alors même que la perte d'un emploi est par nature génératrice d'un préjudice majeur, a fortiori lorsqu'elle résulte d'une décision unilatérale de l'employeur ne reposant sur aucune cause réelle et sérieuse. Sur ce point, la délégation donnée au pouvoir réglementaire pour fixer ce barème doit donc être au contraire encadrée - quant au montant des indemnités dont il prévoira le versement - afin d'éviter qu'il ne consacre des indemnités qui pourraient se révéler spoliatrices des droits du salarié licencié.

La responsabilité du législateur est ici d'autant plus importante que de l'existence ou non de minima s'imposant au pouvoir réglementaire dépend la constitutionnalité du dispositif. En effet, après avoir affirmé qu'il résulte de l'article 4 de la Déclaration de 1789 « qu'en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » et « que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle », le Conseil constitutionnel a précisé « que, toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations ». Mais c'est « à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

Ainsi, la délégation non encadrée donnée au pouvoir réglementaire est-elle susceptible d'aboutir à la fixation d'un barème dont les minima porteraient une atteinte disproportionnée aux droits des salariés licenciés.

Il conviendra donc que la loi détermine des « planchers » d'indemnisation. Ces planchers devront être équivalents, pour les salariés ayant au moins deux ans d'ancienneté et travaillant dans une entreprise de plus de dix salariés, aux minima prévus par la loi (Articles L 1235-3 et L 1235-5 du Code du travail) et, pour les autres salariés, aussi proches que possible de ces minima.

## **V. Article 16 (Article 26 de l'ANI) : Prescription des actions en justice.**

Le projet de loi fixe de nouvelles règles régissant la prescription de l'action en justice en distinguant deux types d'actions :

- deux ans pour toute autre action née de l'exécution ou de la rupture du contrat (création d'un article L 1471-1) à l'exception des actions en discrimination, harcèlement, réparation d'un dommage corporel et des actions en paiement de salaires ;
- trois ans pour l'action en paiement de salaires (modification de l'article L 3245-1).

En réduisant considérablement ces délais pour agir, le projet de loi consacre la stratégie de limitation des pouvoirs d'intervention du juge judiciaire qui a largement inspiré l'ANI.

Une telle restriction de l'accès au juge heurte plusieurs textes internationaux, dont l'article 6-1 de la CESDH, qui affirment le « droit effectif à un recours ». La CEDH l'a érigé, dans l'arrêt Golder du 21 février 1975, « au nombre des principes fondamentaux du droit universellement reconnus ». Et si la CEDH n'exclut pas que le législateur aménage l'exercice du droit d'agir en justice, encore faut-il qu'il ne soit pas atteint dans sa substance même, que les limitations apportées poursuivent un but légitime et que les moyens employés soient raisonnablement proportionnés au but poursuivi. Ainsi considère-t-elle qu'un délai de prescription extinctive des droits est conforme au procès équitable comme poursuivant un but légitime – la sécurité juridique –, à la condition qu'il ne soit pas « exagérément court ».

L'atteinte disproportionnée au droit d'agir en justice susceptible de résulter de ces prescriptions abrégées est ainsi le critère au regard duquel elles doivent être examinées.

### **1) Sur le délai de prescription générale pour « toute action ».**

La loi du 17 juin 2008 a déjà réduit à 5 ans le délai de prescription de droit commun pour toutes les actions personnelles ou mobilières, «à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » (article 2224 du code civil), les délais plus courts

prévus notamment en matière d'assurance (prescription de 2 ans: art. L.114-1 c. assur.) ou de crédit à la consommation (forclusion de 2 ans: art. L.311-52 c. conso) étant maintenus.

Ce délai de 5 ans a été étendu à la prescription en matière commerciale par modification de l'article L.110-4 du code de commerce et à l'action en paiement ou en répétition du salaire par modification de l'article L.3245-1 du code du travail.

En réduisant à 2 ans la prescription de droit commun pour « toute action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat de travail» (tout en maintenant les délais plus courts déjà fixés dans certaines matières comme la prescription d'un an introduite par la loi du 18 janvier 2005 pour contester la régularité ou la validité d'un licenciement collectif pour motif économique cf. art. L.1235-8 du code du travail) l'article 26 de l'ANI et l'article 16 de la loi font du droit du travail dans son ensemble un droit dérogatoire.

Cette restriction générale du droit d'agir en justice pour la reconnaissance des droits consacrés par le Code du travail est d'autant plus inacceptable qu'elle n'a pas d'équivalent au regard des objectifs qu'elle poursuit. Alors, en effet, que la forclusion de 2 ans prévue par l'article L.311-52 du code de la consommation protège l'emprunteur (partie faible dans un contrat d'adhésion) contre les demandes tardives de la société de crédit, la forclusion prévue par l'article 16 du projet de loi vise paradoxalement à garantir l'employeur contre les demandes formées par le salarié soumis au lien de subordination qui fait de lui la partie faible dans le contrat de travail.

Dans le même esprit, l'objectif de sécurisation des affaires, fréquemment invoqué en droit commercial pour justifier la détermination des délais de prescription des actions en justice, s'accommoderait du risque de voir remettre en cause, pendant 5 ans, une transaction conclue entre deux parties égalitaires tandis qu'un salarié placé dans un lien de subordination à l'égard de son employeur, ne pourrait plus faire valoir en justice, au-delà d'un délai de 2 ans, les droits que le Code du travail consacre pour sa protection.

Déjà injustifié en ce qui concerne les actions portant sur la rupture du contrat de travail (introduites par hypothèse après la disparition du lien de subordination), le délai de 2 ans devient totalement insupportable dans le cas d'une action portant sur son exécution, alors que le salarié qui reproche à l'employeur une violation de ses obligations légales ou contractuelles est toujours à son service.

Qui osera demander au conseil de prud'hommes, l'annulation d'une sanction disciplinaire, d'une mutation ou d'un changement d'horaires injustifiés, au

risque de voir son évolution professionnelle stagner, ses conditions de travail dégradées par de menues brimades, voire de figurer dans la prochaine charrette de licenciements économiques ? Ce n'est pas un hasard si, comme le constatent les juges du travail, la plupart des actions portant sur la rupture du contrat de travail comportent habituellement des demandes accessoires de toute nature, le salarié licencié, démissionnaire ou prenant acte de la rupture aux torts de son employeur ayant différé ses réclamations et griefs aussi longtemps que leur expression pouvait compromettre sa situation dans l'entreprise.

## **2) Sur la prescription des demandes salariales.**

Alors que le droit commun de la prescription des actions en justice est de 5 ans, le délai pour agir est ramené à 3 ans en matière de créances salariales. Un salarié qui attend d'être délié du lien de subordination pour réclamer des heures supplémentaires effectuées mais non payées, ou un rappel sur rémunération inférieure au minimum conventionnel pour sa catégorie professionnelle, ne pourra ainsi être rétabli dans ses droits que pour les 36 derniers mois, quand bien même l'employeur aurait enfreint de façon flagrante ses obligations salariales légales, conventionnelles ou contractuelles pendant toute la durée du contrat.

Les salariés, dont la rémunération est pourtant la principale source de revenus, se trouvent ainsi défavorisés par rapport aux autres titulaires de contrats à exécution successive, dont les créances se prescrivent par 5 ans, tels les bailleurs pour le paiement de leurs loyers et les prêteurs pour les intérêts des sommes prêtées.

## **3) Sur l'articulation des deux délais de prescription.**

S'agissant de la prescription de l'action en paiement de salaires, les partenaires sociaux avaient prévu, à l'article 25 de l'ANI, que « Si la demande est formée dans le délai de 24 mois suivant la rupture du contrat, la période 36 mois susvisée [à savoir le délai de 63 mois de prescription de l'action en paiement de salaires nouvellement fixé à l'article L 3245 -1] s'entend à compter de la rupture du contrat. »

Certes, la formulation était maladroite dans la mesure où :

- elle semblait contradictoire (on comprenait que si la demande de paiement de salaires était formée dans les 24 mois à compter de la rupture du contrat, elle pouvait être formée dans le délai de 36 mois à compter de la rupture du contrat ... ?) ;

- elle mêlait en réalité un principe de prescription de l'action et un principe de prescription de la créance.

Mais l'intention n'en était pas moins claire : le salarié devait pouvoir, pendant deux ans à compter de la rupture (prescription de l'action), former une action en paiement de salaires « remontant » sur les trois dernières années d'exécution du contrat (prescription de la créance).

Si ces délais de prescription abrégée étaient maintenus, il serait donc nécessaire, pour respecter la volonté des partenaires sociaux, de rétablir le dispositif qu'ils avaient prévu, tout en le débarrassant de ses imperfections rédactionnelles. A cette fin, il devrait être prévu que la rupture du contrat de travail interrompt l'écoulement du délai pour agir en paiement de salaires pendant le délai de deux ans prévu à l'article L 1471-1 nouvellement créé pour la prescription des autres actions.