

L'emploi hors-la-loi ?

par *Pascal RENNES*, Directeur du Travail

PLAN

I. - Réforme et contre réforme

I.1. - Rappel des apports de la loi de modernisation sociale

I.2. - Ce qui est suspendu par la nouvelle loi du 3 janvier 2003 n'est pas remplacé

II. - La négociation est un droit des travailleurs

II.1. - La négociation collective d'entreprise va-t-elle être instrumentée, pour désarmer les travailleurs, les priver du recours à la loi et au juge ?

II.2. - Une conception offensive de l'accord majoritaire et de la consultation des salariés

Une loi votée le 19 décembre 2002 et promulguée le 3 janvier 2003 suspend des apports importants de la loi de modernisation sociale sur les licenciements économiques, et met en place des mécanismes de substitution aux droits des comités d'entreprise et des salariés, en ouvrant la voie à une défiguration de la négociation collective et du principe majoritaire. Voici quelques pistes de réflexion pour l'action.

I. - Réforme et contre réforme

I.1. - Rappel des apports de la loi de modernisation sociale

La loi de modernisation sociale, adoptée dans des conditions confuses, peu propices à la consultation sereine des organisations syndicales, comportait des avancées conséquentes de deux ordres.

a) La loi a entériné des acquis obtenus par la mobilisation et l'action juridique :

- Le renforcement de l'information et de la consultation sur les projets économiques et de restructurations en amont des licenciements et de leurs conséquences. Une discussion, une expertise des objectifs patronaux, doivent précéder le débat sur les conséquences de ces choix et le plan social. C'est que l'on a appelé la distinction des procédures du Livre IV du Code du travail (droits d'intervention des comités d'entreprise) et du Livre III sur les plans sociaux appelés maintenant plans de sauvegarde de l'emploi (PSE).

- La consécration de la jurisprudence *Samaritaine* (1) qui avait précisé les conséquences de l'expression « *la procédure de licenciement est nulle et de nul effet* », en permettant aux juges (y compris les conseils de prud'hommes) de constater la nullité des licenciements et d'ordonner la réintégration des salariés.

- L'obligation précise d'adaptation, de formation, de reclassement, doit être respectée et vérifiée avant qu'il ne soit procédé aux licenciements considérés comme ultimes recours, et cela dans toute entreprise.

b) La loi a repris à son compte, certes assez timidement, des revendications, des protestations provoquées par les vagues de licenciements dits boursiers :

- Une définition plus restrictive du motif économique permettait de contester les projets patronaux qui n'avaient pas pour but la pérennité de l'entreprise et des emplois (2). C'est cette définition dont la droite et le patronat ont obtenu l'annulation par la décision du Conseil constitutionnel du 12 janvier 2002 (3). La loi était ainsi amputée d'un élément essentiel.

- L'instauration d'un débat rigoureux et préalable sur les projets patronaux par l'expression de propositions alternatives, et l'obligation pour les dirigeants d'entreprise d'apporter des réponses motivées. Les projets de licenciement de plus de cent salariés pouvaient être suspendus par la saisine d'un médiateur qui devait arbitrer ce débat alternatif.

(1) Cass. Soc. 13 fév. 1997, Dr. Ouv. 1997 p. 94 n. P. Moussy ; Cass. Soc. 30 mars 1999, Dr. Ouv. 1999 p. 365 n. H. Tourniquet.

(2) v. les textes du colloque du SAF "La cause économique du licenciement", n° spéc. Dr. Ouv. mars 2002.

(3) Dr. Ouv. 2002 p. 59, Bertrand Mathieu "La loi de modernisation sociale à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité", Dr. Ouv. 2002 p. 44 ; Francis Saramito "Une décision décevante du Conseil constitutionnel", Dr. Ouv. 2002 p. 41.

• Enfin, plusieurs mesures tendaient à responsabiliser les grosses entreprises vis-à-vis des bassins d'emploi, des sous-traitants... et à augmenter les indemnités de licenciement pour les rendre plus dissuasives.

1.2. - Ce qui est suspendu par la nouvelle loi du 3 janvier 2003 n'est pas remplacé

Par une utilisation plus que douteuse de la procédure d'urgence, le législateur a cédé la place à la négociation interprofessionnelle (4) et à la négociation d'entreprise en suspendant des textes en vigueur.

a) Les dispositions suspendues pendant dix-huit mois au moins :

- la chronologie des consultations économiques (Livre IV) et du plan social (Livre III) ;
- le recours à un expert payé par l'entreprise lors de la consultation du comité d'entreprise sur le Livre IV ;
- l'obligation d'un débat alternatif préalable et le recours suspensif à un médiateur ;
- les délais et le nombre de réunions obligatoires ;
- le rôle de l'administration pour contrôler le plan social, le compléter, examiner les réponses motivées ;
- l'obligation de décision des organes de direction avant les licenciements de plus de cent salariés et la mise en œuvre d'une étude d'impact ;
- l'obligation d'information du comité d'entreprise avant une annonce publique de restructuration ;
- l'engagement préalable d'un accord RTT (amendement Michelin).

Il s'agit là, concrètement, des principales dispositions que les salariés, avec leurs syndicats et leur comité d'entreprise, pouvaient mobiliser pour contraindre les directions à justifier et modifier leurs projets.

b) Il n'y a pas remplacement des dispositions suspendues, puisque la loi, certainement pour éviter le reproche de confusion extrême, se borne à rappeler que la rédaction antérieure est rétablie. Les dispositions éventuelles de remplacement sont renvoyées à la seule bonne volonté des négociateurs dans l'entreprise. Ils pourront, pendant dix-huit mois, conclure des accords valables deux ans en remplaçant l'ensemble des règles du code du travail concernant les délais, les procédures, les diverses réunions du comité d'entreprise. Ce sont ainsi les garanties essentielles de procédures légales qui peuvent être écartées (5). Le recours éventuel au juge constituait un élément

important du rapport de force pour peser sur des négociations. Cette arme (le respect de la loi !) taxée « *d'insécurité juridique* » sera bien moins aisément mobilisable surtout en présence d'accords dits de méthode. Le cas échéant, ces accords autoriseront le comité d'entreprise à formuler des propositions alternatives et à obtenir des réponses motivées.

Seules réserves qui montrent *a contrario* l'étendue des pouvoirs des négociateurs : ils ne pourront déroger aux règles précisant les informations dues au comité d'entreprise quand un licenciement de plus de dix salariés est projeté.

Les accords pourront bien sûr prévoir que le PSE pourra être établi par accord. Les salariés pourront recevoir des lettres de licenciement ainsi libellées « *conformément à l'accord conclu avec... !!!* ».

Enfin, le projet de loi valide les accords illégaux antérieurs à la promulgation de la loi pour peu qu'ils aient été signés par des organisations syndicales ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés aux élections de comité d'entreprise précédentes. Chacun aura compris qu'il s'agit des accords de « *méthode* » signés ici ou là pour contourner la loi, ou pour obtenir un consensus permettant d'éviter que les travailleurs aient recours à toutes les armes de la loi. Ces accords, véritable manne pour consultants et experts peu soucieux des droits des salariés, ont fait l'objet d'une promotion médiatique créant l'environnement favorable à cette loi.

Mais le projet va beaucoup plus loin, puisque les accords prévus pourront remplacer les procédures et délais instaurés par les lois de 1975 (du temps de Chirac), de 1986 (Séguin) et de 1989 (Soisson).

En fait, il s'agit de neutraliser tout ce qui permet aux salariés, avec des comités d'entreprise et des syndicats combattifs, de faire pression, d'allier mobilisation et action juridique pour enrayer et faire modifier les choix patronaux, voire annuler des licenciements. Les patrons espèrent toujours associer les représentants des travailleurs au traitement des conséquences de leurs choix de gestion. Cerise pourrie sur ce vilain gâteau, le comité d'entreprise doit être consulté sur les accords ainsi passés sans pouvoir s'y opposer. L'avant-projet avait prévu qu'il donne un avis conforme, c'est-à-dire une autorisation. Il est de notoriété publique que le Medef et la CFDT, partisans du tout contractuel, ont demandé et obtenu le retrait de ce contrôle préalable par une instance représentative élue dont les prérogatives sont fixées par le Code du travail.

(4) G. Lyon-Caen sur le mécanisme de la suspension d'une loi en vue d'une hypothétique négociation interprofessionnelle notamment, Dr. Ouv. 2002 p. 560.

(5) Antoine Lyon-Caen "La procédure au cœur du licenciement pour motif économique" Dr. Ouv. 2002 p 161.

II. - La négociation est un droit des travailleurs

II.1. - La négociation collective d'entreprise va-t-elle être instrumentée, pour désarmer les travailleurs, les priver du recours à la loi et au juge ?

Si les manipulations patronales de la négociation ne sont pas neuves, la nouveauté provient du fait que la loi elle-même autorise le procédé. De nombreux accords ont été passés au début des années 90 dans les grandes entreprises, instaurant une centralisation des droits syndicaux et de nouvelles institutions ou cellules dites de « *veille économique* », de « *concertation permanente* » destinées à phagocyter les directions syndicales et contourner les procédures et prérogatives des institutions représentatives du personnel avec une tendance à exclure de l'accès à ces instances les organisations non signataires.

Un autre mécanisme consistait à conclure des accords cadres ou de « *programme* », fixant calendrier, modalités et contenus des négociations à venir, excluant les non-signataires. Tout cela était fait dans le contexte de la validité d'accords signés par une seule organisation. Les accords de contournement n'avaient qu'une force relative, puisque leur légalité pouvait être remise en cause à tout moment.

Dans les petites et moyennes entreprises, la tactique était souvent inverse, l'employeur cherchant par la division en sièges et collègues, à manipuler les petits comités d'entreprise pour faire pression sur des délégués syndicaux récalcitrants.

Dispersion syndicale, absence de mesure de la représentativité réelle, facilitaient les manœuvres. On les retrouve couramment en matière de RTT et de licenciements économiques.

Selon nous, l'articulation négociation avec les syndicats et consultation des IRP doit être rigoureuse.

L'accord est un compromis précaire qui s'applique à tous les salariés. L'employeur doit confronter ses projets, ses décisions à la critique, à la discussion par les représentants du personnel, mais ses actes

demeurent unilatéraux, il en reste responsable devant les salariés, si ce n'est la société elle-même. C'est dans ce contexte de faible démocratie de la négociation collective ou de pouvoir unilatéral que les luttes et la jurisprudence ont permis de renforcer les obligations de loyauté de la négociation (6) et la rigueur dans les procédures d'information et de consultation.

Pour ne citer que deux exemples connus, la Cour de cassation a annulé un accord Lyonnaise des Eaux au motif que la CGT n'avait pas été complètement associée aux différentes phases de la négociation (7). Mais plus encore, il a été jugé que des projets d'accord, et même un accord finalisé devaient être soumis à l'examen du comité d'entreprise ou du CHSCT et, à défaut, être suspendu ou annulé (8).

C'est ce double débat, cette vérification démocratique qu'un auteur préconisait en appelant cela « *la navette sociale* » (9). Beaucoup de syndicats ou d'unions locales et par ailleurs de comités d'entreprise ont mis en œuvre ces mécanismes de contrôle pour enrayer des plans sociaux, les faire annuler, les suspendre quand l'un ou l'autre interlocuteur (par exemple des syndicats sous influence) avait agi à la légère. Les remises en cause étaient possibles parce que la loi permettait aux comités d'entreprise de se faire respecter, et aux syndicats, même minoritaires, de faire appliquer la loi.

Les juristes et les médias patronaux ont fait passer ces ripostes contre les manœuvres déloyales pour de l'insécurité juridique.

Le texte du 3 janvier 2003 autorise ces pratiques dans toutes les entreprises, en écartant la mise en œuvre de recours pour les comités d'entreprise, les syndicats combattifs (éventuellement minoritaires) et salariés.

L'accord fera loi, neutralisant toute autre référence en matière de procédures, de délais, de propositions alternatives et de contenu du PSE, en empêchant de pouvoir faire suspendre ou faire annuler ce qui aura été convenu.

(6) Michel Miné "La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise" Rev. Travail emploi oct. 2000 ; J. Péliissier "La loyauté dans la négociation collective", Dr. Ouv. 1997 p.496

(7) Cass. Soc. 09 fév. 2000 *Lyonnaise des Eaux* Dr. Ouv. 2001 p.265, rapp. C. Cass. 2000 Dr. Ouv. 2001 p. 348, RPDS 2000 p.278 n. A. Le Mire.

(8) TGI Lyon 22 juillet 1999, TGI Dijon 30 sept 1999 Dr. Ouv. 2000 p. 57 note D. Boulmier et CA Paris (1^{re} Ch. A) 22 sept. 1998, Dr. Ouv. 1998 p. 549 note Alain Lévy. On ne feindra pas d'ignorer l'intérêt que nombre de commentateurs ont accordé à un arrêt de la chambre sociale du 19 mars 2003 n° 956 Cervac SA c/CE Cervac et autres. Cette tendance perceptible de la

Chambre sociale à la « sécurisation » des accords si chère au Medef réjouit beaucoup d'entre eux. Un commentaire plus nuancé de Laurent Gamet et cet arrêt sur la validité des accords au regard des attributions légales des comités d'entreprise figurent dans le bulletin Joly Sociétés de juin 2003 p. 676 et suivantes.

(9) D. Boulmier, « La navette sociale », Dr. Ouv. 1998, p. 350 avec en annexe l'arrêt Cass. Soc. 5 mai 1998. Voir aussi D. 1998 jur. p. 608 obs. Gilles Auzero.

(10) Le Peuple n° 1504, p. 30 ; n° 1505, p. 30 ; n° 1529, p. 29 ; n° 1540, p. 29. Cette exigence est fortement soulignée dans la deuxième résolution du 47^e congrès de la CGT, Le Peuple n° 1567, p. 29.

II.2. - Une conception offensive de l'accord majoritaire et de la consultation des salariés

a) Quelle majorité ?

Une clé rudimentaire est offerte pour neutraliser les comités d'entreprise, les syndicats, les salariés qui voudraient défendre leurs droits : l'accord de substitution doit être signé par les organisations syndicales ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés au premier tour des élections du comité d'entreprise. Déconsidérer la revendication démocratique du principe majoritaire semble ainsi être l'objectif cynique de cette contre-réforme.

La CGT a toujours pris position pour que la négociation collective (droit des travailleurs de déterminer collectivement leurs conditions de travail) serve à faire progresser leur situation, et soit démocratiquement, c'est-à-dire valablement conclue après consultation des salariés par des organisations syndicales véritablement représentatives de la majorité (10).

Rappelons d'entrée que la négociation prévue dans cette loi Fillon est le contraire d'une négociation de progrès, puisqu'il s'agit de mettre à l'écart des garanties légales, obtenues de haute lutte.

S'agit-il pour autant de l'apparition d'un vrai principe majoritaire ? (11) Malgré ces tristes circonstances de naissance, chacun pourra faire la comparaison suivante : pour obtenir le quorum au premier tour des élections, il faut qu'une ou plusieurs organisations obtienne un nombre de suffrages valablement exprimés, égal à la moitié des inscrits et non des votants (12), sinon un deuxième tour permettant toutes les manœuvres patronales est ouvert.

Pour s'opposer à un accord dérogatoire, il faut que les organisations syndicales aient obtenu un nombre de voix égal à la moitié des inscrits au moins.

Pour ouvrir droit à allègement des charges, un accord RTT doit être signé par les organisations majoritaires en voix, mais cette majorité peut faire l'objet d'une vérification par consultation directe des salariés (13).

Deux observations s'imposent :

- les élections professionnelles qui ont pu avoir lieu deux ans avant la négociation sont sans rapport avec l'objet de la négociation qui sera menée non par des élus mais par des délégués syndicaux à mandat à durée indéterminée ;

- la participation moyenne aux élections professionnelles, bien que forte, tourne autour de 70 % des inscrits dont sont exclus nombre de travailleurs précaires.

Les organisations majoritaires pourraient donc ne représenter indirectement qu'un petit tiers des salariés concernés, et la majorité d'entre eux serait privée de toute contestation possible, de tous droits à propositions alternatives, sauf à ce qu'ils se mobilisent pour peser de tout leur poids pour faire valoir leur point de vue.

b) La consultation démocratique des salariés, comme élément du rapport de forces

De nombreux syndicats ont expérimenté ou découvert l'impact que pouvaient avoir avant une négociation, l'opinion, l'expression diversifiée des travailleurs, la richesse de leur intervention. Certains syndicats ont aussi été confrontés à des réactions inattendues quand ils avaient négligé de se rapprocher des salariés, en restant polarisés dans un face à face fragile avec les directions. D'autres, qui ont conduit des négociations centralisées, très décalées des établissements, ont vu remis en cause des accords de branches, de groupes ou d'entreprises par une utilisation efficace des droits des comités d'entreprise ou des CHSCT. C'est le cas par exemple d'accords cadre RTT ou de plans sociaux « *au black* », vaguement négociés (ou tolérés) au sommet dans tels ou tels groupes d'entreprises.

Ces pratiques positives, offensives comme les déboires vécus ici ou là, doivent conduire les organisations syndicales combattives à ne pas se contenter d'un principe majoritaire vérifié tous les deux ans comme une habilitation à négocier n'importe quoi, comme une autorisation donnée à des majorités variables, de disposer des droits de minorités ou de majorités réelles peu consultées, écoutées (14).

Il ne s'agit pas de donner des leçons de purisme, mais de créer les conditions de la mobilisation des salariés et de la légitimité de leur représentation par les organisations syndicales. En effet, le système des accords minoritaires et dérogatoires a largement contribué à éloigner les salariés des organisations syndicales considérées en bloc (non signataires comprises), comme participant de la dégradation de leur condition.

Il ne faudrait pas qu'une application formelle d'un principe majoritaire étriqué, figé dans le temps, et octroyé pour « *cogérer* » les décisions patronales de restructuration et les licenciements, conduise à un résultat similaire, les désarmant un peu plus. Ne pas donner l'occasion au patronat et au Medef de retourner à leur profit l'aspiration des salarié(e)s à plus de démocratie dans la détermination collective de leurs conditions de travail, est à la portée des syndicats soucieux de renforcer leurs liens avec les salariés et la défense de l'emploi.

Pascal Rennes

(11) F. Saramito "A la recherche d'une majorité dans la négociation collective", Dr. Ouv. 2000 p. 428.

(12) A moins que la chambre sociale par soucis d'harmonisation recule sa jurisprudence réaffirmée en la matière récemment.

(13) L'expérience d'une véritable consultation, collègue par collègue chez Michelin est éloquent. Voir TI Clermont-Ferrand (référé) 26 fév. 2001, Dr. Ouv. 2001 p. 161 note C. Baumgarten, I. Tharaud.

(14) Patrick Rémy « La représentation dans la négociation collective, les limites du principe majoritaire », Dr. Ouv. 1999 p. 269.