

Les garanties de procédure issues de la loi *Borloo* : ordre du jour du comité d'entreprise et délais de recours contentieux

par *Christophe BAUMGARTEN*, Avocat au Barreau de Bobigny

PLAN

I. De l'écart entre la représentation des employeurs de leur insécurité juridique et la réalité

A. L'affaire *Euridep*

B. Les causes légitimes de refus du secrétaire de signer l'ordre du jour

II. Des dispositions peu claires, sources de contentieux, qui laissent en suspend plus de questions qu'elles n'apportent de réponses

A. Sécurité juridique et ordre du jour

B. Sécurité juridique par la prescription



Chaque décision de la Cour de cassation qui remet en cause la validité d'une procédure de licenciement, avec pour effet d'ouvrir un droit à réintégration aux salariés licenciés, mobilise le patronat pour réclamer la "sécurisation" des décisions de licenciement des employeurs. Les arguments avancés tiennent en quelques formules : règles de procédure trop nombreuses et trop complexes exploitées de façon dilatoire par les représentants du personnel, incertitudes du droit applicable, compte tenu des revirements de jurisprudence, et enfin lenteur des procédures, qui, quand l'employeur succombe au procès, impose des mesures de remise en état d'autant plus coûteuses et complexes à mettre en œuvre, qu'un fort laps de temps s'est écoulé depuis la décision annulée.

Dans cette quête de la sécurité juridique, une première brèche a été ouverte en permettant aux entreprises de signer avec les organisations syndicales des accords dérogeant à certaines dispositions légales relatives à la procédure de consultation des instances représentatives du personnel, dits "accords de méthode" (1). Seuls 15 % de ces accords comportent des clauses de renonciation à d'éventuels recours, sans doute parce que les employeurs ne proposent pas grand chose en contrepartie.

Egalement des voix se sont élevées contre les effets des revirements de jurisprudence, notamment à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation décidant qu'une clause de non concurrence insérée dans un contrat de travail ne doit pas produire effet si l'entrave à la liberté du travail qu'elle impose au salarié est dépourvue de contrepartie financière (2). Le rapport remis le 30 novembre 2004 au Premier président de la Cour de cassation préconisait que la Haute juridiction, lorsqu'elle modifie sa jurisprudence antérieure, puisse moduler dans le temps les effets de sa décision et s'abstenir d'appliquer aux litiges dont elle est saisie la règle nouvelle qu'elle entend substituer à celle qu'elle suivait précédemment (3).

Si ni cette proposition, ni comme nous l'avons vu, les négociations dans les entreprises, n'ont abouti ou produit les effets escomptés, la loi du 18 janvier 2005 a introduit dans le Code du Travail deux séries de dispositions destinées à "sécuriser" les employeurs dans leurs décisions.

Il s'agit en premier lieu, selon les auteurs du texte, de faire obstacle, en amont de la consultation, au refus dilatoire du secrétaire du comité

(1) Sur "l'expérimentation" des accords de méthode par la loi du 3 janvier 2003 v. les "Réflexions autour des accords de méthode et de la loi Fillon", Dr. Ouv. 2003 p. 358 ; sur le nouveau dispositif inséré à l'art. L. 320-3 v. les contributions dans le présent numéro de S. Nadal p. 303, P. Rennes p. 311 et E. Gayat p. 349.

(2) Cass. Soc. 10 juil. 2002 Dr. Ouv. 2002 p.533 n. D. Taté, rapp. C. Cass. 2002 Dr. Ouv. 2003 p. 321, RPDS 2002 p. 350 n. M. Carles.

(3) Sur ce rapport et les conséquences qui découleraient de l'adoption de ses propositions v. les différentes contributions contenues dans le Dr. Ouv. d'avril 2005.

d'entreprise de signer l'ordre du jour, refus qui aurait pour but et pour effet de retarder la consultation du comité d'entreprise en imposant à l'employeur de saisir le Juge des référés pour faire fixer cet ordre du jour. Dès lors, si comme auparavant, "l'ordre du jour est arrêté par le chef d'entreprise et le secrétaire", le deuxième alinéa de l'article L 434-3 est complété de la façon suivante : "toutefois, lorsque sont en cause des consultations rendues obligatoires par une disposition législative, réglementaire ou par un accord collectif de travail, elles y sont inscrites de plein droit par l'un ou par l'autre...". S'agissant du comité central d'entreprise, l'avant dernier alinéa de l'article L 435-4 est complété de la même façon.

En second lieu, il s'est agit, toujours selon les auteurs du texte, d'éviter que les décisions de l'employeur ne soient remises en cause longtemps après qu'elles aient été prises, et que l'entreprise se voit contrainte de mettre en œuvre des mesures de remise en état tardives et pénalisantes financièrement. A cette fin, le nouvel article L 321-16 du Code du travail prévoit que "toute action en référé portant sur la régularité de la procédure de consultation doit, à peine d'irrecevabilité, être introduite dans un délai de quinze jours suivant chacune des réunions du comité d'entreprise.

Toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licenciement se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement, à compter de la notification de celui-ci. Ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement."

Les exemples dont sont partis les tenants de ces réformes pour illustrer l'insécurité à laquelle font face les employeurs quand ils licencient sont mal choisis ou mal analysés (I). C'est sans doute pourquoi les remèdes de la loi du 18 janvier 2005 s'avèrent inefficaces au regard de l'objectif fixé, voire quelquefois pires que le mal allégué (II).

■ I. De l'écart entre la représentation des employeurs ■ de leur insécurité juridique et la réalité

Le risque et l'incertitude juridiques sont inhérents aux décisions du chef d'entreprise, que ce soit face au droit du travail, au droit commercial, au droit des sociétés ou au droit fiscal. Pourtant, pour ne prendre qu'un seul exemple, quand des décisions de la commission européenne en matière de concurrence remettent en cause des opérations de fusion plusieurs mois après leur réalisation, aucune voix ne s'élève pour réclamer une quelconque « sécurisation ». Il faut dire que, dans ces hypothèses, comme ce fut le cas par exemple à l'occasion de l'achat de Legrand par Schneider, les actionnaires conservent leur mise, alors que les salariés ne voient pas remettre en cause les mesures de réorganisation consécutives à ces opérations, encore moins leurs conséquences sur l'emploi, et assistent impuissants à la vente par lots de leur entreprise

Le sentiment d'insécurité juridique des entreprises, ou tout du moins son expression, est en fait essentiellement limité au droit du licenciement. Ainsi, tout au long des débats parlementaires, qui ont précédé l'adoption de la loi du 18 janvier 2005, a plané l'ombre des décisions rendues par le Conseil de prud'hommes de Soissons dans l'affaire *Wolber* et par la Cour de cassation dans l'affaire *Euridep* (A).

Beaucoup également a été dit sur ces Secrétaires de comités d'entreprise qui, pour retarder la procédure en obligeant l'entreprise à saisir le juge des référés, refusaient de signer l'ordre du jour proposé par le Président du comité d'entreprise (B). Ces situations, à y regarder de près, n'alimentent pas la thèse d'une insécurité qui pourrait être limitée voire réglée par le législateur, car d'une part, le nombre de contentieux judiciaires est très faible au regard du nombre de consultations dont les comités d'entreprise font l'objet, et d'autre part, elles ne révèlent pas une faiblesse des textes, mais mettent plutôt en cause la manière de faire des employeurs.

A. L'affaire *Euridep*

Dans cette affaire, l'employeur ayant présenté au mois d'octobre 1995 à son comité central d'entreprise un plan de restructuration entraînant des conséquences importantes sur l'emploi, et cette première consultation ayant été annulée par le Tribunal, la société avait de nouveau procédé à une consultation, qui s'était déroulée au cours de trois réunions. La première réunion avait été convoquée sur un ordre du jour établi conjointement entre le président et le secrétaire du comité d'entreprise.

Par contre, le président du comité d'entreprise avait fixé unilatéralement l'ordre du jour des deux réunions suivantes, alors que la règle de l'article L 434-3 du code du travail selon laquelle « *l'ordre du jour est arrêté conjointement par le chef d'entreprise et le Secrétaire* » signifie clairement que ni le président, ni le secrétaire n'est en droit de fixer unilatéralement l'ordre du jour d'une réunion.

Sans attendre la fin de la procédure de consultation, le comité central d'entreprise avait saisi le Tribunal de grande instance pour faire sanctionner cette irrégularité par la nullité des réunions et, par voie de conséquence, de cette nouvelle procédure de consultation. Tant le Tribunal de grande instance de Nanterre, que la Cour d'appel avaient débouté le comité d'entreprise de ses demandes.

Par arrêt en date du 23 juin 1999 (4) la Cour de cassation a par contre estimé que le comité d'entreprise « *ne pouvait valablement se réunir et délibérer sur un ordre du jour fixé unilatéralement par le chef d'entreprise* ». La Cour d'appel de renvoi a tiré toutes les conséquences de cette décision en déclarant nulle et de nul effet la nouvelle procédure de licenciement, ainsi que le plan social présenté au comité d'entreprise dans le cadre de cette procédure (5).

Par arrêt en date du 14 janvier 2003 (6), la Cour de cassation confirmait cette décision, en précisant que « *si l'absence d'un plan social ou la nullité de celui-ci entraîne la nullité de la procédure de licenciement, la nullité est également encourue lorsque, le comité d'entreprise n'ayant pas été valablement saisi, l'irrégularité a été soulevée avant le terme de la procédure à un moment où elle pouvait encore être suspendue et reprise et que l'employeur a néanmoins notifié les licenciements* ».

La société Euridep a donc dû, sept ans après avoir présenté pour la première fois son projet de restructuration, réintégrer les salariés licenciés ou les indemniser. Fallait-il pour autant légiférer pour sécuriser les employeurs placés face à de telles situations ? Plus précisément, permettre à l'employeur de porter de plein droit une question à l'ordre du jour, malgré l'opposition du secrétaire, ou bien enfermer l'action en référé portant sur la régularité des réunions dans un délai de quinze jours à compter de chaque réunion, ou enfermer dans le délai de douze mois l'action au fond portant sur la régularité ou la validité des licenciements, répond-il à la question posée par les arrêts *Euridep* ? A l'évidence non.

Tout d'abord, parce qu'en l'espèce, ce n'est pas l'obligation d'établir l'ordre du jour conjointement, ou le refus dilatoire du secrétaire de le signer, qui a "insécurisé" l'employeur, mais bien plutôt la violation délibérée par ce dernier d'une disposition claire de la loi, qui a exposé sa décision à un risque d'annulation. En second lieu, le comité d'entreprise avait saisi très rapidement le juge du fond à jour fixe, de telle sorte que si l'irrégularité avait été sanctionnée par le juge, l'employeur pouvait la réparer par une nouvelle procédure de consultation, en l'espace de deux à trois mois, et non sept ans après.

Que le comité d'entreprise ne dispose pour saisir le juge des référés que d'un délai de quinze jours à compter de chaque réunion, et non d'un délai expirant « au terme de la procédure », comme le décidait la Cour de cassation, ne change rien en terme de sécurité et de rapidité de la procédure.

Par ailleurs, si cette décision, en ce qu'elle sanctionne les irrégularités de la procédure de consultation par la nullité de la procédure de licenciement, constitue bien un revirement, la solution selon laquelle le Président n'est pas en droit d'établir unilatéralement l'ordre du jour s'évinçait de la seule lecture du texte. L'employeur n'avait donc aucune incertitude sur la règle applicable, et la rétroactivité des arrêts de cassation n'était pas non plus à cet égard en cause.

Enfin, l'écoulement des sept années n'est pas du à la longueur des délais de prescription, pas même d'ailleurs seulement à la lenteur de la justice, mais aux irrégularités successives commises par l'employeur, à sa fuite en avant devant les irrégularités dénoncées, et peut-être aussi à la réticence de certains juges du fond, pour des motifs d'opportunité, à condamner un employeur malgré la violation de dispositions claires de la loi. Une décision d'annulation rendue en première instance ou en cause d'appel était de nature à lever toute incertitude en invitant l'employeur à mettre en oeuvre sans attendre une procédure régulière.

Pour conclure, quand une entreprise viole des dispositions de la loi commerciale ou fiscale et que cette violation entraîne des conséquences dommageables pour l'entreprise, personne n'en vient à penser et encore moins à soutenir qu'il faudrait sécuriser l'entreprise en infraction, et au nom de la sécurité, lui offrir l'impunité. C'est pourtant ce que les employeurs ont demandé et obtenu.

(4) Pourvoi n° 97-17860 Dr. Ouv. 1999 p. 453 n. M. Cohen.

(5) Cour d'appel de Paris 14 février 2001, RPDS 2002 p. 55.

(6) Cass. Soc. 14 janvier 2003, *SA Euridep c/ Comité d'entreprise UES Kalon France*, Bull. civ. V n° 5, Dr. Ouv. 2003 p.152 n. M. Cohen.

B. Les causes légitimes de refus du secrétaire de signer l'ordre du jour

Il est inexact de présenter comme systématique et dilatoire le refus de Secrétaires de comités d'entreprise de signer l'ordre du jour proposé par l'employeur, dans des hypothèses où il entendait consulter le comité d'entreprise dans le cadre d'obligations légales ou réglementaires

Tout d'abord, au regard des très nombreuses consultations qu'engagent les entreprises sur des décisions entraînant des conséquences sur l'emploi, le nombre de contentieux consécutifs au refus du secrétaire de signer l'ordre du jour proposé par le président est extrêmement faible. Face à de telles situations, il est depuis longtemps constant que le juge des référés dispose des pouvoirs pour statuer et fixer un ordre du jour (7). Statuant le plus souvent selon la procédure du référé d'heure à heure, la réunion du comité d'entreprise n'est différée que de quelques jours.

Mais surtout, les juges sont souvent amenés à constater que le refus du Secrétaire de signer l'ordre du jour était justifié, soit que la question proposée était insuffisamment précise, soit qu'en violation de l'article L 431-5 du Code du travail l'information remise préalablement était insuffisante pour qu'un débat puisse s'engager et permette au comité d'entreprise de rendre un avis éclairé et motivé, ou bien encore que les délais d'examen de ces informations n'étaient pas suffisants, ou qu'un litige avait surgi quant à l'ordre de présentation des questions figurant à l'ordre du jour, soit enfin que l'employeur avait refusé l'inscription par le secrétaire d'une question qui lui paraissait devoir être examinée préalablement.

Nous allons le voir, la nouvelle formulation de l'article L 434-3 et le nouvel article L 321-16 du Code du travail non seulement ne sécurisent pas les décisions des employeurs, mais posent de nouvelles questions, sources de contentieux.

■ II. Des dispositions peu claires, sources de contentieux, ■ qui laissent en suspend plus de questions qu'elles n'apportent de réponses

Rappelons les objectifs que s'était fixé le gouvernement :

- en amont de chaque réunion, faire obstacle au contentieux portant sur l'ordre du jour ;
- enfermer le contentieux relatif à la régularité des réunions dans un délai de quinze jours courant à compter de chaque réunion ;
- enfermer celui relatif à la régularité et à la validité des licenciements dans le délai d'un an courant à compter de la fin de la procédure ou, s'agissant de l'action individuelle du salarié, de la lettre de licenciement.

C'est au regard de ces objectifs qu'il faut analyser et apprécier les nouvelles dispositions.

A. Sécurité juridique et ordre du jour

Les premiers contentieux relatifs à l'application de ces nouvelles dispositions n'ont pas tardé : le TGI d'Angers a récemment décidé (8) que les nouvelles dispositions de l'article L 434-3 du Code du travail ne dispensent pas le Président du comité de rechercher un accord avec le Secrétaire (8 bis). Ce n'est qu'en cas d'échec dans la recherche de cet accord que « lorsque sont en cause des consultations rendues obligatoires par une disposition législative, réglementaire ou par un accord collectif de travail » (A), « elles y sont inscrites de plein droit » par le

chef d'entreprise ou le secrétaire (B). Nous examinerons successivement les difficultés que soulèvent les deux termes de cette disposition.

1. Que doit-on comprendre par « consultations rendues obligatoires par une disposition législative, réglementaire ou par un accord collectif de travail » ? Ou plutôt, quelles consultations échappent à la règle posée à l'article L 434-3 du Code du travail ? En effet, pour ne parler que des consultations « rendues obligatoires par les dispositions législatives », rappelons que l'article L 432-1 du Code du travail prévoit que « dans l'ordre économique, le comité entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise... ».

Cette formulation très large englobe le périmètre des prérogatives du comité d'entreprise en matière économique. C'est ce qu'avait d'ailleurs relevé le rapporteur de la commission des affaires culturelles à l'assemblée nationale, en déclarant que « toutes les consultations du comité d'entreprise pouvant à la limite être considérées comme obligatoires (puisque énumérées dans la loi...), la faculté d'inscrire "de plein droit" à l'ordre du jour les consultations obligatoires qui est offerte au Secrétaire du comité par le présent article

(7) La reconnaissance, par l'arrêt *Plasco* (Cass. Soc. 8 juil. 1997, Dr. Ouv. 1998 p. 369 n. de Senga), de ce pouvoir ne fait que confirmer une intervention fort ancienne du juge des référés en la matière (TGI Paris, 15 et 16 fév. 1979, Dr. Ouv. 1979 p. 383).

(8) Référé 3 mars 2005, Comité d'entreprise de l'UES NEC Angers c/ NEC Computers Angers, à paraître au Dr. Ouv. n. F.S.

(8 bis) v. *infra* p. 355 les développements de L. Milet relatifs à l'obligation d'élaboration conjointe.

peut aussi être vue comme très favorable aux intérêts des représentants du personnel ».

Dès lors, chaque réunion peut faire l'objet d'une inscription à l'ordre du jour d'un nombre illimité de questions... sauf à ce que le juge, à la demande du Président ou du Secrétaire, vienne à en restreindre le nombre.

2. Elles y sont inscrites de plein droit par le chef d'entreprise ou le Secrétaire. Certains avaient pu craindre que Président et Secrétaire ne soient pas sur un pied d'égalité, pour ce qui concerne l'inscription des questions à l'ordre du jour, dans la mesure où le Président qui envoie les convocations peut y inscrire sans contrôle les siennes et omettre les questions posées par le Secrétaire, sauf à ce dernier à saisir le juge des référés.

Nous ne partageons pas ce point de vue, car l'expression "de plein droit", signifie « par le seul effet de la loi, dès lors que le Président ou le Secrétaire en exprime la volonté », sans obéir à un quelconque formalisme (de la même façon qu'en cas de cession d'une entité économique autonome, le transfert des contrats de travail s'opère de plein droit, sans formalisme et sans que les parties au contrat de travail ne puissent s'y opposer). Bien sûr le comité d'entreprise ne peut valablement délibérer que sur des questions formellement portées à l'ordre du jour (9), qui doit être adressé aux membres du comité d'entreprise au moins trois jours avant la réunion. Cependant, la loi ne prévoit pas que la prérogative et la charge de l'envoi de l'ordre du jour revienne au Président, puisque la loi ne traite que de son obligation d'envoyer les convocations.

Jusqu'à présent, la question de l'envoi par le Secrétaire de l'ordre du jour aux membres du comité d'entreprise ne se posait pas, dans la mesure où l'établissement conjoint de cet ordre du jour privait le Secrétaire de toute initiative, et que pour des raisons de commodité, l'employeur envoyait lui-même cet ordre du jour avec la convocation.

Mais il est admis que l'ordre du jour est détachable de la convocation et qu'il peut être envoyé séparément (10). Dès lors, en cas de refus de l'employeur de joindre les questions du secrétaire à la convocation du comité, il appartiendra à ce dernier de les adresser lui-même (10 bis). Il devra le faire au moins trois jours avant la séance, encore que ce délai n'est édicté que dans l'intérêt des membres du comité, qui peuvent renoncer à son bénéfice, même tacitement (11).

La saisine du juge des référés sera alors d'autant plus inutile que sa compétence suppose l'existence d'un différend, c'est-à-dire en l'occurrence « d'une difficulté résultant du désaccord sur les questions à porter à l'ordre du jour » (12) : dès lors que la question est inscrite à l'ordre du jour par le simple effet de la loi, il n'existe aucun différend possible. C'est ce qui d'ailleurs résulte des débats parlementaires, à l'issue desquels les amendements tendant à ce que soit reconnue la prééminence du président du comité d'entreprise dans la fixation de l'ordre du jour ont été rejetés.

De la même façon, le rapport de la Commission des affaires sociales, déposé le 18 novembre 2004 à l'assemblée nationale, après avoir rappelé l'économie du texte, précise que « cette rédaction a pour objet d'assurer la validité juridique de l'ordre du jour fixé unilatéralement, notamment par l'employeur et donc la validité des réunions du comité effectué sur la base de ces ordres du jour, sans que le juge des référés ait été saisi, dès lors qu'il concerne des consultations obligatoires » (13). Le terme "notamment" confirme que le secrétaire du comité d'entreprise peut également fixer unilatéralement l'ordre du jour sans devoir recourir au juge des référés, dès lors qu'aucun accord n'a été trouvé avec l'employeur ou son représentant, et dans les matières visées à l'article L 434-3 du Code du travail.

Ainsi, ce concours d'ordre du jour, qui résulte de l'inscription de plein droit et concomitamment de questions par le président et le secrétaire, fait surgir une autre difficulté : celle de l'ordre d'examen des questions posées. On peut ainsi envisager l'hypothèse qu'une réunion du comité débute sur deux ordres du jour, l'un et l'autre conformes à la loi. Au litige, qui jusqu'à présent portaient sur l'opposition du président ou du secrétaire à l'inscription d'une question à l'ordre du jour, est substitué celui relatif à l'ordre dans lequel les questions devront être examinées. Que se passera-t-il par exemple si le secrétaire exige que le comité, conformément à l'ordre du jour qu'il a établi, soit consulté au titre de la gestion prévisionnelle des emplois, avant que d'être consulté sur un projet restructuration emportant des conséquences sur l'emploi, comme le demandait l'employeur ? Probablement, si aucun accord n'est trouvé en réunion, il appartiendra à la partie qui y a le plus intérêt, soit l'employeur, de saisir le juge des référés pour que la procédure puisse se poursuivre. Un passage en force de sa part générera un contentieux de la validité de la réunion, qui ne sera pas source de sécurité.

(9) Cass. Soc. 9 juillet 1996, n° 94-17628.

(10) Cass. Crim. 4 janvier 1983, Benyahia / Perrin.

(10 bis) *contra* v. L. Milet préc. spéc. p. 357.

(11) Cass. Soc. 2 juillet 1969, Société de transports de la région dijonnaise, Bull. civ. V n° 458.

(12) Cass. Soc. 4 juillet 2000, n° 98-10916.

(13) F. de Panafieu et D. Dord, Rapport sur le projet de loi pour la cohésion sociale, Ass. Nat., n° 1930, T. I., p. 379, disp. sur www.assemblee-nationale.fr

B. Sécurité juridique par la prescription

Les dispositions de l'article L 321-16 du Code du travail qui instaurent des délais de prescription pour les actions dirigées contre les irrégularités affectant la procédure de consultation (alinéa 1) ou pour celles portant sur *"la régularité ou la validité du licenciement"* (alinéa 2) laissent également perplexes.

1. Le premier alinéa de l'article L 321-16 du Code du travail dispose qu'à peine d'irrecevabilité *"toute action en référé portant sur la régularité de la procédure de consultation"* doit être introduite dans le délai de quinze jours suivant chacune des réunions du comité d'entreprise. Si cette disposition était, comme l'a probablement souhaité le gouvernement, de nature à purger de tout vice chaque réunion du comité d'entreprise, passé un délai de quinze jours, elle ne manquerait pas de soulever des difficultés pratiques insurmontables.

Tout d'abord, l'action judiciaire supposerait que le comité ait décidé de la saisine du juge dès la réunion litigieuse, car le délai de quinze jours ne permettrait pas l'organisation d'une nouvelle réunion destinée à voter une résolution en ce sens. Les comités d'entreprise seraient enclins à adopter systématiquement une résolution en vue d'agir en justice, à l'issue de chacune de leurs réunions, et ce afin de préserver leurs droits. Mais encore faudrait-il également saisir systématiquement le juge des référés à titre conservatoire, car l'irrégularité apparaît souvent après la réunion au cours de laquelle elle a été commise, quand les experts du comité analysent les convocations, les documents remis, les interventions des élus et les réponses de l'employeur. De quoi alimenter un contentieux préventif jusqu'alors inconnu.

Mais, fort heureusement, au-delà des incertitudes et interrogations qu'il suscite, le texte voté ne paraît pas imposer aux comités d'entreprise des contraintes nouvelles. En effet, on peut tout d'abord s'interroger sur l'incidence de la place conférée à cet article dans le Code du travail : insérées dans le livre III, ces dispositions ne paraissent pas être une règle de procédure générale applicable à l'ensemble des consultations du comité d'entreprise, mais uniquement aux consultations ayant trait aux licenciements pour motif économique.

Il n'a d'ailleurs jamais été question dans les débats parlementaires de "sécuriser" les consultations du comité d'entreprise sur la marche générale de l'entreprise, son organisation..., mais uniquement d'éviter que des licenciements puissent être remis en cause pour des motifs tenant seulement à la régularité de la saisine ou à

la consultation du comité d'entreprise. Si cette analyse se confirme, ces dispositions s'appliqueraient à la phase livre III et non à une consultation livre IV (combien même elle donnerait lieu concomitamment ou ultérieurement à une consultation au titre du livre III).

En second lieu, ce délai de prescription porte sur la régularité de la procédure de consultation. Or, lorsque le comité d'entreprise ne rend pas d'avis, notamment parce qu'il s'estime insuffisamment informé, ce n'est pas la régularité de la consultation qui est en cause, mais son achèvement. Dès lors, on peut se demander si le comité d'entreprise qui justifierait d'un motif légitime pour ne pas avoir rendu d'avis et demanderait au juge de constater que la procédure n'est pas achevée, et d'en ordonner la poursuite, serait ou non soumis au délai de prescription de l'article L 321-16.

En troisième lieu, si *"toute action en référé"* est enfermée dans un délai quinze jours, les actions au fond ne sont, quant à elles, enfermées dans aucun délai. En effet, la disposition nouvelle n'est pas une disposition attributive de compétence au Juge des référés des litiges relatifs à la procédure de consultation du comité d'entreprise. D'abord parce que le texte ne le dit pas. Ensuite, parce que le texte ne pourrait pas le dire, puisque la compétence d'attribution du Juge des référés est articulée sur celle de la juridiction du fond à laquelle il est rattaché. Le contentieux au fond de la régularité de la procédure de consultation reste donc ouvert dans le délai de prescription de droit commun.

De surcroît, si le juge des référés rejette la demande du comité, cette décision, qui n'a que l'autorité provisoire de la chose jugée, ne fait pas obstacle à une instance ultérieure au fond. Un parlementaire avait lors des débats sur le texte relevé les effets pervers de cette disposition, qui incite à ne pas régler les différends devant le juge des référés : *« au lieu d'être réglée rapidement par la voie du référé, la contestation... ne le sera que cinq ans plus tard, lorsque le tribunal, en appel aura annulé toute la procédure de consultation... Un délai de référé plus long est au contraire un moyen de bétonner la procédure, pour l'employeur autant que pour le salarié : il évite que celle-ci soit examinée au fond, aggravant encore la désorganisation »* (14).

Cette disposition paraît donc emporter l'effet contraire à celui escompté.

2. La rédaction du deuxième alinéa de l'article L 321-16 du Code du travail est également très curieuse. Elle vise deux cas de figure :

– l'action du comité d'entreprise ou d'une organisation syndicale, qui se prescrit désormais par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ;

(14) Jean-Yves Le Bouillonnet, séance du 3 déc. 2004, JO AN p. 10495.

– l'action du salarié visant à contester la régularité ou la validité de son licenciement et qui se prescrit par douze mois à compter de la notification du licenciement.

Doit-on comprendre que, si l'employeur met en œuvre les licenciements plus de douze mois après la dernière réunion du comité d'entreprise, ce dernier n'est plus recevable à agir pour contester la validité des licenciements qui pouvaient paraître ne pas devoir être mis en œuvre ?

Inversement, si le comité d'entreprise ou les organisations syndicales agissent en annulation du plan de sauvegarde de l'emploi et des licenciements subséquents, et qu'une décision définitive est rendue au-delà du délai de douze mois après la notification des licenciements, le salarié perd son droit d'agir à titre individuel s'il ne l'a pas mis en œuvre dans le délai. Les comités vont devoir informer de façon plus étroites les salariés licenciés de leurs actions, par exemple en créant des collectifs de salariés licenciés, de façon à ce que des saisines conservatoires soient déposées au Conseil des prud'hommes, auquel il sera demandé de surseoir à statuer jusqu'à l'issue de la procédure du comité. En fait de sécurisation, ces dispositions vont encore alimenter un contentieux préventif.

Mais surtout, et là encore, ces dispositions passent à côté de l'objectif fixé au départ : ce ne sont pas des délais de prescription d'un an au lieu de cinq qui seront de nature à hâter l'issue des procédures judiciaires. Dans la quasi totalité des cas, comités d'entreprise ou salariés saisissent les tribunaux dans un temps proche de la fin de la consultation ou de la mise en œuvre des licenciements. Réduire les délais de prescription est une façon de réduire les droits des salariés, sans permettre que les décisions de justice soient rendues plus rapidement. Il faudrait pour cela des moyens nouveaux au bénéfice de la justice, notamment prud'homale.

En conclusion, ces textes ne répondent pas aux objectifs affichés, sans doute parce que leurs auteurs s'en sont tenus aux seules déclarations du patronat, sans les vérifier et les analyser.

Mais peut être est-ce l'occasion de se demander s'il est tout simplement possible de sécuriser les employeurs par la seule modification des règles portant sur l'organisation des comités d'entreprise et de leur droit d'agir en justice. La solution ne viendrait-elle pas plutôt d'une redéfinition du rôle des comités d'entreprise et d'un élargissement de leurs prérogatives ?

En effet, et notamment quand il est consulté sur des décisions de l'employeur qui ont des conséquences sur l'emploi, le comité doit se contenter d'écouter et de comprendre les explications de l'entreprise, de protester

contre la décision de l'employeur, pour finalement négocier les modalités de suppression des emplois. Certes, si un accord de méthode le prévoit, le comité d'entreprise « *pourra formuler des propositions alternatives* » et « *obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions* », mais sans qu'il ne soit imposé à ce dernier de prendre en compte ces propositions, même justifiées par l'intérêt de l'entreprise. En l'état actuel de la jurisprudence, au stade de la consultation, le juge ne pourra apprécier la régularité de la procédure, ni au regard de l'existence ou non d'un motif économique réel et sérieux, ni au regard du caractère justifié ou non de la décision prise par l'employeur pour faire face aux difficultés économiques. Au final, la consultation du comité est de plus en plus considéré par les employeurs comme une étape formelle du processus de licenciement.

Tant que les élus n'auront de mot à dire que sur les conséquences des mesures de restructuration, et pas sur leurs causes, ils seront tentés de mener des guerres de tranchée autour de questions formelles, les seules sur lesquelles ils ont prise. Et sans doute les magistrats seront-ils d'autant plus sévères sur les règles de formes, que ce sont les seules qu'ils estiment pouvoir sanctionner, pour rétablir un équilibre qui penche bien trop en faveur de l'employeur.

La reconnaissance du droit des comités à contester le fond des décisions de l'employeur ne seraient-elles pas la meilleure façon de restituer aux débats leur véritable dimension et leurs véritables enjeux, et faire ainsi l'économie de débats judiciaires autour de questions de pure procédure ? Le renforcement du rôle du comité ne doit-il pas également être accompagné d'une réflexion sur ce que devrait être une véritable assemblée délibérante, expression collective des salariés, ayant la maîtrise de ses ordres du jour et de la tenue de ses réunions ?

En attendant, restons sur quelques aspects positifs de ces textes.

Il faut bien reconnaître que la position du secrétaire était jusqu'à présent inconfortable : quand il refusait de porter à l'ordre du jour une question posée par l'employeur et même quand il était soutenu dans cette démarche par la majorité des membres du comité d'entreprise, il se retrouvait seul devant le juge, se voyant reprocher d'avoir pris une initiative personnelle faisant obstacle aux droits du comité d'entreprise. Certains secrétaires de comité, même si finalement relaxés, ont eu le désagrément d'être poursuivis devant le Tribunal correctionnel pour délit d'entrave (15).

(15) Cass. Crim. 4 novembre 1997, Bull. crim. n° 371.

Les nouvelles dispositions ont le mérite de restituer au contentieux sa véritable dimension : celle d'un litige entre le représentant de l'entreprise et le comité d'entreprise.

Par ailleurs, si les nouvelles dispositions ne règlent probablement rien quant à la sécurisation des procédures de consultations, elles restituent un peu plus au secrétaire sa véritable place dans le comité : celui de représentant de la délégation salariale. En effet, si jusqu'à présent le caractère conjoint de la fixation de l'ordre du jour pouvait prêter au secrétaire le rôle d'un organe neutre du comité, chargé de rechercher un consensus avec l'employeur, la situation est désormais plus claire : l'ordre du jour, à défaut d'accord, a deux sources, le président qui représente l'entreprise, et le secrétaire qui agit comme représentant de la délégation salariale. C'est au regard de cette vision d'un secrétaire, organe neutre

du comité, que la jurisprudence admettait que le président puisse prendre part au vote en vue de son élection.

On connaissait les conséquences pratiques désastreuses d'une telle jurisprudence, qui permettait à bon nombre d'employeurs, au mépris des règles de prudence et de neutralité à l'égard des organisations syndicales, de se jeter dans la bataille pour favoriser le candidat d'une organisation syndicale au détriment d'une autre.

Le temps n'est-il pas venu d'interroger de nouveau la Cour de cassation afin qu'elle réexamine sa jurisprudence désormais constante, bien que très critiquée (16), au vu du nouveau rôle qu'occupe le secrétaire dans le fonctionnement du comité ?

Christophe Baumgarten

(16) Par ex. TGI Saverne, 19 janvier 2000, Dr. Ouv. 2000 p.492 n. L. Millet.

Association Française de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale

Palais de Justice de Paris - Salle des Criées (entrée Salle des Pas Perdus)

PROGRAMME

Vendredi 21 octobre 2005 à 17 h 30 :

La méthode de la Chambre sociale de la Cour de cassation
avec Pierre SARGOS, Président de la Chambre sociale de la Cour de Cassation

Vendredi 25 novembre 2005 à 17 h 30 :

La réforme des procédures collectives et le droit social,
*avec Yves CHAGNY, Conseiller doyen de la Chambre sociale
de la Cour de cassation, Vice-président de l'AFDT
et Antoine MAZEAUD, Professeur à l'Université Paris II,
ancien vice-président de l'AFDT*

Egalement :

Vendredi 9 décembre 2005 :

Discrimination et harcèlement dans les rapports de travail : mérites et périls de deux qualifications, *Journée des juristes du travail (AFDT, ENM, INTEFP)
au Ministère chargé du Travail, ASIEM, 6 rue Albert de Lapparent, Paris 7^e
(attention : inscription obligatoire)*

Entrée libre