

# D'un débat majeur à un accord mineur (à propos de l'article L. 320-3 du Code du travail)

par *Pascal RENNES*, Directeur honoraire du travail

*"On dit souvent d'un fleuve qui emporte tout qu'il est violent mais on ne dit jamais rien de la violence des rives qui l'enserrent"*

B. BRECHT

## PLAN

### I. Les comités d'entreprise en question

- A. La montée en puissance des comités d'entreprise...
- B. Une pente glissante en vue

### II. De l'unilatéral discuté au déguisement contractuel étouffant

- A. L'accord sur des libertés collectives
- B. Les effets indirects des accords type L. 320-3

**"Hecha la ley, hecha la trampa" (la loi à peine faite, voilà qu'on la tourne), ce dicton espagnol s'applique souvent en droit du travail. Les directions d'entreprise ont ainsi manœuvré pour contourner les dispositions de la loi du 17 janvier 2002 et la jurisprudence qui l'avait précédée par deux moyens principaux :**

**– elles ont massivement déguisé des suppressions d'emploi en licenciements individuels (1) ou en modes de rupture divers et variés (2) ;**

**– elles ont en même temps cherché à neutraliser les moyens d'intervention des comités d'entreprise en obtenant des accords sécurisant les opérations de restructuration, accords qui ont fait l'objet, sous le nom d'accord de méthode, d'une promotion médiatique considérable.**

**On le rappelle (3) simplement, la nouvelle majorité s'est empressée de suspendre ou abroger les principales avancées de la loi de modernisation sociale et de légaliser ces pratiques patronales (la *trampa*) en poussant à l'expérimentation pour tenter d'influer sur le contenu de la négociation interprofessionnelle programmée pendant cette période transitoire. Sans tenir compte des raisons de l'échec des négociations ni des positions de l'ensemble des confédérations syndicales, la loi du 18 janvier 2005 entérine cette fois "définitivement" (4) la plupart des exigences du MEDEF et certaines propositions du rapport De Virville (5).**

**Aucune évaluation du contentieux sur les restructurations et les procédures d'information consultation des comités d'entreprise n'est produite (et pour cause) pour justifier la loi (6), comme si le législateur, fébrile, s'emparait de la moindre jurisprudence pour en anéantir les effets. L'exemple le plus caricatural est celui de la modification des règles concernant la fixation de l'ordre du jour des différentes réunions du comité : un contentieux réduit à quelques décisions isolées et pourtant une réforme source de difficultés nouvelles (7).**

(1) Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel, DARES, premières synthèses, Dr. Ouv. 2003, p. 511.

(2) A. Chirez, "Ruptures déviantes", Dr. Ouv. 2004 p. 2001 ; M. Bonnechère, "Licenciements économiques : la procédure, garantie fondamentale des droits des salariés", Dr. Ouv. 2004, p. 493.

(3) Voir notamment à propos de la loi du 3 janvier 2003 et des accords de méthode, Dr. Ouv., 2003 p. 358.

(4) Et jusqu'à nouvel ordre !

(5) M.-F. Bied-Charreton, "A propos du rapport De Virville : Un projet de réfection du droit du travail libéral", Dr. Ouv. 2004, p. 161 ; P. Rennes, "Sécurité pour les uns, risques pour les autres", Dr. Ouv., 2004, p. 164.

(6) cf. l'étude statistique sur dix ans de contentieux social d'E. Serverin et B. Munoz Perez à paraître.

(7) cf. C. Baumgarten p. 327 et L. Milet p. 355 dans ce numéro.

**Aucune analyse sérieuse (8) des accords de méthode n'est entreprise pour légitimer leur pérennisation.**

**C'est donc le nouvel article L.320-3 du Code du travail déjà analysé dans son ensemble par la contribution de Sophie Nadal (9) qui sera à nouveau ici examiné mais sous deux angles particuliers : la mise à l'écart des attributions des comités d'entreprise et de l'institution elle-même qui a été assez fréquemment relevée par de nombreux auteurs (10) mérite qu'on en mesure la portée (I). Au-delà et s'agissant particulièrement des restructurations on s'interrogera sur ce nouveau type de contractualisation combinée des droits de représentation collective des travailleurs et de l'emploi (II).**

**La préoccupation qui est ressortie assez fortement de la journée organisée en hommage à Gérard Lyon-Caen (11) irriguera ces réflexions : le droit du travail devrait garantir les conditions d'un débat contradictoire et équilibré au sein de l'entreprise comprise comme lieu de pouvoirs et d'intérêts divergents entre personnes morales ou physiques fort diverses et inégales. Cette inégalité reconnue impose que l'État prescrive des règles impératives dont le juge puisse contrôler l'effectivité ou sanctionner l'inapplication. Pour mobiliser ces règles et ces arbitres, la forme de représentation des travailleurs et la nature de leurs droits d'intervention sont essentielles (12) à un équilibre créateur (13).**

## ■ I. Les comités d'entreprise en question ■

Il n'est certes pas aisé d'apprécier correctement l'évolution des modes de représentation et d'intervention collective dans l'entreprise. La représentation des salariés est partielle (14), elle passe par différents canaux ou institutions dont il faut mesurer l'implantation, la place et l'efficacité relatives, les rapports entretenus avec les travailleurs, les directions... Quelques juristes à l'occasion de réformes et notamment autour des lois *Auroux* de 1982, ont relevé les modifications dans le système français de représentation collective, représentant élus d'un côté et représentants syndicaux désignés dans l'entreprise depuis 1968. Ce n'est que très récemment seulement que la DARES a entamé un travail conséquent d'appréciation du fonctionnement de ce système dual (15).

L'approche historique de Jean-Pierre Le Crom apporte une mine de renseignements (16), mais ne se

préoccupe que très peu d'analyser l'évolution de chaque institution et encore moins celle de leur place relative.

La lente éviction des délégués du personnel est nettement perceptible. Les directions d'entreprise se sont ingénieuses à déconsidérer leur rôle en renvoyant systématiquement leurs réclamations vers la négociation annuelle obligatoire avec les délégués syndicaux (17). La loi dite quinquennale pour l'emploi (18) a autorisé les patrons d'entreprise de moins de 200 salariés à imposer avec des moyens réduits le cumul des mandats d'élu comités d'entreprise et de délégué du personnel ; et dans toutes les entreprises les délégués du personnel sont maintenant élus pour deux ans à la même date que les élections du comité d'entreprise. Ainsi, les délégués du personnel pourtant fort prisés par les salariés comme moyen de recours de proximité sont très nettement mis de côté. Seule réforme positive pour eux en vingt ans, le

(8) Le constat de la DGEFP-FNE de septembre 2004 intitulé : "Accords de méthode, bilan d'étape" est une description aseptisée énumérant les rubriques figurant dans les accords ; pour une analyse critique, cf. A. Macudzinski, "Examen critique de huit accords de méthode", SSL, 19 janvier 2004, n° 1152 p. 26.

(9) *supra* p. 303 ; add. E. Gayat *infra* p. 349.

(10) M. Cohen, "Le fonctionnement des comités d'entreprise et les licenciements économiques après la loi du 18 janvier 2005", Droit social, p. 394.

(11) Les actes de cette journée, 13 mai 2005, organisée par l'AFDT, seront publiés prochainement aux éditions Dalloz.

(12) G. Lyon-Caen, "A la recherche des concepts de base du livre IV du Code du travail (réalités et illusions)", études offertes à J.-M. Verdier p. 85.

(13) S. Jamy a réalisé fin 2004 (avant l'adoption de la loi du 18 janvier 2005) un gros travail de réflexion sur les accords de méthode dans le cadre d'un mémoire de DEA sous la direction de G. Borenfreund à Paris X. Qu'elle soit remerciée ici d'avoir bien voulu m'en donner connaissance.

(14) G. Lyon-Caen, précité.

(15) Direction de l'Administration du Travail. L'enquête "Réponse" portant sur les relations sociales dans 3000 entreprises ou établissements (1997-2002) a apporté des renseignements précieux pour les juristes souvent trop marqués par le reflet parcellaire de la jurisprudence. Cette enquête "Réponse" redémarre en 2005 de façon plus ambitieuse et moins dépendante des seuls employeurs. Les salariés vont cette fois être interrogés.

(16) J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariée. Le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise (1890-2002)*, 2003, Ed. Syllepse.

(17) G. Borenfreund, *L'action revendicative au niveau de l'entreprise, le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, thèse Paris X, Nanterre.

(18) Loi du 20 décembre 1993 dite loi quinquennale pour l'emploi. P. Rennes, "La représentation et l'intervention des salariés entravées par la loi quinquennale", Dr. Ouv., 1995, p. 1.

droit d'alerte qui en fait des défenseurs des libertés et de la dignité des travailleurs (19).

Par contre chacun a pu constater un essor certain des pouvoirs et du poids que peuvent représenter les comités d'entreprise actifs. Ce n'est qu'assez récemment (20) que leurs attributions, leur fonctionnement sont ouvertement remis en cause, mais c'est bien sûr au moment où ils arrivent à une certaine maturité, où leur expérience, leur influence pouvaient déjà se faire sentir sur les comités de groupe ou même les comités d'entreprise européens en mal d'attributions efficaces et de modèle.

On rappellera d'abord rapidement comment s'est progressivement construite cette compétence des comités avant d'aborder la tentative de phagocytage de cette institution représentative du personnel.

### A. La montée en puissance des comités d'entreprise...

"Les comités d'entreprise ont vite pris une sorte de caractère représentatif unilatéral et de ce point de vue ont fonctionné en marge des textes qui les régissaient" (21). Conçu comme organe de participation, de coopération dans l'entreprise par l'ordonnance du 22 février 1945, qui prévoyait seulement l'information sur la marche de l'entreprise, le comité d'entreprise se voit attribuer un droit d'être consulté par la loi du 16 mai 1945, et donc celui de donner un avis exprimant les besoins des travailleurs, avis différent, voire opposé à celui de l'employeur dont les tribunaux ont mis fort longtemps à admettre qu'il ne pouvait se consulter lui-même et encore moins voter à cette occasion (22).

C'est l'article L. 431-4 issu de la loi du 28 octobre 1982 qui va entériner cette mission "d'assurer l'expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans la gestion de l'entreprise" (23). Jean-Marc Béraud souligne que le comité d'entreprise "permet de relever le niveau des

gestions patronales et la réflexion patronale" (24) avec l'obligation faite aux employeurs de penser leurs actions.

C'est lors de la suppression du contrôle administratif préalable des licenciements économiques que des "garanties de procédures de substitution" (25) ont été instaurées faisant des comités d'entreprise une sorte de moyen de recours qui les contraindra assez souvent d'agir en justice pour tenter d'influer sur les choix patronaux, de les faire modifier. A partir de là effectivement, ces procédures d'informations et de consultations vont devenir des moyens d'intervention, imposer leur respect constituera directement ou indirectement un élément non négligeable du rapport de force pour obtenir la prise en compte des intérêts des salariés, quelques fois une négociation refusée jusque-là.

Ces attributions d'information et de consultation s'apparentent à un certain contrôle du pouvoir patronal. L'acte unilatéral de décision est encadré de procédures, d'obligation de transparence pour les mesures envisagées, d'explication des motifs. Les règles de procédures saisissent le pouvoir en tant que tel, l'unilatéralisme des décisions qui doivent être "raisonnées", dont le motif doit être examiné avec le respect du "contraire" (26) d'une consultation efficace, influente. Elles visent à organiser un débat et à en assurer l'effectivité (27).

Ainsi la jurisprudence et les réformes successives ont renforcé les possibilités de contrôle en temps utile, d'examen avant la réorganisation, de la réalité et de la faisabilité des plans sociaux (28), de la prise en compte des propositions alternatives, par exemple en matière d'adaptation reclassement, création d'activités nouvelles (29). Phases de consultation (30), ordre des consultations (comité d'établissement – comité central), délais, etc. ont été précisés pour rendre compréhensibles les informations, efficaces, utiles les débats internes.

Il faut donc du temps pour que les membres du comité d'entreprise puissent appréhender "l'intelligence de la

(19) L'article L.422-1-1 issu de la loi du 31 décembre 1991 adoptée à la suite du rapport de G. Lyon-Caen sur les libertés dans l'entreprise, leur permet de saisir directement le bureau de jugement du Conseil des prud'hommes. Voir notamment M. Keller, note sous CPH Créteil 28 novembre 2003, Dr. Ouv. 2004, p. 292.

(20) On notera pourtant que des accords sur les droits syndicaux ou les "relations sociales" dans des grandes entreprises, accords passés il y a quinze ans maintenant, instaurent des organismes conventionnels nettement concurrents des comités d'entreprise du type "cellule de veille économique", "groupe de concertation permanente". P. Rennes, "Accords, droits et pratiques en matière syndicale", Analyses et documents économiques, nos 50, p. 67 et 51, p. 19.

(21) J.-M. Béraud, "Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise" in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 59.

(22) Soc. 2 février 1978, D. 1978 IR 383, observations de J. Pélissier.

(23) A propos de cet article L.431-4 sur la personnalité juridique des comités d'entreprise représentant les intérêts des salariés (et non

les salariés eux-mêmes) : Antoine Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel", Dr. Ouv. 1986, p. 355.

(24) précité.

(25) C'est le terme utilisé dans l'accord interprofessionnel du 20 octobre 1986 (non signé par la CGT), accord repris et amélioré par la loi du 30 décembre 1986.

(26) P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, Bibl. de droit privé, 2004, LGDJ.

(27) E. Lafuma, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, thèse Paris X, Nanterre 2003, p. 115.

(28) A. Lyon-Caen, "Note sur le pouvoir de direction et son contrôle", *Mélanges dédiés au président M. Despax*, PU de Toulouse, 2002, p. 95.

(29) Soc. 28 novembre 2000, Bull. civ. V n° 131.

(30) Délais souples pour avoir un effet utile pour les informations et consultation de L. 432-1 ou le débat alternatif de L. 431-5, délais plus étroits et stricts pour le livre III, L. 321-3.

restructuration" (31), formuler avis et propositions alternatives et obtenir des réponses motivées. C'est pourquoi le juge ne sera, peut être pas si souvent que cela (32), mais en tout cas de façon sensible, saisi pour suspendre une procédure, ordonner de recommencer telle ou telle phase, voire annuler une procédure (33).

Pour caractériser cette montée relative en puissance des comités d'entreprise dans leur intervention en amont en matière de licenciement économique Antoine Lyon-Caen écrivait : "Le droit du licenciement économique ne saisis pas un acte juridique, le licenciement, il saisit le processus qui peut conduire à un tel acte" (34).

Au moment où les comités d'entreprise, institutions représentatives des intérêts des salariés, acquièrent une "forte personnalité" et mettent en œuvre leurs attributions d'intervention dans les choix de gestion, ils trouvent moins grâce aux yeux des directions. Cette instance élue, qui a des comptes à rendre tous les deux ans au moins devant les salariés devient trop incertaine, procédurière. Ainsi les yeux des Chimène patronales se tourment-ils depuis une dizaine d'années au moins vers les délégués syndicaux plus isolés et divisés, plus centralisés souvent (35).

La formule "L'accord dessaisit le comité d'entreprise et lie le juge", revendication brutale du Medef lors des débats sur la "refondation sociale", n'a pas été reprise dans la position commune du 16 juillet 2001 ni reproduite sous cette forme ramassée dans le rapport de la commission De Virville, ou dans les quarante-quatre réclamations du Medef du printemps 2004, mais ces deux catalogues patronaux se sont ingéniés à en répartir la teneur dans plusieurs propositions d'apparence moins grossière (36).

L'échec des négociations prévues par la loi provisoire du 3 janvier 2003 n'empêche pas la reprise du dispositif par la loi du 18 janvier 2005 qui accentue la domestication des comités d'entreprise par la voie d'accords d'entreprise. Cette mise sous tutelle réclamée largement par les juristes

patronaux (37) est perçue (ou rêvée) par d'autres comme une chance de pilotage syndical (38) des restructurations.

## B. Une pente glissante en vue

"Lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, il est tenu de procéder, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord" (39). Cette formulation de "consultations, en temps utile en vue d'aboutir à un accord" paraît avoir été renversée (40) par le législateur français de 2005 avec cet article L. 320-3. L'accord peut porter d'emblée sur les conséquences, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et faire abstraction des procédures d'information et de consultation qui n'ont pas encore été mises en œuvre et n'ont pu produire d'influence utile (40 bis).

Alors l'impasse est implicitement faite sur la discussion des motifs, sur les justifications des projets de restructuration ou de réorganisation et donc aussi sur la discussion de propositions alternatives et la modification (l'effet utile) des projets qu'on pourrait en attendre (41).

Le comité d'entreprise se voit imposer une feuille de route, un téléguidage sans tenants mais avec aboutissants. Sa "personnalité" est ainsi fortement atteinte, puisque lui sont assignés tant les fins, qu'une apparence de moyens, mais aussi les dates, les délais, les ordres du jour (42). On connaît l'importance des délais dont le respect est souvent une source de conflits qualifiés par la presse propatronale de procédures dilatoires, aggravant la situation de l'entreprise, etc. Or, les délais ont un impact sur la qualité des expertises, sur la pertinence des propositions alternatives et leur prise en compte appuyée par la mobilisation des travailleurs (43).

En fait, les accords passés sous le couvert de L. 320-3 intitulés accords de méthode dans le langage courant (44) reposent sur un présupposé. Une campagne

(31) A. Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise et les restructurations", Droit social, 2004, p. 287, v. les obs. de H. Tourniquet *supra* p. 288.

(32) E. Serverin, précité.

(33) M.-F. Bied-Charreton, "Quand le plan social devient l'accompagnement d'une violation par l'employeur d'un engagement de limiter le nombre des licenciements économiques...", Dr. Ouv. 2005, p. 41 et Soc. 25 novembre 2003, Dr. Ouv. 2005, p. 43.

(34) A. Lyon-Caen, "La procédure au cœur des licenciements économiques", Dr. Ouv. 2002, p. 161.

(35) P. Rennes, "Accords et pratiques en matière de droit syndicaux", préc. ; add. C. Sachs-Durand "La légitimité syndicale dans l'entreprise", Dr. Ouv. 1993 p. 39.

(36) Sur le rapport De Virville, voir note 5.

(37) J. Barthélémy, H. Landier "La réforme de la négociation collective", Les petites affiches, novembre 2003, p. 20.

(38) T. Grumbach, "Redonner aux syndicats le pilotage de la négociation sur l'emploi", SSL n° 1152, p. 17.

(39) Article 2-1 de la directive de 98/59 CE du 28 juillet 1998. On retrouve cette chronologie par exemple dans la directive transfert d'entreprise : consultation, puis éventuel accord ou dans celle du 11 mars 2002 art. 4 § 4e.

(40) G. Lyon-Caen, Le droit du travail : une technique réversible, Dalloz Connaissances du droit, 1995. Le ministre du Travail, G. Larcher l'a-t-il lu ?

(40 bis) En matière d'effet utile, v. TGI Paris 10 oct. 2003 et TGI Nanterre 1er août 2003, Dr. Ouv. 2004 p. 390 n. M. Bonnechère.

(41) "La prise en compte permanente de leurs intérêts (article L. 431-4) suppose un effet sinon décisionnel du moins influent"; A. Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel", préc.

(42) La nouvelle formulation de l'alinéa 2 de l'article L. 434-3 permet à un président de comité d'entreprise d'invoquer un accord prévu par l'article L.320-3 pour imposer unilatéralement l'ordre du jour de réunion. Cf. C. Baumgarten p. 327 et L. Milet p. 355 dans le présent numéro.

(43) Pour avoir participé aux négociations précédant l'accord du 20 octobre 1986, je me souviens du temps passé à marchander sur les délais. Entre 1986 et 1989, les tribunaux ont par ailleurs fixé des délais efficaces, supplémentaires en cas de recours aux expertises. La loi du 2 août 1989 a admis le principe mais encadré très strictement ces avancées jurisprudentielles.

(44) Cf. S. Nadal dans le présent numéro p. 303 spéc. p. 307 sur l'adéquation de cette appellation.

patronale relayée par divers porte voix s'est évertuée à qualifier les droits d'intervention des comités d'entreprise de procédures tatillonnes, de chemin de croix ubuesque. Ces formalités paralysantes, obligerait les employeurs qui ont arrêté en catastrophe leurs projets de les habiller des formes requises par les livres IV et III pour tenter de rendre leur opération inattaquable (45).

Alors, il est aisé pour le ministre Fillon ou son successeur Larcher de soutenir qu'en fait ces accords (de méthode) ne toucheront pas aux droits des comités d'entreprise mais aménageront la forme, la procédure (46). Il s'agit d'une supercherie. On minimise la portée des droits en vigueur pour imposer un système illusoire de substitution.

Après la patiente construction des droits des comités d'entreprise, leur utilisation concrète, leur respect précisé et sanctionné par le juge, personne ne peut soutenir que l'on peut séparer les modes d'intervention des comités d'entreprise de leur attribution puisqu'il n'y a ni codécision, ni veto, ni même avis conforme. En organisant une sorte de pilotage automatique (47) l'accord autorisé par l'article L.320-3 place le comité d'entreprise sur un fauteuil roulant qui ne maîtrisera ni vitesse, ni direction, ni temps d'arrêt.

Le comité d'entreprise peut ainsi être contraint de suivre la feuille de route initiale quels que soient les contestations, les découvertes, les solutions, les aléas rencontrés sur le parcours lui-même accéléré. Anne Macudzinski souligne qu'il y a systématiquement dans les accords, mise en place d'institutions, de commissions *ad hoc* et "*paritaire*" mâchant les livres IV et III sous une forme que le comité d'entreprise est appelé à déglutir dans des délais records (48).

Le travail efficace que peut faire un comité d'entreprise est ainsi neutralisé par ces méthodes, mais au-delà ce sont les conditions de la saisine du juge qui sont visées (49) : le comité d'entreprise n'aura pas pu préparer sérieusement les moyens de l'éclairage du débat

judiciaire. Les insuffisances des droits des comités d'entreprise pouvaient expliquer et accentuer le recours à l'arbitrage des juges (50) ; là, la mise sous tutelle des comités d'entreprise ampute leur capacité réelle à agir en justice (51).

Il a été soutenu ici ou là qu'il pouvait y avoir une contrepartie à cette mise à l'écart des comités d'entreprise (52). Les droits des comités d'entreprise seraient monnayés contre une amélioration des mesures et indemnités accompagnant les suppressions d'emploi, les départs volontaires. Ce marché est conclu avant tout début de procédure. L'aveu est de taille et correspondrait au souci de syndicats peu combattifs d'être d'une certaine façon reconnus en croyant être partie prenante d'une négociation de restructuration améliorant l'indemnisation des salariés licenciés.

La loi du 18 janvier 2005 accentue la mise sur le bas côté des comités d'entreprise par plusieurs dispositions. La plus remarquable parce c'est une suppression sans débat ni motif d'un petit verrou qui figurait dans la loi du 3 janvier 2003 et qui avait déjà fait l'objet de discussions dans l'avant projet de fin 2002, c'est la consultation du comité d'entreprise préalable à la conclusion d'un accord (de méthode). L'avant projet de loi de 2002 comportait même la condition de l'avis conforme du comité d'entreprise (53). Malgré cette suppression, personne ne soutient que le comité d'entreprise ne doit plus être consulté : "*Dommage de marginaliser ainsi le rôle du comité d'entreprise dans une situation où la négociation porte essentiellement sur les modalités d'information et de consultation de ce dernier*" s'apitoie P.-H. Antonmattei (54).

L'absence de précision sur les modalités de négociation des accords dans l'article L. 320-3 renvoie au droit commun des accords (55). Là encore on n'entoure d'aucune garantie spéciale la conclusion de tels accords portant sur les droits des comités d'entreprise, exit la condition de majorité "d'acquisition" de la rédaction

(45) B. Brunhes, "Le droit du licenciement collectif : les humeurs d'un praticien", Dr. soc. 2005, p. 41.

(46) S. Jamy, mémoire de DEA, p. 34 sous le titre : l'assimilation des règles de procédure à des règles de forme par l'employeur.

(47) T. Grumbach, art. préc.

(48) Précité note 8.

(49) cf. C. Baumgarten p. 327, H. Tourniquet p. 288 et P. Bouaziz p. 368 dans le même numéro.

(50) Rappelons que le contentieux est pourtant beaucoup moins important en quantité que les retentissements qu'il entraîne. E. Serverin, précité.

(51) La sécurisation est bien une voie unique réservée aux employeurs. Le problème a largement été évoqué dans "Sécurité juridique, revirements de jurisprudence, pouvoirs des juges, beaucoup de bruit pour peu de choses ?" Dr. Ouv. 2005, p. 137 et P. Rennes, "Sécurité pour les uns, risques pour les autres", Dr. Ouv. 2004, p. 164.

(52) De nombreux accords comportent des clauses d'interdiction de dénonciation anticipée ou d'engagement à ne pas agir en justice pendant la durée de l'accord, ces clauses douteuses sont proposées par les cabinets de consultants pour mieux vendre les accords.

(53) Ce verrou selon de mauvaises langues aurait été retiré sur demande de la CFDT. On va se mettre à regretter les formulations de la loi du 3 janvier 2003 et pourtant cf. P. Rennes, "L'emploi hors la loi", Dr. Ouv. 2003, p. 363.

(54) P.H. Antonmattei, "Accord de méthode, génération 2005 : la positive attitude", Dr. soc. 2005, p. 400. Ces larmes de crocodile sont aussitôt suivies d'un réconfort : la pratique montre que des CE sont associés aux négociations où on leur propose de se faire hara-kiri et plus de 10 % cosignent (*sic*) ces accords selon le bilan d'étape DGEFP-FNE, préc.

(55) Cf. S. Nadal dans le présent numéro.



précédente. Il faudra pour les syndicats combatifs trouver une majorité d'opposition. Le mode d'adoption des accords d'entreprise est, depuis la loi du 4 mai confié aux négociateurs de branche. A notre connaissance, un an après la loi, c'est le *statu quo*. L'absence d'accord de branche perpétue l'accord minoritaire et dérogatoire s'agissant même des prérogatives d'ordre public des comités d'entreprise (56).

Un ajout cette fois, les syndicats d'entreprise probablement trop liés aux comités d'entreprise vont se voir coiffés par des accords de groupe fixant au-dessus des comités d'entreprise et même des comités centraux d'entreprises, des entreprises du groupe (ou du champ d'application retenu par les négociateurs de groupe) les modalités de consultations, etc. Le niveau du groupe paraît, là, devenir un niveau hiérarchique nouveau contrairement à ce qui était indiqué dans la loi du 4 mai 2004 (57).

Enfin des dispositions des plus ambiguës peuvent fragiliser les comités d'entreprise, mais aussi leur permettre de résister. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 320-3 mérite certainement un examen attentif quand il indique ce que doit fixer l'accord : les conditions dans lesquelles le comité d'entreprise est informé et réuni alors que l'alinéa 1 évoque les modalités d'information et de consultations applicables seulement en cas de licenciement économique de plus de dix salariés. Et puis à l'alinéa 4 figure une liste limitative de dérogations (*in pejus*) interdites dans laquelle est mentionné l'article L. 431-5 qui lui, ne concerne pas spécialement un projet de licenciement de plus de dix salariés (58).

Ainsi, l'on se trouve en face de larges possibilités de dérogations, mais liées à l'existence d'un projet de licenciement économique et d'une liste d'interdictions de déroger très restreinte. Il va falloir redoubler de vigilance pour combattre toutes dispositions dérogatoires non liées directement à un licenciement projeté de plus de dix salariés, et pour empêcher qu'il soit dérogé à l'occasion d'un projet de licenciement de plus de dix à des

dispositions qui ne concernent pas, notamment dans le livre IV, les licenciements proprement dit et bien au-delà du seul article L.431-5. La vigilance s'impose aussi en ce qui concerne les accords sur les droits syndicaux ou plus généralement sur le dialogue social et les institutions représentatives du personnel. En effet des dérogations "*autorisées*" ne doivent pas indirectement porter au-delà de leur objet strict. Par exemple, la modification des délais séparant des réunions ne peut pas conduire à réduire les délais dont dispose l'administration pour formuler des observations, ou des délais dont l'expert doit pouvoir disposer (59).

Au terme de cet examen rapide de la mise à l'écart des comités d'entreprise on n'aperçoit pas de rééquilibrage, ni même de renforcement des prérogatives syndicales (60) pour faire face aux projets patronaux de restructuration. On n'aperçoit pas de déplacement des attributions des comités d'entreprise vers la représentation syndicale désignée. On donne seulement aux syndicats le pouvoir de neutraliser les comités d'entreprise. Alors dans cette réforme, il s'agit probablement d'autre chose.

Le patronat a pris conscience qu'il ne pouvait pas aussi facilement que cela instrumentaliser les comités d'entreprise sensibles à la mobilisation des salariés. Même des comités d'entreprise peu combatifs peuvent, poussés par les événements, se "*réveiller*" à chaud et utiliser leurs prérogatives légales à un moment où la procédure semblait se dérouler tranquillement (61).

Les employeurs, les dirigeants de grands groupes se tournent vers leurs interlocuteurs syndicaux pour instaurer une espèce de droit "*interne*" à l'entreprise ou au groupe. Les interlocuteurs en question n'ont pas plus de poids, ne sont pas moins isolés, ou plus représentatifs (ou légitime qu'avant) ou moins divisés. C'est donc à "*droits constants*" qu'une certaine mutation est opérée, même mesure de représentativité, même règles faibles de la négociation collective pour les conclusions d'accords, etc.

(56) G. Borenfreund, "Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon du 4 mai 2004" in la négociation collective à l'heure des révisions, Dalloz 2005 (Thèmes et commentaires).

(57) M.-A. Souriac, "L'articulation des niveaux de négociation", Dr. soc. 2004, p. 569.

(58) Ainsi les accords triennaux obligatoires prévus par l'art. L. 320-2 ne devraient pas comporter de dispositions dérogatoires. Cf. dans ce numéro l'étude p. 322 de T. Katz et p. 343 celle de M.-F. Bied-Charreton.

(59) Cf. E. Gayat *infra* p. 349.

(60) On est à l'opposé même des souhaits exprimés il y a longtemps par G. Lyon-Caen, "Critique de la négociation collective", Dr. soc. 1979, p. 350 et plus récemment note 11 *supra*.

(61) Les petites explosions sociales, très médiatisées, proviennent souvent d'entreprises qui ont tablé sur la léthargie des représentants du personnel pour restructurer ou délocaliser assez brutalement. La surprise du recours à la loi, à l'action judiciaire, notamment en référé est d'autant plus grande.

## II. De l'unilatéral discuté au déguisement contractuel étouffant

La négociation collective même et peut être surtout après la loi du 4 mai reste un droit très peu réglementé. Pour le niveau de l'entreprise notamment, le législateur a généreusement délégué aux négociateurs de branche le pouvoir d'ouvrir ou non le champ de la dérogation aux conventions collectives et de fixer le mode d'adoption des accords d'entreprise (62). Toute autre est (était ?) la rigueur avec laquelle la loi et la jurisprudence ont précisé les règles de fonctionnement et du débat au sein des comités d'entreprise (63).

Au fil des ans ces garanties de procédure (64) sont venues compenser à la fois la suppression du contrôle administratif préalable des licenciements économiques et l'absence de pouvoir de codécision du comité d'entreprise.

Avec les lois des 3 janvier 2003 et 18 janvier 2005 un glissement rapide s'opère : le contournement des dispositions légales et souvent d'ordre public régissant une institution représentative élue est organisé et sa mise en œuvre est confiée aux négociateurs syndicaux d'entreprise ou de groupe. D'un semi-contrôle indépendant de décisions unilatérales et des obligations qui en découlent, on passerait à l'association des représentants des salariés à des décisions prises en dehors d'eux (65), ou à une certaine forme de codécision très en aval des opérations de restructuration. Plutôt que refondre ouvertement les droits des comités d'entreprise, opération à gros risque politique, le législateur a préféré avancer masqué et livrer, déléguer aux syndicats et aux employeurs au plus bas niveau (celui de l'entreprise) (66) le soin de copiloter une institution représentative. C'est après avoir examiné la portée de cette conventionnalisation des droits de représentation du personnel (A) que l'on tâchera de caractériser ces nouveaux accords (B).

### A. L'accord sur des libertés collectives

On sait que la loi du 4 mai 2004 a "descendu" au niveau de l'entreprise l'autorisation de déroger à la loi dans les matières qui étaient réservées avant au seul

niveau de la branche. Le Conseil constitutionnel n'y a vu qu'une façon de faciliter des modalités d'application de la loi (67). Dans la plupart des cas auparavant, il fallait pourtant que ces accords de branche soient eux-mêmes étendus pour que la dérogation soit autorisée. L'article L. 320-3 autorise les négociateurs à conclure directement au niveau de l'entreprise des accords dérogatoires portant non plus sur la réglementation du travail, les conditions de travail mais sur les droits de représentation collective et sur l'emploi.

En fait, le législateur permet aux représentants syndicaux (au niveau où ils sont le plus faible) de modifier attributions et droits d'intervention de représentants du personnel élus. Autrement dit, il s'agit pour le législateur de déléguer à la négociation collective la mise en œuvre de ce qu'il est convenu d'appeler le principe de participation.

Pourtant les deux principes fondamentaux "*de droit des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail et d'emploi et de participation à la gestion par l'intermédiaire de leur délégué*" (68) sont d'égale valeur constitutionnelle et leur mise en œuvre relève pour l'un et l'autre de l'article 34, c'est-à-dire du domaine de la loi. De nombreux auteurs déjà cités ont pressenti ou souligné les risques d'émiettement, d'anarchie, d'inégalités considérables entre travailleurs que comportait la loi du 4 mai 2004 en matière de droit de la négociation collective qui dépend maintenant essentiellement des négociateurs de branche (69).

Avec la loi du 18 janvier 2005 c'est une liberté publique, le droit de représenter les intérêts du personnel, qui est livrée à la négociation. Au-delà, une institution représentative disposant de la personnalité juridique, une personne morale exprimant une certaine homogénéité des intérêts (70) voit son autonomie, sa liberté subordonnées, conditionnées, modifiables par un accord passé entre des contractants qui sont des tiers par rapport à elle.

Que le législateur se décharge sur l'autonomie collective de la responsabilité d'élaborer un système

(62) G. Lyon-Caen, "A propos d'une négociation sur la négociation", Dr. Ouv. 2001, p. 1 ; F. Saramito, "Le nouveau visage de la négociation collective", Dr. Ouv. 2004, p. 445.

(63) M.-A. Souriac, "Négociation collective et consultation du comité d'entreprise", Action juridique CFTD, n° 119, p. 3.

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

(65) J.-M. Béraud, "Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise", préc. p. 55.

(66) Ou aussi au niveau stratégique (pour les directions) du groupe comme on l'a vu en première partie. Le niveau de la branche est aussi mentionné à l'alinéa 1 de l'article L. 320-3, mais peut-être dans le but d'imposer des modalités dérogatoires dans les

entreprises pourvues de comités d'entreprise mais inhabitées syndicalement.

(67) Sur l'article 43 et la nouvelle donne pour les accords d'entreprise, cf. M.-A. Souriac, "Quelle autonomie pour la négociation collective à l'heure des révisions", in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz 2005 (Thèmes et commentaires) p. 98.

(68) Alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946.

(69) Notamment M.A. Souriac, G. Lyon-Caen, F. Saramito précités ; voir aussi M. Bonnechère, "La loi, la négociation et l'ordre public en droit du travail, quelques repères", Dr. Ouv. 2001, p. 411.

(70) A. Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise, institution de représentation du personnel", préc.

favorisant un équilibre des pouvoirs est plutôt préoccupant (71). Que cela puisse se produire, notamment à propos des procédures d'information et de consultation lors de restructurations et de menaces pour l'emploi paraît encore plus grave. Cette disponibilité de libertés collectives et les risques d'émiettement du droit de participation et d'inégalité entre les salariés n'ont pas été soulevés dans les saisines du Conseil constitutionnel ni pour la loi du 4 mai 2004 ni pour celle du 18 janvier 2005. Si bien que les recours muets sur la question et formés à la légère servent plutôt à valider sans contrôle constitutionnel ces deux lois. Le juge judiciaire permettrait-il aux comités d'entreprise, titulaires en somme du principe de participation de résister à leur mise sous tutelle ? D'autant plus que le Conseil constitutionnel avait seulement admis à propos de la loi du 3 janvier 2003 une possibilité pour les partenaires sociaux d'expérimentation des modalités du principe de participation (72).

Ainsi le comité d'entreprise risque de subir un accord formé entre des tiers. Ni les délégués syndicaux, ni même et encore moins les employeurs ne représentent le comité d'entreprise. Ils ne devraient pas pouvoir imposer des modes de fonctionnement à une institution représentative majeure, sauf bien sûr s'il s'agissait de pouvoirs plus importants ou plus favorables (73) pour les salariés représentés sinon pour le comité d'entreprise lui-même.

Certains auteurs, à propos des accords sur les droits syndicaux évoquent les questions soulevées par l'effet relatif des contrats et les limites de la stipulation pour autrui (74). Ici, dans les accords passés en fonction de L. 320-3, accords dérogatoires, le comité d'entreprise n'est pas un tiers "bénéficiaire" de la stipulation pour autrui (75), il n'est même plus consulté. L'accord ne fait pas naître un droit mais des obligations, des contraintes, des limites à l'autonomie. L'avis conforme du comité d'entreprise n'est pas requis, son acceptation de la stipulation, de l'obligation est indifférente. Il y a là

exception à l'effet relatif des contrats et l'acceptation par le bénéficiaire, condition indispensable à la validité de la stipulation pour autrui, disparaît en fait de façon fort discutable (76).

Sans la mentionner, d'autres auteurs perçoivent cette difficulté quand ils écrivent qu'à défaut d'accord passé au sein des comités d'entreprise, un accord de méthode comportant des assouplissements procéduraux et des contreparties indemnitaires dépouillera le comité d'entreprise de l'objet même de sa consultation (77).

Mais ici, aucun doute, les dérogations sont considérées comme défavorables sans contrepartie. Le législateur de 2003 avait requis une condition de majorité "d'acquisition" comme forme de garantie. Cette garantie minimale, on l'a vu, a été abandonnée au profit jusqu'à nouvel ordre d'une éventuelle mise en œuvre du droit d'opposition (78).

La distinction des règles de forme et des garanties des salariés lors des débats parlementaires ou dans les circulaires ministérielles permet de minimiser l'atteinte ainsi portée aux droits collectifs, en fait aux droits de se défendre.

La loi ne mentionne plus la nécessaire consultation du comité d'entreprise sur l'accord. La jurisprudence *EDF* (79) et les arrêts dans le même sens (80) accentuant l'autonomie des accords qui "vivraient leur propre vie" contribuent à marginaliser les comités d'entreprise. S'agissant d'accords portant sur des droits d'intervention des comités d'entreprise et sur des matières au cœur même des compétences du comité d'entreprise, s'agissant le plus souvent de décisions unilatérales "habillées" sous forme d'accord, on conçoit mal que le juge appelé à vérifier quelques principes d'information et de consultation un tant soit peu efficaces, ne persiste pas à ordonner des mesures provisoires ou des remises en l'état nécessaires ; à moins que décidément se mette en place subrepticement un système de suprématie de l'accord d'entreprise en matière de droits collectifs qui

(71) C'est déjà une inquiétude exprimée par G. Borenfreund, "La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel", *Dr. soc.* 1992, p. 893.

(72) Dans sa décision du 6 novembre 1996, le Conseil constitutionnel avait admis une telle latitude si les modalités négociées étaient au moins égales à la loi.

(73) Depuis longtemps, la loi pour chacune des IRP a autorisé l'adoption de clauses plus favorables aux salariés. L. 426-1 ; L. 434-12 ; L. 412-21 du Code du travail.

(74) G. Auzero, *Les accords d'entreprise relatifs aux droits syndicaux et à la représentation du personnel*, Thèse Université Montesquieu Bordeaux IV, notamment la deuxième partie p. 248-255. Peut-être qu'à l'époque de cette étude (1997) les accords ne portaient pas sur les institutions représentatives du personnel, mais plutôt sur les crédits d'heures, les conditions de déplacement des élus. Toujours est-il que l'auteur effleure la question de la stipulation pour autrui sans considérer qu'un CE est un tiers, une personne morale distincte.

(75) Sauf à considérer qu'il se trouve déchargé de ses responsabilités.

(76) Cass. civ. 1<sup>re</sup> 8 décembre 1987, Bull. civ. n° 343, p. 246, D. 1989, Som. com. p. 233, obs. J.-L. Aubert.

(77) F. Favennec-Héry, "Restructuration : le rôle de la négociation collective", *Dr. soc.* 2004, p. 282.

(78) Dont les difficultés et l'aspect négatif sont soulignés de façon concise par M. Dumas, "Droit d'opposition et application de l'accord majoritaire", *NVO* 8 octobre 2004, p. 9.

(79) D. Boulmier, "La navette sociale", *Droit Ouv.* 1998, p. 350 avec en annexe p. 353 l'arrêt Soc. 5 mai 1998. Cf. aussi D. 1998 jur. p. 608, obs de G. Auzero.

(80) Soc. 19 mars 2003 *Cervac* Bull. n° 105. On ne feindra pas d'ignorer l'intérêt que nombre de commentateurs ont accordé à cet arrêt de la Chambre sociale. 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.



"dessaisirait le comité d'entreprise et lierait le juge". Le risque est réel, mais est-il limité à ce rapport inégalitaire entre représentation syndicale et institution représentative du personnel élue ?

Les accords dérogatoires de l'article L. 320-3 ont d'autres significations pour les syndicats eux-mêmes et pour les salariés.

## B. Les effets indirects des accords type L. 320-3

On s'accorde à relever que, surtout depuis la loi du 18 janvier les accords passés sous couvert de l'article L. 320-3 ne peuvent plus porter l'appellation usuelle d'accord de "méthode" (81) puisqu'ils peuvent aussi concerner l'emploi en précisant dès leur signature des mesures de mobilité professionnelle et géographique, et en déterminant les conditions de négociation d'un plan de sauvegarde de l'emploi et même le contenu. Ces accords peuvent donc contenir, on l'a vu (82), un plan de vol rigoureux pour les comités d'entreprise, c'est-à-dire des dispositifs contraignants pour les comités d'entreprise mais aussi des dispositions concernant directement les salariés (83). Ces accords sont donc hybrides portant à la fois sur le droit collectif et sur les situations individuelles des salariés, les conditions de leurs départs de l'entreprise et même de l'indemnisation accompagnant leur départ. Ainsi la négociation va pouvoir mélanger les décisions de restructuration ou de réorganisation, les obligations en matière d'information consultation des comités d'entreprise et les mesures individuelles.

Mais la grande nouveauté va résider dans le fait que les représentants des travailleurs ne vont plus être membres d'une instance élue, majeure, ayant ses attributions de "contrôle" spécifique des décisions unilatérales (84) de l'employeur en matière de restructuration. Dorénavant et de façon brutale, sans droits nouveaux, les délégués syndicaux vont passer à une "négociation intégrative dans l'ordre du pouvoir" (85) en lieu et place d'une négociation acquisitive apportant des améliorations aux conditions de travail individuelles des salariés. Cette négociation décolle pour une élévation vers le pouvoir (86) en matière de réorganisation, de technologie, du

temps de travail, de gestion prévisionnelle de l'emploi (87) sans qu'il s'agisse d'un pouvoir de codécision un tant soit peu situé en amont. En somme les syndicats risquent fort d'être instrumentés pour à la fois phagocytter les comités d'entreprise qui ont montré quelques capacités de résistance et d'autonomie et pour servir de vecteur avalisant les décisions patronales dans des accords collectifs.

Une concurrence entre délégués syndicaux et comités d'entreprise est instaurée sans pour autant qu'on ne perçoive en rien les contreparties sérieuses améliorant l'efficacité, le poids des syndicats (88).

Les contreparties de ces accords qualifiés de donnant-donnant (89) sont à chercher à la loupe en matière d'emploi, de reclassement, d'indemnisation. De façon sommaire on pourrait considérer que l'opération consiste pour les syndicats à échanger garanties de procédures, délais, droits d'intervention des comités d'entreprise contre la négociation d'un plan de sauvegarde peut-être amélioré. Il s'agirait en quelque sorte de troquer des droits qui permettent d'établir un certain rapport de force contre un accord sur des mesures de reclassement qui elles relèvent d'une obligation sérieuse de moyens à la charge des employeurs, obligation dont le non-respect peut être sanctionné efficacement (90). La contrepartie serait donc la contractualisation d'une obligation légale maintenant bien établie. Ainsi sans vérification préalable puisque ni information ni consultation et expertise n'ont eu lieu, les employeurs peuvent obtenir en gonflant leur projet de suppression d'emplois ou en dramatisant la restructuration décidée, obtenir des concessions en délais, procédures, etc. plusieurs exemples récents illustrent cette technique de chantage, de contrainte forçant la signature (91).

Alors l'on perçoit ici ou là des clauses qui, à première vue, apparaissent comme des contreparties pour certains négociateurs syndicaux et les auteurs du bilan établi par la DGEFP (92). Pêle-mêle on trouve l'appel à des prestataires de services en reclassement, des consultants, l'expertise économique payée dès les consultations du Livre IV, des crédits d'heures supplémentaires (93), des

(81) Cf. S. Nadal p. 307.

(82) Voir *supra*.

(83) Les mesures de mobilité, d'adaptation, de flexibilité, etc. impliquent souvent des modifications de conditions essentielles du contrat de travail entraînant des propositions d'avenants. Cf. I. Meyrat dans le présent numéro p. 296.

(84) Même enrobées sous forme d'accord.

(85) La formule de J.-M. Béraud, préc. est particulièrement évocatrice.

(86) *Ibid.*

(87) Cf. T. Katz p. 322 et M.-F. Bied-Charreton p. 343 dans le présent numéro.

(88) T. Grumbach, "Redonner aux syndicats le pilotage de la négociation sur l'emploi", SSL n° 1152, p. 17. Malgré de nouveaux efforts de lecture on ne parvient pas à saisir en quoi

échanger du temps contre un coût supérieur pour l'emploi à la charge de l'employeur serait une contrepartie pour qui que ce soit. Les salariés seront licenciés plus vite et donc moins longtemps bénéficiaires d'un salaire.

(89) Ce qualificatif existe dans de nombreux accords.

(90) F. Héas, *Le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ 2000.

(91) L'accord de méthode de Bosch France SA est de ce point de vue caractéristique, mais les péripéties Nestlé Perrier sont, elles aussi, caractéristiques. Il ne suffit pas qu'un syndicat majoritaire ne s'oppose pas, il faut qu'il adhère, même si l'accord initial toujours minoritaire, certes, retrouvait sa validité.

(92) Préc.

(93) En matière de crédits d'heures, par exemple il était couramment admis qu'un projet de restructuration constituait une circonstance exceptionnelle permettant les dépassements.

systèmes d'information des salariés. Le tout est agencé et utilisé par de nouvelles institutions ou commissions souvent paritaires *ad hoc* aux noms des plus séduisants. S'agit-il de contreparties, de moyens nouveaux accordés aux syndicats ou bien d'un déplacement des moyens et droits des comités d'entreprise édulcorés vers une institution d'un type nouveau convenu, non issue de l'élection mais qui va pré-digérer dans des délais imposés et records le travail des membres élus des comités d'entreprise.

Cette création d'un droit interne (internalisé) adapté, donc *a priori* efficace pour ses promoteurs (94), modifie la donne. L'accord d'entreprise devient une source officielle du droit, la généralisation de ce qui est présenté au départ comme expérimental pousse à rendre in-effectives, fictives les normes légales, en l'occurrence ici les comités d'entreprise. Alors, la loi devient adaptable, modifiable, contestable. Les grandes entreprises, avec leur puissance, développent cette décentralisation inégalitaire du droit. Leur émancipation par rapport à la loi et aux conventions collectives pose d'autant plus de problème qu'elle est maintenant autorisée au niveau flou des groupes à périmètre flexible (95) très mal maîtrisé par les organisations syndicales (96).

L'autorégulation conventionnelle interne aux entreprises cache en fait le développement de décisions autoritaires accompagnées de "*compensations*" indemnitaires.

Dans ce contexte de restructurations, les directions recherchent des interlocuteurs syndicaux qu'elles vont reconnaître, dont elles ont besoin, pour qu'ils apposent leurs signatures, légitimant des décisions contraignantes pour les salariés (97), garantissant ainsi une certaine paix sociale. Les syndicats qui ont négocié ces accords et signé se retrouvent souvent dans la position de défenseurs du processus engagé, y compris lors de contentieux.

Voilà que des contraintes conventionnelles vont pouvoir peser à la fois sur les salariés et une instance de

leur représentation majeure, le comité d'entreprise. Les salariés sont en quelque sorte cantonnés dans le système décidé dans l'entreprise, tenus de ne plus en sortir, de ne plus recourir à des arbitrages ou à des contrôles de légalité extérieurs.

Les accords on le sait ont vocation à assurer la sécurité juridique des opérations de restructuration. Pour autant l'on peut espérer qu'un accord illégal pourra être annulé et ne produire aucun effet et que la procédure elle-même sera nulle et pas simplement irrégulière (98) et les licenciements eux même annulés, la réintégration ordonnée. Dans le cas contraire, plus les accords sont illégaux, les procédures accélérées, les licenciements rapidement notifiés, la fraude manifeste, moindre serait la sanction.

Pour reprendre une expression de M.-A. Souriac, à propos de la loi du 4 mai 2004 (99) "*le droit à la négociation en viendra t-il à prendre la forme paradoxale d'un droit à ne pas négocier, à ne pas conclure*" (100). La formule est particulièrement adaptée aux dérogations autorisées par l'article L. 320-3, d'autant qu'il est observé que dans l'immense majorité des cas c'est la direction de l'entreprise qui prend l'initiative des accords en question en présentant un projet détaillé soumis aux organisations syndicales.

Le souci patronal de paix sociale et judiciaire apparaît comme évident dans de nombreux accords contenant des clauses appuyées sur leur durée. Bien sûr, il est mentionné une obligation d'exécution loyale assortie d'un renoncement à des dénonciations anticipées et à agir en justice pendant la durée de l'accord. De façon plus subtile des mécanismes de conciliation préalable sont instaurés. Comme l'accord porte essentiellement sur les droits d'intervention des comités d'entreprise, ces accords semblent leur imposer le respect de ces clauses. Ces renoncements contractualisés ne sont pas opposables aux syndicats non-signataires (100 bis) et encore moins aux comités eux-mêmes (101). Mais l'effet pour des comités d'entreprise qui voudraient par

(94) Les petites affiches n° spécial sur les accords de méthode, J. Barthélemy, H. Landier, précité et l'idée n'est pas neuve elle était déjà reprise par J. Barthélemy, "La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise", Dr. soc. 1990, n° 7-8, p. 580.

(95) B. Teyssié, "Les conventions et accords collectifs de groupe", Les Petites affiches n° 97, p. 59.

(96) Les comités de groupes aux compétences et droits embryonnaires et lents ne représentent pas une force complémentaire alors que le couple syndicat-CE bien organisé peut être pertinent. D. Boulmier, "La navette sociale", précité.

(97) Les revues spécialisées de management se sont fait l'écho des difficultés créées par la restructuration, y compris pour les salariés non visés encore par les mesures de mobilité, etc.

(98) P.-H. Antonmattéi (précité) n'est pas très sûr de lui et tente de distinguer selon que le processus est encore en cours ou achevé. Selon lui, dans le premier cas, la procédure et les projets de licenciement pourraient être seulement suspendus et

si l'employeur a obtenu un accord expéditif, les licenciements ouvriraient seulement droit à des dommages-intérêts au titre de l'article L. 122-14-4, alinéa 3. Alors qu'en réponse à des questions J. Barthélemy, sans faire autant de manières, estime qu'ils doivent être annulés purement et simplement. Interview SSL 2004 n° 1152, p. 36.

(99) Et notamment au regard de l'article L. 132-23 alinéa 4 qui autorise les négociateurs d'entreprise à déroger aux accords de branche si ceux-ci ne l'interdisent pas. P. Rennes, "Alertez les fédérations", Options, magazine de l'UGICT-CGT, n° 465, p. 9.

(100) M.-A. Souriac, "L'articulation des niveaux de négociation", Dr. soc. 2004, p. 589.

(100 bis) F. Saramito "Les droits des organisations syndicales non signataires", Dr. Ouv. 2003 p. 1.

(101) Cf. note 70 et les limites de la stipulation pour autrui.

exemple contester les irrégularités de consultation, de réunion, peut être désastreux compte tenu des délais très courts que la loi fixe pour exercer ces recours.

Les mesures de mobilité géographique et professionnelle décidées dès le début (avant la procédure des Livres IV et III), couplées avec l'individualisation des propositions de modifications des contrats (102) et les divers modes de rupture négociée (103), analysés dans de nombreux accords couvrent en fait toutes sortes de manœuvres et de pressions individuelles désarmant chaque salarié peu en capacité d'évaluer à l'avance le sort qu'il ne découvrira que plus tard (104).

Accords de sécurisation juridique et de paix sociale vont paradoxalement peut-être amener les entreprises à retrouver le chemin du Livre III qu'elles ont contourné massivement depuis dix ans (105) pour ainsi éviter les requalifications et les réintégrations efficaces de salariés victimes de ruptures en tous genres cachant des suppressions d'emplois sans plan de sauvegarde de l'emploi (106).

On sait maintenant que la confusion des genres dans le système dual de représentation des salariés est le lot habituel des représentants fragiles et peu syndiqués (107). Représenter les intérêts des travailleurs ne veut pas dire engager les membres de groupe dont les intérêts ont été exprimés (108).

Il y a une grosse différence entre les passerelles, la complémentarité syndicat-comité d'entreprise instaurées au fil des temps par les syndicats combattifs, la jurisprudence, la loi, et la substitution de l'accord

contractuel au débat organisé. Il y a une différence aussi entre une pseudo codécision et une confrontation productive.

Le comité d'entreprise peut éclairer, informer, améliorer l'action des syndicats pour la négociation et en vérifier les effets pour les salariés. L'action revendicative, syndicale peut vivifier, enrichir l'intervention des comités (109). Ce système dual syndicat-comité d'entreprise mérite un renforcement sérieux, mais avec les délégués du personnel et le CHSCT il constitue, garantie par la loi, une chance pour une intervention diversifiée des salariés.

La substitution des genres amorcée par la loi du 18 janvier, expérimentée dans des situations de faiblesse syndicale, est conceptualisée dans les propositions de conseil d'entreprise du rapport De Virville ou dans les nombreux écrits de J. Barthélemy et autres (110) prônant un contrat collectif.

Les droits des comités d'entreprise ont connu une évolution lente, mais certaine, appuyée sur les besoins, façonnée par les luttes, la jurisprudence et la loi à plusieurs reprises. La loi de modernisation sociale avait apporté quelques précisions utiles et un certain pouvoir contraignant au débat alternatif (111) assorti d'un arbitrage extérieur possible au moins pour les grands licenciements. Des recours nouveaux étaient peut-être à la portée des salariés.

Ne pas le rappeler laisserait entendre qu'il faudrait s'adapter à l'air du temps (112), renoncer à contrebalancer le pouvoir patronal et donc consentir à accompagner les restructurations.

**Pascal Rennes**

(102) I. Meyrat dans ce numéro p. 296.

(103) Soc. 2 décembre 2003, Dr. Ouv. 2004, p. 237, note F. Héas dans l'arrêt *Crédit Lyonnais*, l'accord collectif mentionnant ces départs paraît avoir "moralisé" la négociation individuelle de la rupture.

(104) Le délai de douze mois de l'alinéa 2 de l'article L. 321-16 oblige à une réaction d'autant plus rapide que beaucoup de salariés vont être pris dans le circuit transitoire des conventions "personnalisées" de reclassement pendant un certain temps, alors que ce délai court depuis la notification du licenciement. Cf. H. Tourniquet *supra*.

(105) Cf. note 1.

(106) CA Versailles (6<sup>e</sup> Chambre), 9 novembre 2004, Dr. Ouv. 2004, p. 497 n. M. Bonnechère. Alcatel et ses filiales ont pratiqué des plans sociaux "au black" tolérés par certains syndicats. Mais les limites semblent avoir été atteintes.

(107) C'est un constat de l'enquête Réponse DARES, précitée.

(108) A. Lyon Caen, article Dr. Ouv. 1986, préc.

(109) G. Lyon-Caen est revenu à maintes reprises sur le potentiel d'efficacité de ce couple et les spécificités de chacune des institutions et cela déjà dans l'article "Critiques de la négociation collective", précité.

(110) Le numéro de novembre 2003 des Petites affiches est particulièrement parlant. L'on perçoit même une défiance avec l'idée de négociation au sein d'une instance élue, les auteurs cherchent une représentation *ad hoc* de la communauté des travailleurs capables de passer des contrats synallagmatiques.

(111) A. Lyon-Caen, "Le comité d'entreprise et les restructurations", Dr. soc. 2004, p. 289.

(112) L'air du temps annoncé pour les 100 jours est lourd de nouvelles menaces pour le droit du travail.