

COMMISSION OUVERTE DE DROIT SOCIAL

Formation continue

thème: **Les licenciements pour motif économique**

seconde partie : **information - négociation - consultation**

intervenante(s) : **Sandrine Losi** (cabinet Jacques Barthélémy et associés)

et **Pierre Bouaziz** (cabinet Bouaziz-Benamara)

séance du : 10 février 2005

Compte rendu de la réunion établi par Émilie Morin (élève avocate) et relu par les conférenciers

Les licenciements pour motif économique **seconde partie : information - négociation - consultation**

La réunion de la Commission de Droit social du Barreau de Paris, qui s'est tenue le jeudi 10 février 2005 sous la présidence de Paul Bouaziz, fait suite à une première séance du 27 janvier 2005, où il avait été question de la définition du licenciement pour motif économique.

Lors de cette seconde partie, plusieurs thèmes de la Loi de programmation pour la cohésion sociale, du 18 janvier 2005, ont été abordés par **Sandrine Losi** (cabinet Jacques Barthélémy et associés) et **Pierre Bouaziz** (cabinet Bouaziz-Benamara) .

Les enjeux majeurs de cette réunion de la commission étaient de déterminer si cette nouvelle loi constitue ou non une "avancée" en matière de licenciement pour motif économique, mais également d'identifier les interrogations qu'elle apporte.

Plan de cette séance

I/ La négociation, par Sandrine Losi

- Une nouvelle obligation triennale de négocier (article L. 320-2 C.trav.)
- Les accords de méthode (article L. 320-3 C. trav.)
- Débat

II/ La concomitance, par Pierre Bouaziz

- Une consécration légale d'un principe dégagé par la jurisprudence: modification de l'alinéa 2 de l'article L. 321-3 C.trav.
- Débat

III/ L'ordre du jour, par Sandrine Losi

- Les articles L. 334-3 et L. 435-4 relatifs à l'élaboration de l'ordre du jour
- Débat

IV/ Procédure de licenciement quand dix personnes et plus refusent d'accepter une modification du contrat de travail, par Sandrine Losi

- Le nouvel article L. 321-1-3 C. trav.
- Débat

V/ La sécurisation des procédures et la contestation des accords de méthode, par Pierre Bouaziz

- L'article L. 321-16 C.trav. relatif aux délais pour contester de la régularité de la procédure de consultation (15 jours) ainsi que la régularité ou la validité du licenciement (12 mois)
- L'article L. 320-3 C. trav. relatif au délai dans lequel il est possible de contester un accord de méthode
- Débat

VI/ La date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, par Pierre Bouaziz

(L'article 78 de la Loi du 18 janvier 2005)

- Le choix du législateur
- Domaine de l'application immédiate de la loi nouvelle aux procédures déjà engagées

I- La négociation, intervention de Sandrine Losi

L'une des priorités affichées par le législateur était d'inciter plutôt au dialogue qu'à la confrontation, à la négociation plutôt qu'au conflit.

En effet, le régime des licenciements économiques souffrait jusqu'à présent d'un triple handicap :

- régime davantage centré sur une "gestion à chaud" des difficultés et n'incitant pas les entreprises à anticiper sur les évolutions de l'emploi,
- régime procédurier,
- régime inégalitaire notamment en terme de garantie de reclassement lorsque le salarié est occupé dans une petite entreprise ou compris dans un petit licenciement (moins de 10 personnes).

Face à ce constat, le gouvernement s'est fixé plusieurs objectifs :

- **plus d'anticipation**
- **plus de dialogue**
- **plus d'adaptabilité**
- **plus de sécurité.**

Lesquels objectifs correspondent d'ailleurs aux points de convergence qui s'étaient dégagés au cours de la négociation interprofessionnelle qui n'a pu aboutir.

Pour parvenir à ces objectifs, l'outil prioritaire est celui de la négociation, largement "encouragée" par la Loi du 18 janvier 2005.

L'idée étant d'anticiper les changements dans le cadre d'une "gestion à froid" et négociée.

A- Négociation obligatoire dans l'entreprise ou le groupe (L. 320-2 du Code du travail)

Les groupes et les grandes entreprises (celles qui emploient 300 salariés au moins, ainsi que les entreprises et les groupes de dimension communautaire [au sens du champ d'application du comité de groupe] comportant au moins un établissement ou une entreprise de 150 salariés en France), se voient imposer **une obligation triennale de négociation.**

Observation

L'obligation peut porter sur les entreprises implantées en France et occupant 150 personnes si elles appartiennent à un groupe...

La négociation porte obligatoirement sur :

- 1) les modalités d'information et de consultation du comité sur la stratégie (globale) de l'entreprise et sur ses effets prévisibles sur l'emploi et sur les salaires.

Interrogations

La rédaction initiale de cet article a été modifiée au cours des débats. Au départ, la négociation devait porter sur "la stratégie de l'entreprise". Le texte final paraît plus réaliste car comment imaginer qu'une entreprise puisse négocier sur la manière dont elle va arrêter ses orientations. Et ce d'autant que le niveau de décision est souvent "ailleurs"; les entreprises implantées en France se voyant souvent imposer les décisions prises par la société mère implantée dans un autre pays.

Il faut donc comprendre le nouveau texte de loi comme ne portant que sur la manière dont le comité d'entreprise va pouvoir être informé et consulté une fois la stratégie arrêtée (notamment en cas d'opérations complexes, prévoyant différentes étapes décisionnelles; à quel moment le comité d'entreprise doit être informé et consulté?; quelles sont les informations que le comité doit recevoir?; etc.)

NOTA : l'article L. 432-1 du Code du travail est revenu à sa version antérieure à la Loi du 17 janvier 2002 : *"Le CE est obligatoirement saisi en temps utile des projets de compression des effectifs. Il émet un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application."*

Quelle est la valeur des engagements pris avec les partenaires sociaux vis-à-vis du comité d'entreprise? Ont-ils une valeur contraignante? Déjà, l'on peut envisager qu'une représentation mandatée participe aux négociations afin de tenter d'obtenir la "signature" des élus au-delà de l'avis donné sur la consultation préalable avant la signature de l'accord. Mais quid en cas de changement de majorité du comité d'entreprise pendant la période de trois années?

- 2) La mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, ainsi que des mesures d'accompagnement susceptibles de lui être associées, en matière de formation en particulier, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétences ainsi que **d'accompagnement de la mobilité professionnelle et géographique des salariés.**

Observation

L'article L. 432-1-1 du Code du travail prévoyait déjà l'information et la consultation du comité d'entreprise, chaque année, sur la GPEC. Désormais, elle entre dans le champ de la négociation obligatoire. Néanmoins, la

grande nouveauté est que l'on va pouvoir réellement anticiper puis-qu'il sera possible de construire le cadre conventionnel d'une véritable GPEC par la mise en place, notamment, des mesures de mobilité professionnelle et géographique sans passer préalablement par la présentation d'un plan de sauvegarde de l'emploi. En effet, la jurisprudence FRAMATONE et MAJORETTE, qui mettait un frein à la mise en place d'une vraie GPEC, n'a plus cours.

3) Cette négociation triennale doit avoir lieu en même temps que celle sur les conditions d'accès et de maintien dans l'emploi des salariés âgés et de leur accès à la formation professionnelle (**article L. 132-27 alinéa 2 modifié**).

Observation

Ce thème de négociation, qui faisait déjà partie de la négociation obligatoire, ne concerne donc plus aujourd'hui que les entreprises occupant 300 salariés et plus ou les entreprises de dimension communautaire comprenant un établissement ou une entreprise de 150 salariés implanté en France.

4) Cette négociation peut également porter sur le contenu des accords de méthode mentionnés à l'article L. 320-3 du Code du travail.

5) Si un accord de groupe est conclu sur ces thèmes, les entreprises comprises dans son périmètre sont réputées avoir satisfait à leur obligation.

Interrogations

À partir de quand l'employeur va-t-il devoir mettre en œuvre la première négociation? L'on peut penser que l'employeur dispose de trois années à compter de la publication de la loi et que l'obligation ne naît pas dès 2005.

Les comités d'entreprise, voire les organisations syndicales, pourraient-ils exiger de l'employeur qu'il engage la négociation avant ce délai en cas de procédure de licenciement? À priori, non.

Que se passera-t-il lorsque l'employeur aura négocié dans le cadre de ce nouveau dispositif et mettra néanmoins en œuvre une procédure de licenciement?

À l'inverse, que se passera-t-il lorsque l'employeur n'aura pas négocié pendant les trois années mais engagera cependant une procédure de licenciement? Le comité d'entreprise, les syndicats, pourront-ils exiger l'engagement de cette négociation, voire une consultation, si elle n'a pas eu lieu, avant la poursuite de la procédure de licenciement?

B- Négociation obligatoire dans la branche

Une négociation triennale obligatoire est instituée dans la branche sur les matières définies à l'article L. 320-2 du Code du travail portant sur la négociation d'entreprise (**article L. 132-12-2 nouveau**).

Observation

Ces nouveaux thèmes obligatoires de négociation de branche ne sont pas en revanche ajoutés à la liste des thèmes dont une convention collective de branche doit obligatoirement traiter pour être étendue (**cf. article L. 133-5 du Code du travail**).

C- Les accords de méthode (article L. 320-3 du Code du travail)

Nés de la pratique, ils ont été institués, à titre expérimental, par la Loi Fillon du 3 janvier 2003.

Ils sont désormais pérennisés par l'article 72 paragraphe 1 de la Loi du 18 janvier 2005 et voient leur champ d'intervention élargi (**cf. article L. 320-3 nouveau du Code du travail**).

L'objectif était, selon le gouvernement, de permettre un traitement négocié et, si possible, à froid, donc en amont des restructurations et des licenciements économiques.

Observations: Le bilan des accords de méthode (source DGEFP)

Moment de la signature : très majoritairement, à chaud, c'est-à-dire en lien avec une restructuration devant être menée à plus ou moins court terme.

Contenu : sécuriser les procédures en calant le rythme de la procédure (calendrier), le renforcement du dialogue social, la recherche des conditions d'un reclassement plus efficace, notamment une négociation - avant l'heure - du contenu du PSE (70 % des accords de méthode signés).

1) Niveau de conclusion

Les accords de méthode peuvent désormais être conclus au niveau :

- de l'entreprise ;
- du groupe (cette possibilité, nouvelle par rapport à la Loi du 3 janvier 2003, prend en considération la consécration législative de la négociation de groupe dans la Loi du 4 mai 2004 relative au dialogue social);
- ou de la branche. La consécration de ces accords de méthode au niveau de la branche est également nouvelle.

Ils doivent permettre l'application directe de l'accord de méthode dans des PME dénuées de représentation syndicale.

2) Modalités de conclusion

Bien que la Loi nouvelle soit muette à ce sujet, les accords de méthode sont avant tout des accords collectifs soumis en tant que tels au droit commun de la négociation collective telle qu'issue de la Loi du 4 mai 2004 relative au dialogue social (**article L.132-2-2 du Code du travail**).

Ainsi:

- **si un accord de branche l'a prévu, les accords doivent être conclus selon la majorité d'engagement (avoir obtenu au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour;**
- **en l'absence d'accord de branche ou si l'accord a préféré cette option: absence de majorité d'opposition.**

Observations

Dans la version initiale du projet, il était exigé que les accords de méthode soient des accords "majoritaires" comme pour les accords expérimentaux issus de la Loi Fillon.

Même s'il n'en est pas fait mention dans la Loi, la jurisprudence EDF devrait continuer à imposer de consulter le comité d'entreprise préalablement à la signature d'un accord de méthode: "*Le CE doit être informé et consulté préalablement à la signature d'un accord collectif portant sur une question relevant de ses attributions.*" (Cass. soc. 5 mai 1998).

3) Contenu

Le champ d'intervention des accords de méthode a été élargi par rapport à celui prévu par la Loi Fillon du 3 janvier 2003.

Il s'agit toujours néanmoins **d'accords dérogatoires aux Livres III et IV du Code du travail**, qui fixent les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur projette d'élaborer un PSE.

Ces accords peuvent porter sur:

- Les conditions de l'information et de la consultation du comité d'entreprise

Le contenu des accords de méthode reste centré sur **les règles procédurales concernant le comité d'entreprise**.

Il s'agit, par dérogation aux dispositions des Livres III et IV, de fixer les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise lorsque l'employeur projette de prononcer un licenciement économique de dix salariés au moins sur une période de 30 jours, et, en particulier, les conditions dans lesquelles le CE:

- . est réuni et informé de **la situation économique et financière de l'entreprise;**
- . peut formuler des propositions alternatives au projet économique à l'origine d'une restructuration ayant des incidences sur l'emploi ;
- . et **obtenir une réponse motivée de l'employeur à ses propositions.**

(**article L. 320-3 alinéa 2 nouveau**)

Concrètement, ces accords peuvent notamment déroger au nombre de réunions prévues au titre des Livres III et IV du Code du Travail, au délai qui les sépare, à l'articulation des consultations respectives du CCE, des comités d'établissements et, éventuellement, des CHSCT, aux modalités de recours à l'expert comptable, à la détermination des moyens renforcés donnés aux représentants du personnel, à la mise en place d'instances de négociation et/ou de concertation, etc.

- La mise en œuvre d'actions de mobilité

Les accords de méthode peuvent désormais organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle (reclassement) et géographique au sein de l'entreprise et du groupe.

Observation

Alors que jusqu'à présent, la mise en place d'actions de mobilité avant la fin de la procédure d'information consultation ne pouvait être obtenue que par "accord" avec le CE, désormais, cette mise en œuvre peut être négociée dans les accords de méthode (ce que certains accords expérimentaux avaient d'ailleurs testés bien que non prévu par la loi Fillon).

À "combiner" éventuellement avec la négociation sur la GPEC, et à froid.

Ne pas oublier le CHSCT.

- L'anticipation du contenu du PSE

Les accords de méthode peuvent aussi déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du PSE fait l'objet d'un accord et même anticiper le contenu de celui-ci.

Observation

Est-ce à dire que le PSE peut être totalement établi dans le cadre de la négociation de l'accord de méthode et que la consultation du CE sur le PSE est, de fait, simplement formelle ?

Cette position paraît contestable. Même si l'accord de méthode peut désormais anticiper sur le contenu du PSE, il doit toujours faire l'objet d'une information/consultation devant le CE et pouvoir être modifié, amélioré, etc.

Si c'est le contenu lui-même du PSE qui fait l'objet d'un accord de méthode, quel peut être le contrôle judiciaire? Quelle peut être la sanction? L'article L. 321-4 s'applique-t-il à un PSE négocié?

À priori, la signature d'un accord de méthode permet de se donner une chance de pacifier la procédure mais, en cas de contestation, le juge judiciaire retrouve son plein pouvoir d'appréciation quant à la validité du plan. En cas de vacuité, la sanction doit être la même qu'il y ait accord ou pas.

- Les thèmes non ouverts à la négociation

Le Législateur a fixé des limites à la négociation des accords de méthode. Ainsi, il ne peut déroger à :

- . l'article L. 321-1 alinéa 3 : un licenciement économique ne peut être prononcé qu'en l'absence de reclassement interne possible ;
- . l'article L. 321-4 alinéas 1 à 11 : dispositions définissant les obligations générales de l'employeur envisageant un licenciement collectif en matière d'information des IRP et de réponse motivée à leurs suggestions ;
- . l'article L. 321-9 traitant des licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaire ;
- . l'article L. 431-5 posant les règles générales de l'information consultation du comité d'entreprise.

Observation

Quid des dérogations interdites par la circulaire d'application de la Loi Fillon? L'on peut penser qu'elles n'ont plus lieu d'être ; si ce n'est qu'elles portent sur les dispositions que l'on peut considérer comme excédant le champ ouvert à l'accord de méthode, à savoir "les accords peuvent fixer par dérogation aux dispositions du Livre III et Livre IV les modalités d'information et de consultation du CE."

Ainsi, ne pourraient être modifiées dans l'accord de méthode les règles légales relatives :

- . à l'ordre de licenciement ;
- . à la priorité de réembauchage ;
- . aux délais de notification des licenciements ;
- . aux dispositions relatives au contrôle de l'administration du travail ;
- . au droit du CE de recourir à un expert comptable selon l'article L. 434-6 (?).

4) Contestation

La Loi Borloo cherchant à améliorer la sécurité juridique fixe le cadre des actions judiciaires permettant de contester les accords de méthode.

Ainsi, toute action en contestation visant tout ou partie des accords de méthode doit être formée, à peine d'irrecevabilité, dans **un délai de trois mois** à compter de son dépôt.

Ce délai est néanmoins porté à **douze mois** pour les accords qui déterminent ou anticipent le contenu du PSE.

NOTA: ce délai se substitue au délai de droit commun de cinq années posé à l'article 1304 du Code civil pour l'action en nullité ou en révision des conventions.

Interrogation

Le délai de contestation sera parfois difficile à établir.

Ainsi, les actions de mobilité géographique et professionnelle insérées dans un accord de méthode constituent-elles une mesure préventive ou une mesure anticipative d'un PSE?

Quid des départs négociés?

DÉBAT EN SÉANCE SUR LES THÈMES ABORDÉS

Question de l'auditoire: Est-ce normal que dans un même accord soient prévus à la fois de la mobilité interne et des départs volontaires? (réduction des droits des comités d'entreprise, obligation à la mobilité des salariés que l'entreprise souhaite garder...).

Réponse de Sandrine Losi: Le fait d'anticiper permet d'appréhender très tôt les adaptations, voire les changements, nécessaires en termes de compétences, de métiers, etc. Pouvoir négocier très en amont avec les syndicats sur les évolutions nécessaires et les moyens pour y arriver, notamment en termes de formation, et pouvoir ainsi éviter les licenciements sans écarter les départs volontaires de ceux qui ne souhaiteront pas adhérer au projet, constituent une réelle avancée.

Réplique de l'auditoire: Les accords de méthode expérimentaux conclus sous l'empire de la loi Fillon vont souvent loin dans l'anticipation du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et la détermination des mesures qu'il va contenir (exemple : les indemnités complémentaires transactionnelles du PSE). Or, en pratique, sur ce type de sujets, la réaction des élus n'est pas forcément identique à celle des organisations syndicales, car les majorités sont souvent différentes. Le comité d'entreprise, qui reste attaché à ses prérogatives, a le sentiment que le PSE négocié avec les organisations syndicales est un "paquet non négociable"...

Réponse de Sandrine Losi: Les élus ont aussi des responsabilités, c'est à eux de faire évoluer la discussion. Ils en ont les moyens juridiques, même si le PSE a été négocié avec les organisations syndicales au préalable.

Réplique de l'auditoire: Mais en pratique la discussion se fige dès le départ. Le plan est à 90% celui qui sera adopté par les élus.

Réplique de Paul Bouaziz: Le fond du problème est le suivant : le législateur voulait réduire les prérogatives des élus du personnel par rapport à celles des organisations syndicales.

Alors deux cas de figure distincts se présentent dans cette situation :

soit la négociation préalable sur le PSE a lieu normalement avec les organisations syndicales, mais en les traitant non plus comme des organisations syndicales qui peuvent majoritairement signer un accord, mais comme

des organisations syndicales qui doivent représenter également la majorité des voix aux élections du comité d'entreprise au premier tour. Si l'accord se passe dans ces conditions, le mécanisme reste honnête et les intérêts des salariés sont respectés, ceux des élus et des organisations syndicales coïncidant; Soit, au contraire, il est possible de penser que certains employeurs, prenant appui sur cette loi, s'octroient un nouveau droit et veulent opposer les organisations syndicales aux élus. Donc soit le dialogue social peut bien fonctionner, soit, au contraire, il y aura une multiplication du contentieux.

Réplique de Pierre Bouaziz: Cette possibilité de négocier le PSE n'est pas une nouveauté des Lois Fillon et/ou Borloo, l'article L. 321-6 alinéa 2 du Code du travail prévoyait déjà cette négociation depuis longtemps. Il s'agit d'une question de rapport de forces au sein de l'entreprise. Les élus peuvent tout à fait estimer que le document qui leur est soumis ne va pas, est carrent par rapport à la situation de l'entreprise.

Remarques diverses de Pierre Bouaziz

Concernant la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) :

Contrairement à ce qu'a exposé Sandrine Losi, je pense qu'à partir du moment où l'entreprise n'a pas respecté les obligations qui existaient avant l'entrée en vigueur de la loi, elle ne peut entamer sa procédure de licenciement qu'en commençant par négocier une GPEC.

Ainsi, le délai de trois ans ne commence à courir maintenant que si ce qui existait dans les textes antérieurs a été respecté. Si tel n'a pas été le cas, il faut commencer à négocier dès maintenant.

Concernant la notion d'accord dérogatoire :

On peut se demander ce qu'est un accord dérogatoire. Selon la thèse de Gilles Bélier, si on négocie autre chose que ce que le Code du travail prévoit, il s'agit d'un accord dérogatoire et il faut passer par un accord de méthode, et ce même s'il s'agit d'une mesure plus favorable à l'institution représentative du personnel (ceci est confirmé par un jugement du TGI de Nanterre concernant les accords de méthodes Fillon).

II/ La concomitance (article L. 321-3 al. 2 du Code du travail), intervention de Pierre Bouaziz

A- La "légalisation" de la concomitance

L'article 71-I de la loi modifie le 2e alinéa de l'article L. 321-3 du Code du travail et prévoit que l'employeur qui projette d'effectuer un licenciement collectif pour motif économique peut mettre en œuvre concomitamment la procédure prévue par les articles L. 432-1 et L. 321-3.

Est ainsi clairement affirmé, dans la loi, un principe dégagé par la jurisprudence.

Tous les principes qui en sont issus continueront à s'appliquer.

Bref rappel: concomitance ne veut pas dire confusion. Les deux procédures, celle au titre du Livre IV et celle au titre du Livre III, doivent être conduites de façon distincte et doivent toutes les deux être respectées.

Cela signifie que:

1° Il doit y avoir deux ordres du jour distincts, l'un sur le Livre IV, l'autre sur le livre III; Ces points peuvent, bien évidemment, être abordés au cours d'une même réunion.

2° Deux documents d'information distincts doivent être donnés aux élus ;

3° L'expert est désigné dès la première réunion, ce qui lui permet d'intervenir sur l'ensemble du processus dont est saisi le comité d'entreprise, c'est-à-dire tant sur la réorganisation elle-même (ses motifs, ses fondements économiques, etc.) que pour l'analyse du plan de sauvegarde de l'emploi et des mesures qui y sont prévues;

4° Application des délais "les plus favorables": tout dépendra de la nature et de l'importance du projet, des questions posées par les représentants du personnel, de la bonne ou de la mauvaise volonté de la direction pour donner au comité et à son expert les éléments dont il a besoin afin de pouvoir appréhender dans sa totalité le projet et ses conséquences, des conditions des discussions sur le plan de sauvegarde de l'emploi, de la bonne ou de la mauvaise volonté de la direction à mettre en place des processus destinés à éviter ou à limiter le nombre de licenciements, etc.;

5° Nombre d'avis le comité : dans l'arrêt DIAC la Cour de Cassation a rappelé que dans la mesure où les deux procédures devaient être respectées, le comité d'entreprise devait émettre un avis d'une part sur le livre IV, d'autre part, sur le livre III et ce de façon distincte.

La question du "décrochage" de la concomitance n'a jamais été réglée clairement par la jurisprudence, la seule décision étant une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Nanterre du 23 septembre 1998 qui a estimé qu'il ne pouvait y avoir de décrochage au motif que :

"Attendu alors quant à l'objet du litige que force est de constater que les projets d'adaptation de la société Rhône-Poulenc-Rorer-Proparm sont bien de nature à affecter le volume ou la structure de ses effectifs

au sens de l'article L. 432-1, et qu'ils ont donc pour conséquence un projet de licenciement collectif pour motif économique au sens de l'article L. 321-3; que manifestement l'information donnée sur les premiers pour justifier la nécessité des adaptations et en présenter les modalités prévues est aussi préparatoire au projet de licenciement économique collectif, puisque précisément l'une de ces modalités consiste en suppression d'emploi ; qu'au demeurant le document de projet de plan social ne contient aucune information sur les raisons économiques, financières ou techniques du plan de licenciement, telles que prévues par l'article L. 321-4 du Code du travail, se bornant dans ses deux premières lignes à poser que le projet d'adaptation des effectifs rendu nécessaires par les restructurations envisagées entraîne des conséquences en matière d'emploi.

Attendu que dans ces conditions, s'il est incontestable que l'employeur était tenu de mettre en œuvre les deux procédures spécifiques et distinctes des livres IV et III du Code du Travail, il ne peut davantage être sérieusement contesté à raison de leur aspect indissociable, que celles-ci doivent suivre le même sort dans l'intérêt même de l'instance représentative du personnel informée-consultée en lui permettant ainsi d'éclairer l'une par l'autre comme de faire bénéficier l'une des avantages de l'autre, et réciproquement; que cette nécessité est pareillement de nature à assurer par l'entreprise le respect de son obligation de loyauté et de qualité qui lui incombe dans ce domaine ; que c'est bien en ce sens que doit se comprendre l'affirmation incidente par la Cour de Cassation dans son arrêt du 17 juin 1997 (N° 2760 PB société des grands magasins de l'ouest) que « si les deux procédures peuvent être conduites de manière concomitante, sous réserve des délais les plus favorables... » (ordonnance de référé du TGI de Nanterre – 23 septembre 1998 Rhône-Poulenc-Rorer-Proparm).

B- Question: les élus peuvent-ils exiger que la consultation soit faite concomitamment?

Jusqu'à présent et alors que la concomitance était une création jurisprudentielle, il avait été estimé que cette concomitance ne pouvait être imposée à la direction, celle-ci pouvant choisir de la faire ou non.

Sur cette question, il n'y a que très peu de jurisprudence.

La question mériterait d'être à nouveau posée au regard du nouveau texte.

Bien que le texte prévoit expressément que l'employeur **peut** mettre en œuvre la concomitance, on peut s'interroger sur le fait de savoir si les élus peuvent ou non exiger qu'elle ait lieu?

Puisque c'est la direction qui choisit d'initier une procédure de licenciement collectif pour motif économique, il était logique que le texte dise que l'employeur **peut** choisir la concomitance.

En effet, les élus n'ont pas l'initiative d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique.

Au regard de chaque situation, la décision prise par l'employeur de procéder ou non à une consultation concomitante peut être soumise au juge qui a la faculté d'imposer alors la concomitance.

Mais il ne s'agit là que de prospectives.

DÉBAT EN SÉANCE SUR LES THÈMES ABORDÉS

Remarque de Sandrine Losi sur la question de savoir si les élus peuvent exiger que la consultation soit faite concomitamment : Cela paraît bien naturel au regard de l'article L. 321-3 que le choix de la concomitance appartient à l'employeur et que les élus ne peuvent pas imposer que les procédures soient menées concomitamment.

Saisir le juge sur le fait de savoir s'il est plus pertinent de faire du concomitant plutôt que du successif serait développer un contentieux inutile, le juge n'a pas à traiter de cette question. Les textes donnent clairement à l'employeur le choix de la façon dont il compte présenter son projet.

Question de l'auditoire : Quel est l'intérêt du "décrochage" pour les employeurs?

Réponse de Sandrine Losi: Par exemple, lorsque l'on a des procédures dans lesquelles il y a des opérations à mettre en œuvre qui n'ont pas un impact direct sur l'emploi.

Par exemple, si l'employeur souhaite mettre en œuvre des investissements qui n'ont pas d'impact sur l'emploi mais, pour cela, il faut avoir clôturé le Livre IV.

III/ L'ordre du jour articles L. 434-3 et L. 435-4 du Code du travail, intervention de Sandrine Losi

Suivant l'article L. 434-3 modifié par la Loi du 18 janvier 2005 :

"L'ordre du jour est arrêté par le chef d'entreprise et le secrétaire. 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 l'autre."

L'on retrouve une rédaction identique à l'article L. 435-4 du Code du travail lorsque la consultation se tient au niveau du CCE.

Ce texte a la volonté de mettre un terme au contentieux qui s'est développé depuis plusieurs années visant à bloquer les procédures d'information/consultation, en particulier lorsqu'elles concernent les opérations pouvant avoir un impact sur l'emploi, dès l'établissement de l'ordre du jour.

En effet, jusqu'à l'intervention de la Loi du 18 janvier 2005, le principe, qui ne contenait pas d'exception, posait l'obligation de l'établissement conjoint de l'ordre du jour entre le chef d'entreprise et le secrétaire du comité.

Peu importe que les points que l'employeur souhaitait mettre à l'ordre du jour portent sur des consultations obligatoires ou pas (cf Cass. soc. 14 janvier 2003, affaire Euridep).

La loi nouvelle maintient le principe d'un établissement conjoint de l'ordre du jour mais prévoit des exceptions : celles des consultations rendues obligatoires par une disposition législative, réglementaire ou conventionnelle.

Dans ce cas, ces points sont inscrits "de plein droit à l'ordre du jour par l'une ou l'autre des parties."

La loi nouvelle semble donc valider **l'établissement unilatéral de l'ordre du jour dans ces hypothèses.**

Interrogations

Tout d'abord, l'on notera que les articles L. 434-3 et L. 435-4 nouveau Code du travail ont une vocation générale et ne sont pas limités au licenciement économique.

Si la volonté initiale du législateur était d'éviter la multiplication de contentieux que certains qualifiaient de "stériles" car polluant la procédure dès le stade de l'établissement de l'ordre du jour avec le secrétaire du comité d'entreprise, les nouvelles dispositions ne solutionnent bien évidemment pas tout risque de contestations. Mais, ces actions interviendront alors que la discussion aura bien eu lieu en séance avec le comité d'entreprise (contentieux classiques: problème de délai, problème d'insuffisance d'information, etc.).

Cependant, cette nouvelle rédaction ne va-t-elle pas créer de nouvelles sources de contentieux ? Notamment sur la question des consultations "obligatoires" et notamment celles qui auraient pour source un accord collectif.

Par ailleurs, ne doit-on pas craindre des ordres du jour "à rallonge", où chacun voudra que soient portés à l'ordre du jour des points de consultation?

Quid du CHSCT? cf. article L. 236-5 du Code du travail "l'ordre du jour de chaque réunion est établi par le Président et le secrétaire". Ce texte n'est pas modifié.

DÉBAT EN SÉANCE SUR LES THÈMES ABORDÉS

Intervention de Pierre Bouaziz: Je ne suis pas tout à fait d'accord avec ce que vient de dire Sandrine Losi.

Rappel de l'existant

En premier lieu, en pratique, si le secrétaire du comité refuse de signer l'ordre du jour c'est, le plus souvent, parce que le président du comité veut inscrire "consultation" à côté "d'information". Si le terme "consultation" figure à l'ordre du jour de la réunion du comité, le président est en droit d'exiger que les élus émettent leur avis sur le projet qui leurs est soumis, et quoi que fassent les élus (quitter la séance, refuser de voter...), le président est en droit de considérer que l'avis a été rendu, et qu'il peut mettre en œuvre son projet dès la fin de la réunion.

La seule possibilité pour les élus est de voter, au cours de la réunion, une délibération constatant l'irrégularité du processus suivi par la direction (manque d'information...) et de mandater le secrétaire pour qu'il saisisse le juge pour faire annuler la réunion.

Mais en général, il se passe beaucoup de temps entre le moment où la direction a mis en œuvre son projet et le moment où la réunion est effectivement annulée.

Si le juge constate que le processus d'information en vue de la consultation est irrégulière, il dira que les aspects du projet n'ont pas encore été mis en œuvre et ne pourront l'être, mais si, par exemple, des transferts de salariés ont déjà été effectués, ils ne seront pas annulés.

En second lieu, opposer le secrétaire du comité aux élus du comité est un peu factice :

le secrétaire est un élu du comité, désigné par les autres élus. Lorsqu'il décide de s'opposer à la signature d'un ordre du jour, il prend rarement cette décision de son propre chef.

Autre cas de figure : Au cours du processus d'information en vue de sa consultation, le comité votait une délibération interdisant au secrétaire de signer un ordre du jour portant sur l'avis du comité tant que la direction n'avait pas rempli certaines obligations (documents à transmettre, information et consultation d'autres IRP...), il y avait une sorte de "feuille de route" donnée au secrétaire qui savait ce qu'il pouvait faire ou non. Si, au moment de l'élaboration de l'ordre du jour, le président maintenait sa volonté d'inscrire "la consultation" du comité, le secrétaire était "protégé" par la position prise par les élus. Si le juge des référés était saisi, le litige opposait la direction au comité (qui intervenait volontairement à l'instance) et non le président au seul secrétaire. Le juge avait à apprécier si le refus de signer l'ordre du jour (par le comité lui-même) était justifié ou non. Donc, le débat judiciaire avait lieu avant la réunion et les intérêts du comité et des salariés étaient préservés, ce qui n'est pas le cas quand il y a saisine du juge après la réunion et mise en œuvre du projet.

Mais tout ne se passe pas toujours mal: fréquemment le président du comité acceptait d'inscrire à l'ordre du jour l'avis éventuel du comité, dans ce cas, l'ordre du jour était signé sans aucun problème, puisque le président ne pouvait considérer que le comité avait émis son avis.

L'intervention du législateur

Le législateur a voulu "casser" tout ceci, pour que certains projets puissent passer en force. Cela risque de démultiplier les contentieux.

Le principe de l'élaboration conjointe de l'ordre du jour demeure.

Si un employeur convoque directement une réunion du comité, sans procéder à la phase de discussion avec le secrétaire, il est possible de considérer qu'il commet un délit d'entrave, et que la réunion qu'il convoque (sans avoir tenté de négocier l'ordre du jour) est irrégulière.

Cela va conduire le secrétaire à saisir le juge des référés pour faire annuler la réunion ou faire interdire sa tenue.

Si ce premier cap est passé, comme prédemment, à la première réunion une délibération doit être votée pour déterminer les informations à communiquer au comité.

Si la direction ne veut pas communiquer les éléments demandés (elle le dit expressément en séance ou après, par exemple) et avant même d'attendre la seconde réunion, le juge des référés doit être saisi par le comité pour dire si oui ou non la procédure d'information en vue de sa consultation peut continuer tant qu'il n'a pas les informations qu'il estime nécessaire.

En fait, la nouvelle loi, loin de limiter les procédures, va au contraire aiguïser les contentieux. Elle n'améliore pas le dialogue social.

Précédemment, lorsqu'une délibération, telle que celle que j'ai évoqué, était prise, on négociait soit directement entre les élus, soit entre avocats, et on allait à la réunion suivante qu'une fois les problèmes résolus.

Sandrine Losi: Le dialogue social aura désormais lieu en réunion, et non plus avec le secrétaire. De toute façon, il faut bien à un moment ou à un autre inscrire la consultation à l'ordre du jour.

Pierre Bouaziz: Il faut discuter en réunion du comité pour savoir si la fois prochaine la consultation pourra avoir lieu.

Paul Bouaziz: Le président doit-il ou non, dans le cadre d'un processus prévu par la loi ou un accord collectif, informer le secrétaire de ce qu'il entend réunir le comité, pour indiquer l'ordre du jour qu'il entend mettre, même s'il s'agit d'un ordre du jour qui, en cas de refus du secrétaire, sera inscrit de plein droit?

Pierre Bouaziz: Oui

Sandrine Losi: Non, pas forcément, lorsqu'il s'agit d'une consultation obligatoire, celle-ci est inscrite de plein droit à l'ordre du jour comme le prescrit le texte de loi. Il y a une information du secrétaire sur le fait qu'une réunion du comité va avoir lieu avec un ordre du jour où l'employeur va inscrire les points de consultation obligatoire. Il appartiendra au secrétaire de rajouter des points s'il le veut, mais le président n'a pas à lui demander son avis.

Paul Bouazi : Donc il existe tout de même un petit sas de consultation sur l'ordre du jour?

Sandrine Losi: Non, seulement une information.

Pierre Bouaziz: Ce que veut dire le texte, c'est qu'une discussion doit avoir lieu entre le secrétaire et le président du comité pour déterminer l'ordre du jour. À l'issue de cette réunion, si aucun accord n'a été trouvé, le président a le droit de faire ce qu'il veut. Il ne s'agit pas d'imposer d'emblée une vision unilatérale, mais de le faire seulement en dernier recours si aucun accord n'a été trouvé. Il faut informer le secrétaire.

Sandrine Losi: Oui, le président l'informe car chacune des parties a la possibilité de mettre des points à l'ordre du jour. Mais il ne lui demande plus son accord sur les points que lui – l'employeur – entend mettre à l'ordre du jour.

IV/ Procédure de licenciement quand il y a dix refus et plus d'accepter une modification du contrat de travail. Seul le refus du salarié entraîne l'ouverture de la procédure de licenciement (article L. 321-1-3 du Code du travail), intervention de Sandrine Losi

Annoncée de longue date, le législateur revient sur la jurisprudence FRAMATOME et MAJORETTE selon laquelle un plan social devait être présenté au comité d'entreprise dès la proposition d'une modification du contrat de travail à dix salariés et plus.

Cette position de la Cour de cassation était critiquée, dans la mesure où, notamment, elle occultait les dispositions de l'article L. 321-1-3 du Code du travail, suivant lesquelles la procédure de licenciement se situe postérieurement au refus du salarié.

Elle était surtout contestée car elle obligeait la mise en place d'une procédure lourde et longue pour, au final, porter sur un nombre de refus limité.

L'article 73 de la nouvelle loi fait désormais du refus de la modification du contrat une condition préalable à la mise en œuvre du droit du licenciement pour motif économique.

Ainsi, notamment, le nouvel article L. 321-1-3 du Code du travail précise que *"lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur [...] et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement pour motif économique."*

Quid des refus dont le nombre se situe entre deux et neuf personnes?

Le texte ne visant que les refus de dix salariés et plus, doit-on exclure l'application des règles relatives au licenciement collectif et appliquer les règles du licenciement économique individuel?

La loi est muette sur le sujet. S'agit-il d'un oubli comme certains le suggèrent, le Législateur ayant trop été focalisé sur la remise en cause de la jurisprudence Framatome-Majorette portant sur les grands licenciements?

Il n'en demeure pas moins que le rapporteur de la Loi à l'Assemblée nationale a estimé que les dispositions de l'article L. 321-1-3 nouveau exonèrent les licenciements de deux à neuf salariés liés au refus de modification pour motif économique des règles applicables au licenciement collectif.

L'administration du travail semble également soutenir cette position (voir dans la circulaire d'application à venir). Il conviendrait donc de revenir à la JP Barbier/ Petit Bateau.

NOTA: Lorsque l'offre collective de modification est de nature à affecter "la structure des effectifs, les conditions d'emploi et de travail des salariés", n'y a-t-il pas lieu, néanmoins, d'informer et de consulter le comité d'entreprise, notamment au titre de l'article L. 432-1 du Code du travail.

L'article 73 de la loi fait donc cohabiter deux régimes différents de révision du contrat de travail pour cause économique:

- celui de la modification "préventive" proposée individuellement à certains salariés dans le cadre de la GPEC et l'article L. 321-1-3 du Code du travail s'appliquera,
- celui de la modification en tant que conséquence de l'offre de reclassement faite au salarié dans le cadre d'un PSE (modification alternative à un licenciement);
- l'on peut d'ailleurs imaginer un troisième régime, celui de la modification négociée collectivement, soit dans le cadre de l'obligation triennale, soit dans le cadre d'un accord de méthode.

DÉBAT EN SÉANCE SUR LES THÈMES ABORDÉS

Question de Sandrine Losi: Lorsque l'on est face à une offre collective de modification des contrats de travail, a-t-on à informer le comité d'entreprise dans le cadre du livre IV ?

Réponse de l'auditoire: C'est une évidence pour tout le monde.

Question de l'auditoire: À quel moment indiquer aux salariés la proposition de modification de leur contrat? Pendant la procédure livre IV ou après l'avis ?

Réponse de Sandrine Losi: À mon sens, on est obligé d'attendre l'avis du comité pour proposer les modifications puisque l'on est dans le cadre de l'obligation générale, donc cela ne change rien.

Paul Bouaziz: Il s'agit du principe général de l'avis avant toute décision exécutoire. Or, proposer une modification d'un contrat de travail est une décision de l'employeur.

V/ Sécurisation des procédures et des accords de méthode, intervention de Pierre Bouaziz

Deux articles de la loi du 18 janvier 2005 sont relatifs à ce sujet.

A- L'article 75 crée dans le Code du travail un article L. 321-16 qui dispose:

"Toute action en référé portant sur la régularité de la procédure de consultation doit, à peine d'irrecevabilité, être introduite dans le délai de 15 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."

Ces quelques lignes ont pour but évident d'enserrer dans un délai bref les contestations relatives à la régularité de procédures de consultation ou du licenciement.

Des précisions doivent être apportées, surtout sur le plan pratique (1), et de nombreuses interrogations doivent être relevées (2)

1- Aspects pratiques

a) Computation des délais

Les règles du nouveau code de procédure civile (articles 641 et 642* cf. note page 12) s'appliquent.

Il en résulte :

- **pour le délai de 15 jours** : le premier jour ne compte pas (article 641 al. 1),
 - **pour le délai de 12 mois** : il expire le jour du dernier mois qui porte le même quantième que le jour faisant courir le délai. À défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois.
- Ces deux délais expirent le dernier jour à 24 heures.
- Si le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé au premier jour ouvrable suivant (article 642 du NCPC).

b) Interruption du délai de recours

Différentes situations doivent être distinguées :

Délai de 15 Jours La régularité de la procédure doit à peine "d'irrecevabilité" être "introduite" dans un délai de 15 jours.

Bien que le texte ne le précise pas, il s'agit d'un délai dit de "forclusion" ou, pour reprendre la terminologie actuelle, d'un "délai pour agir".

Plus importante est la notion "d'introduction" de la procédure.

Cette notion ne peut s'entendre que de la remise au greffe d'une copie du second original.

L'article 53 du NCPC dispose :

"La demande initiale est celle par laquelle un plaignant prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance".

Dans d'autres domaines, des formules similaires ont été utilisées à propos de la saisine du juge et elles ont à chaque fois été interprétées comme signifiant que la juridiction n'était saisie que par la remise au greffe de l'assignation.

Ce principe a été jugé à propos de l'article 17 c) de la Loi du 6 juillet 1989 relatif à la fixation des baux d'habitation qui prévoit qu'à défaut de saisine du juge avant le terme du contrat, celui-ci est renouvelé aux clauses et conditions antérieures ;

En matière de divorce : à propos de l'ancien article 1113 du NCPC qui prévoyait qu'à défaut de saisine du juge dans les 6 mois de l'ordonnance de non conciliation, les mesures provisoires étaient caduques, la Cour de cassation a dans un arrêt du 26 juin 2003 estimé que cette notion s'entendait de la remise au greffe d'une copie de l'assignation.

Il est donc plus prudent de faire en sorte que le second original de l'assignation soit remis au greffe dans les 15 jours de la réunion du comité qui est contestée.

Cela risque de poser quelques petites difficultés pratiques pour Paris puisque le placet n'est pas au greffe.

Délai de 12 mois Le texte prévoit que les contestations portant sur la régularité ou la validité du licenciement se prescrivent par 12 mois.

La situation a le mérite d'être claire: il s'agit d'une prescription et non d'une forclusion.

Devant le tribunal de grande instance, (procédure ordinaire ou à jour fixe), c'est la délivrance de l'assignation qui suspend la prescription (article 757 du NCPC) étant rappelé que la remise au greffe (pour la procédure ordinaire) doit être faite dans les 4 mois de l'assignation faute de quoi celle-ci sera caduque et les effets de la suspension de la prescription anéantis.

En ce qui concerne les procédures individuelles, c'est la remise au greffe du conseil des prud'hommes qui saisit la juridiction.

Prescription et forclusion Traditionnellement, la forclusion est la sanction qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action pour défaut d'accomplissement dans un délai d'une formalité lui incombant et lui interdit désormais d'accomplir cette formalité.

La prescription est un mode d'extinction de l'action en justice, résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration d'un délai fixé par la loi.

En principe, un délai de forclusion n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension, contrairement au délai de prescription.

En réalité, la situation est plus complexe puisque l'article 2244 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 5 juillet 1985, prévoit "*qu'une citation en justice, même en référé, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qui va empêcher de prescrire, interrompent la prescription ainsi que les délais pour agir.*"

"Lorsqu'un délai est exprimé en jours, celui de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui le fait courir ne compte pas."
 "Lorsqu'un délai est exprimé en mois ou en années, ce délai expire le jour du dernier mois ou de la dernière année qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la notification qui fait courir le délai. A défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois.
 Lorsqu'un délai est exprimé en mois et en jours, les mois sont d'abord décomptés, puis les jours." (Art. **641** du NCPC)
 "Tout délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant." (Art. **642** du NCPC)

Ce texte est de portée générale et s'applique à toutes les prescriptions et délais pour agir, et donc aux forclusions.

Toutefois, attention, la citation en justice devant un juge incompétent a des effets différents s'il s'agit d'une prescription ou d'une forclusion: en cas de prescription et aux termes de l'article 2246, la prescription est interrompue, en revanche, ce texte n'est pas applicable en cas de forclusion.

2- Les interrogations

a) La "régularité" de la procédure de consultation

L'article L. 321-16 al. 1 du Code du travail vise "la régularité" de la procédure de consultation.

Ce texte prévoit que les actions **en référé** doivent être introduites dans un délai de 15 jours.

S'agissant d'une restriction au droit d'agir en justice, ce texte doit être interprété strictement.

Il en résulte que:

1° seules sont enserrées dans le délai de quinze jours les actions en référés.

Si le législateur avait voulu prévoir qu'à défaut de saisine du juge dans un délai de quinze jours, la procédure était purgée de tout vice, il l'aurait dit clairement.

Il n'y a donc pas de délai pour saisir le juge du fond, que se soit à jour fixe en la forme ordinaire.

2° La limitation du droit d'agir en justice ne concerne que la procédure au titre du livre III (l'article L. 321-16 est dans le livre III) et non l'irrégularité de la procédure de consultation du livre IV.

Quid en cas de concomitance? Y-aura-t-il décrochage de la concomitance? La décision de suspension ou d'annulation du livre IV, prise par le juge des référés, sera-t-elle applicable au livre III?

3° Ce délai ne s'applique qu'à la "régularité de la procédure" et n'est donc pas applicable aux contestations portant sur le plan de sauvegarde de l'emploi qui peuvent être introduites, même en référé, après le délai de quinze jours.

4° Seules sont visées les irrégularités de la procédure de consultation.

Cette expression vise à l'évidence les délais et les formes de convocation des élus, le nombre et l'intervalle entre les réunions, voire de l'élaboration de l'ordre du jour.

C'est au demeurant ce qu'avait exposé le rapporteur devant le Sénat (*Rapport Sénat, session ordinaire, 2004-2005*, n°39, p.17)

Le législateur a sans aucun doute voulu y inclure également l'insuffisance de l'information donnée aux élus, des délais d'examen des documents, etc., mais dans la mesure où la loi vise la "procédure" et non la "consultation", on peut soutenir une interprétation restrictive.

5° L'action appartient au comité ainsi qu'aux organisations syndicales.

6° En revanche, les salariés licenciés ont toujours le droit de contester la régularité de la procédure ainsi que le contenu du PSE.

En définitive, la montagne a accouché d'une souris, malade de surcroît.

Le gouvernement avait annoncé sa volonté de "sécuriser les procédures afin d'éviter des contentieux qui s'éternisent dans le temps" et de limiter le contentieux.

Le résultat est tout autre puisque le juge des référés ne peut que suspendre les effets d'une réunion tenue irrégulièrement et ordonner les mesures adéquates.

Jusqu'à présent, lorsque des irrégularités, soit dans la convocation de la réunion, soit dans le processus d'information en vue de la consultation du comité d'entreprise étaient relevées, une délibération était prise demandant à la direction de régulariser la situation et à défaut, donnant mandat au secrétaire de saisir la juridiction compétente.

La plupart du temps, suite à cette délibération, des négociations étaient ouvertes et des solutions étaient trouvées.

Désormais et sous réserve des difficultés d'interprétation du texte, le juge sera systématiquement saisi en cas de doute sur la "régularité de la procédure de consultation".

En toute hypothèse, ce texte n'empêche pas de saisir le juge du fond, statuant à jour fixe, pour qu'il sanctionne les irrégularités.

b) Les contestations portant sur les irrégularités ou la validité du licenciement

Celles-ci doivent être introduites dans un délai de 12 mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ou, pour le salarié, à compter de la notification du licenciement pour autant que ce délai figure dans la lettre de licenciement.

Cette formule n'est pas plus claire que la précédente :

1° Le délai d'un an s'applique-t-il aux contestations relatives à la régularité de la procédure de consultation? Cela n'est pas certain puisque le texte vise la régularité ou la validité du licenciement et non de la consultation du comité.

On peut donc en conclure qu'il n'y a pas de délai pour contester, devant le juge du fond, la régularité du processus d'information en vue de la consultation du comité.

2° De même, peut-on considérer que la validité du licenciement peut être assimilée à la validité du plan de sauvegarde de l'emploi?

3° Enfin, la validité du licenciement se distingue de la contestation de la cause réelle et sérieuse du licenciement qui reste enfermée dans le délai de droit commun.

En revanche, l'action intentée par un salarié en nullité du plan de sauvegarde de l'emploi qui était, conformément aux règles du Code civil, de 5 ans, a été réduite à une année.

Mais il ne s'agit là que de pistes de réflexion compte tenu de la rédaction quelque peu absconse du texte.

B- L'article L. 320-3 in fine nouveau du code du travail relatif aux accords de méthode

"Toute action en contestation visant tout ou partie de ces accords, doit être formée, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date d'accomplissement de la formalité prévue au 1er alinéa de l'article L. 132-10. Toutefois, ce délai est porté à 12 mois pour les accords qui déterminent ou anticipent le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mentionné à l'article L.321-4-1."

Même observation que précédemment pour la nature du délai.

Le point de départ du délai :

Article L. 132-2-2 V in fine : les formalités de dépôt prévues à l'article L. 132-10 ne peuvent être faites qu'à l'expiration du délai d'opposition.

Article L. 132-10 :

les accords sont déposés par la partie la plus diligente auprès des services du ministre chargé du travail (de l'agriculture pour les professions agricoles).

La partie la plus diligente en remet un exemplaire au secrétariat greffe du conseil des prud'hommes du lieu de conclusion.

S'il est certain que le point de départ du délai est la dernière date à laquelle a été faite l'une des deux formalités de publicité, il n'en demeure pas moins qu'il peut y avoir une incertitude puisque les organisations syndicales, non-signataires de l'accord, ne savent pas à quelle date a été effectuée cette formalité.

Mais c'est encore globalement simple.

L'objet de la contestation peut poser des difficultés:

-1° Quel est le délai de recours à l'encontre d'un accord de méthode mixte, prévoyant d'une part les modalités d'information et de consultation du comité et d'autre part, des mesures déterminant ou anticipant le contenu du PSE?

A-t-on deux délais différents qui courent, l'un de trois mois pour tout ce qui n'est pas PSE et l'autre d'un an pour tout ce qui est PSE ? Ou encore, est-ce le délai le plus long qui s'applique à tout?

2° Les actions de mobilité géographique et professionnelle insérées dans un accord de méthode constituent-elles une mesure préventive ou une mesure anticipative d'un PSE?

DÉBAT EN SÉANCE SUR LES THÈMES ABORDÉS

Sandrine Losi: Sur ce nouvel article L. 321-3 qui doit normalement sécuriser le processus, il est vrai qu'un certain nombre d'interrogations se posent et, par rapport à ce qu'a exposé Pierre Bouaziz, je considère que les actions en référé visées ont dans la Loi du 18 janvier 2005 un champ d'application plus large. Par exemple, lorsque le comité considère que la direction ne lui a pas donné suffisamment d'informations, Pierre estime qu'il s'agit d'une question de fond qui échappe à l'application de l'article L. 321-3, alors qu'à mon sens, il s'agit bien d'un litige intéressant de la régularité de la procédure.

Paul Bouaziz: On ne parle que du juge des référés, c'est du provisoire, on ne parle pas des juges du fond, c'est-à-dire que la procédure d'assignation au fond couvre l'intégralité de tout ce que l'on peut contester dans le cadre de la procédure, et ce n'est pas parce que l'on n'a pas saisi le juge des référés d'une demande de suspension qu'on ne peut pas demander ensuite une demande d'annulation.

Sandrine Losi: Résultat, ce texte risque de multiplier les contentieux car personne ne sera d'accord sur son interprétation.

Paul Bouaziz: Tout à fait, et même si de part et d'autre chacun est de bonne foi, des divergences d'interprétation sur le plan pratique se posent.

Sandrine Losi: La voie du référé est celle qui est la plus naturelle dans le cadre des procédures pour obtenir une suspension dans un délai très court. Pierre disait que les actions en référé ne visaient que ce qui était véritablement formel (nombre de réunion...) et que cela ne couvrirait pas par exemple le problème des

documents. Or moi je considère que si le comité estime qu'il n'a pas eu suffisamment d'informations, cela relève bien de la régularité de la procédure. C'est donc enserré dans le délai de 15 jours, dans le cadre de l'action en référé. Quant à la validité du licenciement, est-ce que cela ne recouvre pas la cause réelle et sérieuse?

VI/ La date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle (article 78 de la Loi du 18 janvier 2005), intervention de Pierre Bouaziz

A- Le choix du législateur

L'article 78 de la loi (article 37-8 du projet de loi) est relatif à l'application dans le temps de la loi.

Ce texte dispose :

"Les dispositions de l'article L. 320-3 du code du travail dans leur rédaction issue des dispositions de l'article 72, ainsi que les dispositions du code du travail résultant des articles 73, 75, 76 et 77 sont applicables aux procédures de licenciement engagées à compter de la date de promulgation de la présente loi.

Au sens du présent article, une procédure de licenciement est réputée engagée à la première des dates suivantes :

celle à laquelle est effectuée la convocation à l'audition prévue à l'article L. 122-14 du même code

- celle à laquelle est effectuée la première convocation aux consultations visées à l'article L. 321-2 du même code ;

- le cas échéant, celle à laquelle le comité d'entreprise est convoqué, dans le cas visé au 2° de l'article L. 321-2 précité, pour l'application de l'article L. 432-1 du même code."

Tout d'abord, le terme "promulgation" surprend dans la mesure où l'ancien article 1er du code civil qui utilisait cette expression a été abrogé par l'ordonnance du 20 février 2004.

La promulgation d'une loi est l'acte par lequel le Président de la République atteste de l'existence de la loi et donne ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi.

Cet acte n'a d'autre date que celle de sa signature, bien qu'il ne prenne effet, comme la loi elle-même, qu'après avoir été publié dans les conditions fixées par les lois et règlements. (Conseil d'Etat du 8 février 1974, commune de Montory)

Dans un arrêt du 27 juin 2001, le Conseil d'Etat a été amené à préciser, sous l'empire des anciens textes, que les textes législatifs et réglementaires sont obligatoires à Paris, un jour franc à compter de leur "promulgation", laquelle doit s'entendre au vu de l'économie générale du décret, comme la publication de ces actes au *Journal officiel*.

La cour de cassation a estimé que la date de publication devait s'entendre comme visant le jour de l'entrée en vigueur et non comme le jour de parution au Journal officiel. (Cass. civ. 3e 1er juin 1994, *Bull. civ.* 3e n° 111)

Au regard des nouvelles dispositions de l'article 1 du code civil, la jurisprudence antérieure reste applicable.

L'article premier du Code civil dispose: *"Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.*

En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale..."

Il faut donc en conclure que, sous réserve des dispositions qui nécessitent un accord des partenaires sociaux ou un décret (cf. infra), toutes les dispositions de la loi sont applicables le lendemain de la publication de la loi, à savoir le 20 janvier 2005.

En effet, aucune urgence n'a été prescrite par le décret de promulgation.

En fait, pour comprendre le mécanisme intellectuel suivi par le législateur il est nécessaire de reprendre les différentes étapes du processus.

L'article 37-8 de la lettre modificative, adopté sans modification par le Sénat, était composé d'un alinéa unique prévoyant que les modifications issues du texte en matière de licenciement économique ne s'appliqueraient qu'aux procédures engagées à compter de la promulgation de la loi.

Le rapporteur devant le Sénat a précisé :

"Les procédures de licenciement déjà en cours au moment où la loi sera promulguée continueront d'être régies par l'actuelle réglementation, tandis que celles engagées après cette date, seront concernées par les nouvelles règles.

On peut considérer qu'une procédure de licenciement est "engagée" lorsque les premiers actes juridiques formalisés ont été accomplis (envoi d'une lettre au salarié en cas de licenciement individuel, première consultation

des représentants du personnel pour un licenciement collectif).” (Rapport du Sénat p.23)

Il faut donc lire le texte à “l’envers”: en ce qu’il prévoit que certaines des nouvelles dispositions ne sont pas applicables aux “procédures” de licenciement en cours y compris en cas de licenciement individuel.

Ceci est conforté par le fait que devant l’Assemblée Nationale, le rapporteur a présenté un amendement qualifié de “**précision**” ajoutant quatre alinéas au texte d’origine destinés à définir ce qu’était “**une procédure de licenciement réputée engagée**”.

C’est celle à laquelle est effectuée la convocation :

- à l’audition prévue par l’article L. 122-14 du code du travail, c’est-à-dire la convocation à l’entretien préalable; la date à prendre en compte étant celle de la première présentation de la lettre recommandée ou la remise en main propre de la convocation;

- aux consultations visées à l’article L. 321-2 du code du travail (licenciement pour motif économique).

Comme dans le cas précédent, il y a lieu de tenir compte de la date de la première présentation de la convocation à la réunion du comité d’entreprise.

Ces deux points ne posent pas de difficultés majeures.

Tel n’est pas le cas du dernier alinéa ainsi rédigé :

Le cas échéant, celle à laquelle le comité est convoqué dans le cas visé au 2^e de l’article L. 321-2 (licenciement collectif pour motif économique) pour l’application de l’article L. 432-1 du même code.

Cette formule ne brille pas par sa clarté.

L’on ne voit, en effet, pas très bien à quoi se rapporte la formule “pour l’application de l’article L. 432-1” appliquée aux “grands licenciements”.

L’article L. 432-1 est le texte général sur la compétence du comité d’entreprise et dispose dans son alinéa 2 que le comité est obligatoirement saisi en temps utile des projets de compression des effectifs; il émet un avis sur l’opération projetée et ses modalités d’application.

Doit-on comprendre que:

- par dérogation au principe affirmé de la non-application de la loi aux procédures de licenciement en cours, celle-ci serait applicable, en cas de concomitance, à la première réunion au titre du livre III faisant suite à l’entrée en vigueur de la loi?

- ou, alors, comme le suggère la revue Liaisons sociales, que cet alinéa vise les grands licenciements et que le précédent ne vise que les petits licenciements?

Cette interprétation a le mérite d’être logique puisque l’alinéa 3 vise expressément l’article L. 321-2, 2^o et que la formule pour l’application de l’article L. 432-1 n’a pas réellement de sens.

De même, l’alinéa 2 vise l’article L. 321-2 dans son ensemble et non uniquement le premier.

B- Le domaine de l’application immédiate ou de la non-application aux procédures déjà engagées

Sont donc applicables aux procédures de licenciements engagées à compter de la promulgation de la loi les articles :

L. 320-3 (article 72-I de la loi), relatif aux accords dits de méthode version Borloo,

L. 321-1, L. 321-1-2 et L. 321-1-3 modifiés (article 73 de la loi) relatifs à la nouvelle définition du licenciement pour motif économique et de la procédure liée à la proposition de modification pour motif économique,

L. 321-16 nouveau (article 75 de la loi), relatif aux délais pour agir en justice en contestation de la régularité de la procédure de consultation ou la régularité ou la validité du licenciement,

L. 321-17 nouveau (article 76 de la loi), relatif à la revitalisation des bassins d’emploi,

L. 122-14-4 modifié relatif à la réintégration du salarié (article 77 V de la loi),

L. 334-3 et L. 435-4 (article 77 I & II de la loi) relatifs à l’élaboration de l’ordre du jour.

Mais, était-il bien nécessaire de le dire, puisque la loi est d’application immédiate et que les autres dispositions que celle-ci même si elles ne sont pas énumérées sont également applicables?

Il aurait été plus logique, et surtout plus simple pour la compréhension du texte, de dire que les articles cités n’étaient pas applicables aux procédures engagées antérieurement à l’entrée en vigueur de la loi.

Mais il est vrai que dans ce cas, l’effet d’annonce aurait été moins spectaculaire.

C- D’autres questions doivent être examinées

1) Concernant les « procédures » engagées avant l’entrée en vigueur de la loi?

Les procédures de licenciement restent soumises aux règles antérieures:

- l’élaboration de l’ordre du jour,

- l’absence de délai, “réduit”, pour contester les réunions du comité ou le plan de sauvegarde de l’emploi, etc.,

- l’obligation de présenter ou de poursuivre la procédure du Livre III en cas de proposition de modification des contrats,

- la réintégration en cas de licenciement,

En revanche, quel est le régime applicable en cas de concomitance?

Doit-on considérer que tout le processus (livre IV et livre III) est soumis à l'ancien régime puisqu'il constitue une procédure d'ensemble unique ayant pour objet un licenciement collectif pour motif économique?

Ou peut-on considérer que seul l'aspect livre III reste soumis à l'ancien régime, la procédure livre IV étant soumise au nouveau régime (ordre du jour)?

2) *Quid* de l'entrée en vigueur des autres dispositions de la loi?

À défaut de dispositions spécifiques, ce sont les principes généraux issus de l'article 1 du Code civil qui s'appliquent: la loi entre en vigueur le lendemain de sa publication au *Journal officiel*.

Il est bien évidemment nécessaire de réserver les textes qui nécessitent, pour être applicables, un décret ou un autre acte.

Tel est notamment le cas expressément visé durant les débats parlementaires de l'article 74 de la loi (ancien article 37-8) re-rédigeant l'article L. 321-4-2 du Code du travail relatif à la convention de reclassement personnalisée qui nécessite soit un accord au niveau de l'UNEDIC soit un décret en conseil d'état.

Je pense qu'il est obligatoire de proposer aux salariés le PARE puisque les nouvelles dispositions, se substituant aux anciennes, n'entreront en vigueur que lors de la signature de la convention ou de l'entrée en vigueur du décret : cela implique nécessairement que les anciennes dispositions continuent d'être en vigueur à défaut d'avoir été expressément et immédiatement abrogées.