



# Incitation au dialogue social ou incitation à la violence ?

*De la Loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 à la Loi de ratification des ordonnances du 22 septembre 2017 du 29 mars 2018, en passant par les Lois Macron et Rebsamen d'août 2015 et par la Loi El Khomri d'août 2016, tout est fait, prétendument, pour favoriser le dialogue social. Cependant, en pratique, tout vise à réduire l'accès au juge ou l'utilité du recours au juge (donc à la diminution du contentieux collectif, à l'instar du contentieux individuel) pour les représentants du personnel élus et pour les syndicats, ce qui peut conduire non pas à une amélioration du dialogue social, mais plutôt soit au découragement des représentants du personnel, soit à la violence. Le film « En guerre » en est une belle illustration, bien que très pessimiste. Les avocats du SAF ne se découragent pas.*



par Judith Krivine  
SAF Paris,  
Responsable de la commission sociale

## TOUT EST FAIT POUR LIMITER LES RECOURS

### DROIT DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE COLLECTIF

Désormais, dans le cadre d'un projet de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), les actions doivent être menées devant le Tribunal administratif, ce qui au début a déstabilisé bon nombre d'avocats défenseurs des salariés, formés et habitués aux juridictions de droit privé ; mais finalement le contentieux, bien que difficile, y compris d'un point de vue simplement matériel, avec les nouvelles contraintes pour la transmission des pièces sur Télérecours, perdure.

On ne peut que demander l'annulation de la validation de l'ac-

cord ou de l'homologation du document unilatéral de PSE ; l'entreprise est ainsi protégée par le filtre de l'administration ; on plaide donc généralement contre l'avocat de l'employeur et un représentant de la DIRECCTE qui plaident côte à côte, pour ne pas dire main dans la main, ce qui donne aux salariés et leurs représentants une image de neutralité de l'administration très relative.

On ne peut plus agir en amont pour demander une suspension de la procédure si celle-ci paraît irrégulière aux élus ou aux syndicats, la seule action possible étant de saisir la DIRECCTE d'une demande d'injonction ou de tenter d'obtenir un refus de validation ou d'homologation, actions qui ne sont pas soumises au principe du contradictoire comme devant un juge (une « plateforme électronique » est réservée aux échanges entre administration et employeur, les représentants du personnel n'y ont pas accès...) et qui ne peuvent faire l'objet que d'un recours a posteriori, une fois la décision définitive rendue (L.1235-7 du Code du travail).

Les actions en référé pour demander la suspension de la décision administrative et éviter que les licenciements ne soient prononcés avant la décision au fond sont extrêmement limitées ; l'appréciation de la condition d'urgence ou la condition de doute sérieux sur la légalité de la décision est très stricte et les refus



sont peu voire pas motivés. Le recours devant le Conseil d'État, coûteux pour les requérants, n'a d'intérêt hormis sur le principe, puisque l'arrêt interviendra sans doute trop tard.

Le juge n'apprécie que ce qui relève strictement du contrôle de la DIRECCTE : de nombreuses décisions rejettent les demandes au motif que l'argument soulevé n'en relève pas (respect d'un accord...).

Certains litiges restent finalement de la compétence du juge judiciaire, tel le respect de l'obligation de prévention : encore fallait-il oser tenter une telle procédure et encore faut-il parvenir à bien distinguer respect de la procédure d'information et consultation et respect de l'obligation de prévention (CA Versailles 18 janvier 2018 RG n°17/06280).

La démonstration de l'absence de motif économique aux prud'hommes est rendue beaucoup plus difficile aussi depuis la modification de la définition du motif économique (nouvel article L.1233-3 du Code du travail) ; d'où l'importance pour les représentants du personnel de « se battre » pour obtenir des éléments qui pourront servir de preuve par exemple en cas de fraude ; mais comme vu ci-dessus et ci-après, l'accès à l'information est devenu encore plus complexe qu'avant.

### PROCÉDURES D'INFORMATION ET CONSULTATION ET DÉLAIS PRÉFIX

La Loi de sécurisation de l'emploi a modifié les articles L.2323-3 et L.2323-4 (actuels L.2312-14 et L.2312-15) du Code du travail pour consacrer ce qui était auparavant la position défendue par les entreprises : à l'issue d'un délai préfix, l'instance est réputée avoir rendu un avis négatif. L'action des représentants du personnel serait-elle présumée dilatoire... ?

À défaut d'accord, les délais sont encadrés par l'article R.2323-1-1 (actuels R.2312-5 et 6) du Code du travail : le comité est réputé avoir rendu un avis négatif s'il n'exprime pas son avis à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la remise des informations ou de leur mise à disposition dans la base de données économiques et sociales ; ces délais sont extrêmement courts : 1 mois « normalement », 2 mois en cas d'expertise, 3 mois en cas de consultation du CHSCT, et une fois mis en place le CSE 3 mois uniquement si sont consultés à la fois CSE central et CSE d'établissements, même si la sécurité, la santé ou les conditions de travail sont concernées.

N'oublions pas qu'en outre, aujourd'hui, les experts disposent seulement de 3 jours après leur désignation pour formuler des demandes « complémentaires » (article R.2315-45 du Code du travail) ; quelle peut être la volonté du gouvernement si ce n'est de rendre plus difficile l'accès à l'information ? L'employeur quant à lui, dispose de 5 jours pour répondre, mais quelle est la sanction en cas de non-respect de ce délai ? une simple prolongation de sa procédure... ?

Quant à l'entrave, rappelons que la loi Macron d'août 2015 a supprimé les peines de prison pour ce délit, si bien que l'employeur risque donc, au pire, une amende de 7 500 euros ; on imagine comme c'est dissuasif...

Désormais, en cas de difficulté d'accès aux informations, il faut saisir le juge en la forme des référés et le juge ne peut prolonger le délai de consultation que s'il statue avant le terme de ce délai (Cass. Soc. 21 septembre 2016 n°15-13363).

**Comment faire ?** Si l'on saisit trop tôt, comment démontrer le refus de l'employeur de fournir les informations ? Mais si l'on saisit trop tard (et comment dire « trop tard » lorsque le délai est d'un mois ?), le juge – qui selon le texte doit statuer dans un délai





de 8 jours – devra bien souvent statuer dans un délai excessivement court (certes les tribunaux font le nécessaire pour trouver des audiences et statuer dans ces délais, mais à quel prix pour eux en termes de conditions de travail et comment traiter dans des délais aussi courts des sujets parfois complexes car les procédures soumises à l'information et la consultation des instances sont complexes, volontairement parfois, et que les informations réclamées ne sont pas toujours une simple liste de pièces ?)

**Comment espérer un dialogue social** dans un contexte où pour obtenir une décision en temps utile, les représentants du personnel n'ont d'autre choix que saisir le juge le plus tôt possible, de manière quasi systématique ou se résigner à rendre un avis sans disposer des informations nécessaires ? Faut-il qu'ils utilisent d'autres formes d'actions pour obtenir le respect de leurs droits, ou peut-être simplement obtenir du respect ? Le Conseil Constitutionnel a rejeté les QPC formulées contre ces délais préfix (Décision n° 2017-652 QPC du 4 août 2017).

## COMPLEXITÉ DES PROCÉDURES LIÉES À LA DISTINCTION ENTRE LES PROCÉDURES D'EXCEPTIONS, VIA LES ACTIONS « EN LA FORME DES RÉFÉRÉS » ET ACTIONS « CLASSIQUES »

Tout comme les représentants du personnel qui souhaitent obtenir des informations et une prolongation du délai de consultation, les entreprises qui souhaitent contester une expertise doivent saisir le Tribunal de Grande Instance en la forme des référés. Elles disposent pour cela d'un délai de 10 jours à compter de chaque étape (article L.2315-86 du Code du travail).

Ainsi décidément, pour satisfaire la volonté des entreprises de toujours aller plus vite, tout le monde doit sans cesse **travailler dans l'urgence** : les avocats d'employeurs, les avocats de salariés et les magistrats, les représentants du personnel et leurs experts...

Mais parfois en outre, les élus auraient des demandes autres à formuler, comme réclamer une consultation. Or il n'est pas possible de formuler une telle demande dans le cadre de la procédure en la forme des référés puisque ce n'est pas prévu par la loi. Il faut alors doubler l'action engagée en la forme des référés d'une action en référés ...

### LES MOYENS FINANCIERS SONT ÉGALEMENT RÉDUITS

Depuis la décision du Conseil Constitutionnel du n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015, puis la modification de l'article L.4614-13 du Code du travail, les experts de CHSCT n'étaient plus sûrs d'être payés pour leurs diligences. C'est désormais vrai pour tous les experts (y compris les experts-comptables) avec le nouvel article L.2315-86 du Code du travail.

Les avocats de CHSCT n'étaient plus sûrs d'être payés non plus depuis la décision de la Cour de cassation permettant « au juge

de fixer le montant des frais et honoraires d'avocat, exposés par le CHSCT, qui seront mis à la charge de l'employeur » (Cour cass. 22 février 2017, n°15-10.548).

Désormais, ces-derniers seront certes sûrs d'être payés, puisque la prise en charge de leurs honoraires était auparavant justifiée par l'absence de budget du CHSCT alors qu'avec l'absorption des CHSCT par le CSE, qui dispose d'un budget, le risque d'une réduction (parfois à zéro) de leurs honoraires par le juge n'existera plus.

Encore faut-il que le CSE leur confie encore des litiges, malgré le découragement et la multiplication des dépenses à engager avec un budget identique voire réduit (toujours 0,2% de la masse salariale ou 0,22% dans les très grandes entreprises, mais avec une définition de la masse salariale plus stricte). N'oublions pas que désormais, outre leur fonctionnement quotidien, les frais liés à leurs obligations comptables, à la formation des élus et délégués syndicaux etc., ils devront aussi prendre en charge 20% de plusieurs expertises (le cheval de Troie a été introduit sur ce point par la Loi de sécurisation de l'emploi de 2013 avec les expertises sur les orientations stratégiques de l'entreprise).

Aujourd'hui, les CSE, qui par ailleurs disposeront généralement de moins de membres, devront faire des choix, notamment entre leurs attributions économiques et celles liées à la santé et la sécurité des salariés et entre se défendre au Tribunal, malgré tous les pièges évoqués plus haut, ou abandonner, ou utiliser d'autres types d'actions.

### DES CHAUSSES-TRAPPES EN APPEL

Ce que David Van der Vlist écrit à propos de l'appel des décisions prud'homales est tout aussi vrai en matière de procédures devant le Tribunal de grande instance :

**« L'objectif et le résultat de ces réformes successives est clair : dissuader de faire appel et évacuer du stock en éliminant des appels pour de simples question de procédures. »** (lire page 6, *Les justiciables et les avocats se ramassent à l'Appel*).

Le SAF a commenté les réformes successives du Code du travail, a dénoncé le fait qu'elles ne simplifieraient en rien le droit du travail, qu'elles ne sécuriseraient, au mieux, que les employeurs, qu'elles ne favoriseraient ni la reprise de l'emploi ni la qualité du dialogue social, tout en formulant des contre-propositions.

Ces propositions n'ont quasiment pas été retenues. Les critiques se vérifient aujourd'hui et les exemples présentés ici sont loin d'être exhaustifs.

Pour autant, nous savons que le droit du travail a toujours fonctionné en balancier, au gré des gouvernements successifs. Nous savons que le rôle des avocats est de ne jamais baisser les bras, de soutenir leurs clients et de faire preuve d'imagination. La décision de la Cour d'appel de Versailles du 18 janvier 2018 précitée est un exemple parmi d'autres de cette persévérance.

D'autres actions seront menées, devant les tribunaux, de toutes les manières possibles, y compris l'action de groupe, en utilisant ce qu'il reste du Code du travail, mais aussi les autres matières susceptibles d'être invoquées : droit commercial, droit civil, droit constitutionnel, droit européen, droit international... Nous cherchons, nous échangeons, nous agissons, autant que possible. Le colloque de Droit social du 1<sup>er</sup> décembre 2018, dont le thème sera annoncé prochainement, sera encore une occasion de réfléchir ensemble.