

Thème 1: Le licenciement pour motif économique

Le contentieux social est majoritairement lié à la rupture du contrat de travail et notamment lié au licenciement. Il existe 2 sortes de licenciement:

- Le licenciement pour motif personnel (étudié au 1er semestre)
- Le licenciement pour motif économique

Le licenciement est l'exercice du droit de l'employeur de résilier unilatéralement le contrat de travail. Ce mode de rupture, à l'initiative de l'employeur a été réglementé très vite afin de protéger le salarié. On peut citer la loi du 13 juillet 1973 avec l'introduction de la cause réelle et sérieuse, mais aussi la loi du 3 janvier 1975 qui traite du licenciement pour motif économique .

Ce droit du licenciement comporte pour l'employeur l'obligation de motiver sa décision et ce dernier doit respecter une procédure et accepter d'en subir les conséquences.

Propos liminaires : Le champs d'application du licenciement économique

L'article L.1233-1 du Code du travail traite du licenciement économique et est applicable

- Dans les entreprises privées de toute nature
- Le texte précise que sont également visées les établissements et entreprises publiques industrielles et commerciales. En conséquence, les dispositions relatives au licenciement économique ne sont pas applicables quand la personne publique ne dirige pas l'entreprise.

Certaines conventions contiennent des dispositions dérogatoires :

- Par exemple, le particulier employeur qui emploie à temps plein ou à temps partiel une nounou, un jardinier, une femme de ménage, peut-il bénéficier des dispositions pour motif économique?
- Au sens du code du travail le particulier employeur n'est pas une entreprise car le lieu de travail de ses salariés est son domicile. L'article 7221-1 du CDT qui dispose que « *Le présent titre est applicable aux salariés employés par des particuliers à leur domicile privé pour réaliser des travaux à caractère familial ou ménager. Le particulier employeur emploie un ou plusieurs salariés à son domicile privé, au sens de l'article 226-4 du code pénal, ou à proximité de celui-ci, sans poursuivre de but lucratif et afin de satisfaire des besoins relevant de sa vie personnelle, notamment familiale, à l'exclusion de ceux relevant de sa vie professionnelle* » traite de ce type d'employeur. L'article 7221-2 traite quant à lui des dispositions applicables à ces salariés et les articles sur le licenciement économique n'y figurent pas. On peut alors se pencher sur la convention collective nationale des salariés employés par un employeur particulier du 24 novembre 1999 dont l'article 12 précise que ce particulier employeur n'est pas une entreprise. Cet article 12 précise aussi que comme le particulier employeur n'étant pas une entreprise et le lieu de travail étant son domicile privé, les règles relatives au licenciement économique ne sont pas applicables. Ainsi, le licenciement d'un employé de maison même s'il reposera sur un motif étranger à sa personne n'est pas soumis aux dispositions légales relatives au licenciement économique. Ainsi, l'employeur n'aurait pas dans sa lettre de licenciement à mentionner un motif économique conforme aux exigences de l'article L.1233-3 du CDT (Cour de cassation 4 avril 2001 sur la priorité de ré-embauchage: cette disposition ne s'applique pas aux employés de maison, idem 8 juillet 1992). Conclusion: Ainsi les règles de licenciement concernant les employés de maison seront toujours celles régissant le licenciement pour motif personnel.
- Néanmoins, si un employé de maison est embauché par une société civile immobilière: la société civile immobilière est une personne morale donc l'employeur qui est une PM n'est pas

un particulier et celle ci est tenue d'appliquer les règles du licenciement pour motif économique (**Cour de cassation 21 janvier 2015**).

- Echappe encore à cette procédure **le licenciement par exemple d'un gardien par le syndicat d'une copropriété (Cour de cassation 1er février 2017)**: les magistrats ont estimé que comme les syndicats de copropriétaires ne sont pas des entreprises, alors même si le gardien est licencié pour des motifs étrangers à sa personne, **il ne s'agira pas d'un licenciement économique**)
- Le licenciement économique est un mode de rupture du CDI et ne peut concerner un salarié titulaire d'un CDD.
- **S'agissant du contrat de chantier**, le salarié titulaire d'un contrat de chantier ou d'opération verra son licenciement qui intervient à la fin du chantier reposait sur une cause réelle et sérieuse (L1236-8) et sera régit par les dispositions relatives au licenciement pour causes personnelles.

Titre 1: L'identification du licenciement pour motif économique

Chapitre 1: Les critères du licenciement économique

Section I : L'évolution de ces critères

La loi du 3 janvier 1975 est la première réglementation apparue en la matière. Les situations antérieures étaient régies par les conventions collectives. Le choix du critère avant cette loi permettant de justifier le licenciement économique n'était pas évident.

Les anciens critères ont parlé d'une **suppression de poste**. Dès lors, si le salarié était remplacé à son poste il s'agissait d'un licenciement personnel. Mais parfois, par exemple en cas de transfert, il pouvait y avoir des complications. **La loi de 1975** évoquait:

- **Les motifs structurels** (réorganisation)
- **Conjoncturels** (difficultés économiques, baisse de l'activité)

La loi 3 juillet 1986 supprime l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. En effet, avant 1986, les entreprises ne pouvaient licencier pour motif économique sans avoir obtenu l'accord de l'inspecteur du travail. On s'aperçoit qu'il y a eu un changement de politique et en dépit de ce changement, l'autorisation administrative n'a pas été rétablie.

Néanmoins, aucune loi ne donnait de définition du licenciement économique et c'est la **loi du 2 aout 1989** qui va définir le motif économique de licenciement. Cette définition est restée constante et n'a été retouchée que l'année dernière. Aux termes de cette loi, **constitue un LME le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail** (jurisprudence de **1996** de la Cour de cassation) **se justifiant par des difficultés économiques ou par des mutations technologiques** (ancien article L1321-1 du CDT inspiré d'une directive communautaire du 17 février 1975)

Les lois de 1993 ont suivi et ont renforcé le rôle des associations représentatives du personnel.

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a réformé ce licenciement en renforçant le rôle de l'administration et a substitué au plan social un plan de sauvegarde de l'emploi.

La loi du 18 janvier 2005 a modifié la terminologie. On ne parle plus de modification substantielle mais du refus du salarié de modifier son CDT.

La loi du 14 juin 2013 est venue réformer les grands licenciements pour motif économique.

La loi du 8 aout 2016 dite El Khomri a précisé la définition afin d'apporter une plus grande clarté surtout dans les petites et moyennes entreprises. Ces règles sont applicables depuis le 1er décembre 2016.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 contient quelques dispositions relatives au LME et la loi l'habilitation avait prévu la possibilité pour le gouvernement de prendre toute mesure visant à la cohérence des textes et c'est chose faite avec la **6ème ordonnance du 22 décembre 2017** qui apporte des précisions bienvenues notamment en matière de définition de groupe. L'ordonnance est dite «balais» car elle corrige les erreurs de plume ou les incohérences issues des ordonnances de 2017.

Section II : Les critères actuels posés par la législation

Jusqu'à la loi du 8 aout 2016 c'est-à-dire jusqu'au 30 novembre 2016 (date d'entrée en vigueur), la définition du licenciement économique et donc le motif économique correspondait à la définition de l'ancien article L1321-1 (voir ci dessus). Depuis la loi du 8 aout 2016, cet article a été réécrit et des nouvelles causes de LE ont été intégrées à cet article devenu l'article L1233-3 puisque désormais ont été ajoutées la réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité, adjonction résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation mais on a aussi intégré la cessation d'activité de l'entreprise. Cet article L.1233-3 du CDT qui a fait l'objet dans son premier alinéa d'une réécriture a de nouveau été modifié par l'ordonnance du 22 septembre 2017. Cette définition comporte aujourd'hui 3 éléments qui suscite chacun un contentieux:

- Le 1er élément est un motif non inhérent à la personne du salarié
- Le 2ème est que le motif résulte d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification refusée par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail.
- Le 3ème élément quant à lui aussi concerne les difficultés économiques, les mutations technologiques, la réorganisation de l'entreprise pour sauvegarder sa compétitivité (*réorganise-ton l'entreprise en interne, en externe, dans les groupes, au niveau international? Etc*) et la cessation d'activité de l'entreprise

Cet article L.1233-3 comporte un alinéa 2 étend les dispositions de ce chapitre à toute rupture du contrat résultant de l'une des causes liées à un motif économique, à l'exclusion toutefois de la rupture conventionnelle de l'article L1237-11 ainsi qu'à l'exclusion d'un commun-accord de la rupture dans le cadre d'un accord collectif (article L1237-17)

Paragraphe 1: L'élément négatif: le motif non inhérent à la personne du salarié

C'est un élément extérieur à la personne du salarié, ce qui exclue le motif disciplinaire, le motif lié à l'âge du salarié (qui est un motif inhérent à la personne du salarié → Cour de cassation du 24 avril 1990) et le motif lié à l'inaptitude ou la maladie du salarié.

Les choses paraissent simples mais la problématique se pose lorsque coexistent 2 motifs.

Prenons le cas d'un licenciement d'un salarié pour insuffisance professionnelle. Si cette insuffisance est **indépendante** du motif économique, c'est un **licenciement pour motif personnel** mais si cette insuffisance est constitutive d'une difficulté économique alors c'est un LE.

Prenons l'exemple d'un commercial n'étant pas compétent. L'incompétence du salarié va engendrer des **difficultés commerciales et économiques**, ce qui veut dire qu'il y aura des répercussions économiques liées à la mauvaise qualité de son travail. **L'insuffisance professionnelle n'est pas une faute, ce n'est pas un motif de licenciement disciplinaire**. On va ici rechercher la cause première de la rupture et ici, la cause première étant l'insuffisance. Le licenciement sera un licenciement pour motif personnel. Si l'employeur fait l'erreur d'utiliser la procédure pour motif économique, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse, dit abusif.

Il est assez **rare** en pratique de se trouver dans cette situation pour une raison pratique. En effet, la procédure pour licenciement personnel est maîtrisable. La procédure pour licenciement économique est plus **complexe**. C'est donc le **critère chronologique** qui doit être retenu.

Dans une affaire soumise à la chambre sociale de la Cour de cassation, l'employeur invoquait l'inaptitude professionnelle des salariés pour leur refuser la possibilité de les employer à des postes modifiés pour des raisons de mutations technologiques. Ici, l'employeur avait licencié les salariés pour inaptitude professionnelle. La Cour de cassation a confirmé la décision de la CA qui a condamné l'employeur à verser des dommages-intérêt pour **licenciement sans cause réelle et sérieuse** (12 décembre 1991). Il s'agissait ici d'un licenciement économique et non pas d'un licenciement personnel. Il est donc plus fréquent qu'un employeur utilise un licenciement pour motif personnel à la place d'un licenciement pour motif économique.

Paragraphe 2 : Les éléments objectifs: la matérialité

A/ La suppression de poste

On entend par suppression de poste une **suppression effective** du poste c'est-à-dire qu'il y a LME quand le poste est supprimé et qu'il n'est pas immédiatement remplacé (Cour de cassation 29 mai 1990). Un LME a été refusé quand une personne a été embauchée sur le même poste quelques semaines plus tard après la suppression (9 juillet 1992 et 22 février 1995: le salarié avait été licencié et avait été ici remplacé quelques semaines plus tard par le fils du gérant)

Il faut toujours notifier le poste faisant l'objet de la suppression. Imaginons qu'un seul poste de standardiste soit supprimé mais que 2 salariés soient licenciés pour ce motif. La Cour de cassation a estimé que dans ce cas les licenciements étaient sans cause réelle et sérieuse puisque l'on ne savait pas lequel des deux postes avait été supprimé (23 septembre 1992)

Prenons la situation dans laquelle il y a une suppression de poste sans suppression de tâche. Reprenons l'exemple des standardistes. Le poste est supprimé mais les autres employés reprennent ses tâches. Il y a **réorganisation**. Dès lors, le **LME est possible**. La suppression de poste est entendue de façon assez large car on entend ici aussi la **transformation de poste**. On peut créer des emplois différents visant à développer d'autres activités.

La question va réellement se poser au niveau du cadre d'appréciation de la suppression de poste (faut-il apprécier au niveau de l'entreprise, du groupe ? etc). La Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 1995 « Thomson vidéocolor »: l'employeur voulait délocaliser une entreprise de Lyon pour en localiser la moitié en Bourgogne, et l'autre moitié au Brésil. La CA de Lyon a estimé qu'ici il n'y

avait pas de suppression d'emploi. C'était ici malin de la part de l'employeur car il n'y avait aucune suppression, mais un transfert. La Cour de cassation a estimé que comme l'activité s'exerçait sur d'autres sites et notamment à l'étranger, celle-ci résultait d'une suppression de poste. On apprécie ici au niveau de l'entreprise (confirmation 8 juillet 2008 et 16 janvier 2001). Par la loi du 8 aout 2016, cette décision a été reprise par l'article L.1233-3 au terme duquel la matérialité de l'emploi s'apprécie au niveau de l'entreprise.

B/ La transformation d'emploi

Il s'agirait d'un réajustement de la politique de l'entreprise qui entraîne une transformation des emplois. Ce peut être par exemple l'introduction dans l'entreprise de nouvelles technologies. Cette transformation s'apprécie elle aussi au niveau de l'entreprise (L.1233-3 : la matérialité quant à la transformation d'emploi s'apprécie au niveau de l'entreprise)

C/ Le refus du salarié quant à une modification essentielle du contrat de travail

L'employeur propose au salarié ici une modification essentielle du contrat de travail. Prenons l'exemple d'un salarié qui travaille à Toulon et l'entreprise, pour des raisons économiques décide de partir s'installer sur Lyon. L'employeur doit proposer par lettre recommandée avec avis de réception au salarié la mutation et le salarié a un délai de réflexion d'un mois pour faire connaître son refus. En cas de liquidation ou de redressement judiciaire le délai est abaissé à 15 jours.

L'article L.1226-1 du CDT a posé une règle : le défaut de réponse du salarié dans ce délai traduit l'idée selon laquelle le salarié est réputé avoir accepté la modification. Ici, le silence vaut acceptation. Il faut néanmoins que cette mutation relève d'une raison économique.

En revanche, si l'employeur se réorganise pour par exemple payer moins de taxes au niveau local, le salarié peut refuser sa mutation car on modifie un élément essentiel du contrat. Dans ce cadre, l'employeur souhaite accroître ses bénéfices et sa compétitivité, ce qui veut dire que celui-ci ne se trouvera pas dans le cadre de motifs économiques et si ce dernier licencie pour motif économique, alors ce licenciement sera sans cause réelle et sérieuse.

Paragraphe 3: Les éléments subjectifs

Avant 2016, l'article L1233-3 donnait l'exemple des difficultés économiques et des mutations technologiques. La jurisprudence avait fait son œuvre et avait ajouté le critère de la sauvegarde la compétitivité et celui de la cessation d'activité.

La loi du 8 aout 2016 a ajouté cette réorganisation pour cause de sauvegarde et ce motif lié à la cessation d'activité de la reprise.

Pourquoi le législateur a intégré ces motifs? Pourquoi a-t-il jugé bon d'intégrer ces critères jurisprudentiels dans le code du travail? Quelle sécurité le législateur a-t-il voulu offrir?

Le législateur a intégré ces motifs afin que ceux-ci soient protégés contre un éventuel revirement de jurisprudence. En effet, nous ne sommes jamais à l'abri d'un revirement de jurisprudence. Ainsi, comme la sécurité juridique était compromise, le législateur a voulu protéger ces motifs contre un éventuel revirement jurisprudentiel.

Si l'entreprise connaît des difficultés, il se pose la question de savoir si ces difficultés sont suffisantes pour justifier l'idée que l'employeur puisse se séparer d'une partie de ses salariés. Il revient aux juges de statuer sur ce licenciement, ce qui signifie qu'il y a un risque d'où les précisions qui ont été apportées en 2016 par la loi El Khomri. Le but de cette loi était de sécuriser les employeurs quant à cette possibilité de licencier pour difficulté économique (Est-ce qu'une baisse de 20% du CA suffit, ou faut-il une baisse de 40%? .etc) Les employeurs en réalité craignait ce type de licenciement. En effet, il n'est pas évident d'évaluer la situation.

A/ Les difficultés économiques

Pour que les difficultés économiques soient qualifiées, il faut des pertes évidentes (19 octobre 1993: baisse du CA, baisse des commandes, endettements etc):

Le ralentissement d'une activité, une baisse du CA relativement faible, le coût jugé élevé du travail par le chef d'entreprise alors que la situation de l'entreprise lui permet d'y faire face ne constitue pas des difficultés économiques (22 février 1994, 6 juillet 1999)

Ne constitue pas non plus un LME une évolution déficitaire entrant dans le champs des prévisions de développement d'une société. Pendant cette affaire (26 mars 2003), un journaliste présentateur télé est licencié pour motif économique en raison de difficultés financières ayant entraîné des mesures de restructuration. Mais ce licenciement n'avait pas de cause économique car l'évolution déficitaire rentrait dans les prévisions de ses créateurs d'autant plus que les résultats de la société étaient en amélioration constante au moment du licenciement. Il y avait ici une amélioration positive du CA de la société.

Le législateur a essayé d'encadrer l'appréciation de ces difficultés même si des zones d'ombre demeurent par la loi du 8 aout 2016. Cette réforme est sécurisante et depuis cette loi, l'article L.1233-3 caractérise ces difficultés économiques c'est-à-dire qu'on a un curseur, des indications formalisées dans un texte de loi. Elles sont caractérisées par l'évolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du CA, des pertes d'exploitation ou une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation.

La durée de cette baisse est également précisée s'agissant des commandes ou du CA. Le législateur en 2016 a précisé qu'une baisse significative des commandes ou du CA est constituée dès lors que la durée de cette baisse en comparaison avec l'année précédente est:

- D'au moins un trimestre pour une entreprise de moins de 11 salariés
- De 2 trimestres consécutifs de plus de 11 salariés et de moins de 50
- De 3 pour une entreprise d'au moins 50 salariés mais de moins de 300
- De 4 pour une entreprise de 300 salariés et plus.

Le législateur a ici pris acte des critiques au sujet des PME et a adapté le nombre de semestre en fonction du nombre de salariés afin de prendre en compte les différentes tailles d'entreprises.

Le % de la baisse n'est toujours pas mentionné dans la loi de 2016 cependant, il reviendra aux juges d'apprecier l'importance des difficultés rencontrées par l'entreprise. Ce point pourra être sujet à discussion, à contentieux mais contrairement à avant 2016, on a un curseur. Cette durée est précisée quant aux commandes où au CA selon l'article L.1233-3, mais cette durée minimale n'est pas prévue pour les pertes d'exploitation, la dégradation de la trésorerie ou l'excédent brut de

l'exploitation. L'article L.1233-3 prévoit que le LME peut être justifié par « tout autre élément de nature à justifier ces difficultés ». Il s'agit ici du pouvoir d'appréciation du juge.

A savoir que l'**employeur ne doit pas agir de manière frauduleuse** (par exemple: si l'employeur ne récupère pas volontairement des créances, son attitude peut être qualifiée de frauduleuse).

En revanche si les difficultés économiques résultent d'une erreur de l'employeur quant à l'appréciation des risques, cette erreur ne sera pas privée de cause réelle et sérieuse (14 décembre 2005). Dès lors, seule la fraude tient l'employeur responsable.

Mais à quel niveau les difficultés économiques doivent être elles établies?

En réalité ce niveau d'appréciation des difficultés a posé une problématique réelle: faut-il apprécier ces difficultés dans un contexte national, international ? Cette société a-t-elle des filiales etc?

L'ordonnance du 22 septembre 2017 a restreint ce champs d'appréciation mais encore faut-il différencier les entreprises qui appartiennent à un groupe et celles qui n'appartient à aucun groupe.

- **Pour les entreprises qui n'appartiennent pas à un groupe**, les choses sont relativement simples. La réalité des difficultés économiques s'apprécie au niveau de l'entreprise uniquement. L'ordonnance n'apporte ici rien de nouveau mais incorpore les solutions antérieurement dégagées par la jurisprudence (17 juin 1992 ou 10 juin 1998 ou 26 juin 2012). Quand l'entreprise a plusieurs établissements, il faut apprécier la situation économique de l'entreprise elle-même et non de chaque établissement. Cette jurisprudence pose un *problème quand l'employeur veut conserver ses établissements les plus rentables*. L'employeur devra alors ici se pencher sur un plan de réorganisation nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise.

- **S'agissant des entreprises qui appartiennent à un groupe international**, l'ordonnance de 2017 a remis en cause les jurisprudences en la matière.

• Avant l'ordonnance du 22 septembre 2017, c'était la jurisprudence qui avait dégagée la notion de groupe pour l'appréciation des difficultés financières de l'entreprise. La réalité de la cause économique était appréciée au niveau du groupe auquel appartient l'entreprise ou du secteur d'activité sans qu'il y ait lieu de réduire le nombre de sociétés situées sur le territoire national. Dernièrement la Cour de cassation dans plusieurs arrêts du 16 novembre 2016 avait précisé la notion de groupe prise en compte pour apprécier l'existence de difficultés économique, mais aussi l'étendue de l'obligation de reclassement. La cause économique d'un licenciement s'appréciait ici tout d'abord au niveau de l'entreprise dans son ensemble. On ne regardait pas les résultats, c'est-à-dire le caractère déficitaire d'un établissement. Concernant les entreprises faisant parti d'un groupe, la Cour de cassation estimait que le périmètre du groupe à prendre en considération était l'ensemble des entreprises unies par le contrôle ou l'influence d'une entreprise dominante (L.2331-1 du code du travail) sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe des entreprises situées sur le territoire national. La cause économique d'un licenciement s'appréciait donc au niveau du secteur d'activité du groupe auquel l'entreprise appartenait (5 avril 1995). Il faut donc regarder l'ensemble des sociétés françaises et étrangères du groupe qui relèvent du même secteur d'activité. Les entreprises étrangères florissantes devaient donc soutenir les entreprises nationales plus en difficulté. Concrètement, un groupe ayant une activité en bonne santé financière était contraint de soutenir indéfiniment son entreprise française, peu importe que ses difficultés soient excessivement importantes et les chances que la situation de sa filiale française se redresse, minimes. Cette jurisprudence tenait compte de l'internationalisation de l'économie et ne s'arrêtait pas à l'appréciation de la personnalité juridique morale. L'idée était que les firmes

dépassaient les frontières et donc, on pouvait s'en tenir à l'appréciation d'une société nationale. Il est vrai que cette jurisprudence avait pu faire l'objet de **critiques** car les économistes et juristes avaient estimé qu'elle ne protégeait pas les salariés mais pouvait dissuader les sociétés internationales d'embaucher en France. C'était donc les salariés qui se trouvaient pénalisés. Les pouvoir publics et le législateur dans l'avant projet de la loi travail (El Khomri) avaient prévu une appréciation des difficultés économiques seulement au niveau du territoire national, ce qui contrevenait à la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette proposition n'a pas été retenue dans le texte de loi qui avait été voté le 8 aout 2016. La situation à l'étranger continuait d'être prise en compte. Selon le Gouvernement, cette situation était propice à faire fuir les investisseurs étrangers

- L'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail prévoit un périmètre de la cause économique plus restreint. **Depuis le 24 septembre 2017 (application)**, les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité s'apprécient au niveau du secteur d'activité des entreprises établies sur le territoire national du groupe auquel elles appartenaient

Le groupe est défini par **L'article L1233-3:** « lorsque le siège social de l'entreprise dominante est situé sur le territoire français, conformément à l'article L1233-1, et dans le cas contraire, comme constitué par l'ensemble des entreprises implantées sur le territoire français ». Cette définition devenue obsolète, avait aussi précisé la notion de secteur d'activité. Il y a lieu de retenir que **les entreprises qui, sur le même marché, délivrent les mêmes biens ou les mêmes services, ciblent la même clientèle et utilisent les mêmes réseaux et mêmes modes de production appartiennent au même groupe**. Le texte de loi précise ici ce marché, lequel n'était pas à l'abri d'un revirement de JP.

Lorsque l'entreprise appartient à un groupe, les difficultés s'apprécient au niveau du groupe dans la limite du secteur d'activité auquel appartient l'entreprise. Mais si l'on se penche sur la rédaction du texte (**L.1233-3**), on s'aperçoit que le législateur a utilisé l'adverbe «notamment» et dès lors, la liste des indices semble ouverte. Ensuite on fait référence au marché («se rapportant à un même marché»), on peut ici se poser la question des frontières. Est-ce que ce secteur d'activité est réductible à un seul marché? Le singulier étant ici utilisé, le texte est réducteur. Ces interprétations peuvent apparaître comme étant théoriques mais il y avait ici le risque que des entreprises pourraient confier la gestion à une filiale pour échapper à cette règle, ce qui serait constitutif d'une fraude.

Mais il y a eu une **6ème ordonnance en décembre 2017** qui a porté quelques corrections. Cette ordonnance a corrigé dans le bon sens car elle permet d'éviter ces difficultés d'interprétation. Cette ordonnance prévoit une définition du groupe unique concernant le périmètre de reclassement des difficultés économiques: «la notion de groupe désigne le groupe formé par une entreprise appelée «entreprise dominante» et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies aux articles L33-1 et suivants du code du commerce ».

Pour plus d'infos: <https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/partenaire/partenaire-981-la-notion-de-groupe-dans-les-licenciements-pour-motif-economique-dernieres-precisions-de-la-cour-de-cassation-310037.php>

Conclusion: Depuis les ordonnances 2017, les difficultés économiques dans une entreprise de groupe ne s'apprécient plus au niveau du groupe, mais au niveau du secteur d'activité auquel l'entreprise est rattachée.

→ Jusqu'à la publication des Ordonnances, la réalité de la cause économique à l'origine du licenciement était appréciée au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe auquel

appartient l'entreprise, sans qu'il y ait lieu de réduire le groupe aux sociétés ou aux entreprises situées sur le territoire national (donc au niveau international).

→ C'est pourquoi, l'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail prévoit un périmètre d'appréciation de la cause économique de licenciement beaucoup plus restreint. Elle limite celui-ci au territoire national. En effet, les difficultés économiques, les mutations technologiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise s'apprécieront au niveau du secteur d'activité commun au siège et à celui des entreprises du groupe auquel elle appartient, établies sur le territoire national, sauf fraude

AVANT ORDONNANCE: AU NIVEAU DU GROUPE ET AU NIVEAU INTERNATIONAL

DEPUIS ORDONNANCE: AU NIVEAU DU SECTEUR D'ACTIVITÉ ET SUR LE TERRITOIRE NATIONAL

B/ Les mutations technologiques

S'agissant des mutations technologiques, celles-ci peuvent concerner une informatisation d'une agence, de certains services et peuvent occasionner une diminution importante des tâches, laquelle peut conduire à des ruptures de CDT. Ces mutations peuvent donc justifier un licenciement même si celles-ci ne sont pas mises en œuvre à proprement parler pour faire face à des difficultés économiques.

Par exemple une société à Toulon se dote d'un **système de reconnaissance vocale**, et ce procédé va **rendre inutile le recours à un dactylographe**, dès lors cette mutation peut entraîner une suppression de poste.

Néanmoins il y a des **conditions** :

- L'employeur doit avoir respecter son obligation d'adaptation des salariés.
- Ces mutations doivent être suffisamment importantes pour justifier un licenciement

C/ La réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité et la cession d'activité

a) La cession totale d'activité

Elle constitue un motif autonome de rupture mais cette idée avait déjà été envisagée par la Cour de cassation (16 janvier 2001). Cependant, cette cessation d'activité ne doit **pas être due à une faute de l'employeur ou à une légèreté blâmable de celui-ci**.

Au-delà de cette réserve:

- **La cessation d'activité peut être partielle** mais si tel est le cas, alors celle-ci **ne peut justifier un LME (23 mars 2017)** qui confirme que seule une cessation complète de l'activité constitue une cause économique de licenciement sous réserve de la faute de l'employeur : **ici il s'agissait d'une filiale d'un groupe hôtelier qui exploitait un hôtel à Lyon, et l'employeur avait été informé par la chambre de commerce et d'industrie de Lyon de la résiliation de ce contrat qui l'autorisait à exploiter l'hôtel. L'employeur a donc licencié les salariés pour ce motif mais la Cour de cassation a validé les prétentions des salariés car la cessation était ici partielle**).
- **La fermeture temporaire** ne peut **pas non plus justifier des LME**. En effet, Il y a licenciement sans cause réelle et sérieuse dès lors que la fermeture temporaire n'est pas nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (17 décembre 2002)

b) La réorganisation et la sauvegarde la compétitivité

La cour dans un **arrêt du 5 avril 1995** avait complété l'ancienne formule légale en ajoutant que « *n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation pouvant justifier un motif éco de licenciement lorsqu'elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise* ». Une lettre de licenciement sera estimée injustifiée dès lors qu'elle fera savoir une suppression d'emploi pour cause de restructuration. Cette mesure doit être justifiée par la sauvegarde de la compétitivité (10 mai 1999). En d'autres termes, **il ne suffit pas de mentionner une restructuration, il faut prouver que cette restructuration était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise**.

Sera dépourvu de cause économique le licenciement intervenant suite à une restructuration alors que l'employeur n'apporte aucun élément dans la lettre de licenciement pour justifier sa nécessité au regard de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise (5 octobre 1999)

Lorsque l'employeur a le choix quant à la réorganisation de son entreprise, toutes les solutions doivent répondre au principe de sauvegarde de la compétitivité. L'employeur doit ici opérer un **choix entre ces hypothèses**.

Imaginons que l'employeur doive soumettre ce projet au comité d'entreprise, alors ce comité a la possibilité de se prononcer sur les bilans de toutes les solutions (**telle solution engendrerait une perte de tant d'effectif, celle ci de tant d'effectif etc**). Ainsi l'employeur doit-il choisir la solution permettant de supprimer le moins d'emplois possibles?

La CA avait ici estimé que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse en retenant que la pérennité de l'entreprise ne reposait pas l'hypothèse choisie. En effet l'entreprise était face à 3 hypothèses et l'employeur n'avait pas choisi selon la CA l'hypothèse la plus rentable. L'entreprise en décidant de fermer un site n'avait pas intégré le principe de préservation de l'emploi et celle ci avait excédé ce qui était nécessaire pour sauvegarder la compétitivité.

L'Assemblée Plénière dans une décision du **8 décembre 2000** a estimé que les licenciements ont eu cause économique réelle et sérieuse car il avait été établi que la réorganisation de l'entreprise qui entraînait des suppressions d'emplois était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient et dès lors, **la CA reconnaissant que ces conditions étaient remplies dans les 3 hypothèses de réorganisation qui étaient envisagées par l'employeur, n'a pas respecté la réglementation et il ne lui appartenait pas dans la mesure où ce critère de la réorganisation était rempli, de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles**.

Dans les arrêts dits **pages jaunes du 11 janvier 2006**, la Cour de cassation s'était interrogée sur des situations dans lesquelles les entreprises n'avaient aucune difficulté économique particulières mais se réorganisait en anticipant sur des risques futurs, c'est-à-dire pour prévenir des difficultés économiques futures.

Il s'agissait ici de réorganiser France Telecom qui devait assurer une transition entre ses produits traditionnels (format papier), le minitel et les outils, produits liés aux nouvelles technologies (internet, application etc). Il était nécessaire pour ce faire de **se réorganiser au regard des conséquences prévisibles de l'évolution des technologies dans un environnement extrêmement concurrentiel**. La Cour de cassation estime que la réorganisation de l'entreprise constitue un motif de LME si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur

d'activité auquel appartient l'entreprise et que ce critère peut être utilisé pour prévenir des difficultés économiques à venir, liées à des évolutions technologiques et aux conséquences liées sur l'emploi et ce, sans être subordonné par des difficultés économiques à la date du licenciement.

La loi de modernisation sociale pour 2002 portait sur la définition même du LME et cette loi avait tenté de restreindre les possibilités de licenciement économique. La nouvelle formule qui était proposée prévoyait que le motif économique « *était constitué quand le licenciement était prononcé pour un motif non inhérent à la personne du salarié mais résultant d'une suppression ou d'une transformation d'emploi ou d'une modification du CDT consécutive soit de difficultés éco sérieuses n'ayant pu être surmonté par d'autres moyens, soit à des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise* ».

Cette définition **interdisait tout autre motif** et notamment le motif de cessation d'activité. Elle était extrêmement restrictive (art 107 de cette loi).

Le Conseil Constitutionnel a été saisi **(12 janvier 2002)** et a déclaré non conforme à la constitution cette article de cette loi de modernisation sociale (car contrevenait à la liberté d'entreprendre, choix du chef d'entreprise etc).

Ainsi la loi a prévu **3 cas de limitations de motif économique**:

- **L'impossibilité posée par la loi d'anticiper sur des difficultés économiques à venir en prenant des mesures de nature à éviter des licenciements ultérieurs**
- **La substitution du juge à l'employeur dans l'appréciation des motifs**
- **Les motifs économiques sont impossibles à arguer pour l'employeur** (arguer = déduire quelque chose de quelque chose, en tirer une conséquence)

→ Cette réorganisation s'apprécie tout comme les difficultés économiques au niveau de l'entreprise si cette entreprise n'appartient pas à un groupe et dans le cas contraire, au niveau du secteur d'activité commun à cette entreprise auquel elle appartient, établi sur le territoire national.

Chapitre 2 : Les caractères du motif du licenciement

La loi du 13 juillet 1973 a posé le principe selon lequel le licenciement doit reposer sur une cause réelle et sérieuse sous peine de sanction.

Paragraphe 1: Le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur

C'est l'article **L.1233-2** du CDT au terme duquel « *tout licenciement pour motif éco est motivé mais également, tout licenciement pour motif économique est justifié par une cause réelle et sérieuse* ».

A/ L'exigence d'une cause réelle et sérieuse

Il n'y a pas de définition légale de cette cause.

a) La cause réelle

Elle doit :

- **Etre objective:** L'ancien ministre du travail avait estimé que la cause était réelle si elle présentait un caractère d'objectivité, ce qui exclue les priviléges et les convenances personnelles.
- **Exister:** Il ne faut pas de raisons subjectives (ce serait l'employeur qui forge son avis sur des impression.) Il faut des faits, l'intuition de l'employeur ne peut pas suffir
- **Etre exacte**

b) La cause sérieuse

On ne peut pas licencier sur un motif anodin, ridicule mais tout dépend de l'appréciation souveraine du juge. Il appartient donc au juge d'apprécier le caractère réel et sérieux du motif de licenciement et le juge va former sa conviction aux vues des éléments fournis par les parties après, au besoin, toute mesure d'instruction qu'il estimera utile.

B/ Le motif économique et la cause réelle et sérieuse

a) L'emploi d'un motif personnel à la place d'un motif économique

Le licenciement est le droit pour l'employeur de résilier unilatéralement la rupture du CDT. C'est lui qui va décider du motif de licenciement et ce dernier peut invoquer un motif personnel au sein de la lettre alors qu'en réalité, il y a un motif économique (exemple : l'employeur invoque une faute grave et le salarié va lui soutenir qu'il s'agit d'un LME. Il reviendra au juge d'apprécier la situation et de statuer sur les caractères réels et sérieux du licenciement c'est-à-dire que le juge va vérifier **l'exactitude de la cause et ne peut réduire son appréciation aux motifs de la lettre.**)

Le juge va s'attacher à la **cause première du licenciement (10 octobre 1990)** et si la première cause est économique et que le motif n'est pas personnel mais économique, alors le licenciement sera dépourvu de cause réelle et sérieuse.

b) L'hypothèse de la fraude économique

Il peut s'agir par exemple de la signature d'une transaction (une entente) entre l'employeur et le salarié. Dans une affaire du **13 novembre 2006**, le licenciement pour motif personnel résultait d'une fraude. L'employeur ne souhaitait pas mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi lié au motif économique du licenciement. La CA avait annulé dans cette affaire la transaction et avait condamné l'employeur à payer au salarié des dommages-intérêt en plus de l'indemnité transactionnelle.

(On peut se demander comment cette affaire a pu arriver devant la CA alors qu'à la base l'employeur et le salarié était d'accord? En réalité, le salarié peut toujours invoquer une pression, un vice du consentement).

La Cour de cassation dans une autre affaire s'est positionnée :

- **Sur la fraude** en estimant que le caractère du licenciement était frauduleux car les licenciements avaient été notifiés pour motifs personnels alors que la cause réelle était en fait économique. L'employeur avait voulu échapper à toute la procédure du motif économique.
- Mais la Cour de cassation a estimé que, faute de procédé d'une cause immorale, cela ne fait pas obstacle à la **restitution par les salariés des sommes perçues en exécution de la transaction**. En effet, en 2006, les salariés avaient été avantagés car ils avaient obtenu des dommages-intérêt tout en conservant l'indemnité de transaction.

c) Le maintien de la nature économique d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse

Si le licenciement **n'a pas de cause réelle et sérieuse**, cela n'enlève pas au licenciement sa nature juridique de licenciement pour motif éco. Si la lettre de licenciement énonce un motif éco, alors les règles du LME devraient pouvoir s'appliquer.

Illustration: **un concessionnaire d'un salon de coiffure avait licencié pour motif éco une coiffeuse au motif que cette coiffeuse n'avait pas le diplôme requis pour tenir le poste de responsable d'un salon de coiffure, et le gérant non plus. Il l'a licencié pour motif économique car il était dans l'Obligation de supprimer le poste de la salariée.** Les causes ici n'étaient pas inhérentes à la personne du salarié (son attitude n'était pas remise en cause), il s'agissait d'une réorganisation justifiée par la nécessité d'embaucher un salarié titulaire du diplôme. Et au regard de la taille de l'entreprise et du CA, la salariée ne pouvait être maintenue. Il y a donc une nature économique à ce licenciement. Néanmoins, sur le caractère du licenciement, on peut dire que **ce licenciement n'est pas imputable à la salariée mais à une carence de l'employeur qui n'avait pas vérifier les diplômes de la salariée.** Alors même si ce licenciement avait une cause éco, il a été **réputé sans cause réelle et sérieuse.** On regarde la légitimité du motif. (L'employeur ne reprochait rien à la coiffeuse, mais comme il n'avait pas les moyens de ré-embaucher quelqu'un de qualifié, il devait supprimer le poste, d'où la nature éco du licenciement.)

La nature économique du licenciement n'avait pas été perdue ici.

Ainsi, si dans la lettre de licenciement est mentionné un motif économique, et que le motif est personnel, alors le licenciement sera **sans cause réelle et sérieuse**.

d) Le motif économique et l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la maladie

→ 1er semestre

L'employeur pourra **rompre le contrat s'il justifie une faute grave ou son impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la maladie** (L.1226-9 : «*Au cours des périodes de suspension du contrat de travail, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave de l'intéressé, soit de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie»*) A défaut, le licenciement sera nul (L.1226-13).

Un employeur n'avait pas précisé en quoi il était impossible de maintenir le salarié dans l'entreprise, alors le licenciement a été jugé nul aux vues de l'article L.1226-9.

A savoir que **l'ordonnance de 2017** permet à l'employeur d'apporter des précisions dans la lettre de licenciement. Le **décret du 11 décembre 2017** prévoit que **dans les 15j suivant la notification du licenciement, le salarié peut demander par lettre recommandée des précisions sur les motifs énoncés dans la lettre de licenciement et l'employeur dispose lui aussi de 15 pour apporter ces précisions.**

L'employeur lui-même pourra préciser les motifs du licenciement et ce jusqu'à 15j après la notification. Ces dispositions s'appliquent tant pour un LMP que pour un LME.

Paragraphe 2 : Les sanctions du défaut de cause réelle et sérieuse

Lorsque le défaut économique fait défaut, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse.

- **Cas du LMP requalifié en LME:** Si le licenciement est requalifié en LME, il sera **sans cause réelle et sérieuse**. Néanmoins avec **l'ordonnance de 2017**, l'employeur pourra toujours en vertu de **l'article L1235-2** apporter des précisions. Le véritable motif est donc économique et le

salarié, bénéficiant de cette requalification pourra bénéficier des règles relatives au LME (**indemnité pour non respect de la priorité de ré embauchage ou etc**)

- **Cas du LME dépourvu de cause réelle et sérieuse:** La sanction est ici un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

- **Cas du LME requalifié LMP:** Il s'agit de vérifier le **motif apparent qui va lier l'employeur**.

La sanction est celle prévu dans les article **L.1235-3 à L.1235-5**

- Avec notamment **l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse**
- Le salarié pourra aussi bénéficier de **dommages-intérêts** (par exemple pour le défaut de priorité du ré embauchage)
- L'employeur sera soumis au risque de **rembourser les allocations chômage à pôle emploi**

(voir premier semestre)

Titre 2: Les corollaires du LME

Section I : L'obligation de reclassement

Cette idée est l'oeuvre de la jurisprudence car les juges ont estimé qu'avant de mettre en œuvre une mesure de licenciement pour ME, l'employeur doit assurer **l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi** (25 février 1992: la Cour de cassation a ici pris en compte l'**obligation de bonne foi** : comme l'employeur a un devoir général de bonne foi, il doit assurer l'adaptation des salariés; « **assurance mutuelle universitaire** » 1er avril 1992: conf le 8 avril 1992: l'employeur doit assurer le reclassement des salariés de par son **devoir de loyauté** et en cas de suppression d'emploi, l'employeur doit proposer les emplois disponibles de même catégorie ou à défaut de catégorie inférieure par voie de modification substantielle du contrat de travail).

Cette obligation a été intégrée par la **loi de modernisation sociale de janvier 2002** qui a complété l'ancien article 321-1

L'employeur a donc une véritable obligation de reclassement du salarié avant la mise en œuvre d'une procédure de LME. C'est donc une **obligation préalable au licenciement**. Ces procédures doivent être tentées avant la mise en marche de la procédure de licenciement (cette procédure est lourde car l'employeur devra prouver qu'il a tout fait pour reclasser le salarié)

Paragraphe 1 : Le contenu de l'Obligation de reclassement

L'article **L.1233-4** prévoit cette exigence qui pèse sur le chef d'entreprise. Le reclassement au terme de cet article doit s'effectuer sur un **emploi relevant de la même catégorie ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente**.

Chambre sociale 11 mars 2011: cette rémunération doit s'entendre de la rémunération globale tout avantage confondu ou encore à défaut et sous réserve de l'accord du salarié, ce reclassement s'effectue dans une catégorie inférieure. La cour a estimé que l'on pouvait aussi prétendre à un emploi de catégorie supérieure à la condition que le poste soit libre et que le salarié ai une qualification suffisante. Le salarié doit avoir la compétence et l'expérience lui permettant d'occuper cet emploi. Il a cependant été admis que lorsque le poste vacant admis nécessite une formation du salarié sur plusieurs années, l'employeur ne méconnaît pas son obligation de reclassement s'il ne propose pas son poste au salarié (11 janvier 2000).

A défaut d'emploi équivalent, le reclassement devra être recherché dans un emploi inférieur et l'employeur devra **prendre l'initiative de proposer au salarié des emplois disponibles de catégories inférieures par voie de modification du contrat.**

C'est un droit individuel et préalable à tout licenciement éco.

Paragraphe 2: La présence d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)

Lorsqu'il existe un plan de sauvegarde de l'emploi, (**L.1233-61 et -62**), celui ci doit intégrer un plan de reclassement. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, lorsque le projet de licenciement concerne **au moins 10 salariés sur une même période de 30 jours**, l'employeur doit établir et mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi afin de limiter le nombre de licenciement.

L'article **L.1233-62** prévoit que ces mesures peuvent être des **actions internes** voir des actions favorisant le reclassement **externe de l'entreprise, notamment par la réactivation de bassin d'emploi.**

L'employeur doit en plus explorer toutes les possibilités de reclassement possibles qu'elles soient ou non prévues par le plan ce qui signifie que **la présence d'un plan ne dispense pas l'employeur de son obligation** (**7 juillet 1998**: même si le plan était établi, il fallait chercher des possibilités de reclassement, idem **6 juillet 1999**: cette obligation de reclassement existe même lorsqu'un plan social a été établi)

L'article **L.1222-6** prévoit que si l'employeur souhaite modifier le contrat, il doit proposer au salarié cette modification du contrat et le salarié dispose d'un mois pour faire connaître son refus, ce sans quoi il sera réputé avoir accepté l'offre

Même si le salarié refuse la modification, l'employeur doit tout de même chercher à reclasser le salarié (**30 septembre 1997**)

Paragraphe 3: Le cadre d'appréciation de l'Obligation de reclassement

L'ordonnance a repris certains élément dégagés par la JP mais ces derniers ont été assouplis.

A/ Le reclassement interne

La recherche de l'employeur doit s'étendre à l'entreprise prise dans ses divers établissements même s'ils sont situés dans des régions différentes ou aux groupes dont elle fait partie. Le législateur a cependant restreint cette obligation de reclassement au **territoire national** par la **loi du 6 aout 2015**.

Mais que faut-il entendre par groupe au regard de l'Obligation de reclassement?

Le critère n'est pas tant juridique mais plus économique. Il s'agit en effet de la **permutabilité des salariés**. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que le **périmètre** à prendre en considération pour cette obligation de reclassement se comprend de l'ensemble des entreprises du groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou parti du personnel (**11 février 2015**)

Ces principes dégagés par la JP de la chambre sociale ont été repris à l'article L1233-4 et son applicables aux procédures de LME engagées après le 24 septembre 2017: « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel* ».

Quoi qu'il en soit la recherche doit être **sérieuse et loyale** et l'employeur doit fournir au juge les élément qui vont lui permettre d'apprécier qu'il a tout fait pour reclasser ce salarié.

L'employeur va être tenu de rechercher et de proposer ces emplois.

Mais la question s'est posée au niveau du **formalisme** (comment proposer ces offres au salarié ?). La jurisprudence avait posé des exigences strictes pour l'employeur et le sanctionnait dès que celui ci n'avait pas respecter un certain formalisme. **L'ordonnance du 22 septembre 2017** a donc permis un assouplissement du formalisme des offres de reclassement.

Avant cette ordonnance, l'employeur devait accomplir une **démarche personnalisée**. Il devait donc faire une **recherche individuelle** de reclassement pour chaque salarié. A défaut d'offre précise et impersonnelle, l'employeur pouvait être sanctionné.

Exemple: **3 février 2017**: l'employeur pour satisfaire à son obligation de reclassement avait affiché les postes disponibles dans l'entreprise afin de les porter à connaissance des salariés pour que ceux ci puissent se présenter aux postes. La Cour de cassation a estimé que même quand un PSE a été établi, l'employeur devait rechercher s'il existait des possibilités de reclassement prévues ou non par le plan et devait faire des **offres précises, concrètes et personnalités à chacun des salariés**. Ainsi la voie d'affichage ne peut ici convenir. Dans une affaire du **26 septembre 2006**, il avait été prévu que l'employeur publie la liste des postes disponibles sur son site intranet. Il avait encore prévu d'adresser une liste des salariés dont le licenciement était envisagé à toutes les succursales du groupe. Or, il lui a été reproché de n'avoir effectuer aucune proposition personnelle des salariés. L'employeur n'avait pas eu recours à un examen individuel.

L'ordonnance du 22 septembre 2017 remet en cause cette jurisprudence et a simplifié la procédure de reclassement. Les offres selon la nouvelle rédaction:

- doivent être émises de manière personnalisée à chaque salarié
- ou l'employeur diffuse par tout moyens aux salariés une liste des postes disponibles. Certains ont pu y voir une sorte d'auto classement des salariés (les salariés regardent et choisissent ce qui leur convient) car l'employeur a le choix entre une offre personnalisée ou une offre de groupe. Le texte précise toutefois que les offres doivent être **écrives et précises**, c'est-à-dire que l'employeur ne peut prouver qu'il a chercher à reclasser le salarié que par écrit. Ainsi ces modalités contre-balance les nouveautés de l'ordonnance.

Ces dispositions ont été précisées par le **décret du 21 décembre 2017**. En effet, ce texte précise le **contenu minimal** que devra contenir l'offre ou le contenu des listes disponibles. Selon ce décret, ces offres doivent préciser:

- **L'intitulé du poste et son descriptif**
- **Le nom de l'employeur**
- **La nature du contrat de travail**
- **La localisation du poste**

• La classification du poste.

En cas de diffusion d'une liste, celle ci doit comprendre:

- L'ensemble des postes disponibles sur le territoire national
- Doit préciser les critères de départage entre salariés en cas de candidatures multiples sur un même poste
- Ainsi que le délai dont dispose le salarié pour présenter sa candidature.

Si le salarié ne se porte pas candidat par écrit à l'issu du délai, cela vaut refus des offres. On a donc simplifié ces modalités et cette ordonnance rend licite la pratique des listes à supposer que celles ci soient suffisamment précises.

L'ordonnance a posé une obligation au salarié de devoir choisir l'emploi qui pourrait répondre à ses compétences et aptitudes au travail.

Ainsi:

- L'employeur a une obligation de reclassement
- Le salarié, dans des moindres mesures, en recherchant dans la liste des emplois qui seraient compatibles avec sa formation serait lui aussi soumis à une certaine obligation. (Il faut attendre de voir comment va se positionner la JP)

Il s'agit de cas par cas. L'emploi sera équivalent ou inférieur, voire supérieur si le salarié a les aptitudes pour avec une rémunération équivalente.

B/ Le reclassement externe

Ce reclassement s'entend d'un reclassement à l'extérieur de l'entreprise ou du groupe qui sert l'entreprise interne. Ce reclassement n'attire pas les faveurs de la doctrine et la loi n'évoque ce type de reclassement qu'au niveau du PSE (article L.1233-62)

Mais outre ce PSE, quelles sont les obligations de l'employeur?

On va ici regarder les dispositions des conventions collectives applicables. Au niveau légal, il faut regarder le contrat de sécurisation professionnelle.

La question s'est posée du reclassement à l'étranger.

- Jusqu'à l'ordonnance de 2017, l'employeur devait informer individuellement le salarié par lettre recommandée ou tout autre moyen de la possibilité de recevoir des offres de reclassement hors du territoire national. Le CDT prévoyait que lorsqu'une entreprise ou le groupe comportait des établissements à l'étranger, le salarié pouvait prétendre occupait un tel poste. Néanmoins, le salarié pouvait poser ses conditions (pas de rémunération inférieure à celle actuelle, ou légèrement supérieure) mais celui ci pouvait aussi poser ses conditions en matière de géolocalisation (exemple: sud de l'Espagne). Il s'agissait d'une procédure spécifique et il y avait une exigence d'information de la part de l'employeur.
- L'ordonnance du 22 septembre 2017 a décidé d'abroger les dispositions sur ce reclassement à l'étranger, du moins, il ne s'agit plus d'une obligation.

Paragraphe 4: Les sanctions du non respect de cette obligation de reclassement

Faut-il sanctionner par la nullité ou par le défaut de cause réelle et sérieuse?

En l'absence de dispositions expresses, il a été établi que la méconnaissance de cette obligation de reclassement ne pouvait être sanctionnée par la nullité et donc par la réintégration du salarié (26 février 2003).

Ainsi si l'employeur n'a pas satisfait à son obligation de reclassement, le licenciement sera sans cause réelle et sérieuse même si ce licenciement avait une réelle cause économique.

Le licenciement à contrario ne sera justifié que si l'employeur a sérieusement tenté de reclasser le salarié et l'employeur pourra éviter la sanction du licenciement abusif s'il justifie de l'absence de postes disponibles dans l'entreprise à l'époque du licenciement.

De même si le salarié refuse les conditions salariales des emplois lui étant proposés, l'employeur est réputé avoir satisfait à son obligation de reclassement.

Section II : L'ordre des licenciements

L'ordre de licenciement permet de désigner à partir de critères objectifs les salariés qui seront licenciés et ceux dont les emplois seront conservés. Cet ordre s'impose avant tout LME c'est-à-dire que l'employeur devra définir ces critères avant d'entamer les procédures de licenciement.

Paragraphe 1: L'établissement d'un ordre de licenciement

L'employeur doit définir cet ordre en fonction de critères définis par convention collective et lorsque la convention ou l'accord sera muet, l'employeur définit les critères qu'il entend fixer après consultation des représentants du personnel en prenant en compte les critères fixés par le CDT.

Le CDT prévoit comme critères : (L.1233-5)

- Les charges de famille (en particulier celles des parents isolés)
- L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise
- La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur insertion professionnelle difficile (personnes âgées)
- Les qualités professionnelles du salarié, appréciées par catégorie

S'agissant du critère relatif aux qualités professionnelles, la Ccass a pu estimé que si le juge pour mettre en œuvre cet ordre ne peut substituer son appréciation des qualités à celles de l'employeur, il lui appartient cependant en cas de contestation de vérifier que l'appréciation portée sur les aptitudes professionnelles du salarié ne procède pas d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir (24 septembre 2014)

L'employeur peut privilégier un de ces critères à condition toutefois de tenir compte de l'ensemble des critères (confirmation de la JP antérieure)

On va se soucier du sort du salarié qui va être licencié et les critères vont prendre en compte la situation personnelle du salarié, plus que celle de l'entreprise. Mais le législateur permet de privilégier le critère de la valeur professionnelle d'un salarié. C'est-à-dire que l'employeur pourra privilégier le salarié le plus efficace c'est-à-dire que l'employeur pourra hiérarchisé ces critères, s'il les a tous pris en compte.

sans discrimination c'est-à-dire que l'employeur ne peut pas par exemple prendre en compte la nationalité d'un salarié.

Paragraphe 2: Le périmètre d'application des critères

Ce périmètre peut être fixé par accord collectif.

Avant l'ordonnance du 22 septembre 2017, les entreprises d'au moins 50 salariés qui avaient un projet de licenciement d'au moins 10 salariés sur une période de 30j (soumises au PSE) voyaient leur périmètre être fixé par un **corps collectif** ou, dans un **document unilatéral** établit par l'employeur.

Mais en cas de projet de licenciement de moins de 10 salariés, cette faculté d'intervenir sur le périmètre n'était pas envisagée.

Cette possibilité a été étendue à toutes les entreprises mettant en place des LME. Les conditions d'application de ce périmètre seront donc précisées par décret.

Néanmoins s'il n'y a pas d'accord, ce périmètre ne peut être inférieur à celui de chaque zone d'emploi dans laquelle sont situés plusieurs établissement d'entreprises concernés par la suppression d'emplois.

Paragraphe 3 : Les critères retenus par l'employeur

Ces critères s'appliquent à l'ensemble des entreprises de la catégorie professionnelle à laquelle appartient le salarié dont l'emploi est supprimé. Il faut ici appliquer le critère de choix retenu par l'employeur.

Par catégorie professionnelle on entend les salariés qui exercent au sein de l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune.

Ces critères peuvent être communiqués au salarié (si celui ci en fait la demande) et l'employeur est obligé d'y répondre par écrit et ce dans les 10j suivant la présentation de la lettre du salarié.

L'article R.1233-1 prévoit que le salarié peut formuler sa demande dans les 10 jours à partir de la date à laquelle il quitte son emploi, et l'employeur doit répondre dans les 10 jours au salarié formulant une telle demande. Si l'employeur n'y répond pas, il va commettre une **irrégularité de procédure** et si l'employeur ne respecte pas les critères d'ordre qui ont été fixés, alors cet employeur va subir :

- **Une sanction civile** (l'inobservation de l'ordre des licenciements permet l'indemnisation du salarié lésé)
- Mais sera aussi possible d'une **amende pénale de 750 euros au plus** (article R.1238-1)

Titre 3: Des mesures sociales d'accompagnement à la rupture du contrat

Section I: Le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)

Ce plan a pour objet d'éviter les licenciements ou du moins de les limiter par des mesures diverses dont les principales sont contenues dans un plan. Ces mesures visent au reclassement du salarié. Ce PSE concerne toute **rupture du CT pour motif économique** et le contenu des obligations dépend

procèdent à des licenciements collectifs concernant 10 salariés au moins, sur une même période de 30 jours. A noter que les entreprises qui ne sont pas assujetties à ce plan doivent quand même mettre en place des plans sociaux si elles projettent de licencier un minimum de 10 salariés.

L'employeur doit alors adresser aux représentants du personnel les mesures qu'il envisage de mettre en œuvre, les mesures permettant limiter les licenciements et les mesures permettant de faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement n'a pas pu être évité.

Ce PSE peut bénéficier à tous les salariés dont les catégories sociales professionnelles sont concernées par le projet de licenciement pour motif économique (LME). Au sujet des modalités de conclusion et de la nature juridique du PSE, il convient de préciser que c'est un acte juridique qui comporte les obligations de l'employeur et les droits des salariés exposés aux risques de LME. Le législateur a réformé les modalités de ce PSE et la loi du 14 juin 2013 prévoit la possibilité d'établir le plan par voie d'accord collectif (art L.1233-24-1 modifié par l'ordonnance du 20/12/2017) ou par acte unilatéral (L.1233-24-4 modifié également par l'ordonnance de 2017).

Section II : Le contrat de sécurisation professionnelle (CSP)

A/ Dispositions générales

Le CSP fait suite à de nombreux dispositifs d'accompagnements des salariés licenciés tels que la convention de reclassement personnalisée ou encore le contrat de transition professionnelle. Le CSP est issu de la loi du 28 juillet 2011 pour le développement, l'alternance et la sécurité des parcours professionnels.

On trouve assez peu de dispositions relatives au CSP dans le Code du travail. D'ailleurs, l'article L.1233-68 est considéré comme l'article « phare » en la matière et il renvoie à un accord qui va définir les modalités de mise en œuvre du CSP. A noter qu'à défaut d'accord, les modalités de mise en œuvre du CSP seront renvoyées à un décret pris en Conseil d'Etat.

Aujourd'hui, le CSP est régi par la convention du 26 janvier 2015, qui a été agréée le 16 avril 2015. Cette convention est entrée en vigueur le 1er février 2015 et concerne toutes les procédures engagées depuis cette date. Les partenaires sociaux avaient prévu une fin en décembre 2016 avec un possible renouvellement jusqu'au 30 juin 2018 (l'avenant fut signé).

B/ Le champ d'application du CSP

Le CSP va permettre au salarié de bénéficier immédiatement, après la rupture de son CT, d'un accompagnement renforcé et personnalisé qui consiste en des mesures favorisant le reclassement des salariés vers un emploi durable. Si assurer l'accompagnement du salarié visé par une procédure de LME est important, il faut noter que le CSP sert aussi à indemniser le salarié concerné.

Ce CSP s'adresse aux entreprises qui ne relèvent pas du congé de reclassement, c'est-à-dire aux entreprises qui envisagent de licencier pour LME mais qui emploient moins de 1000 salariés OU, qui font l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

Aussi, les salariés concernés par le CSP doivent satisfaire à des conditions :

- Etre compris dans une procédure de LME individuelle ou collective
- Ne pas être en mesure de liquider sa pension de retraite à taux plein (donc condition d'âge en quelque sorte)

- Résider sur le territoire relevant du champ d'application de l'assurance chômage
- Etre apte au travail car des formations de réinsertion sur le marché du travail seront proposées

20

(une sorte de condition d'aptitude physique donc)

- **Avoir une condition minimale d'affiliation** (c'est-à-dire avoir eu au moins 4 mois d'activité salariale au cours des 28 derniers mois pour une personne de moins de 50 ans)
- **L'ancienneté du salarié fera varier le montant et la durée de versement de l'allocation de sécurisation professionnelle** (S'il y a **un an d'ancienneté ou plus** : allocation de sécurisation professionnelle aura un montant égal à 80% du salaire brut antérieur pendant 12 mois MAIS, le salarié ne percevra pas d'allocation chômage. Pour ceux qui ont **moins d'un an d'ancienneté mais qui justifient au moins 4 mois d'activité salariale** (condition minimale d'affiliation), ils vont bénéficier d'un accompagnement renforcé pour la recherche d'une activité professionnelle MAIS, ne toucheront pas l'allocation de sécurisation professionnelle, seulement les allocations chômages).

C/ Les obligations de l'employeur liées au CSP

L'employeur doit proposer le CSP aux salariés et a donc une **obligation d'information individuelle du salarié sur l'existence de ce CSP**. Il est aussi tenu de proposer ce CSP dès qu'il envisage de procéder au LME. Dès lors, l'information va prendre la forme d'un document écrit remis au salarié contre récépissé soit :

- Lors de l'entretien préalable au licenciement, lorsque le projet de LME concerne moins de 10 salariés sur une même période de 30 jours ou lorsqu'il n'y a pas d'instance représentative du personnel dans l'entreprise
- A l'issue de la dernière réunion de consultation des représentants du personnel si le projet porte sur minimum 10 salariés en l'espace de 30 j
- Après la notification par l'autorité administrative de la décision de validation ou d'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi.

Que contient le document remis au salarié ? on informe le salarié de ses droits et en annexe, on trouvera un bulletin d'acceptation et un récépissé. L'employeur doit faire dater et signer le document par le salarié ; c'est une preuve qu'il a proposé le CSP à celui-ci. Par la suite, le salarié dispose d'un délai de réflexion de 21 jours (le début et la date de fin sont indiqués sur le bulletin).

Si l'employeur n'a pas donné ce dossier, il reviendra au conseiller de Pôle emploi de le faire à la place de l'employeur lors de son inscription. Dans ce cas, l'employeur sera redevable à Pôle emploi d'une contribution spécifique correspondant à 2 mois de salaire brut et qui peut être portée à 3 mois lorsque le salarié va adhérer au CSP sur proposition de Pôle emploi.

D/ Les modalités d'application de l'ASP (dans l'hypothèse de l'acceptation du CSP par le salarié)

Dans l'hypothèse où le salarié accepte le CSP, il signe et complète le bulletin avant expiration du délai de réflexion et pourra demander l'allocation de sécurisation professionnelle s'il a plus d'un an d'ancienneté (sinon, ce sera l'allocation chômage). L'acceptation du CSP entraîne la rupture du CT, qui interviendra dans tous les cas à l'expiration du délai de 21 jours. Cette rupture du CT est **immédiate**, sans préavis et l'employeur va alors notifier les motifs de rupture du contrat, les motifs économiques et le fait que le salarié puisse bénéficier de la priorité de ré-embauchage.

A noter qu'il peut y avoir une suspension temporaire du versement de cette allocation si certains évènements surviennent (congé, maternité, arrêt maladie...) mais cette suspension peut également être définitive (si par ex, le salarié refuse une formation de reclassement sans aucun motif légitime). Dès la prise d'effet du CSP, il n'y a de délai de carence, l'ASP est directement versée et le salarié va aussi pouvoir bénéficier des indemnités liées à la rupture du CT. Cependant, il n'y a pas d'indemnités de préavis puisque la rupture du CT est apparue dès que le salarié a accepté le CSP.

Ici, l'objectif est d'obtenir des mesures d'accompagnements et le salarié va alors bénéficier d'un entretien individuel après adhésion afin d'ouvrir à des prestations offertes pour le reclassement. Ces prestations s'inscrivent dans le plan de sécurisation professionnelle et le salarié pourra bénéficier d'un bilan de compétence, d'un suivi individuel et personnalisé avec un référent spécifique, des mesures d'appui sociales et psychologiques ainsi que la validation de ses acquis et de son expérience. Le bénéficiaire (salarié) a le statut de stagiaire de la formation professionnelle et cela lui permettra de garder une couverture sociale et notamment en cas de maladie, de maternité ou d'invalidité... Les mesures d'accompagnement ont lieu durant 12 mois maximum et sont opérées par Pôle emploi ou par un prestataire habilité.

Dès lors, le salarié est incité à reprendre une activité et si c'est le cas, le CSP prendra fin et pourra reprendre cours si le CT se termine avant la fin du CSP. Il peut en effet exercer des courtes périodes d'activités professionnelles durant le CSP avec une durée minimale de 3 jours et le versement de l'allocation sera suspendu puis reprendra son cours une fois l'activité professionnelle terminée.

Enfin, si l'ASP aide le salarié, il ne faut pas oublier que celui-ci a **des obligations :**

- Il doit respecter les obligations prévues et signées
- Il doit accepter les reclassements et les formations présentées
- Il ne doit pas refuser à 2 reprises une offre d'emploi raisonnable
- Il ne doit pas faire des déclarations inexactes afin de pouvoir bénéficier de l'ASP.

A l'issue du CSP, le bénéficiaire toujours à la recherche d'un emploi pourra s'inscrire comme demandeur d'emploi selon une procédure simplifiée et pourra percevoir l'allocation de retour à l'emploi sans délai d'attente.

E/ Dans l'hypothèse où le salarié conteste la rupture de son contrat de travail et refuse le CSP

Durant le délai de réflexion, le salarié peut refuser la rupture de son contrat de travail et donc la mise en place du CSP ou bien encore ne pas répondre à la fin du délai de réflexion, ce qui se traduit là aussi en refus. Dès lors, le salarié va disposer d'un délai de 12 mois pour contester les motifs de rupture du contrat de travail.

Dans ce cas, l'employeur va tout de même poursuivre la procédure de LME dans les conditions du droit commun puis il va notifier le licenciement dans les formes habituelles (lettre recommandée avec motifs, accusé de réception...). A noter que cette solution vaut pour les entreprises de moins de 1000 salariés.

Pour les entreprises de + de 1000 salariés, ou appartenant à un groupe dont l'effectif total est supérieur à 1000 salariés, la procédure sera différente puisque l'employeur n'aura pas recours au CSP mais au congé de reclassement que l'on verra ci-dessous.

L'entreprise doit en effet mettre en place un congé de reclassement lorsqu'elle a **au moins 1000 salariés et que l'employeur envisage de prononcer un LME**. Le congé de reclassement permet alors au salarié de bénéficier d'une cellule d'accompagnement pour la formation et la recherche d'emploi.

Le congé est proposé à un salarié menacé de LME et l'employeur qui doit mettre en place ce congé doit préalablement **prévenir les représentants du conseil** mais aussi **informer le comité social et économique** sur les conditions de mise en œuvre du congé de reclassement lors des réunions relatives au projet de LME.

Mais où figure le congé de reclassement ? Lorsque l'employeur est soumis au PSE, les conditions du congé de reclassement seront alors fixées à l'intérieur. En revanche, si l'employeur n'est pas tenu par un PSE, il devra présenter le congé de reclassement par le biais d'un document écrit aux salariés. De ce fait, le salarié doit être informé des conditions de mise en œuvre du congé de manière individuelle et à des moments différents **selon le nombre de LME envisagés** :

- Lors de l'entretien préalable si l'employeur compte licencier moins de 10 salariés sous une période de 30 jours
- Lors de la dernière réunion du comité social et économique en cas de LME de plus de 10 salariés sous une période de 30 jours.

La proposition du congé et le délai de réponse doit figurer dans la lettre de licenciement et le salarié a un délai de 8 jours à compter de la notification pour informer l'employeur qu'il accepte de bénéficier de ce congé de reclassement. S'il ne répond pas dans ce délai, l'**absence de réponse est considérée comme un refus**. Si l'employeur oublie de proposer ce congé, le salarié pourra saisir le CPH pour obtenir une indemnisation.

Ce congé débute à l'expiration du délai de 8 jours et le salarié bénéficiera d'entretien d'orientation et d'évaluation afin de déterminer son projet professionnel et les modalités de mise en œuvre. La cellule qui s'occupe de ce projet tentera de proposer le projet le + adapté possible et favorisera le reclassement. Cette cellule remet à l'employeur et au salarié un document précisant le terme du congé de reclassement, les prestations de la cellule d'accompagnement, l'obligation de donner suite aux obligations adressées par la cellule d'accompagnement ainsi que les prestations apportées. Ce document doit être signé préalablement aux actions mises en œuvre et le salarié a 8 jours pour le signer sinon, l'employeur notifiera au salarié la fin du congé de reclassement ainsi que le terme du contrat.

Dans l'hypothèse où le salarié accepte le congé de reclassement, l'employeur fixe la durée du congé qui sera comprise entre 4 et 12 mois (+ possibilité de fixer un congé de moins de 4 mois avec l'accord du salarié). Ici, le salarié est dispensé d'effectuer son préavis et le congé commencera au départ du préavis. Jusqu'au terme du préavis, le salarié continuera de percevoir son salaire et après, il aura une rémunération mensuelle de la part de l'employeur qui est un moins égale à 65% de la rémunération brute moyenne des 12 derniers mois. Exemple : si mon préavis est de 3 mois, je perçois mon salaire durant 3 mois encore. Puis, si mon congé de reclassement perdure (au-delà des 3 mois de préavis) pendant encore 5 mois par exemple, je percevrai cette fois la rémunération mensuelle de 65% de la rémunération brute moyenne.

Le salarié bénéficie d'accompagnement pour les formations, la recherche d'emploi et de la

validation des acquis de son expérience (actions financées par l'employeur). Il participe également aux actions de la cellule et le cas échéant, l'employeur pourra mettre fin au congé de reclassement. Ce congé de reclassement peut aussi être suspendu en cas de période de reprise d'activité par le

biais d'un CDD ou d'un contrat de travail temporaire et en excluant les particuliers employeurs. Si le salarié retrouve un emploi stable, il devra informer l'employeur et lui précisera la date d'embauche, qui mettra alors fin au congé de reclassement mais aussi fin à la suspension du congé.

Enfin, il convient de préciser que l'employeur n'est pas tenu du congé de reclassement **en cas :**

- De redressement ou de liquidation judiciaire
- Ou si l'employeur fait le choix de proposer un congé de mobilité au salarié.

Section IV : La priorité de ré-embauchage

Prévue à l'article L.1233-45, le salarié licencié pour motif économique va pouvoir **bénéficier d'une priorité de ré-embauchage** à compter de la date de rupture de son CT et à condition qu'il en fasse la demande. En effet, il est logique, normal que si l'entreprise recrute, le salarié puisse bénéficier du poste en priorité par rapport à un tiers.

L'employeur doit affirmer le salarié de l'existence de cette priorité de ré-embauchage avant la rupture du CT par le biais de certaines mentions figurant dans la lettre de licenciement (elles se trouvent dans le CSP) et sur ce point, voir une décision de la chambre sociale du 22 septembre 2015.

Si le salarié souhaite bénéficier de cette priorité de réembauche, il doit **prévenir l'employeur dans un délai de 1 an à compter de la rupture de son CT** et il n'y a pas de formalisme particulier pour prévenir l'employeur ; il faut que la volonté soit **claire, précise, explicite** et pour des raisons de preuves, il est préférable que le salarié fasse une lettre recommandée.

Une fois que le salarié a informé l'employeur, celui-ci doit alors le prévenir des postes disponibles et compatibles avec ses compétences durant le délai d'un an. L'emploi disponible suppose un poste vacant et l'employeur respecte son obligation quand il ne fait aucune embauche. En revanche, n'est pas considéré comme un poste vacant, l'emploi d'un salarié qui aurait été momentanément suspendu (maladie, maternité...) selon un arrêt de la chambre sociale du 6 juillet 1999.

Au niveau de la notion d'emploi compatible, un poste de catégorie inférieur doit-il être proposé au salarié ? Oui car en théorie, le salarié en serait capable. A noter cependant que l'employeur n'est pas obligé d'informer le salarié de n'importe quel poste dans l'entreprise mais seulement d'un poste compatible avec la qualification du salarié (exemple : si le salarié était commercial et qu'un poste d'électricien se libère, la compatibilité n'est pas présente ici donc il n'y a pas d'obligation de prévenir le salarié).

Dès lors, c'est le juge qui apprécie la compatibilité avec la qualification du salarié. Le législateur est intervenu dans l'article L.1233-45 alinéa 3 qui dispose que « *Le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauche au titre de celle-ci, s'il en informe l'employeur.* »

Autrefois, il a été jugé que si plusieurs salariés demandent une priorité de réembauche sur 1 emploi, l'employeur est libre du choix de ses collaborateurs et on ne peut pas imposer un ordre particulier. Tout dépend de l'intérêt de l'entreprise (que l'employeur devra justifier) et en excluant toutes discriminations (Cassation sociale, 11 avril 2012).

Lorsque l'absence d'infos fait perdre au salarié son bénéfice de priorité, la Cour de cassation

admettait le versement d'une indemnité (cassation sociale, 13 décembre 1997) Cette indemnité prévue par l'art L.1235-13 prévoyait une indemnité égale à 2 mois de salaire. Depuis l'ordonnance de 2017, le juge accorde au salarié une indemnité qui ne peut être inférieure à un mois de salaire.

Section V : La revitalisation des bassins d'emplois et la reprise des sites

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a consacrée la réactivation des bassins et oblige les entreprises à participer aux répercussions que la fermeture du site pourrait avoir sur l'équilibre économique du bassin d'emploi. Ce dispositif fut codifié par la loi du 18 janvier 2005 puis amélioré par la loi du 8 août 2016 qui est répertoriée aux articles L.1233-84 et suivants.

En effet ici, les obligations du chef d'entreprise diffèrent selon la taille de celle-ci. Exemple : si une entreprise d'au moins 50 salariés mais moins de 1000 salariés procède à des LME et affecte l'équilibre du bassin d'emploi sur lequel elle est implantée, l'autorité administrative référente pourra prescrire une étude d'impact social et territorial afin de faciliter la mise en œuvre d'actions pouvant permettre le développement d'activités nouvelles et d'atténuer les effets de la restructuration envisagée sur les entreprises de ce bassin d'emploi.

En effet, les pouvoirs publics ne veulent pas laisser subsister des déserts industriels (comme on peut le voir en Moselle avec l'industrie sidérurgique par exemple)

Pour les entreprises de + de 1000 salariés, les conditions sont plus sévères puisqu'en cas de LME, elles doivent prendre des mesures environnementales pour faire en sorte que le bassin d'emploi concerné ne disparaît pas. Aussi, elles devront contribuer à de nouvelles activités, au développement de l'emploi et à l'atténuation des licenciements autant que possible (L.1233-84). Dès lors, il faudra mettre en place des actions pour anticiper et gérer de manière prévisionnelle les emplois ainsi que les conséquences économiques.

Aussi, il peut arriver que les entreprises de plus de 1000 salariés doivent rechercher un repreneur si la fermeture est envisagée (L.1233-57-9 et suivants) et ce, par le biais de conventions de revitalisation concluent entre l'entreprise et les pouvoirs publics (art L.1233-51-21). A noter enfin, qu'en cas d'inobservation des obligations de la part de l'entreprise, les aides octroyées par les autorités publiques pourront alors être remboursées.

http://www.wk-rh.fr/preview/BeDhHIDgHnCfHkDgGjCf/editionXHTML/gldtq/170-115_quelles_sont_les_entreprises_concernees_par_la_revitalisation_des_bassins_d_emploi_et_la_recherche_d_un_repreneur_/_170-115_quelles_sont_les_entreprises_concernees_par_la_revitalisation_des_bassins_d_emploi_et_la_recherche_d_un_repreneur_

Titre 4 : Les procédures de LME

La procédure de licenciement économique permet de garantir au salarié un certain nombre de droits. Elle est soumise à un formalisme particulier et comporte des étapes impératives que l'employeur doit rigoureusement respecter en termes d'informations, de consultations, de délais, le délai entre la prise de décision et son effectivité... Pour déterminer la procédure de licenciement économique applicable, l'employeur doit tenir compte de plusieurs facteurs :

- Le nombre de salariés concernés par le projet de licenciement : selon le nombre de licenciement, la procédure varie.

- **L'effectif de l'entreprise** : dans les grands licenciements collectifs, la procédure varie selon qu'ils soient prononcés dans une entreprise employant plus ou moins de 50 salariés
- **Existence ou non de représentant du personnel**

25

Chapitre 1: La procédure de licenciement individuel pour motif économique

Cette procédure est envisagée de **manière indirecte** par le législateur puisque ce dernier évoque le licenciement collectif (2 salariés au moins sur une période de 30 jours)

→ L.1233-10 ; L.1233-28

A contrario lorsque sur une période 30 jours, 1 seul licenciement est envisagé, il s'agira d'un licenciement personnel pour motif éco.

La procédure de licenciement individuelle pour motif économique répond au règles de droit commun avec quelques ajouts de procédures (entretien différent, lettre de licenciement avec mentions supplémentaires etc)

Section I : Le choix du salarié à licencier

La procédure de LPME (licenciement personnel pour motif éco) soulève la question du choix du salarié à licencier. En effet comme ce licenciement vise des difficultés éco et non pas mes motifs inhérents à la personne du salarié, l'employeur doit choisir de façon objective le poste à supprimer. C'est L.1233-7 qui régit cette situation. Cet article dispose que «*dès lorsquelll'employeur procède à un licenciement individuel pour motif économique, il prend en compte, dans le choix du salarié concerné, les critères prévus à l'article L. 1233-5.*» Il s'agit des **critères de l'ordre des licenciements**.

S'il y a plusieurs salariés sur le même poste, l'employeur devra donc choisir lequel devra quitter le poste en fonction de ces critères. En revanche, si un seul poste est à supprimer, la question ne se posera pas.

Section II : La procédure de LPME

Paragraphe 1 : L'entretien préalable

A/ La convocation à l'entretien

L'employeur va devoir convoquer le salarié à un entretien préalable. Cette convocation se fait par lettre recommandée ou remise en main propre. Cette lettre doit mentionner :

- **L'objet de l'entretien** c'est-à-dire le projet de licenciement
- **La date, le lieu et l'heure de l'entretien**
- **L'entretien préalable ne peut avoir lieu 5 jours ouvrables après la remise de la lettre**
- **La possibilité pour le salarié de se faire assister** par la personne de son choix appartenant à l'entreprise et en l'absence de IRP, le salarié va pouvoir se faire assister d'une personne de son choix appartenant à l'entreprise ou par un conseiller faisant parti d'une liste adressée par le préfet.

B/ Le déroulement de l'entretien

L'employeur doit faire part de la cause économique entraînant la suppression de poste et les motifs pour lesquels le salarié a été choisi. Le salarié peut demander par écrit plus de précisions sur la détermination de ces motifs (L.1233-17).

Si le salarié ne se présente pas à l'entretien, la procédure suit son cours.

Paragraphe 2: La notification du licenciement: La lettre de licenciement

Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié pour motif économique il doit lui notifier son licenciement par **lettre recommandée avec avis de réception** et en cas de **possibilité de reclassement**, l'employeur doit respecter un **délais minimum de 7 jours ouvrables** et, ce délai est porté à **15 jours ouvrables en cas de licenciement d'un cadre** (**L.1441-3 2°**)

Cette lettre doit contenir plusieurs mentions et l'employeur dispose depuis l'ordonnance de 2017 de **modèles de lettre de licenciement** et ces modèles sont prévus depuis le **décret de décembre 2017**. Ce décret précise que ces modèles doivent correspondre à la **nature** du licenciement envisagé (perso, économique etc) et doit **s'adapter aux spécificités propres de la situation** du salarié ainsi qu'aux **régimes conventionnels et contractuels** qui sont applicables dans l'entreprise notamment si ces derniers sont plus favorables.

L'application de ces modèles est donc sans incidence sur les mesures plus favorables prévues par la convention ou le contrat.

Certaines mentions doivent être précisées dans la lettre de licenciement:

- **Le motif économique à l'origine du licenciement** et son incidence sur l'emploi et le contrat de travail: la JP sanctionne les motifs imprécis et on ne peut pas dans un cadre du LPME faire valoir la fermeture de l'établissement. Les motifs peuvent être précisés après la notification (**L.1235-2**) avec dans les 15 jours qui suivent la notification du licenciement la possibilité pour le salarié de demander des précisions à l'employeur sur les motifs de licenciement. L'employeur dispose d'un délais de 15j pour apporter ces précisions par lettre recommandée avec accusé de réception ou remise avec récépissé. 15j après la lettre de licenciement, l'employeur peut à son initiative préciser les motifs de licenciement. C'est le décret du 15 décembre 2017 qui a créé ces délais.
- **L'existence d'une priorité de réembauche.**
- Proposition de pouvoir bénéficier d'un **CSP ou d'un congé de reclassement et du reclassement en général**
- **L'information de l'autorité administrative** (la DIRECTE) 8j après la notification du licenciement (adresse, effectivité de l'entreprise et le nom prénom nationalité, date de naissance du salarié licencié).

Chapitre 2: La procédure collective de licenciement pour motif économique : informations

(non au programme et donc pas à l'examen)

L'employeur doit ici distinguer les licenciements collectifs de moins de 10 salariés sur 30j [2-9]: il s'agit des petits licenciements pour motif éco.

La notification de la lettre de licenciement peut être expédiée moins de 7j ouvrables à compter de la date de l'entretien préalable alors qu'en cas de LPME, le délai est de 15j.

Il existe une autre procédure de licenciement collectif : il s'agit des cas de licenciement de 10 salariés et plus sur 30 jours: il s'agit des grands licenciements pour motif éco.

L'article L1233-38 prévoit que dans ce cas, la procédure préalable d'entretien ne s'applique pas: « Lorsque l'employeur procède au licenciement pour motif économique de dix salariés ou plus dans

27

une même période de trente jours et qu'il existe un comité d'entreprise ou des délégués du personnel dans l'entreprise, la procédure d'entretien préalable au licenciement ne s'applique pas »
Il existe des sous distinction en fonction de l'effectif de l'entreprise.

A l'intérieur des annexes (5-6-7) du décret de décembre 2017, il y a des modèles de lettres de licenciement tant pour les licenciements personnels pour motif éco que pour les licenciements collectifs pour motif éco.

Thème 2 (dernier thème) : La gestion des conflits collectifs: Le droit de grève

Ces conflits collectifs visent notamment la grève

Chapitre 1: Le cadre juridique de la grève

Ce droit est consacré de manière solennelle par le **préambule de la constitution de 1946**. Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglemente. Il s'agit d'un **droit constitutionnel** Mais ce dernier ne fait pas l'objet d'une réglementation précise dans le secteur privé

Nous avons l'article L.2512-2 qui vise au mieux le droit de grève. Cet article dispose que « lorsque les personnels mentionnés à l'article L. 2512-1 exercent le droit de grève, la cessation concertée du travail est précédée d'un préavis. Le préavis émane d'une organisation syndicale représentative au niveau national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé. Il précise les motifs du recours à la grève. Le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé. Il mentionne le champ géographique et l'heure du début ainsi que la durée limitée ou non, de la grève envisagée. Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier»

L'article 1132-2 traite également de la grève: « Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève »

D'autres articles visent le droit de grève :

L.1242-6: « Outre les cas prévus à l'article L. 1242-5, il est interdit de conclure un contrat de travail à durée déterminée : 1° Pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail [...] »

L.1251-10: « Outre les cas prévus à l'article L. 1251-9, il est interdit de recourir au travail temporaire : 1° Pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu à la suite d'un conflit collectif de travail [...] »

L.2261-22

C'est au final de l'analyse des arrêts que va se traduire l'idée que la grève découle d'une **cessation du**

travail collective et concertée en vue de faire aboutir des revendications à caractère professionnel (Cass. Soc 18 janvier 1984)

Ce cadre reconnaît la protection juridique reconnue aux salarié en cas de grève.

Section I : Une nécessaire cessation du travail

28

La Cour de cassation rappelle de façon régulière de la nécessité d'une **cessation totale, complète du travail** et à ce moment là, aucun condition de durée n'est exigée. (peu importe qu'il soit interrompu 1 h ou plusieurs jours). Seront donc **condamnés les mouvements de grève dits perlés** qui se traduisent par un **ralentissement anormal des cadences de production au regard du rendement habituel des salariés**.

Le salarié ne peut pas non plus accomplir son travail dans des conditions volontairement défectueuse (exemple : brancher qu'un seul micro sur 2). Dans un tel cas, il sera **sanctionné de manière disciplinaire**.

Pour qu'il y est cessation du travail, cette dernière doit intervenir **durant une période de travail effectif** (Cass. Soc 18 décembre 2001)

Si cette cessation est totale, les modalités de cette cessation sont sans incidence

(durée: arrêt 1/4h sur plusieurs heures; arrêt de travail d'un service qui se trouve à un point capital de l'entreprise et qui bloque tout le système: il s'agit de **grèves bouchon**, ou encore les **grève tournantes** qui prennent la forme d'arrêt de travail de durée variable qui affecte successivement différents secteurs de l'entreprise.)

La jurisprudence **sanctionne l'abus de droit notamment lorsque la grève désorganise gravement l'entreprise** (30 mai 1989 et 25 février 1988)

L'abus ne peut pas être reconnu si l'entreprise n'a pas été perturbée en cas d'arrêt de travail (7 avril 1993)

Cette cessation totale du travail ne doit pas adopter des modalités qui satisferaient à des **revendications personnelles** (grève tous les samedis car on ne veut pas travailler le samedi : 23 novembre 1978 ou 7 novembre 1984)

Les revendications ne doivent pas être utilisées de manière complémentaires (exemple: la revendication du samedi plus une autre 12 avril 1995)

Section II : Une cessation collective et concertée

Paragraphe 1 : Une cessation collective

Le mouvement de grève ne doit néanmoins pas être **unanime ou majoritaire**. Ce mouvement ne donne pas non plus droit à un salarié de se mettre seul en grève (arrêt de 1996) sauf s'il est le seul salarié.

Le salarié peut s'associer aussi à un mouvement déclenché au niveau national quelque soit l'attitude de ses collègues de travail (29 mars 1995)

Toutes les catégories de salariés peuvent recourir à la grève y compris les cadres qui représente la direction.

Il n'y a pas de formalisme particulier ici. Ce peut être un rassemblement spontané ou une concertation plus élaborée par le biais de référendum.

Section III : L'existence de revendications professionnelles

C'est une définition largement entendue. Elle vise :

- **Les conditions de travail**
- **La rémunération des salariés**
- **Pour améliorer ou défendre certaines garanties sociales**
- **Pour défendre des droits syndicaux ou la crainte d'un nouveau projet**

Les difficultés vont émerger quant il s'agit de grève de solidarité ou à caractère politique.

A/ Les grèves politiques

C'est un mouvement de contestation contre une décision des pouvoirs publics jugée contraire à l'intérêt des salariés. Il s'agirait là d'un manquement à son devoir de travail (23 mars 1953 ou 12 octobre 1960)

La distinction entre une Grève professionnelle et une Grève politique est parfois difficile à percevoir. Néanmoins la JP tolère d'avantage les grèves de politique sociale et économique du gouvernement (exemple sur le régime des retraites 15 février 2006, il s'agissait là d'un mot d'ordre national pour la défense des retraites et cette revendication était d'ordre professionnel).

B/ Les grèves de solidarité

Au sens stricte elle sont déclenchées pour soutenir moralement d'autres travailleurs en augmentant la pression qui va peser sur le chef d'entreprise mais la JP a estimé que le conflit initial traduit la mise en cause d'un intérêt de la solidarité des salariés ou concerne une revendication susceptible d'intéresser tout ou partie du personnel.

Cette grève serait légitime si cette solidarité manifeste une revendication d'ordre professionnel et collectif.

Cependant les grèves de protestations qui visent à obtenir le retrait d'une sanction par exemple ne sont pas tolérées

Elles peuvent être légitimes même pour les salariés non visés par la mesure si cette dernière entraîne la dégradation des intérêts collectifs (30 novembre 1977 ou 22 novembre 1995)

Pour une faute strictement personnelle, la JP ne reconnaît pas ce mouvement (16 novembre 1996)

Section IV : La connaissance par l'employeur de ces revendications professionnelles

Ces revendications peuvent être présentées par les grévistes ou les personnes autres que les grévistes (syndicat, inspection du travail: 28 février 2007) La simple distribution d'un tracte permet l'information de l'employeur (20 mars 1999) mais ce n'est pas une obligation légale

information de l'employeur (30 mars 1999) mais ce délai peut être dépassé même si l'employeur n'a pas encore refusé de satisfaire ces revendications (20 mai 1992).

Ne constitue pas l'exercice normal du droit greve un arrêt de travail dont l'employeur ignore le motif et que si l'employeur en a été informé qu'en demandant pourquoi son entreprise était bloquée (30 juin 2015)

30

Il n'y a pas de préavis à déposer, c'est-à-dire qu'il peut s'agir de grève surprise. Mais ce préavis est exigé dans certains services public pour éviter que ces mesures prises par les salariés viennent heurter le principe de continuité du service public. Pendant la grève, les parties sont tenues de négocier (L.2512-2)

Dans le secteur privé le déclenchement peut être soudain. Une procédure de conciliation pourra être organisée mais celle-ci est facultative et la commission de conciliation ne peut intervenir en outre qu'en cours de conflit.

Section V : La capacité de l'employeur de satisfaire les revendications

Au plan juridique la grève pourrait être illicite si la décision finale n'appartenait pas à l'employeur (17 avril 1985)

En revanche, cette impossibilité sera écartée si la grève est déclenchée au niveau national et dont le motif vise les salariés (23 octobre 2007) la défense d'un mode d'exploitation des réseaux de transports urbains constitue pour les salariés une revendication d'ordre professionnelle et la capacité de l'employeur à satisfaire ces revendications était sans incidence sur la légitimité de la grève).

Au plan économique, on peut invoquer la notion d'acte déraisonnable (AP 4 juillet 1986)

La chambre sociale a toutefois estimé que le juge ne peut substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou sur la bien fondé de leurs revendications à partir du moment où ces revendications ont un caractère professionnel.

Le juge ne pourra sans porter atteinte à l'exercice de ce droit constitutionnellement reconnu substituer son appréciation à celle de gréviste sous réserve de l'abus de droit (Cass. Soc 2 juin 1992).

Chapitre 2: Le régime juridique de la grève

Si les conditions de la grève ne sont pas réunies, il s'agit d'un mouvement illicite c'est-à-dire que la protection qui joue dans le cadre de la grève ne jouera pas. Dès lors se pose la question de savoir quel sera le régime applicable en cas de respect des règles relatives à la grève.

Section I : La suspension du contrat de travail

Lors de la suspension du contrat de travail due à la grève, chaque partie se retrouve dispensée des obligations qui lui incombe (salarié : fournir un travail, employeur : fournir un salaire). Les obligations accessoires ne sont pas suspendues et demeurent (exemple: obligation de loyauté)

Section II : Les conséquences du conflit

Il existe une retenue sur le salaire du salarié car l'**absence de travail se traduit par une retenue sur le salaire par rapport au nombre effectif d'heure effectuées**. Cette réduction de salaire peut être compensée.

A/ Les aides compensatrices

a) L'aide octroyée par les organisations syndicales

Il existe pour ce faire des organisations syndicales (dites caisses de secours permanentes). Elles viennent en aide aux salariés grévistes pour compenser à la retenue sur salaire du salarié gréviste. Il s'agit d'organisation de collecte.

b) La solidarité des salariés

Cette réduction peut également être compensée par solidarité des autres salariés.

c) Les aides octroyées par les collectivités territoriales

La question s'est posée quant aux aides des collectivités territoriales (**CE 2 octobre 1996 et 9 décembre 1993**: l'action de la collectivité doit avoir une finalité sociale propre. Cette action communale peut s'analyser par la gratuité de restauration scolaire aux enfants de salariés grévistes par exemple 11 octobre 1989)

d) Les aides du comité d'entreprise

La JP est constante et le comité d'entreprise **ne peut** allouer une partie de ses fonds des activités sociales et culturelles en direction des salariés grévistes.

B/ Les critères

Ainsi plusieurs critères ont été posés pour que l'aide aux grévistes soit allouée

- L'aide doit être **fonction de l'état de gêne** (**arrêt chambre réunie 20 mai 1965 et 11 juin 1996** : le secours peut être apporté mais cette participation ne peut pas être réalisée s'il n'y a pas de gêne)
- L'aide doit **être proportionnée à cet état de gêne**, ce qui exclut toute attribution forfaitaire au salarié (exemple: il faut tenir compte des charges de famille). Les secours sont donc destinés à aider les seules familles dans le besoin.

Les accords de fin de conflits peuvent aussi permettre de compenser et ces derniers stipulent une partie du paiement des heures perdues par l'employeur.

Paragraphe 2 : En présence d'une faute du salarié

Il ne faut pas qu'il y est d'abus.

A) La mise en œuvre du pouvoir disciplinaire dans le cadre d'un conflit collectif

La question est de savoir si l'employeur dispose d'un pouvoir disciplinaire à l'encontre du salarié?

32

L'employeur peut utiliser son pouvoir mais la faute doit être une faute lourde (L.1132-2 « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève* ».) Seule la faute lourde peut justifier une mesure disciplinaire (L.2511-1 « *L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié* ».)

Tout licenciement qui serait prononcé en l'absence de faute lourde de la part du salarié est **nul de plein droit**. (exemple : l'employeur ne peut utiliser la faute grave dans la lettre de licenciement cf **26 juin 2013**)

La faute lourde est donc une cause réelle et sérieuse de licenciement et si cette faute lourde retenue à l'encontre du salarié pourra justifier le licenciement, l'employeur reste libre de prononcer une sanction moins sévère que celui ci. L'employeur dispose donc du choix de la sanction (exemple : un avertissement, cf **7 juin 1995**)

A savoir que l'employeur peut sanctionner différemment des salariés ayant commis la même faute en raison du **principe d'individualisation des sanctions** sous réserve de discrimination.

Cette faute de l'individu peut concerter :

- **L'entrave physique** à la liberté du travail (cf devant l'entreprise) ou la pression psychologique sur les salariés non grévistes ainsi que les tentatives d'intimidation des salariés non grévistes peuvent constituer une faute lourde (**9 février 1984**)
- **Les violences physiques** (**arrêt du 13 janvier 1993**)
- **La rétention, le vol de documents** pour empêcher le bon fonctionnement de l'entreprise
- **L'occupation des locaux** au regard du droit de propriété de l'employeur et du principe de liberté du commerce et de l'industrie (recours possible à la force publique sur autorisation du préfet qui permettra à l'employeur d'obtenir des indemnisations)
- **La séquestration de l'employeur** (exemple les cadres, les directeurs cf **arrêt 1er avril 1997** : même si la séquestration ne s'accompagne pas de violences, celle ci reste une cause de faute lourde, la privation de liberté suffit). L'employeur devra démontrer la participation individuelle des salariés à cette séquestration.

B/ L'engagement de la responsabilité civile du salarié

La responsabilité civile du salarié pourra être engagée puisque ce dernier devra réparer pécuniairement à l'employeur le dommage subit. La faute devra être personnelle et l'exercice licite du droit de grève ne peut être constitutif d'une faute et ouvrir droit à réparation même si l'employeur subit un risque financier grave du fait de la grève.

La faute lourde permet donc d'engager la responsabilité civile du salarié (**11 avril 1996 ou 26 octobre 1977 ou 18 janvier 2011**)

Pour que l'employeur puisse donc exercer une sanction disciplinaire à l'égard, il faute :

- **Une faute personnelle**
- **Une faute lourde**
- **La nécessité d'un préjudice**

- **La nécessité d'un lien de causalité** (il s'agit ici d'opérer une démonstration pas toujours évidente, cette action peut être intentée par l'employeur ou les salariés non grévistes)

Un protocole peut être signé concernant l'abandon de toute poursuite en cas d'exercice du droit de grève (**17 décembre 2003**)

C/ La responsabilité pénale du salarié

Certains faits peuvent justifier l'application de sanctions pénales à conditions que les faits entrent dans une des dispositions du code pénale

- **L'entrave physique** (article 431-1) : 15 000 euros d'amende et 1 an emprisonnement et si coups, violence, voie de faits, dégradation de matériel, 3 ans et 45 000 euros
- **La séquestration** de la personne tombe aussi sur le cou de la voie pénale et selon la durée il s'agira d'un **délit** (5 ans si la séquestration a duré moins de 7j) **ou d'un crime** (20 ans de réclusion criminelle si plus de 7 jours et 30 ans si faite en bande organisée)
- **L'atteinte aux biens** est également sanctionnée jusqu'à 30 000 euros (322-1)
- Ou encore **les violences** directement sur les personnes

Thème 3 : La représentation collective

Le préambule de la constitution de 1946 et son alinéa 8 dispose que « *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Sont donc recouverts

- **D'une part le droit de négociation**
- **D'autre part le droit de participer à la gestion de l'entreprise.**

a) Le rôle prééminent du Conseil constitutionnel

Ce droit a été reconnu par le Conseil Constitutionnel dans un **arrêt du 5 janvier 1977** ainsi que dans un autre en date du **18 janvier 1978**.

Dans la première décision, le Conseil Constitutionnel a estimé que l'**article 34** de la constitution range dans le domaine de la loi **la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et syndical** et c'est donc au législateur qu'il revient de déterminer les conditions de leur mise en œuvre dans le respect de l'alinéa 8 du préambule.

Dans une **décision du 29 avril 2004**, le Ccle a précisé qu'il est loisible au législateur après avoir posé les principes relatifs au relations de travail de **laisser aux employeurs et aux salariés ou à leurs organisations représentatives le soin de préciser notamment par la voie de la négociation collective les modalités d'application concrète des normes qu'il édicte.**

Dans une **autre décision du 21 aout 2004** a pu considérer qu'il est loisible au législateur de

renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève. Ainsi le recours au décret ou à la négociation collective importe peu.

b) Les acteurs du dialogue social

34

Ce dialogue a lieu entre l'employeur et les représentants du salarié. Peut-il exister un dialogue direct entre un employeur et un salarié ou le salarié doit-il toujours passer par l'intermédiaire des représentants ?

Il a pu être jugé que les délégués du personnel n'ont pas le monopole de la présentation des revendications du salarié à l'employeur c'est-à-dire que le salarié peut lui-même agir auprès de sa hiérarchie (**Cass. Crim 11 février 2003**)

L'autre question qui s'est posée articule le dialogue entre les syndicats et les représentants du personnel ?

Si tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des relations du travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise, ces dispositions peuvent conférées aux organisations syndicales une possibilité naturelle à conférer par le biais de la négociation collective des droits mais ces dispositions n'attribuent pas à ces syndicats un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective.

6 novembre 1996 Conseil Constitutionnel : Les salariés par la voie de l'élection peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail dès que leur intervention n'a pas pour objet ou pour effet de faire obstacle à l'intervention des organisations syndicales représentatives.

Le rôle des salariés a été renforcé avec les **lois Auroux de 1982**. Elles ambitionnaient de faire des salariés des citoyens à part entière de l'entreprise.

Ces 4 lois concernent directement les relations collectives:

- **La loi du 4 aout 1982** relative à la liberté des travailleurs dans l'entreprise qui introduit un **RI obligatoire** et précise son mode d'élaboration
- **La loi du 28 octobre 1982** qui étend le rôle éco du comité d'entreprise (CE) avec un suivi par ce CE de la marche éco de l'entreprise. Cette loi défend l'expression collective des salariés et permet la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution éco et financière de l'entreprise. Ces salariés doivent aussi intéresser les choix de travail et les conditions techniques de production.
- **La loi du 13 novembre 1982** qui introduit une **obligation de négocier au niveaux de la branche et de l'entreprise dans certains domaines et selon une certaine périodicité** (exemple : sur les salaires, sur l'organisation de travail etc) Cette loi va institutionnaliser la possibilité de conclure dans certains domaines des conventions ou accord dérogeant à certaines dispositions législatives et réglementaires.
- **La loi du 23 décembre 1982** : elle crée les **comités d'hygiène de sécurité** et des conditions de travail par la fusion en un seul organisme des anciens comités d'hygiène et de sécurité et des commission d'amélioration des conditions de travail. On permet à ce comité de recourir à des experts.

Ces lois promeuvent un objectif social fondé sur le dialogue afin de rendre plus active la

participation des acteurs à la gestion des entreprises. Un **calendrier** a été mis en place et la multiplication de ces textes a engendré la critique du système français de représentation des salariés avec des **instances nombreuses, des obligations très strictes pour le chef d'entreprise** (calendrier, périodicité etc) et cette multitude de textes peut être sujet de conflits, de rigidité, de concurrence entre les partenaires sociaux eux même (CE, représentants syndicaux), avec des délais de consultations différents selon les thèmes abordés etc. Un début de simplification a été instauré avec la mise en place de la **délégation unique du personnel dès 1993** et cette délégation avait pour

35

but de **simplifier et rationaliser la représentation des salariés dans les petites et moyennes entreprises** (50 à 200) et cette délégation unique avait subit un rafraîchissement par la **loi 17 aout 2015** qui avait permis à cette délégation de réunir 3 instances (**le CE, le CHSCT (comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) et les délégués du personnel (DP)**). La loi a donc permis tout simplement de regrouper ces 3 instances

La **loi du 17 aout 2015** a prévu pour les entreprises de plus de 300 salariés de mettre en place une instance regroupée par voie d'accord. Cette instance peut regrouper le CEE, les DP, le CHSCT ou deux d'entre elles. C'est une configuration à la carte.

- CEE et DP
- CE et CHSCT
- CEE DP et CHSCT
- DP et CHSCT

Les réformes sur la consultation personnelle obligatoire de la **loi du 14 juin 2013** ont permis une **consultation annuelle sur les orientations stratégiques de l'entreprise**. Avant cette loi, il existait des obligations d'infos et de consultation du comité d'entreprise (17 obligations sur des sujets variés : situation éco, emploi, aides publiques etc) et celles ci engendraient une complexité car les entreprises privilégiaient plutôt le calendrier, la forme plutôt que le débat, le dialogue sur les sujets qui pouvaient être posés et ce afin d'éviter les sanctions. On perdait sur le fond pour pouvoir respecter la forme (le calendrier prévoyait les réunions et mais pas sur quoi elles porteraient)

La loi du 17 aout 2015 a encore amélioré le système et va recentrer les consultations informations trop nombreuses autour de 3 temps forts. L.2333-6 « *le comité d'entreprise est consulté chaque année sur les orientations stratégiques de l'entreprise, sur la situation éco et financière de l'entreprise, sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi* ». Cette loi avait prévue qu'un accord d'entreprise puisse organiser ces consultations.

Ce qu'il faut retenir c'est que la numérotation a été changée par les ordonnances de 2017 mais l'idée demeure. C'est ce que nous allons voir.

Amélioration aussi de la mise en place **d'une base de données économique et sociale**, base qui doit être mise régulièrement à jour et qui rassemble un ensemble d'infos que l'employeur doit mettre à la disposition du comité d'entreprise et à défaut du comité, des délégués du personnel et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Ces instances contiennent des informations relatives à l'entreprise (stages, temps partiel, conditions de travail, investissement matériel, sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les Femmes, des analyses comparées entre les deux sexes en matière d'embauche, de qualification, l'évolution des promotions, la part des hommes et des femmes dans les conseils d'administration, informations sur l'endettement de l'entreprise, des activités sociales, culturelles de l'entreprise, les éléments concernant la rémunération des salariés, des dirigeants etc, informations relatives aussi sur les transferts financiers entre les communautés et

En bref beaucoup d'infos sont à la disposition de ces instances.

Il y a aussi eu des réformes sur la négociation obligatoire. Par la **loi du 17 aout 2015** le législateur a regroupé ces négociations autour de 3 thèmes

- **Temps de travail, rémunération, partage de la valeur ajoutée**

36

- **Sur l'égalité professionnel entre homme et F et la qualité de vie au travail**
- **Tous les 3 ans, pour les entreprises d'au moins 300 salariés, sur la gestion d'emplois et des parcours professionnels**

Les ordonnances de septembre 2017, les pouvoir publics avaient pris l'engagement de renforcer le dialogue social et une de ces ordonnances a instauré une **fusion des instances représentatives du personnel en créant une instance unique à savoir le comité social et économique**. Cette ordonnance du 22 septembre 2017 favorise l'exercice de la valorisation des représentants du personnel. (CE, CHSCT et DP)

Avant l'ordonnance:

- **Les délégués du personnel géraient les réclamations individuelles**
- **Le CE était habilité à consulter les salariés sur l'organisation et le fonctionnement de l'entre et les projets de l'employeur**
- **Le comité d'hygiène et de sécurité traitaient les question de sécurité d'hygiène et les conditions de travail des salariés**

Chaque institution avait des attributions clairs mais des thèmes identiques pouvaient être traités par deux instances à la fois.

Les sujets à traiter étaient de plus en plus difficiles à aborder et selon cette étude d'impact, une **appréciation collective serait plus simple et plus efficace**. Le but est de rendre le dialogue social plus efficace. En 1993, en 2015, le législateur avait déjà tenté de regrouper les instances mais ce regroupement avait un **caractère facultatif** alors qu'avec l'ordonnance de 2017, cette fusion est obligatoire à partir d'un certain seuil.

Ces dispositions sont entrées en vigueur le **1er janvier 2018** mais cette obligation de mettre en place ce comité social et éco **n'est pas immédiat** car si les mandats en cours ne sont pas terminés, alors le **délais de mise en place peut être repoussé jusqu'à terme des mandats des représentants du personnel (DP, CHSCT, CE etc), au plus tard le 31 décembre 2019**.

Ce qu'il faut retenir c'est que le législateur laisse un délai pour mettre en place cette instance unique. Dès lors, il faut qu'on étudie les deux situations car pendant 2 ans on va avoir les instances actuelles ainsi que l'instance unique.

Titre 1: La mise en place des institutions

Chapitre 1 : Les conditions générales de mise en place

Section I : Les conditions d'effectif

Paragraphe 1 : Les seuils d'effectif sur la mise en place des instances

Il y a une distinction sur les instances anciennes et celles postérieures à l'ordonnance de 2017.

A/ Avant l'ordonnance

a) Les délégués du personnel

37

Leur élection s'impose quand l'entreprise **emplois au moins 11 salariés pendant au moins 12 mois, consécutifs ou non au cours des 3 dernières années** et à défaut de ce seuil, une convention peut prévoir leur mise en place.

b) Le comité d'entreprise

La mise en place de cette instance était **obligatoire à partir de 50 salariés si cet effectif était atteint pendant 12 mois, consécutifs ou non au cours des 3 dernières années**. A savoir qu'on pouvait le mettre en place par convention.

c) CHSCT

L'entreprise procédait à la désignation de ses membres si l'effectif était de **50 salariés pendant 12 mois consécutifs ou non au cours des 3 années précédentes**.

B/ Depuis l'ordonnance

a) Le CES

Les entreprises dépourvues de représentants doivent mettre en place ce comité social et économique **dès qu'elle dépasse le seuil de 11 salariés**. La mise en place des DP était imposée avec un seuil de 11 salariés pendant 12 mois consécutifs ou non sur 3 ans. La situation du CES est différente car il faut que ce seuil soit maintenu sur 12 mois consécutifs.

b) Les délégués syndicaux

SI l'effectif de **50 salariés a été atteint pendant 12 mois consécutif, l'entreprise doit accueillir un délégué syndical** par association représentative de l'entreprise. Il n'existe pas dans les autres cas cette mise en place de délégués syndicaux sauf si les syndicats actifs dans l'entreprise désignent un membre de la délégation du personnel au comité social et économique comme délégué syndical (**L.2143-6**).

c) Des dispositions d'ordre public

Ces dispositions sont **d'ordre public** et s'appliquent à toutes les entreprises situées sur le territoire français. Ces mécanismes de représentation collective doivent donc être assuré et le CE a estimé que la législation française sur les comités économiques imposait son application dès lors que le travail des salariés avait lieu en France alors même que la société étrangère était régit par une loi qui ne prévoyait pas cette même organisation (29 juin 1973).

La Cour de cassation a aussi jugé que les lois relatives à la représentation et à la défense des salariés sont des lois de police qui s'imposent à toutes les entreprises qui exercent leur activité en France (3 mars 1988 à rapprocher de AP 10 juillet 1992)

Paragraphe 2: Les modalités de décompte

—> L.1111-2 et L.1111-3

Ces règles n'ont pas été modifiées.

38

A/ L'inclusion des personnes liées par un contrat de travail

Toute personne liée par un contrat doit rentrer dans cet effectif (7 juillet 1977 et 4 octobre 1972)

Ces modalités varient en fonction de l'**horaire de travail et de la nature du contrat**. Prenons un salarié en CDI à temps plein. Ces salariés en CDI à temps plein sont pris en compte intégralement dans l'effectif de l'entreprise (=1 salarié) temps plein en CI= 1

Doivent aussi être pris en compte les travailleurs à domicile de façon intégrale dans l'effectif. Il a même été jugé que les travailleurs à domicile à temps partiel comptaient pour (4 mai 1984)

Les salariés en CDD sont pris en compte en fonction de leur temps de présence au cours des 12 derniers mois.

Les salariés à temps partiel sont décompté au prorata de leur temps de présence.

B/ L'exclusion de personnes liées par un contrat

a) L'exclusion par nature du contrat

Sont exclus :

- Les contrats apprentissage
- Les contrats d'initiative d'emploi
- Les contrats de professionnalisation

—> L.1111-3

b) L'exclusion par nature de la fonction

Il s'agit des salariés en CDD pour remplacer un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu notamment du fait d'un congé de maternité, d'adoption ou d'un congé parental d'éducation.

C) Inclusion non liée par un contrat de travail

Sont visés les travailleurs mis par disposition d'une entreprise extérieure sauf en cas de remplacement d'un salarié absent et cette inclusion va s'opérer au prorata du temps de présence au cours des 12 derniers mois (L.1111-2).

La Cour de cassation avait jugé que cette inclusion s'impliquait même si les salariés ne travaillaient pas sous la subordination de l'utilisateur dès lors qu'ils étaient intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail que comporte l'entreprise (28 mars 2000)

Pour limiter la portée de cette solution, le législateur a modifié cet article L.1111-2 par la **loi du 20 aout 2008** et depuis, cet article, cette prise en compte de ces personnes avec une relation particulière de travail ne peut intervenir qu'à la double condition que :

- Ces travailleurs soient présents dans l'entreprise au moment du décompte
- Qu'ils travaillent dans l'entreprise depuis au moins un an.

Section II : Le cadre des élections

39

Il faut s'attacher à l'unité, c'est-à-dire au contenant des représentations (=l'entreprise). Mais comme l'entreprise n'est pas définie en droit, cela pose des difficultés. En effet, une entreprise n'est pas nécessairement une société (il y a les entrepreneurs individuels). A défaut de définition, c'est un regroupement de personnes, de matériel en un même lieu doté d'une seule activité, d'une seule gestion mais certaines entreprises peuvent comporter une structure complexe (plusieurs établissements dans plusieurs villes etc).

L'entreprise peut aussi s'inscrire dans le cadre d'une unité économique et sociale (notion importante).

Ainsi, est-ce qu'on doit tenir compte de l'établissement, du groupe, de l'unité économique et sociale?

Paragraphe 1 : Les dispositions antérieures à l'ordonnance de 2017

A/ Le cadre spécifique à l'entreprise composée de plusieurs unités dispersées géographiquement

Le cadre, est-ce l'entreprise ou est-ce chacune des unités décentralisées ?

On est ici face à une véritable difficulté. Le CDT évoque cette distinction mais sans donner de définition particulière or la question est d'une importance pratique considérable car le nombre de représentants à élire est fixer par le CDT en fonction de l'effectif. (exemple : une entreprise qui emploie 600 salariés répartis sur 4 unités de 150, l'élection doit-elle être centralisée ou les unités sont-elles considérées comme indépendantes)

L'employeur doit donc mettre en place des représentants mais à quel niveau ?

S'il n'y avait pas d'accord sur la détermination de l'établissement les juges ou l'administration du travail pouvaient déterminer l'existence de ces établissements.

Selon la désignation, les critères étaient différents.

a) Le CE

On prenait en compte un regroupement de salarié présentant certaines caractéristiques (implantation géographique ou autonomie de gestion de l'établissement). Cela devait faire l'objet d'un accord et à défaut, l'autorité administrative s'en chargeait. Le législateur est intervenu à travers l'ancien article L2322-5. Le DIRECTE était compétent et si un recours devait être fait, c'était devant le JJ.

Critères → Le CE a pour objet d'assurer l'expression collective des salariés qui permet la prise en compte permanente de leur intérêt sur les décisions de gestion et l'évolution éco et financière de l'entreprise.

- Il fallait regarder l'autonomie de l'établissement dans l'éco mais aussi dans la gestion du personnel, dans l'organisation du travail et dans l'exécution du service.
- Il fallait aussi regarder l'implantation géographique spécifique
- Le caractère de stabilité de l'établissement (exemple : un chantier n'en est pas un)

S'il y a plusieurs établissements distincts, il devait y avoir un comité central d'entreprise et des comités d'établissement.

b) Les DP

40

Il en fallait dès un regroupement de 11 salariés, constituant une communauté de travail, ayant des intérêts propres susceptibles de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur peu importe que celui ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations.

c) Le délégué syndical

Cette notion d'établissement distincte se caractérise par le regroupement d'au moins 50 salariés constituant une communauté de travail, ayant des intérêts propres susceptibles de générer les revendications communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant du chef d'entreprise. La définition proche de celle des DP mais leur rôle est ici revendicatif et était fonctionnel quant au finalité de l'institution en cause.

B/ Le cadre commun à plusieurs entreprise (UES)

a) Généralités

Les chefs d'entreprise ne veulent pas mettre en place des instances comme un CE. Donc pour y échapper, les chefs d'entreprise utilisaient des montages juridiques et scindaient leur entreprise pour éviter la mise en place des IRP. (20 salariés, dans une société, 20 dans une autre, 10 encore dans une autre etc). D'où l'ordonnance pour éviter ce détournement.

La Ccass a réagi en créant l'UES (23 avril 1970) qui va réunifier l'entreprise pour la mise en place de ces instances et cette UES va devenir le nouveau cadre de la mise en place de ces représentants du personnel. Cette JP ne va pas remettre en cause les choix du chef d'entreprise (il peut faire des divisions, mettre en place des structures) mais concerne uniquement les représentants du personnel : c'est le domaine d'application de cette UES.

La JP a maintenu les personnalités juridiques distinctes concernant notamment les accords collectifs de travail. En effet, cette reconnaissance d'une UES n'a d'effet que sur la mise en place d'institutions représentative et chaque entreprise composant cette UES demeure soumise à sa propre convention collective (2 décembre 2003).

Autonomie encore de la notion par apport aux contrat de travail. L'existence d'un contrat de travail est un droit attaché à la personne et on pourra imposer au salarié par exemple de changer son employeur (passé d'une société A à une société B). Le salarié ne pourra pas signer de contrat avec l'UES car il manque de personnalité morale. L'UES ne pourra pas être comme co-employeur du salarié (22 novembre 2000). Néanmoins la ré présentation est le seul domaine de la notion d'UES.

Lorsque l'UES a été reconnue entre plusieurs entrep et que l'effectif dépasse 500 salariés, un service de santé au travail commun à ces entreprises peut être crée.

De la même manière concernant l'appréciation des moyens engagés en cas de PSE, on voit au regard du CDT que **l'employeur doit établir un PSE qui doit être apprécié en fonction des moyens dont dispose l'entreprise mais aussi l'UES ou le groupe** (L.1233-57-3).

En matière de participation des salariés, **les entreprises de 50 salariés au moins pendant 12 mois consécutifs ou non sur 3 ans garantissent le droit de ses salariés à participer au résultat de l'entreprise** (L.3322-2), mais aussi celui de l'UES.

b) Les critères de l'UES

La réunion d'une UES est une condition nécessaire à la reconnaissance de l'entité. (unité à la fois éco mais aussi sociale). Ces critères sont **cumulatifs**

1. L'unité sociale

Le juge va **appréciier chaque situation au cas par cas** et l'unité va se déduire non pas d'un élément ou d'un autre mais d'un **faisceaux d'indices**. **L'UES résulte de l'existence d'une communauté de personnes dotées d'un statut social unique (une convention collective identique, un RI identique) bénéficiant des mêmes avantages et pouvant faire l'objet de mutations fréquentes d'une entreprise à l'autre, de salariés soumis à des conditions de travail très proches.** C'est le critère de la **permutabilité des salariés** (30 mai 2001 ou 8 avril 1992)

La mobilité des salariés doit être suffisamment caractérisée au regard de la taille des entreprises et **la mobilité de quelques cadres ou salariés ne peut suffir à établir l'existence d'une permutabilité** (5 mai 2004).

L'UES n'a pas été reconnue dans des sociétés en concurrence entre elles ou les sociétés bénéficiaient de politique de rémunération, de participation et de conditions de travail différentes.

2. L'unité économique

L'unité éco se caractérise par **2 éléments :**

- **L'identité ou la complémentarité des activités** : l'activité menée doit être identique mais peu importe que les sociétés s'adressent à des clientèles différentes (une spécialisée dans PME, l'autre dans la clientèle par exemple : ce qui compte c'est l'activité identique)
- **La concentration des pouvoirs, la communauté des dirigeants** (26 janvier 2005) Cette communauté ne doit pas être le seul élément commun.

Cette UES concerne les entreprises juridiquement distinctes donc une UES peut être reconnue entre plusieurs associations, une association et une société etc.

c) Les modalités de connaissance

- **Par voie conventionnelle:** Par l'adoption d'un accord collectif de droit commun
- **Par décision de justice :** elle est portée devant le TI territorialement compétent qui peut être saisi par tout intéressé (CE syndicats représentatifs, salariés etc). Ce tribunal va rendre un jugement déclaratif à la date de la requête

Cette UES a été consacrée par la législateur a propos du comité d'entreprise (loi Auroux 1982 et art L2322-4)

42

Les critères de l'UES sont identiques pour tous les représentants du personnel et sa reconnaissance pour une institution vaut pour l'ensemble des institutions.

d) Les conséquences de la reconnaissance d'une UES

Suite à la reconnaissance de cette unité, l'employeur devra mettre en place de nouvelles institutions, par exemple l'élection des IRP dans ce cadre spécifique qui aura été reconnu.

C/ L'existence de comités inter-entreprise

Il doit être créé quand plusieurs entreprises envisagent de créer des institutions économiques et sociales communes et il y aura un comité inter-entreprise formé par les comités, et il aura les mêmes attributions que ces derniers.

D/ Le comité d'entreprise européen

Il a été mis en place pour améliorer le droit à la formation et à la consultation des travailleurs. C'est la directive du 22 septembre 1994 qui a prévu l'institution d'un comité d'entreprise européen. (12 novembre 1996 transposition et voir article L.2341-1 et suivants). Il vise les entreprises employant au moins 1000 salariés dans les états membres de l'UE et de l'espace éco européen et qui comporte au moins un établissement d'au moins 150 salariés dans au moins 2 de ces états (L.2341-1 et suivants)

Cette procédure est à l'initiative de l'employeur ou à défaut sous certaines conditions à la demande des salariés ou des représentants. Dans ce cas, un groupe spécial de négociation devra être constitué avec les représentants du personnel.

Il y avait un délégué de site dans les entreprises de moins de 11 salariés et dont l'activité s'exerçait sur un même site ou étaient employés durablement au moins 50 salariés (galerie commerciale, zone artisanale). L'élection de DP communs pouvait être envisagée par accord ou sur décision du directeur régional du travail. L'élection des délégués devait être la seule façon de résoudre les problèmes communs. Ils ont une compétence limitée.

E/ Le regroupement des instances de représentation du personnel

a) Pour les entreprises de 50 à 299 salariés

La délégation unique pour les entreprises de moins de 300 salariés (loi 20 décembre 1993) avait

pour but de simplifier et rationaliser la représentation des salariés. C'était pour alléger les charges de représentation pesant sur le chef d'entreprise.

Cette dernière avait eu un grand succès et cette mesure avait été enrichie par la loi du 17 août 2015. Ce regroupement visait les entreprises de 50 à 250 salariés. Cette loi a étendue cette délégation aux entreprises de moins de 300 salariés.

Cette délégation peut réunir 3 instances (DP, CE et depuis 2015 CHSCT)

Cela relève d'une décision unilatérale de l'employeur qui peut décider après avis des institutions élues en place de cette délégation unique. L'objectif n'était pas la fusion de ces instances car leurs compétences, attributions étaient maintenues, elles ne formaient juste qu'une seule et même instance (R.2326-1 et suivants).

43

b) Pour les entreprises de plus de 300 salariés

S'agissant des entreprises d'au moins 300 salariés, il y avait la possibilité de regrouper les instances de représentation du personnel (DP, CE, CHSCT) au sein d'une instance commune qui exerçait l'ensemble des attributions regroupées. Cette instance était dotée de la personnalité civile qui permet de gérer un patrimoine. Dans ces entreprises, la constitution de cette instance résulte de la négociation collective et était mis en place par accord collectif majoritaire.

Sur la composition de l'instance, le décret du 23 mars 2016 en avait fixé les modalités (R.2391-1)

Paragraphe 2 : Depuis l'ordonnance : la mise en place du CES

Le seuil d'appréciation des effectifs reste le même et les entreprises, avec la volonté des pouvoirs publics, peuvent se servir de cadre de référence pour mettre en place les IRP.

→ L.2313-1 nouveau du CDT: en cas de présence d'établissement distincts (au moins 2), les élections en vue de la constitution du CES doivent avoir lieu au niveau des établissements distincts.

L'ordonnance de 2017 ajoute un nouveau mécanisme d'appréciation de cet effectif qui va affecter les modes d'organisation.

Il n'y a plus de DP, CE donc on les fond et le législateur a mis en place des règles particulières s'agissant des établissements distincts. Leur périmètre et le nombre sont déterminé par accord avec les délégués syndicaux dans les conditions du texte prévu à l'alinéa 1 de l'article L.2232-12. Avant, cet accord devait répondre aux conditions du protocole d'accord préelectorale mais avec une double majorité. L'ordonnance simplifie les modalités de mise en place.

En l'absence de DS et donc d'accord, il fallait obtenir celui du CSE. S'il n'y a pas d'accord, alors il appartient à l'employeur de fixer le nombre et le périmètre des établissements distincts sur la base de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel.

Le nouveau texte fait référence à l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement. C'est une notion à géométrie variable avec des appréciations différentes. Seul dans le comité d'entreprise cette hypothèse était soulevée. Pour l'instant on se réfère à ce qui existait avant c'est-à-dire à l'appréciation notamment du comité d'entreprise de cette autonomie de gestion mais les magistrats se positionneront avec le temps.

Cette décision peut être contestée devant l'autorité administrative.

Le décret du 29 décembre 2017 relatif au CSE fixe les modalités de cette saisine et les conditions dans lesquelles le DIRECTE va fixer le nombre et le périmètre des établissements distincts.

Pourront saisir le direct : **les organisations syndicales et le CSE, lorsque la négociation aura échouée.** Le délai est de 15 jours et l'employeur doit informé de sa décision chaque organisation syndicale représentative par tout moyen.

Le direct dispose d'un délai de 2 mois à compter de la réception de la contestation pour prendre sa décision qui sera notifiée par lettre recommandée avec avis de réception et sa réponse portera

mention des voies et délais de recours. Une fois passé ce délai, **le silence du direct vaudra rejet de la contestation.** Cette décision du direct pourra être contestée dans un délai de 15j en faisant un recours devant le TI (**L.2313-5**).

Le tribunal est **saisi par simple déclaration au greffe et le juge pourra demander la communication de tout élément nécessaire pour l'éclairer au direct.** Le Juge judiciaire disposera d'un délai de 10 jours pour statuer et sa décision est insusceptible d'appel et sera notifiée par le greffe aux parties.

La perte de la qualité d'établissement distinct va emporter la cessation des fonction. **Un accord pourra toutefois permettre à ces délégués d'achever leur mandat.** Un accord pourra aussi être conclu avec le CES à défaut d'accord avec les DS. Ce CES pourra être encore mis en place au niveau de l'UES si cette entreprise constitue, avec d'autres établissements, une UES d'au moins 11 salariés.

Lorsqu'une UES regroupe au moins 11 salariés et est reconnue, une comité social et économique commun est mis en place. Il y aura des comités sociaux éco et un autre central dans les UES comportant au moins 2 établissement.

Conclusion :

- **UES obligatoire si 11 salariés**
- **UES + CES si au moins 2 établissement distincts**

Un CES inter-entreprise peut être mis en place par accord collectif lorsque la nature et l'importance des problèmes communs à des entreprises d'un même site ou d'une même zone le justifie. Et cet accord va définir la délégation des membres du personnel au CSE mais aussi les modalités de fonctionnement.

<https://humanite.fr/fusion-des-irp-ce-dp-chsct-questions-reponses-sur-le-cse-dentreprise-642726>

<https://www.happyce.fr/ce-recherche-alphabetique/impacts-des-ordonnances-macron-pour-les-representants-du-personnel/>

Chapitre 2 : L'élection des représentants du personnel

Tous les 4 ans, l'entreprise doit renouveler ses instances de représentation. L'ordonnance de 2017 va

Section I : La période préélectorale

Paragraphe 1 : La négociation préélectorale

L'employeur doit informer les salariés et convier les syndicats à négocier l'accord préélectoral. L'initiative vient de l'**employeur**. Il doit déclencher l'élection quand le seuil de 11 salariés pendant 12 mois consécutifs a été franchi.

45

Avant l'ordonnance de 2017, l'employeur devait informer les salariés par voie d'affichage et la JP considérait que le défaut d'affichage sur les sites de travail impliquait l'annulation des élections (**Cas. Soc 3 avril 2002 ou 10 octobre 2012**)

L'ordonnance de 2017 a quelque peu changé la donne sur les délais et sur cette info et les salariés doivent être dorénavant **informés par tout moyen permettant de conférer une date certaine à cette information**. L'affichage n'est plus imposé, l'employeur est libre de choisir le mode d'information (ex : courrier, voie électronique, affichage etc)

Cette date envisagée pour le premier tour doit se situer au plus tard 90 jours suivant l'information des salariés.

Il faut aussi informer les organisations syndicales et les inviter à négocier le protocole préélectoral. **La question qui se pose est celle de savoir quel syndicat inviter?** Il faut inviter **toutes les organisations syndicales représentatives** mais, et c'est une nouveauté de l'ordonnance. A savoir que certaines entreprises peuvent être affranchies (cf entreprise comprenant entre 11 et 25 salariés lorsqu'aucun salarié ne s'est porté candidat aux élections dans un délai de 30j à compter de l'annonce des élections L2314-5)

L'employeur ne peut pas refuser d'inviter un syndicat et si l'employeur refuse d'inviter un syndicat, cela peut entraîner l'annulation des élections.

Quelles sont les formes de l'invitation de ces organisations syndicales (OS) ?

La forme faisait difficulté et selon le CDT, la forme varie selon le syndicat concerné (L2314-5).

- Tout d'abord, **les OS reconnues représentatives dans l'entreprise ou l'établissement**: les organisations qui ont constitué une section syndicale dans l'entreprise ou l'établissement et les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel (CGT etc) sont **invités par courrier**.
- **Pour les autres**, l'invitation est faite **par tout moyen** (exemple : voie d'affichage, cf ordonnance 26 juin 2014)

On distingue selon que le syndicat concerné possède un délégué syndical ou une section syndicale dans l'entreprise.

- **Si l'entreprise dispose d'un délégué syndical (DS)**, alors l'invitation à négocier doit être adressée à ce délégué ou éventuellement à l'organisation syndicale représentative qui l'a désigné.
- **En l'absence de délégué syndical**, l'invitation est adressée directement au syndicat. En pratique, pour éviter à l'employeur d'avoir des problèmes, on envoi l'invitation au DS et au syndicat.

L'employeur doit communiquer à ces syndicats tous les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise.

Le CDT prévoit qu'en l'absence de CSE (comité social et économique), la mise en place des élections peut être demandé par un salarié ou une organisation syndicale. Dans un tel cas, l'employeur dispose d'un délai d'un mois suivant la réception de la demande pour procéder à l'affichage des élections.

Lorsque l'employeur a engagé le processus électoral et qu'un procès verbal de carence a été établi, la demande d'organiser des élections professionnelles ne peut intervenir que dans un délai de 6 mois après l'établissement d'un PV de carence. Avant, la demande pouvait intervenir à tout moment mais désormais, elle ne peut intervenir que dans les 6 mois après le PV de carence.

46

Autre hypothèse: l'hypothèse du renouvellement des instances

Tous les 4 ans il faut renouveler les instances sauf si un accord collectif de branche, de groupe ou d'entreprise prévoit une durée différente et dans ce cas, cette période doit être comprise entre 2 et 4 ans.

Le nombre de mandats successifs à défaut de dispositions contraires du protocole d'accord préelectoral est limité à 3 sauf pour les entreprises de – de 50 salariés (L.2314-33)

On invite les organisations syndicales à négocier le protocole 2 mois avant l'expiration du mandat des membres en exercice. Cette invitation doit parvenir au plus tard 15j avant la date de la première réunion de négociation. Et le premier tour doit se dérouler dans la quinzaine qui précède l'expiration du mandat.

Si l'employeur ne respecte pas les délais pour l'organisation de ces élections ou s'il refuse d'inviter les OS :

- Sur le plan pénal, ce refus constitue un délit d'entrave à la construction de la communauté sociale et économique. Cette entrave est sanctionnée par une amende d'un montant maximal de 7500 euros et d'une peine d'emprisonnement.
- Sur le plan civil, la sanction est la réparation du préjudice causé au salarié privé de la possibilité de représentation et de défense de ses intérêts (17 mai 2011)

Certains salariés ont tenté d'obtenir la résiliation judiciaire de leur contrat de travail en cas de carence de ces élections et la Cour de cassation a eu l'occasion de se positionner sur ce point et a refusé cette demande et a considéré que cette carence ne constitue pas un manquement de nature à fonder la résiliation judiciaire du contrat de travail (30 novembre 2011). Néanmoins, l'employeur peut être amené à payer des dommages-intérêts aux syndicats.

La question s'est posée sur des élections simultanées (plusieurs élections en même temps dans l'entreprise). Les dispositions transitoires de l'ordonnance de 2017 prévoient que pour les entreprises dotées d'un comité central et de comités d'établissements, il est possible de proroger ou de réduire la durée des mandats des représentants du personnel dans le but de faire coïncider leur échéance avec la mise en place du CSE et le cas échéant faire coïncé chaque comité d'établissement ou chaque comité central.

A savoir qu'il existait pour le CE et les DP des élections prévues à la même date.

Paragraphe 2 : La conclusion du protocole d'accord pré électoral

A/ Les conditions de validité

La validité de ce protocole est subordonnée à une double condition majoritaire

Sauf dispositions législatives contraires, le protocole doit être signé par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation et parmi les signataires il doit y avoir les OS représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles ou lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, par la majorité des organisations représentatives dans l'entreprise (L.2314-6)

47

Qui pourra contester la validité de ce protocole ?

Si l'intérêt collectif d'une profession est mis en cause, tout syndicat pourra agir en justice (23 septembre 2009) sur la base de l'ordre public, du défaut d'information concernant l'invitation à négocier le protocole etc.

B/ La modification du protocole

Ce protocole ne peut être modifié de manière unilatérale, laquelle entraînera l'annulation des élections. Il faudra négocier un avenant à ce protocole et cet avenant sera soumis aux mêmes conditions de validité que le protocole lui-même.

C/ L'absence de négociation du protocole pré électoral

Dans cette hypothèse, l'employeur qui n'a pas eu d'interlocuteur syndical pourra fixer de manière unilatérale les dispositions nécessaires à la tenue des élections.

En revanche si l'employeur a des interlocuteurs mais qu'il ne parvient pas à un accord avec eux, le juge d'instance est compétent pour statuer sur les modalités de déroulement des élections. Le juge va statuer en la forme des référés et en dernier ressort.

Paragraphe 3 : Le contenu du protocole

Le protocole doit comprendre 3 séries de dispositions

- Les collèges électoraux
- La répartition du personnel et des sièges
- Le matériel de vote

A/ Les collèges électoraux

L'élection doit être organisée en 2 collèges

- Les ouvriers et les employés
- Les ingénieurs, chefs de service, techniciens agents de maîtrise et les assignés

Dans les entreprises où le nombre d'ingénieurs, chefs de service ou cadres est au moins égal à 25, ces catégories constituent un 3ème collège.

Un collège unique qui regroupe l'ensemble des catégories peut être mis en place dans les entreprises ou établissements n'éitant qu'un membre de la délégation du personnel titulaire et un membre de la délégation du personnel suppléant (L.2314-11).

Le nombre de collège peut être modifié par accord signé par toute OS représentative de l'entreprise.
Si tel n'est pas le cas, l'élection doit être organisée conformément aux dispositions légales
A savoir que le collège des cadres ne pourra être supprimé.

Par accord unanime, on peut augmenter le nombre de collèges sous réserve que cette augmentation ne conduise à une faible représentation d'une catégorie du personnel pourtant importante en terme

48

numérique. L'accord unanime sera transmis à sa demande à l'agent de contrôle de l'inspection du travail.

B/ La répartition du personnel et des sièges

Cette répartition fait l'objet d'un accord entre l'employeur et les OS intéressées par ces élections (L.2313).

A défaut d'accord et si une OS a répondu à l'invitation à négocier, l'autorité administrative va décider de la répartition entre les collèges électoraux. Cette saisine de l'AA va suspendre le processus électoral, ce qui va entraîner la prorogation du mandat des élus.

Le CDT prévoit que le direct va devoir prendre sa décision dans un délais de 2 mois à compter de la réception de la contestation et il va la notifier par lettre recommandée avec avis de réception et cette décision peut faire l'objet d'un recours dans un délai de 15j suivant sa notification devant le TI.

Si le direct ne prend pas de décision à l'expiration du délais de 2 mois, alors on rend la **liberté à l'employeur ou aux OS** qui peuvent saisir à quinzaine à nouveau le TI pour que ce dernier statut sur la répartition.

SI aucune OS ne s'est déplacée pour prendre part à la négociation, alors l'employeur réparti lui même le personnel et les sièges entre les différents collèges électoraux.

a) Les règles de répartition du personnel entre les collèges

Il s'agit de déterminer l'appartenance à un collège électoral et pour ce faire on se fonde sur les fonctions que le salarié exerce réellement. Ce personnel doit être réparti en fonction de l'emploi occupé et ce sans considération des avantages qui excéderaient ceux de sa catégorie professionnelle. Par exemple certains salariés bénéficient d'avantages réservés au cadres (cf retraite : ils cotisent au régime des cadres, ce qui fait le cadre, c'est le degrés d'initiative et de responsabilité, c'est quelqu'un d'indépendant)

b) Les règles de répartition des sièges entre les collèges

Cette répartition n'est pas précisée par le CDT. L'administration recommande une **répartition proportionnelle** mais une répartition de sièges peut être effectuée sur une autre base, jusqu'à aboutir sur représentation d'un collège en raison de circonstances particulières à l'entreprise (CE 6)

Le protocole d'accord ne peut prévoir d'affecter aucun siège à un collège. Il existe cependant des obligations.

Le CDT impose de résERVER un siège aux cadres quand l'entreprise emploie au moins 500 salariés sans qu'un 3ème collège soit créé (L.2314-11).

Le protocole peut prévoir des réservations de sièges pour certaines catégories de personnel. Pour une représentations des salariés qui travaillent en équipe successive ou qui sont isolés des autres salariés, des dispositions particulières doivent être prises pour faciliter leur représentation (L.2314-15).

Dans les entreprises de travail temporaire, la répartition des sièges peut faire l'objet d'un accord préélectoral (L.2314-16).

Cet accord doit mentionner la proportion d'hommes et de femmes composant chaque collège.

c) L'organisation de la propagande électorale

Il n'y a pas de dispositions particulières à ce sujet. Cette propagande peut se faire par l'affichage, la distribution de tractes, ou par des réunions. L'employeur peut lui même mettre à disposition des candidats un site intranet ou autoriser la diffusion de propagande par mail ou courriel. Il vaut mieux par prudence fixer dans le protocole les modalités de la propagande et la période délimitant cette propagande électorale et fixer les moyens dont disposeront ces organisations.

La propagande électorale du premier tour est réservée aux organisations syndicales qui sont habilitées à présenter des candidats. L'employeur ne peut pas autoriser des candidats libres à faire de la propagande au premier tour et si l'employeur ne réagi par à cette propagande libre, alors il ne respectera pas son obligation de neutralité. Il ne peut pas non plus diffuser une note qui rappelle les dispositions légale relatives à l'organisation d'un second tour, et appeler les salariés à l'abstention au premier tour.

La diffusion d'un tracte quelques jours avant le scrutin n'est pas illicite dès lors qu'il ne contient aucune insertion diffamatoire et surtout du moment qu'il n'a pas été démontré que cette diffusion aurait pu avoir une influence sur le résultat de l'élection (20 novembre 2002), sinon, l'employeur risque une annulation des élections.

C/ L'organisation matérielle du vote

a) Généralités

L'employeur devra prévoir une organisation pendant le temps et sur les lieux de travail et un accord peut être conclut entre l'employeur et les organisations syndicales qui pourra le cas échéant prévoir d'autres dates ou temps d'élection (L.2314-27).

On peut assigner à chaque service une plage horaire pour voter ou une plage horaire suffisamment large pour permettre aux équipes de nuit de pouvoir voter.

Le temps passé pour voter ne fait pas l'objet d'une retenue sur salarie et si les élections sont faites hors temps de travail, le temps passé pour le vote doit être rémunéré.

L'accord peut aussi prévoir que les élections se dérouleront dans un établissement déterminé de l'entreprise ou que les élections se dérouleront au siege de l'entreprise. Quoi qu'il en soit, le lieu doit être communiqué par affichage et les salariés doivent être prévenus suffisamment à l'avance.

Un vote par correspondance peut être mis en place de manière exceptionnelle pour les salariés absents de l'entreprise (maladie, congés, travail de nuit, salariés en déplacement pour raisons professionnelles)

b) Le matériel nécessaire au vote

50

On doit envoyer au salarié les bulletins, les enveloppes et la Cour de cassation a admis qu'on joigne la propagande à ces bulletins (6 juillet 1983)

L'employeur supporte la charge financière de ces moyens. Des isoloirs doivent être fournis pour assurer la confidentialité du vote. L'employeur doit aussi fournir des urnes distinctes pour les titulaires et les suppléants.

L'employeur doit encore en cas de **vote électronique** fournir aux salariés les explications utiles c'est-à-dire que le CDT prévoit ce mode de vote selon des modalités particulières qui le régissent. Dans un tel cas, il y a un préavis.

Il faut pour ce faire un accord d'entreprise distinct de l'accord pré électoral avec information sur le nom du prestataire (L.2314-26).

La conception et la mise en place du système de vote électronique peut être faite par un prestataire choisi par l'employeur qui devra établir un cahier des charges et ce système de vote électronique doit assurer la **confidentialité des données transmises**, notamment celle des fichiers permettant d'établir les collèges électoraux, la sécurité des moyens d'authentification. Il y a également une certaine sécurité sur l'enregistrement des votes.

L'employeur doit encore mettre en place une cellule d'assistance technique qui contient un représentant du prestataire qui doit veiller au bon fonctionnement et à la surveillance du système.

Le bureau de vote va contrôler ces élections et en outre, le juge d'instance peut décider de la mise en place d'un dispositif de contrôle de la régularité et de la liberté et de la sincérité du scrutin. Les frais de ce dispositif sont à la charge de l'employeur.

Paragraphe 4 : L'établissement des listes électorales

Elles incombent à l'employeur et ces listes sont établies collège par collège en respectant les dispositions du protocole d'accord pré électoral ou à défaut de l'autorité administrative mais dans tous les cas, ces listes doivent être **affichées dans l'entreprise au moins 4j avant les élections**. C'est le délai de contestation relatif à ces listes. (3 jours suivants la publication)

A/ Les conditions d'électoralat

- Avoir 16 ans
- Travailler depuis au moins 3 mois dans l'entreprise —> l'inspecteur du travail peut autoriser des dérogations lorsque l'application de cette règle d'ancienneté aurait pour effet de réduire à

moins des 2/3 de l'effectif le nombre de salariés remplissant ces conditions. Cette décision de l'inspecteur peut être contestée devant le juge judiciaire (délais de 15j suivant la notification de la décision)

- **Il ne faut pas avoir fait l'objet d'interdiction, d'échéance ou d'incapacité relative à ces droits civiques.** Seront aussi exclus les cadres qui ont une délégation d'autorité qui permet de les assimiler au chef d'entreprise ou, ces cadres qui représentent l'employeur devant les institutions élues (12 juillet 2006 ou 27 octobre 2004)

Doivent figurer sur ces listes la date de naissance de la personne, son appartenance à l'entreprise et l'ancienneté dans l'entreprise.

N'a pas à figurer la mention du domicile du salarié (20 mars 2002)

51

La situation de certains salariés peut évoluer entre les 2 scrutins (cf ancienneté entre 1er et 2e tours). Les listes sont établies pour les deux tours.

B/ Les candidats

a) La parité

La liste doit être établie par collège, tant pour les titulaires que pour les suppléants. On exige une représentation équilibrée des hommes et des F et c'est la loi du 17 aout 2015 qui a posé cette exigence.

Depuis le 1er janvier 2017, les listes des candidats doivent être bisexuées et équilibrées avec une alternance des hommes et F en tête de liste. L'employeur va porter cette info à la connaissance des salariés (L.2314-30 et suivants).

b) Les conditions législatives d'éligibilité

- **Être inscrit sur la liste électorale**
- **Il faut avoir 18 ans accomplis**
- **Et avoir travaillé depuis 1 an au moins dans l'entreprise.** L'inspecteur peut autoriser des dérogations lorsque l'application des dispositions du CDT conduirait à une réduction du nombre de candidats qui ne permettrait pas l'organisation normale des élections.
- **Il ne faut pas être parent avec le chef d'entreprise** (conjoint, partenaire, ou ascendant ou descendant)

c) Les conditions d'éligibilité jurisprudentielle

La candidature ne doit pas être frauduleuse c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être inspirée par le désir d'échapper à une mesure tel qu'une mutation ou un licenciement.

L'employeur doit apporter la preuve de cette fraude. La JP considère même que la preuve ne peut être déduite de la candidature postérieure à une convocation à l'entretien préalable au licenciement. (13 juin 1989) Il faut montrer que le salarié veut juste bénéficier d'une protection particulière pour éviter une mesure et qu'il s'en fiche de la situation de ses collègues et de la représentation collective.

d) Le dépôt des candidatures et la publicité

Ces listes doivent faire l'objet d'un dépôt et l'employeur doit en assurer la publicité. Les modalités sont libres mais à titre de preuve, il est conseillé que les syndicats et candidats fassent parvenir par lettre recommandée avec avis de réception le dépôt de liste car cette candidature permet aux candidats de bénéficier d'une protection.

La convention collective et le PAP (protocole d'accord préélectoral) peuvent prévoir ces modalités (exemple : liste d'affichage, type de communication etc).

C) Le PV de carence

On aperçoit une **désaffection des salariés dans les candidatures** et cela peut aboutir à une **impossibilité d'aboutir à des élections faute de candidature**. Dans cette hypothèse l'employeur devra

52

établir un **procès verbal de carence** pour justifier qu'il n'est pas responsable de l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise. Ici l'employeur a satisfait aux obligations qui lui incombe. Ce PV doit être porté à la connaissance des salariés par tout moyen permettant de donner date certaine à cette info et ce PV doit être transmis dans les **15j à l'agent de contrôle** de l'inspection du travail. Cet agent de contrôle va dresser copie de ce document aux organisations syndicales de salariés. Ce PV peut être contesté dans un délai de 15j mais passé ce délai, on ne peut plus invoquer d'irrégularité concernant ce document (**Soc 6 juin 2007** : plusieurs salariés soutenaient l'irrégularité de ce PV et pas toutes les OSR n'avaient été invitées à négocier le PAP mais la Chambre sociale a estimé que ce PV ne pouvait être contesté que dans un délai de 15j, à défaut, ce PV ne peut être remis en cause)

L'employeur doit établir le PV et **s'il ne l'établie pas, cette carence constitue un délit d'entrave** (7500 euros et 1 an emprisonnement)

Section II : Les conditions de présentation des candidats

Paragraphe 1 :Les listes

A/ Au 1er tour

1) Le Monopole des OS

Les OS ont le **monopole de la présentation des candidatures** et la loi ne présente **plus cette possibilité aux seules organisations représentatives**. C'est-à-dire que non seulement les OSR du fait d'une affiliation peuvent présenter ces candidats mais aussi d'autres OS qui remplissent les critères de représentativité. On remarque souvent que les candidats sont souvent ceux invités à négocier le PAP.

A savoir que tout cela se fait dans les mêmes règles que l'invitation à négocier le PAP.

Si les syndicats ont le monopole, ces derniers **peuvent incorporer dans la liste qu'ils présentent un candidat qui n'est pas membre de leur organisation**.

2) Parité et alternance des listes

Depuis le 1er janvier 2017, les listes doivent être composées alternativement d'un candidat de chaque

sexé.

B/ Le 2ème tour

Il a lieu **15 j après le 1er** mais la convention peut en décider autrement, à supposer qu'un délais minimum soit respecté (8 juillet 1997) : les 2 tours avaient eu lieu le même jour donc annulation) Le délai peut également être plus long.

Si le quorum n'est pas atteint ou que des sièges ne sont pas pourvus à l'issu du premier tour, si le nombre de votant est inférieur au nombre d'inscrits, ou qu'aucune candidature n'a pas été présentée, on organise un second tour avec candidature libre. Les listes présentées au premier tour sont considérées comme maintenues au second sans que l'OS n'ait besoin de renouveler ces listes.

53

Ces listes ne peuvent prévoir un nombre de candidats supérieur aux nombre de sièges à pourvoir, mais un nombre inférieur oui. A même été jugé recevable une liste ne comportant qu'un seul nom (**25 mars 1985**)

Paragraphe 2 :Le scrutin

A/ Généralités

C'est un scrutin à deux tours avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne (L.2314-29).

B/ L'établissement du PV (procès verbal) des élections

Les résultats sont proclamés par le bureau de vote et ce dernier va dressé un PV qui va être signé par les membres du bureau et ce PV sera affiché par le président généralement par la suite. Ce PV doit être transmis par l'employeur en **double exemplaire et dans un délai de 15j** à :

- **L'inspecteur du travail.**
- Après cette proclamation, l'employeur devra aussi transmettre **par tout moyen et dans les meilleur délais la copie de ce PV aux OS de salariés qui ont présenté des listes de candidats et celles qui ont participé à la négociation du PAP.**
- Un exemplaire de ce PV doit être aussi adressé à un **organisme de traitement des élections professionnelles** qui va consolider le résultat de ces élections pour déterminer les syndicats représentatives dans les diverses branches d'activités et au niveau national et inter-professionnel.

Section III : La contestation

A/ La saisine

Le recours peut être introduit par **l'employeur** ou encore par une **OS**, même non représentative ou une OS qui n'aurait pas présenté de candidats (24 septembre 2008). Ses OS sont visées car elles ont un impact sur l'intérêt collectif des salariés.

Les **électeurs du collège** peuvent aussi contester les élections mais uniquement celles de leurs collèges (**10 juillet 2002**).

Un candidat du collège auquel il appartient peut également contester ces élections.

Mais ce recours qui concerne l'électorat, la désignation des représentants syndicaux est de la compétence du **TI**. Ce TI sera celui du ressort où les élections ont eu lieu (l'établissement ou le siège de l'entreprise)

Article R.2314-24 : la saisine se fait *par déclaration au greffe* et l'envoi d'un fax ne constitue pas un mode valable de saisine. (pour l'envoi de courrier cf 29 mai 2002). Ce tribunal doit statuer dans les **10j (21 novembre 2007)**: le dépassement du délai n'emporte pas la nullité de la décision).

Le tribunal statut sans frais et sans procédure pour aller vite. Cette décision est notifiée par le greffe dans les 3 jours par lettre recommandée avec avis de réception. Cette décision du TI est rendue en **dernier ressort**. (pas d'appel mais juste pourvoi cf **art R.2314-29**). Si jamais il y a un pourvoi, ce dernier n'est pas suspensif en matière d'élections professionnelles (16 mars 1962)

B/ Les différents contentieux portés devant ce tribunal

54

1) Le contentieux relatifs aux conditions d'électorat

Le recours doit être introduit dans un délai de **3 jours** suivant la publication des listes.

2) Le contentieux de la régularité des élections

Ce contentieux recouvre des irrégularités qui affectent la validité des élections (représentativité syndicale, éligibilité d'un candidat, déroulement du scrutin etc)

Le recours doit ici être introduit dans les **15 jours** suivant la proclamation des résultats.

Certaines irrégularités qui relèvent à priori du contentieux de l'électorat peuvent avoir une influence sur la validité des élections et sur le résultat du scrutin. Dans cette hypothèse, les litiges peuvent être introduit dans les **15j** (exemple 10 octobre 2012 : une union locale CGT avait sollicité l'annulation d'un premier tour et ici le tribunal qui avait été saisi a retenu que la contestation qui portait sur la prise en compte des pigistes dans le calcul de l'électorat devait être introduite dans les 3j. La Ccass n'a pas partagé cet avis et estime que le litige qui porte sur l'inscription d'une catégorie de personnels sur la liste est susceptible d'affecter la régularité des élections à tel point que cette action est recevable dans le délai de contestation de l'élection de 15j)

Si l'employeur ne conteste pas le PV devant le TI **dans les 15j**, il ne sera plus recevable à contester par exemple l'élection d'un salariés dont les fonctions seraient incompatibles avec l'exercice d'un mandat **(28 septembre 2016)**

3) Le contentieux relatif à la composition des listes de candidats (L2214-30) (parité, alternance)

Si la part d'hommes ou de femmes n'est pas respectée, le TI va pouvoir annuler l'élection du candidat du sexe surreprésentés. Ce recours doit être introduit dans les **15j** suivants la proclamation des résultats.

4) Le recours contre certaines décisions du DIRECCT

Le JI doit être saisi dans un délai de **15j** suivant la notification de la décision du direct.

C/ Les motifs

Une irrégularité n'entraîne pas en principe l'annulation, faut-il encore que cette irrégularité soit de nature à fausser le scrutin (25 octobre 2006). Elles doivent avoir exercées une influence sur le scrutin de telle sorte qu'il est été faussé.

L'autre motif est l'irrégularité qui serait contraire aux PDG du droit électoral. Cette irrégularité quant à elle entraîne la nullité de plein droit sans qu'on recherche si cela a faussé le résultat. C'est une atteinte aux PGD (23 septembre 2015) : ici, les élections s'étaient déroulées en nov 2013 et une OS a saisi le TI pour faire annuler ces élections. Cette OS a été déboutée par le TGI de sa demande reposant sur le défaut d'horaires d'ouverture et de clôture du scrutin car le tribunal avait estimé qu'il y avait une présomption des horaires. La Cour de cassation a estimé que les heures d'ouverture et de clôture n'avait pas été mentionnées sur le PV des élections, ce qui était de nature à affecter la

55

sincérité des opérations électorales et cela était un PGD, dont il s'agissait d'une irrégularité justifiant à elle seule l'annulation des élections).

S'agissant de la fraude, le tribunal peut annuler une candidature même si elle satisfait aux conditions d'éligibilité.

D/ Les conséquences liées à l'annulation des élections

L'annulation a pour conséquence de mettre fin aux mandats des personnes irrégulièrement élues. Mais quand est-il des actes réalisés par ces personnes ? Pour la jurisprudence, l'annulation des élections ne remet pas en cause les décisions intervenues dans l'intervalle. Elle n'a pas d'effet rétroactif sur les prérogatives exercées au titre du mandat (15 avril 2015) : l'annulation ne fait perdre aux salariés élus la qualité de membre qu'à compter du jour où elle est prononcée) L'employeur doit organiser de nouvelles élections avec reprise de la totalité de la procédure. Le problème est que cette annulation va empêcher l'instance d'exercer ses fonctions du fait de la disparition de ses membres. Ainsi, il peut s'avérer utile de proroger les mandats qui arrivent à expiration pour pallier à l'absence de représentation du personnel.

L'autre option est qu'il peut s'avérer nécessaire de faire désigner un mandataire.

Chapitre 3 : La désignation des représentants du syndicat : Les délégués syndicaux

Section I : La désignation du DS

Sous-Section 1 : Les conditions de la désignation

Paragraphe 1 : L'auteur de la désignation

Dans les entreprises ayant atteint l'effectif de 50 salariés et plus pendant 12 mois consécutifs, les SR (syndicats représentatifs) ayant constitué une section syndicale vont pouvoir y désigner un DS. (L2143-3)

La question se pose de savoir ce qu'est une OSR ?

S'agissant de la notion de représentativité, elle est recouverte par l'article L.2143-3. Cette notion est apparue pour la première fois dans le traité de Versailles de 1919 à propos de la composition nationale des délégués de la conférence du travail.

Ces règles d'appréciation de la représentativité syndicale ont été modifiées par la loi du 20 août 2008. Jusqu'à cette loi, 2 normes fixaient la loi applicable :

- La loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et à la procédure de règlement des conflits collectifs : elle fixait les critères de représentativité des syndicats pour signer un accord collectif. Étaient invoqués :

- L'indépendance
- Les effectifs
- L'ancienneté des syndicats
- L'audience électorale

56

- Ou encore l'attitude patriotique pendant l'occupation.

- Un arrêté du 31 mars 1966 : 5 grandes centrales syndicales étaient désignées ici (CGT, CFDT, FO, CFTC et CFECGT). Les syndicats qui étaient affiliés à ces centrales bénéficiaient d'une présomption de représentativité de plein droit à tout niveau (niveau national, au niveau de la branche, de l'entreprise etc et ils n'avaient pas à prouver leur identité). Il y avait une présomption irréfragable qui leur permettait de bénéficier des prérogatives attachées à la représentativité (exemple capacité à présenter des candidats aux élections professionnelles, aussi la capacité à négocier des conventions et accords collectifs de travail, ou encore la capacité à recevoir des subventions)

Ce système avec cette présomption a été critiqué puisque depuis 1966, le paysage syndical français a évolué. Des nouvelles organisations se sont constituées (exemple : syndicat sud) et ces organisations ne bénéficiaient d'aucune représentativité de plein droit comme les grandes centrales et devaient prouver leur représentativité pour participer au dialogue social, à la négociation et à la vie de l'entreprise. En cas de contestation, le juge devait trancher.

La deuxième critique était la légitimité de ces organisations. En 2008, pour pallier à cela, il était nécessaire de mieux mesurer les audiences et les influences de ces organismes en privilégiant le dialogue, la normes conventionnelles. La loi du 20 aout 2008 a mis fin à cette représentativité de plein droit pour y substituer un système de représentativité prouvée à partir de critères actualisés, à savoir notamment celui de l'audience électorale. Depuis 2008, l'audience électorale est la pierre angulaire du nouveau dispositif. (très important)

Sont considérées désormais comme étant représentatives, les OS qui réunissent les critères cumulatifs de l'art L.2121-1 (important à connaître) :

- Le respect des valeurs républiques (liberté d'opinion politique, religieuse, philosophique, refus de tout intégrisme ou discrimination etc). Un syndicat politique ou autre ne peut exister sans ce critère. C'est un critère commun à tout type de syndicat, représentatif ou non.
- Le critère de l'indépendance par apport à l'employeur. C'est-à-dire que le syndicat doit être indépendant. Il faut regarder les rapports que le syndicat entretient avec l'employeur (cf par exemple subvention de la part de l'employeur : ce syndicat n'est pas indépendant, cf arrêt 31 janvier 1973).
- La transparence financière : le syndicat doit démontrer la transparence de sa gestion et de son utilisation des ressources. Il doit respecter les obligations comptables et se soumettre aux contrôles de comptabilité.

- **L'ancienneté** : elle est de **2 ans** dans le champs géographique et professionnel qui couvre l'entreprise.
- **L'influence** : elle est caractérisée prioritairement par **l'activité et l'expérience en faveur des salariés** (moyens d'action, cf tractes etc)
- **Les effectifs concernant les adhérents et les cotisations.** A défaut de données chiffrées, le montant des cotisations **dépend du nombre d'adhérents**. Le montant des cotisations doit permettre au syndicat d'avoir une certaine indépendance par apport à l'employeur
- **Le critère de l'audience électorale** : cette audience devra être établie selon le niveau de négociation. Ce critère est fondamental et pour être qualifié de représentatif dans l'entreprise, le syndicat doit **avoir recueilli au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique**. Ce critère est d'ordre public c'est-à-dire qu'un syndicat qui ne satisfait pas cette condition n'est pas représentatif (exemple : aucune convention ne peut porter ce chiffre à 5%)

57

Cette représentativité n'est pas définitive et est établie pour **4 ans** en fonction de ce qui a été négocié (aussi possible 3 ou 2 ans).

Au niveau de la branche professionnelle, (L.2121-1) une OS doit disposer d'une implantation territoriale équilibrée au sein de la branche mais doit aussi avoir recueilli au moins **8% des suffrages exprimés**, résultant de l'addition au niveau de la branche d'une part des suffrages exprimés au 1er tour des dernières élections des titulaires au CSE et à l'époque, également des suffrages exprimés au scrutin concernant les entreprises de moins de 11 salariés. Ce qu'il faut retenir c'est que l'audience est de **8% et non plus de 10% ici**.

Pour être représentatif au niveau national et interprofessionnel, les critères sont les mêmes.

Conclusion : 10 ans pour l'entreprise et 8 ans pour branche ou national

Sont aujourd'hui reconnus

- **LA CFDT (confédération française démocratique du travail)**
 - **La CGT (confédération générale du travail)**
 - **La CGTFO (confédération général du travail, force ouvrière)**
 - **La CFECGT (confédération générale des cadres)**
 - **La CFTC (confédération française des travailleurs chrétiens)**
- à connaître par cœur ainsi que leur signification

S'il y a une contestation sur cette représentativité notamment sur la désignation d'un DG, c'est le **TGI qui est saisi de cette demande** et il va apprécier sous le contrôle de la Cour de cassation la représentativité du syndicat. Lorsque la représentativité est discutée dans le cadre d'un accord collectif, ce sera le TGI.

La désignation n'intervient que si le syndicat a déjà constitué ou constitue simultanément une section syndicale.

Paragraphe 2 : La personne susceptible d'être désignée

A/ Les conditions légales

1) Les conditions personnelles

- **Condition d'âge** : avoir **18 ans** ;
- **Condition d'ancienneté** : travailler dans l'entreprise depuis au moins **1 ans**. De plus, un **arrêt de la chambre sociale du 16/11/2003** refuse la prise en compte d'un temps de stage.

La condition d'ancienneté peut être réduite à **4 mois** en cas de **création d'entreprise** ou **d'ouverture d'établissement**.

De même, dans les **entreprises de travail temporaire**, cette condition d'ancienneté est fixée à **6 mois**. Voir **art L 2143-2 CT** pour l'appréciation des périodes pendant lesquelles ces salariés ont été liés aux entreprises pendant des contrats de missions au cours des **18 mois** précédent la désignation du délégué syndical. En cas de changement d'employeur (**vente, fusion ou scission d'entreprise**), les contrats sont automatiquement transférés au nouvel employeur avec maintien de l'ancienneté (**art L 1224-1 CT**).

58

- **Le candidat ne doit pas avoir fait l'objet d'interdiction, de déchéance ou d'incapacité relative à ses droits civiques.**

2) La condition de légitimité électorale

Enfin, il doit bénéficier d'une **légitime électorale**. La **loi du 20 août 2008** impose que le **délégué soit choisi parmi les candidats ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés lors du 1er tour des scrutins aux élections du CSE**. S'il n'est pas encore mis en place, du CE, de la délégation unique du personnel ou du DP.

Il faut donc que le salarié désigné ait présenté sa candidature aux dernières élections professionnelles. **Cette règle est d'ordre public** et ne peut donc pas être modifiée.

Cass sociale, 29 mai 2013 → un syndicat informe l'employeur de la désignation d'un salarié en qualité de DS. L'employeur conteste cette désignation car le salarié n'avait pas été candidat aux dernières élections professionnelles. Le syndicat se défend en disant que l'employeur a laissé un autre syndicat désigner un salarié qui n'a pas été candidat aux dernières élections professionnelles. **La Cour de cassation a rappelé que ni un accord collectif ni un engagement unilateral de l'employeur ne peut avoir pour effet de modifier l'obligation légale faite aux OS de choisir en priorité le DS parmi les candidats ayant obtenus au moins 10% des suffrages au 1^{er} tour.** Elle précise toutefois que le syndicat est en droit de contester l'avantage accordé à un autre syndicat mais que le syndicat ne peut pas revendiquer à son profit le bénéfice de l'avantage accordé à l'autre syndicat puisque celui-ci est illégal.

Si aucun des candidats présentés aux élections professionnelles ne remplit les conditions d'audience de 10% ou si le syndicat ne dispose plus d'aucun candidat dans l'entreprise qui remplit cette condition (démission...), dans cette hypothèse, le syndicat va pouvoir désigner un DS parmi les autres candidats ou à défaut parmi ses adhérents.

Si la carence de candidats résulte du fait que le syndicat n'a pas présenté de liste de candidats à ces élections, il ne pourra pas disposer de ces dispositions subsidiaires.

3) Le renouvellement et la compatibilité du mandat

Une fois le DS désigné, il doit **se présenter aux élections professionnelles suivantes s'il souhaite être renouvelé dans son mandat**. En effet, **le mandat prend fin lors du renouvellement des IRP** (tous les **4 ans**). Si le DS ne se représente pas, il ne pourra pas être renouvelé dans son mandat.

Les conditions de représentativité du syndicat et du candidat doivent à nouveau être remplies en cas de renouvellement de mandat.

Au niveau de la **compatibilité des mandats**, les fonctions de DS sont compatibles avec celles de **membre de la délégation du personnel au CSE ou de représentant syndical à ce comité**.

B/ Les conditions jurisprudentielles

La personne désignée ne doit pas disposer d'une délégation écrite particulière d'autorité qui permette de l'assimiler au chef d'entreprise (cassation sociale, 13 juillet 2004 → les salariés ne

59

peuvent être désignés DS s'ils sont assimilés à l'employeur, notamment à des cadres d'un certain niveau...). Cette personne ne doit pas représenter l'employeur dans les institutions élues.

Dans le cas particulier d'une UES, **la qualité de représentant du chef d'entreprise vaut pour l'ensemble de l'UES (cassation sociale, 16 avril 2008)**.

Cette désignation **ne doit pas être frauduleuse**, c'est-à-dire reposer sur un intérêt personnel (**menace de licenciement ou de mesure disciplinaire...**). La bonne foi du syndicat n'exclue pas que la fraude soit retenue comme cause d'annulation de la désignation. **La preuve de la fraude incombe à l'employeur**. Par exemple, **l'antériorité d'une convocation ne suffit pas à prouver le caractère frauduleux (cassation sociale, 30 juillet 2004)**.

Paragraphe 3 : La taille de l'entreprise

La désignation n'est possible que dans les entreprises qui emploient au moins 50 salariés.

Dans les **entreprises de moins de 50 salariés**, il est **permis à l'OS de désigner comme DS un membre de la délégation du personnel au CSE**, désignation qui vaudra pour la durée du mandat et devra être renouvelée en cas de réélection. Ici, aucun crédit d'heures ne sera accordé. Le crédit d'heures de la délégation du personnel pourra alors être utilisé pour les attributions de DS.

Sous-section 2 : les modalités de la désignation

Paragraphe 1 : Le nombre de délégués

Le nombre de délégués dépend de l'effectif qui est apprécié au niveau de l'entreprise ou de l'établissement.

- **Entre 50 et 999 salariés = 1 DS**
- **Entre 1000 et 1999 = 2 DS**
- **Entre 2000 et 3999 = 3 DS**
- **Entre 4000 et 9999 = 4 DS**
- **Au-delà de 9999 = 5 DS**

Aussi, dans les entreprises qui comportent des établissements distincts, le nombre de délégués est fixé de la même manière.

La désignation de délégués supplémentaires est possible dans des entreprises comportant au moins 500 salariés par chaque syndicat représentatif ayant obtenu aux dernières élections du CSE un ou plusieurs élus dans le collège ouvriers / employés et ayant obtenu au moins 1 élu dans l'un quelconque des 2 autres collèges.

Le délégué supplémentaire devra être choisi parmi les candidats ayant obtenu au moins **10% des suffrages lors du 1^{er} tour des scrutins**.

Concernant les entreprises qui comportent **au moins 2 établissements d'au moins 50 salariés**, on peut **désigner un DS central**. Ce DS central, lorsque l'entreprise emploie moins de 2000 salariés, est choisie parmi les DS d'établissement qui ont déjà été désignés.

Lorsque l'entreprise emploie **au moins 2000 salariés**, il s'agira d'un **délégué supplémentaire**.

60

Le DS central est désigné par un syndicat qui a recueilli au moins 10% des suffrages au 1^{er} tour des dernières élections des titulaires au CSE.

Paragraphe 2 : Le formalisme de la désignation

La désignation des DS doit être **portée à la connaissance du chef d'entreprise**. Il faut l'informer des noms et prénoms des DS par RAR ou par lettre remise contre récépissé. Évidemment, la date portée sur l'avis de réception fait foi entre les parties.

Le formalisme a pour but d'apporter la preuve de la connaissance par l'employeur de cette désignation. Il n'est donc **pas exigé à titre de validité de la désignation**. Il a été jugé qu'il était opposable à l'employeur une désignation résultant d'un courrier que lui adressait l'**inspecteur du travail** (cass sociale, 21 octobre 1998). Il a également été jugé que l'employeur peut avoir connaissance de cette désignation par **courrier électronique** (cass sociale, 12 juin 2013).

A qui adresser l'information ? La qualité de représentant d'une personne morale confère la qualité de chef d'entreprise, on pourra donc **adresser le courrier au représentant légal de la personne morale**. L'information est valable si elle est adressée au directeur général d'une société.

Dans les **entreprises qui ont des établissements distincts**, lorsqu'un DS est désigné au niveau de l'un de ces établissements, **l'information doit en priorité être adressée à l'employeur** (et non pas au responsable de l'établissement). En pratique, certains l'adressent au chef d'établissement qui a suffisamment de pouvoirs et on peut considérer que c'est valable (mais préférable au chef d'entreprise compte tenu des risques).

Lorsque la **reconnaissance d'une UES** aboutit à la désignation de DS unique, **la notification doit être faite à chacun des employeurs à moins qu'une personne soit habilitée à représenter toutes ces entreprises**. En cas de contestations, le juge devra vérifier que la personne informée avait les pouvoirs ou une délégation.

Le juge n'impose pas que la désignation soit notifiée en même temps à toutes les composantes de

TUES. Le délai pour contester devrait courir à partir du jour où la personne va recevoir la notification de la désignation.

La lettre du syndicat doit **indiquer à peine de nullité à quel niveau la désignation a lieu**. Elle doit également indiquer à quelles fonctions le salarié est désigné (DS, DS central...).

Si cette lettre ne contient pas toutes ces informations, elle sera **jugée imprécise et l'employeur pourra obtenir l'annulation de la désignation**. Le formalisme du syndicat est donc important quant à la validité de la désignation. La lettre fixe en quelque sorte les limites, c'est-à-dire que **le juge va devoir apprécier la validité de la désignation en regardant uniquement la lettre**.

Si la lettre précise que le DS est désigné dans le cadre de tel ou tel établissement, **le juge devra apprécier la validité de la désignation dans le cadre de cet établissement**.

Il faut également informer les salariés et les autres OS de la désignation du DS. Cette information peut se faire par affichage ou par tout autre moyen utile. Il a été jugé que **la désignation du DS central doit faire l'objet d'un affichage au siège de l'entreprise puisque**

61

c'est à ce niveau que la désignation est destinée à prendre effet (**cass sociale, 15 février 2006**). Là encore, l'affichage est un moyen d'information et non pas une condition de validité de la désignation.

Enfin, **l'employeur doit envoyer une copie de la communication qui lui a été faite à l'agent de contrôle de l'inspection du travail**. Il s'agira de celui dont dépend l'entreprise ou celui dont dépend l'établissement en fonction du niveau de la désignation. Aucun formalisme n'est exigé mais, pour une question de preuve, **la RAR est préconisée**.

Sous-section 3 : La contestation de la désignation

Qui peut contester ? Les autres OS peuvent contester ainsi que toute personne ayant un intérêt : les salariés, autres DS (**cass sociale, 30 mai 2001** sur les personnes ayant intérêt à contester). **La contestation doit être dirigée contre le syndicat auteur mais pas à l'encontre de la confédération à laquelle le syndicat est affilié**.

Dans quel délai contester ? La validité de la désignation peut être contestée **dans les 15 jours qui suivent l'accomplissement des formalités de publicité**.

Pour l'employeur, le délai court à compter de la notification de la désignation, peu importe la date à laquelle il a été procédé à l'affichage, ou peu importe encore la date de prise d'effet du mandat qui aurait été indiquée dans le courrier de désignation que lui a adressé le syndicat.

Concernant **les autres syndicats et les salariés**, le délai de 15 jours court à partir du moment où ils ont eu connaissance du nom du DS. Le **délai de 15 jours** est un **délai de prescription**, ce qui signifie que **le délai ne peut être ni suspendu ni interrompu**. Passé ce délai, **la désignation est purgée de tout vice sans que l'employeur ne puisse soulever ultérieurement une irrégularité**. Le salarié sera considéré comme le véritable DS.

L'écoulement du temps est très important en matière d'élections professionnelles ou de mise en place des IRP. Cependant, si l'irrégularité fait suite à la connaissance d'un fait nouveau (fraude, incapacité électorale) dont l'employeur n'a connaissance qu'après l'expiration du **délai de 15 jours**

et qui serait de nature à remettre en cause la validité de la désignation, la forclusion ne sera pas opposable. **Cass sociale, 26 novembre 1986** : dans cette affaire, un salarié a été désigné comme DS. Le 27 septembre, l'employeur fait connaître à l'OS qu'il a appris que le salarié avait été condamné par la cour d'assise à 4 ans d'emprisonnement pour vol aggravé et port d'armes, et qu'il ne pouvait donc pas être maintenu dans ses fonctions. L'employeur demande l'annulation de la désignation au tribunal le 29 octobre, or il avait connu ce fait juridique le 27 septembre. En introduisant le recours après le délai de 15 jours suivant la connaissance du fait nouveau, l'employeur était forclos.

Devant quelle juridiction porter la contestation ? Les contestations de la désignation des DS sont de la compétence du seul juge judiciaire. En l'occurrence, le TI va pouvoir statuer en la matière. L'employeur ne peut pas se faire juge de la désignation du DS. Le TI compétent est celui du lieu où la désignation va prendre effet. Ainsi, pour un établissement, il s'agira du TI de l'établissement. Pour une UES, ce sera le TI de chaque société composant l'UES.

62

Le TI est saisi par déclaration au greffe (art R 2145). Une télécopie ne sera donc pas valable. La régularisation par courrier est possible. Il statue dans un délai de 10 jours (Cass sociale, 21 novembre 2007), la décision est notifiée par le greffe dans un délai de 3 jours par RAR.

Le jugement du tribunal est rendu en dernier ressort, il est donc éventuellement susceptible d'un pourvoi en cassation qui doit être formé dans un délai de 20 jours suivant la notification de la décision.

A noter que la contestation n'est pas en elle-même constitutive d'un délit d'entrave (chambre criminelle, 27 février 1990). Cette décision évoque également le principe d'égalité entre syndicats.

Section II : La désignation du représentant syndical du CSE

On distingue les entreprises de + ou – de 300 salariés :

- Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, chaque OS représentative va pouvoir désigner un RS au comité. Ce représentant assiste aux séances avec voix consultative. Il est choisi parmi les membres du personnel de l'entreprise et il doit remplir les conditions d'éligibilité au CSE.
- Dans les entreprises de moins de 300 salariés, le DS est de droit RS au CSE.

Concernant les 2 entreprises, la désignation a le même formalisme que celle du DS. Les modalités de contestation sont également identiques. Les noms et prénoms des DS et du RS au CSE doivent être portés à la connaissance de l'employeur. Les contestations sont de la compétence du juge judiciaire.

Une OS qui à l'issu des élections n'est plus représentative ne peut donc plus avoir de DS, ce qui entraînera la fin du mandat de RS. Ainsi, la perte de représentativité ne permet plus d'avoir un représentant au CSE.

Section III : La désignation du représentant syndical au CSE central d'entreprise

La même possibilité de désignation est offerte au niveau du CSE central. Chaque OS représentative

va pouvoir désigner un représentant au CSE central d'entreprise choisi parmi les représentants de cette organisation aux comités sociaux économiques ou parmi les membres élus de ces comités. Ce représentant assiste aux séances du CSE avec voix consultative.

Section IV : La désignation du représentant de la section syndicale

C'est une création de la loi du 20 août 2008. Cette loi a mis en place ce représentant, qui est une institution assez méconnue. C'est un salarié protégé dont les prérogatives sont proches de celles du DS.

Il est admis que dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat qui y est représentatif affilié à une OS représentative au niveau national ou interprofessionnel, chaque OS qui satisfait au critère de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et légalement constituée depuis au moins 2 ans et dont le champ géographique couvre l'entreprise ... peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres.

63

Chaque syndicat va pouvoir présenter un représentant de la section syndicale.

- Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, chaque syndicat qui constitue une section syndicale, s'il n'est pas représentatif dans l'entreprise ou l'établissement, peut désigner un représentant de la section pour le représenter dans l'entreprise ou l'établissement.

Ce délégué ne peut être désigné que par un syndicat non représentatif. Ce représentant va pouvoir bénéficier de plusieurs prérogatives, il disposera ici d'un crédit mensuel de 4h de délégation.

A l'issu des 1^{ère} élections professionnelles suivant sa désignation, son mandat va prendre fin dès lors que le syndicat qui l'a désigné n'est pas reconnu représentatif. Il ne pourra pas de nouveau être désigné jusqu'aux 6 mois précédant la date des élections suivantes (art L 2142-1-1 al 3 CT). Le syndicat qui n'a pas été reconnu représentatif est lui libre de désigner un autre salarié comme représentant de la section syndicale.

- Dans les entreprises de plus de 50 salariés, le représentant peut être choisi librement parmi les personnes travaillant dans l'entreprise.
- Dans les entreprises de moins de 50 salariés, un membre de la délégation du personnel au CSE peut être désigné par les syndicats non représentatifs dans l'entreprise qui constituent une section syndicale comme représentant de la section syndicale.

Ce représentant, par dispositions conventionnelles, va pouvoir bénéficier d'un crédit d'heures. Le temps dont dispose le membre de la délégation du personnel au CSE peut être utilisé dans les mêmes conditions pour l'exercice des fonctions de représentant de la section syndicale (art L 2142-1-4).

La désignation de ce représentant obéit au même formalisme que celle du DS (modalités de publicité, contestation, exercice du mandat, protection...). Par exemple, le salarié qui détient une délégation particulière d'autorité qui est établie par écrit et qui permet de l'assimiler à l'employeur ne pourra pas être désigné en qualité de représentant de la section syndicale (cass sociale, 15 octobre 2015). La solution est identique pour le salarié qui représente l'employeur en qualité de président du CHSCT ou celui qui a des obligations qui permettent de l'assimiler.

Le nom du représentant de la section syndicale est porté à la connaissance de l'employeur par RAR ou par lettre remise contre récépissé. De même, il est affiché sur les panneaux réservés aux communications syndicales. Une copie doit être adressée simultanément à l'inspecteur du travail. La même procédure est appliquée en cas de remplacement ou de cessation des fonctions du représentant de la section syndicale.

Le syndicat qui désigne un représentant de la section syndicale doit indiquer à peine de nullité soit l'entreprise soit l'établissement du lieu de la désignation dans la lettre qu'il va notifier à l'employeur. Là encore, si un syndicat désigne un représentant dans un établissement qui n'existe plus, la désignation sera annulée.

Le juge judiciaire est compétent pour les contestations, le recours doit être introduit dans un délai de 15 jours suivant l'accomplissement des formalités de publicité. Passé ce délai, la désignation sera purgée de tout vice sans que l'employeur ne puisse ultérieurement soulever une irrégularité qui priverait le représentant de son mandat et de sa protection spéciale.

Titre 5 : Les attributions des instance

64

Nous étudierons les attributions du CSE (rappel: le CSE a remplacé les DP, le CE, le CHST, la DUP). Les attributions varient selon la taille de l'entreprise. Le CSE disposera des attributions seulement du DP ou de celles du DP voir celles du CHSCT.
L'objectif est d'avoir une instance unique.

Chapitre 1: Le CSE

Section 1: Les missions de ce comité

Il s'agit des attributions sociales et culturelles et du domaine de la gestion de l'entreprise. Le CSE apparaît comme une institution de contrôle chargée d'assurer l'expression collective des salariés. Selon que les entreprises soient composées de 11 à 49 salariés ou 49, les attributions ne seront pas les mêmes.

Les pouvoirs du CSE ne seront pas les mêmes selon l'effectif de l'entreprise.

SOUS SECTION 1 : LES ACTIVITÉS SOCIALES ET CULTURELLES

Comme pour le CE, un décret est venu donner une liste de ce que peuvent être ces activités sociales et culturelles. Comme pour le CE ces activités sont organisées, gérées par ce comité. Elle s'adresse dans tous les cas à un public limité.

A)

A)La notion d'activité sociale et culturelle

S'agissant de la notion d'activité sociale et culturelle, une liste indicative est donnée par le CT : il s'agit notamment des **institutions sociales de prévoyance et d'entraide**. Cela peut être au bénéfice de retraités, ou encore des œuvres sociales liées au bien être des salariés
Ex : crèche, coopérative de consommation, cantine, bibliothèque, formation, le sport, les loisirs

Cette énumération est extrêmement large mais n'est pas limitative des actions qu'ils peuvent entreprendre. La Cour de cassation a considéré que constituait une activité sociale l'aide accordée à des salariés licenciés pour motif économique, celle ci devant leur permettre d'agir en justice et d'obtenir la réparation de l'atteinte subie.

d'obtenir le respect des engagements de l'employeur pris dans le cadre d'un engagement (*Cass, soc, 26 Janv, 1999*).

Le comité ne peut allouer une somme au titre de son activité à des actions destinées à faire pression sur l'employeur notamment pour la défense de l'emploi et ce car ces actions relèvent des attributions de ce comité dans le domaine économique (et non pas culturelles et sociales)

Sur cette notion, la jurisprudence a dégagé certains critères. Elle est liée à une organisation sociale en dehors d'obligation légale ou conventionnelle ou encore à une activité susceptible de bénéficier à tous les salariés, les retraités et leur famille (article L2312-78 du CT qui dispose que le CSE assure, participe à la gestion de toutes les affaires sociales et culturelles dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés, de leur famille et des stagiaires.)

Ce critère condamne toute discrimination notamment en fonction de la position hiérarchique du salarié ou encore de la nature du contrat ou de l'appartenance syndicale du salarié. (*Cass, soc, 16 Avril 2008*)

En revanche il est admis une restriction fondée sur l'ancienneté ou fondée sur les revenus du salarié. Toutefois ce critère consacre l'exclusivité des activités au profit des personnes citées et interdit tout versement à une association par exemple dès lors que le personnel ne serait pas le bénéficiaire principal (*Cass, soc, 14 Janvier 1988*)

Exception : est autorisé le versement de fond à une association humanitaire reconnue d'utilité publique afin de favoriser les actions locales ou régionales de lutte contre l'exclusion ou des actions de réinsertion sociale.

Il faut également une activité sans lien avec l'activité syndicale et l'exécution du travail. (*cass, soc, 13 Novembre 1975*)

2) *Les modes de gestion de ces activités*

L'article L2312-78 du Code du travail prévoit que le CSE assure, contrôle, participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise.

Le CSE gère de façon directe les activités sociales et culturelles non dotées de la personnalité civile à l'exception toutefois des centres d'apprentissages et de formation professionnelle. Cette gestion est assurée soit par le CSE directement, soit par une commission spéciale qu'il aura créé, soit par des personnes qu'il aura lui-même désigné, ou encore par des organismes ayant reçu une délégation.

Ces personnes agissent dans la limite des attributions qui lui ont été déléguées. Ils sont responsables devant le comité des actions qu'ils entreprennent. (*Cass, soc, 21 Juillet 1986* : le comité d'établissement avait décidé d'adhérer à une association de conseil juridique sur son budget d'activité sociale et culturelle. Cette mission d'assistance du comité d'établissement dévolu à cette association était consacrée dans l'intérêt des salariés et anciens salariés de l'entreprise sans discrimination. Cette adhésion du comité pouvait correspondre au but des œuvres sociales que ce comité était appelé à gérer en assurant un avantage particulier au salarié.)

Il est reconnu aussi au comité la liberté de supprimer des activités existantes ou d'ajouter des activités nouvelles puisqu'il va définir ces actions en matière sociale et culturelle et peut librement décider de ne pas reconduire une subvention qu'il versait à une association. Il demeure responsable.

Il existe notamment une possibilité de confier cette gestion à des organismes.

Lorsque l'activité est dotée de la personnalité civile, le comité social et économique participe à la gestion sociale et culturelle. L'organisme de direction sera composé au moins pour moitié de représentants désignés par le comité sociale et économique, l'autre partie étant désigné par l'employeur.

Toutefois ce CSE qui, participe dans le cadre des instances dotées de personnalité civile doit contrôler la gestion des sociétés de secours mutuelle, les organismes de sécurité sociale établis dans l'entreprise, les activités encore sociales et culturelles ayant pour objet d'assurer aux salariés de l'entreprise des logements ou des jardins familiaux.

SOUS SECTION 2 : LE COMITÉ ET LA GESTION DE L'ENTREPRISE

On distingue dorénavant les entreprises de 11 salariés à - de 50 salariés d'au moins 50 salariés.

PARAGRAPHE I : LES ENTREPRISES DE 11 À 49 SALARIÉS

66

Dans ces entreprises, les attributions du CSE rejoignent les attributions confiées aux DP.

Dans ces entreprises, le CSE a pour mission de présenter à l'employeur les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du Code du travail ou d'autres dispositions légales concernant notamment la protection sociale ainsi que les conventions et accords applicables dans l'entreprise.

Particularité : Dans les SA, lorsque les membres de la DP au CSE présente des réclamations auxquelles ne pourraient être données suite qu'après délibération du CA, les membres sont alors reçus au Conseil sous leur demande en présence du directeur ou de son représentant qui a connaissance des réclamations présentées.

Dans ces entreprises les missions sont les suivantes :

- Les représentants ont une mission importante, celle de porter à la connaissance de l'employeur les réclamations individuelles ou collectives
- Promouvoir la santé, la sécurité et les conditions de travail dans l'entreprise. Possibilité encore de réaliser des enquêtes en matière d'accidents de travail ou de maladie professionnelle. Ces élus peuvent intervenir lors d'un accident de travail pour réaliser une enquête prévue par la matière. Ils pourront hors accident inspecter les conditions de travail des salariés et soulever certains dysfonctionnements. Dans ces entreprises, la mission est assez lourde car cela peut poser des questions au regard des risques psychosociaux. Il s'agit d'un thème particulier. Les obligations qui pèsent sur l'employeur sont lourdes. Il faudrait ainsi offrir des formations pour appréhender ces risques.
- Cette instance nouvelle dans ces entreprises dispose encore d'un droit d'alerte en cas d'atteinte au droit des personnes et de danger grave et imminent. (cf modification récente des membres de ce CSE → Loi du 29 Mars 2018) : cette délégation du personnel a pour mission l'exercice du droit d'alerte dans des conditions prévues aux articles L2312-59 et

Ces attributions s'exercent au profit des salariés mais aussi au profit de toute personne placée à quelque titre que ce soit sous l'autorité de l'employeur. Il peut s'agir de salariés d'entreprise extérieur.

Les membres de la DP au CSE peuvent saisir l'IT de toute plainte ou observation relative à l'application des dispositions légales dont cette instance est chargée d'assurer le contrôle.

Bien entendu, les travailleurs eux mêmes conservent le droit de présenter leur observation aux salariés ou à ces représentants (article L1312-7 du Code du travail + article L2281-1)

Le pouvoir de ces représentants peut permettre à des membres de négocier des AC en l'absence de DS et à certaines conditions (article L2232-23-1 du CT modifié par l'ordonnance du 22 Décembre 2017)

PARAGRAPHE 2 : LES ATTRIBUTIONS DU CSE DANS LES ENTREPRISE D'AU MOINS 50 SALARIÉS

67

A) *Les missions du CSE héritées du CE*

Le CSE dispose des mêmes attributions que le CE et doit assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise. Il doivent intervenir aussi dans les décisions relatives à l'organisation du travail, à la formation professionnelle ou aux techniques de production.

A ce titre ce comité est informé et consulté sur les questions intéressant :

- L'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise
- Les mesures visant à affecter la structure des effectifs
- La modification de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, sur les conditions d'emploi et de travail (durée du travail)
- L'instruction de technologies
- Les conditions de santé, de sécurité et conditions de travail
- Les mesures prises en vue de faciliter la remise ou le maintien des travailleurs accidentés, de personnes atteintes de maladies chroniques et évolutives
- L'aménagement des postes de travail

2) *Les missions du CSE héritées du CHSCT*

S'agissant des attributions en matière de santé, de sécurité et des conditions de travail, le CSE va procéder à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs, les femmes enceintes, des effets des facteurs de risques professionnelles (l'environnement de travail comme le bruit, les rythmes de travail), contribuer encore à faciliter l'accès des femmes à tous les emplois, à la résolution des problèmes liés à la maternité ou encore l'aménagement des postes de travail pour les personnes handicapées.

Il peut encore susciter toute initiative qu'il estime utile et procéder à des missions de prévention d'harcèlement moral, sexuel, sexiste. S'il refuse cette initiative, il devra motiver.

Ce CSE pourra également instituer des instructions dont la fréquence est au moins égal à celles des réunions portant spécifiquement sur les questions de santé (minimum 4 par an)

Quel est le moment de la consultation ?

Le CSE est associé de pouvoirs importants. Il doit être consulté avant toute décision entrant dans son champ de compétence. Cette antériorité de la consultation est fondamentale.

Avant toute décision, que faut-il entendre par décision ?

Est-ce une simple étude ou un projet du chef d'entreprise ou de la direction?

La Cour de cassation l'a défini comme une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise sans pour autant elle implique nécessairement des mesures précises et concrètes. (*Cass, soc, 18 Juin 2003*)

68

Cet arrêt précise qu'un projet même formulé en des termes généraux doit être soumis à la consultation du CE lorsque son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise peu importe qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure sur ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause dans son principe le projet.

Le projet doit être suffisamment élaboré même s'il n'est pas définitivement bouclé. Il est vrai que la question est complexe et gagne encore de complexité en présence de décision successives.

Dans cette hypothèse la Cour de cassation estime que le CSE doit être consulté (*Cass soc, 7 Février 1993*) sous peine de délit d'entrave.

La chambre criminelle considère que la mise en oeuvre d'un plan de restructuration échelonné dans le temps impose l'affirmation, la consultation du CE sous peine de délit d'entrave. (*Cass, crim, 19 Septembre 2006*)

Il y a donc délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité dès lors que la décision de l'employeur est définitive à la date de consultation du comité peu importe que la consultation intervienne avant la mise en oeuvre effective des mesures envisagées.

Il existe des exceptions à cette règle : le CSE n'est pas consulté pour les offres au public d'acquisition et sur les projets d'accords collectifs, leur révision ou leur dénonciation.

3) L'information à la consultation récurrente

Concernant ses informations récurrentes, le CT reprend l'architecture nouvelle c'est à dire qu'il reprend les dispositions d'ordre public qui seront distinguées d'autres dispositions auxquelles on peut déroger par voie d'accord et, enfin les dispositions supplétives en l'absence d'accord.

Ce CSE, comme le CE est tenu de consulter de manière récurrente sur 3 grands thèmes :

- Les orientations stratégiques de l'entreprise : le comité est associé dans le choix de la stratégie définie par les dirigeants de l'entreprise qui vont devoir expliquer aux élus du CSE,

- La situation économique et financière de l'entreprise : le terme économique est entendu de manière très large puisque la consultation porte sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise. On peut considérer que cela comprend l'utilisation du crédit d'impôt.
- La politique sociale de l'entreprise

L'employeur doit tenir à la disposition de ce comité une base de donnée économique et sociale qui rassemble les informations nécessaires aux consultations et aux infirmations récurrentes de l'entreprise. Ces informations comportent des indicateurs relatifs à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes notamment en matière d'écart de rémunération.

Les modalités de la consultation sont adaptables par AC. Cette adaptation est une nouveauté de l'ordonnance du 22 Septembre 2017. On pourra aménager le contenu, les modalités de consultation, leur périodicité dans certaines limites et enfin disposition supplétives en l'absence d'accord.

69

Ces modalités d'informations et de consultation seront fixées sur le contenu de la consultation des orientations stratégiques de l'entreprise. En l'absence d'AC alors fixé par le CT à l'article L2312-24.

4) Les consultations ponctuelles

Ça reste globalement les mêmes que pour le CE. Là encore, ce sont les modalités de la consultation ponctuelle qui pourront être aménagées par le partenaire social.

Le CSE doit être consulté ponctuellement sur :

- La mise en oeuvre des moyens de contrôle de l'activité des salariés
- La restructuration et la compression des effectifs
- Les licenciements collectifs pour motif économique
- Les éléments de concentration (loi du 29 Mars 2018)
- L'offre public d'acquisition
- La procédure de sauvegarde, de redressement et liquidation judiciaire

Le CSE est informé ponctuellement sur d'autres points :

- Sur les méthodes et techniques d'aides au recrutement d'un candidat à un emploi ou sur les modifications de ces dernières
- Sur le traitement automatisé de la gestion du personnel
- Préalablement à la mise en oeuvre sur les moyens ou techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés

Concernant le champ de la négociation, un accord va pouvoir adapter cette information ponctuelle du CSE, sur le contenu de ces consultations et leurs modalités. Il est encore prévu des dispositions supplétives en l'absence d'AC.

La loi du 29 Mars 2018 prévoit le droit d'alerte dans ces entreprises et les domaines dans lesquels ce CSE peut exercer un droit d'alerte (ils sont nombreux)

- On retrouve le **droit d'alerte économique** : lorsque ce CSE a connaissance de fait de nature à affecter la situation préoccupante de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications. Cette demande est inscrite à l'ordre du jour à la prochaine séance du CSE et si le CSE n'obtient pas une réponse suffisante de l'employeur ou si l'employeur confirme le caractère préoccupant de la situation, le CSE va établir un rapport qu'il va transmettre à l'employeur ou au CAC.
- **Droit d'alerte en cas d'utilisation non conforme du crédit d'impôt pour la compétitivité**
- **Droit d'alerte social** : elle intervient lorsque le nombre de salariés titulaires d'un CDD et le nombre de salariés temporaires dans l'entreprise connaît un accroissement important par rapport à la situation existant lors de la dernière réunion du CSE. Cette question est inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la prochaine réunion du comité si la majorité des membres du CSE le demande. Lors de cette réunion, l'employeur va communiquer le nombre de salariés en CDD et en situation de travail temporaire et va fournir les motifs de son recours à

70

ces contrats précaires et le nombre de journée de travail accomplis par ces personnes. Lorsque le CSE a eu connaissance d'un recours abusif aux CDD et travail temporaire, il peut saisir l'agent de l'IT.

- **Droit d'alerte en cas d'atteinte aux personnes** : si un membre de la délégation du personnel constate qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mental et à la liberté de l'entreprise, une atteinte qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il devra saisir immédiatement l'employeur.
- Ex : mesures discriminatoires, harcèlement.
- Dans cette hypothèse l'employeur doit sans délai procéder à une enquête avec les membres de la DP au comité et prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation. Les membres de la DP pourront saisir le CPH en forme des références pour faire cesser cette atteinte.
- **Droit d'alerte en cas de danger grave et imminent** : le salarié lui-même devra se retirer de la situation de travail.
- **Droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement**

SECTION 2 : LES RESSOURCES DU CSE

Dans les entreprises d'au moins 50 salariés le CSE est doté de la personnalité civile et peut gérer son patrimoine. Dans ces entreprises le CSE dispose d'un budget propre et comme le CE, ce CSE dispose de 2 budgets distincts :

- L'un destiné à son fonctionnement et à ses missions économiques
- L'autre destiné au financement de ses activités sociales et culturelles

PARAGRAPHE 1 : LA SUBVENTION DE FONCTIONNEMENT

L'objectif de cette subvention est de donner à ce comité les ressources nécessaires pour exercer librement et en toute indépendance ses missions et attributions économiques. Ce CSE décide librement de l'utilisation de la subvention qu'il va recevoir dans le cadre de ses missions économiques.

Cette subvention permettra la gestion administrative de ce comité, d'embaucher du personnel administratif, de subvenir aux dépenses liées à des études, expertises.

Ce comité s'il décide librement de l'utilisation de son budget de fonctionnement, encore faut-il que ces dépenses entrent dans le cadre du fonctionnement du CSE, de ses utilisations économiques. Si le CSE utilise le budget pour autre chose que ses missions, cette utilisation est susceptible d'engendrer des poursuites pénales à l'encontre des membres du CSE.

L'employeur pourra saisir la formation des référés pour suspendre ces opérations.

Le montant de cette subvention est déterminé selon un pourcentage de la masse salariale brut annuel.

Le mode de calcul des subventions attribuées au CSE est quelque peu différent des subventions du CE. Concernant l'assiette de calcul de cette subvention , elle a été clarifiée par l'ordonnance par

71

rapport à l'assiette antérieure : celle-ci est définie comme constituée par l'essentiel des gains, des rémunérations soumises à cotisation de sécurité sociale. Les sommes effectivement distribuées aux salariés lors de l'année de référence sont incluses dans la masse salariale brute.

C'est un changement par rapport à l'assiette brute avant masse salariale définie. Cette modification de l'assiette ne serait pas favorable pour le CSE puisque le montant annuel du budget diminuerait.

Il faut s'attacher au montant de subvention de fonctionnement que va recevoir le CSE, il doit être de 0.20 % de la masse salariale dans les entreprises de 50 à 2000 salariés et de 0.22 pour les entreprises de plus de 2000 salariés.

Le budget de fonctionnement du CSE central doit être déterminé par accord entre le comité central et les comités d'établissements. Ces comités vont déterminer la part du budget qu'ils allouent au comité central.

PARAGRAPHE 2 : LA CONTRIBUTION AUX ACTIVITÉS SOCIALES ET CULTURELLES

L'assiette de calcul est la masse salariale brute. Le pourcentage applicable à cette masse salariale pour le calcul est fixé prioritairement par accord d'entreprise et à défaut d'accord, sur le rapport de contribution à la masse salariale brute qui peut être inférieur au même rapport existant de l'année précédente. (NB:modification par loi du 29 Mars 2018.)

Le CSE peut recevoir des subventions des collectivités publiques, des dons, des legs. Il peut aussi percevoir des recettes issues de subventions dont il gère l'organisation ou encore ses revenus peuvent provenir de biens meubles ou immeubles du comité.

S'agissant des budgets, il y a une nouveauté dans la possibilité de transfert de budget.

Mais avant tout, que deviennent les biens de la délégation unique? L'ordonnance précise les conditions dans lesquelles ces biens seront transférés au CSE. Lors de la dernière réunion de l'instance, ces instances doivent décider de l'affectation des biens dont elles disposent. Lors de la première réunion du CSE, ils vont décider soit d'accepter les anciennes affectations soit décider d'affectations différentes.

Revenons sur le transfert du budget de fonctionnement et des activités sociales et culturelles. Le CSE doit respecter la finalité de ces budgets. Mais, depuis l'ordonnance, à la différence du comité d'entreprise, le CSE est autorisé à transférer tout ou parti du montant de l'excédant annuel du budget de fonctionnement à la subvention destinées aux activités sociales et culturelles et inversement c'est-à-dire qu'on peut transférer une partie du budget de fonctionnement sur les œuvres sociales ou inversement. Ce transfert vise une partie du reliquat. Le CSE a la possibilité à la fin de chaque exercice comptable de décider par délibération de transférer une partie du reliquat dans la limite prévue par les décrets.

Autre nouveauté: Le CSE peut décider de consacrer une partie de son budget de fonctionnement au financement de la formation des DS dans l'entreprise ou le transfert encore du budget des activités sociales à des associations humanitaires.

Section 3: Les moyens d'action

Ce comité peut créer des commissions

- dans les entreprises d'au moins 50 salariés par exemple, une commission santé, sécurité doit être créée au sein du CSE (L2315(36))
- dans les entreprises et établissements distincts de -50 salarié, l'inspecteur du travail peut imposer la création d'une commission santé, sécurité et conditions de travail lorsque cette mesure est nécessaire en raison de la nature des activités, de l'agencement ou de l'équipement locaux.

Il existe aussi

- une commission des marchés créer au sein du CSE sous certaines conditions (L2315-44-1),
- une commission de la formation
- une commission d'information et d'aides au logement (L2315-50)
- une commission de l'égalité professionnelle (au moins 300 salariés)

Le comité peut encore se faire assister d'experts qui sont soumis aux obligations eux aussi de discrétion (L2315-78 modif par décret 20 décembre) avec la possibilité de recourir à un expert comptable ou habilité.

Le CSE ou le cas échéant la commission, peut se faire assister une fois par exercice d'un expert comptable et l'employeur lui, si ce comité a la faculté de bénéficier d'expert, peut contester la décision du comité de recourir à un expert et là, l'employeur devra saisir le JJ. Dans certaines entreprises au regard du budget, d'une restructuration, il est arrivé que le montant de l'expertise atteigne 80 000, 100 000 euros, d'où la nécessité d'un recours.

Le CSE bénéficie aussi d'une possibilité de s'exprimer par le biais de réunions avec l'employeur et les membres de la délégation sont reçus collectivement par l'employeur ou son représentant au moins une fois par mois (entre 50 salariés et un cas d'urgence, ils sont invités une fois demandé).

mois une fois par mois (en moyenne 20 salariés) et en cas d'urgence, ils sont reçus sur leur demande. Dans les entreprises d'au moins 50 salariés, c'est au moins une fois par mois.

Ils ont des relations privilégiées avec le personnel, ils bénéficient d'un local car l'employeur doit mettre à la disposition des membres du CSE

- 50 salariés : l'employeur met à la disposition un local nécessaire pour leur permettre d'invoquer leur mission et de se réunir.
- 50 salarié et plus : l'employeur doit mettre à la disposition des membres du CSE un local aménagé et le matériel nécessaire à l'exercice de leurs fonctions (déjà le cas pour le CE).
-

L'employeur doit donner un accès aux membres du CSE à certains emplacements pour accéder à l'affichage de communications syndicales, mais encore un accès aux portes d'entrée pour qu'ils puissent afficher les renseignements qu'ils souhaitent porter à la connaissance du personnel.

Il est aussi conseillé à l'employeur de permettre au CSE de bénéficier d'un espace virtuel avec comme objectif de faciliter les communications de ce comité.

Pour mener à bien leur missions, ces membres peuvent être amenés à distribuer des tractes ou encore recueillir par des questionnaires les suggestions des salariés.

Que ce soit la communication numérique, le local, les réunions, le recours à l'expertise, ils disposent des moyens nécessaire pour accomplir leurs missions.

73

Il y a aussi la possibilité de mettre en place des nouvelles institutions, notamment celle de négocier et de conclure certains accords et à cet égard, un conseil d'entreprise peut être constitué ainsi qu'un représentant de proximité.

Chapitre 2: Les DS et les représentants syndicaux

Section 1: Les Missions

On distingue le représentant et le DS.

§1 :Le DS

Le DS a une fonction de représentation de l'organisation syndicale, il a pour rôle de représenter l'organisation syndicale auprès de l'employeur. (L2143-3)

Ce DS a aussi une fonction revendicative et à cet égard, un certain nombre d'infos doivent lui être communiquées.

§2 :Le représentant syndical

Il participe aux réunions du comité, il est le destinataire des informations fournies au CSE et a la qualité pour intervenir au débat et le refus de donner la parole à ce représentant peut caractériser un délit d'entrave.

Section 2: Les moyens

Ils peuvent négocier les accord de travail mais au delà, il peut se déplacer pour l'exercice de ses fonctions pendant les heures de délégation hors de l'entreprise. Il peut aussi pendant les heures de

travail circuler librement dans l'entrep et prendre tous les contacts nécessaire aboutissement de sa mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail sous réserve de ne pas gêner l'accomplissement du travail des salariés .

Les OSR peuvent constituer une section et l'animation de la section syndicale peut recueillir tout militant adhérent à l'organisation. L'employeur doit mettre un local à disposition, spécifique, commun à toutes les sections lorsque l'entreprise emploie plus de 200 salariés. A partir de 1000 salariés, un local doit être mis à disposition de chaque section.

Les modalités d'utilisation et d'aménagement par les sections des locaux sont fixées par accord avec l'employeur.

Ils peuvent aussi se réunir (les sympathisants de chaque section syndicale) une fois par mois dans l'entreprise en dehors des locaux de travail et le CDT autorise même l'invitation de personnes extérieures sous certaines conditions (L2142-10 al 2 et 3)

On peut évoquer la collecte d'organisation syndicale qui peut avoir lieu dans l'entreprise.

L'information du personnel peut être assurée par l'affichage des communications syndicales qui doit s'effectuer librement sur les panneaux réservés à cet usage (panneaux distincts de ceux réservés au CSE). Ce droit est ouvert à toutes les sections syndicales et les panneaux sont mis à disposition de

74

toutes les sections et un exemplaire est transmis à l'employeur simultanément à l'affichage. L'employeur n'a pas à contrôler ni à donner son accord pour cet affichage, on est dans le cadre de liberté syndicale. Il pourra agir à posteriori par la voie judiciaire saisissant les juges en référé notamment s'il y a abus pour demander le droit de retrait.

La nature de l'info diffusée doit être regardée car ces publications sont librement déterminées sous réserve de respecter les dispositions relatives à la presse (éviter les attaques personnelles à l'égard des dirigeants de l'entreprise, les injures sur le DRH et la diffamation etc). On souhaite aussi éviter les dérives politiques et se pose la question de la frontière entre l'action syndicale et l'action politique. Le CDT donne pour objet «l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels des salariés». La Ccass a déjà pu se positionner sur les tractes concernant l'orientation politique et ces tractes qui conseillent un choix politique n'entrent pas dans les objectifs (6 nov 1974).

Ils disposent donc aussi de la possibilité de distribuer des tractes et cette publication de tractes de nature syndicale peuvent être diffusés aux heures d'entrée et de sortie de l'enceinte de l'entreprise (L2142-4). Cette distribution peut se faire aussi de manière numérique et un accord d'entreprise peut autoriser la mise en place d'un site syndical sur les réseaux de l'entreprise ou sous certaines conditions, sur la messagerie électronique de l'entreprise (L2142-6)

Titre 3: Les statuts des représentants du personnel

La détention d'un mandat électif syndical confère un certain nombre de prérogatives (Chap 1) qui nécessite un règle de protection (Chap 2)

Chap 1: Le mandat

Il crée des obligations spécifiques à la charge des salariés

Section 1 : L'exercice du mandat

§1 : Les prérogatives

A)Les heures de délégations

L'employeur doit laisser aux représentants le temps nécessaire à l'exercice de leurs fonctions. Pour ce faire, les bénéficiaires de mandat peuvent jouir de crédit d'heures en fonction de la nature du mandat exercé et de l'effectif de l'entreprise.

1)Le crédit d'heure du CSE

Ce crédit d'heure est fixé par le PAP en respectant une double limite: le crédit d'heure individuel accordé à chaque titulaire ne peut être inférieur à 10h/mois pour les entrep de -50 salariés et 16h/mois pour les autres entrep. Si le PAP est silencieux, le quantum est fixé par voie réglementaire. Il est vrai que le crédit dont bénéficiait les anciennes instances était plus simple (maximum fixé à 15h pour les DS dans les entrep d'au moins 50 salariés et 10h/mois pour les entrep de -50 salariés; 20h pour les membres du CE).

75

2)Le crédit d'heure du DS

Ce crédit d'heure a été récemment augmenté par la loi du 8 aout 2016. Il est de 12 h par mois pour les entrep de 50 à 150 salariés (avant de 10H), de 18h par mois (avant 15) dans les entreprises de 151 à 499 salariés et de 24/ mois (avant 20) dans les entreprises ou établissement d'au moins 500 salariés.

3)Le crédit d'heure des représentants syndicaux

Dans les entreprises de 501 salariés et plus, ces RS disposent d'un crédit d'heure de 20h par mois. Et dans les entreprises de 501 et plus, dont aucun établissement n'atteint ce seuil, c'est le représentant syndical au CSE central qui va disposer de ce crédit.

B)Le droit de déplacement

Les représentants peuvent se déplacer pour recueillir toute info nécessaire à leur fonctions.

Il y a deux limites

- Cette liberté ne doit pas entraîner une gêne dans l'accomplissement du travail des salariés
- L'employeur peut imposer le respect de dispositif de contrôle exigé de tout autre salarié ou des normes définies en matière d'hygiène et de sécurité

C)Les formations

Il existe une formation en santé, sécurité et conditions de travail car les membre de la délégation du personnel du CSE bénéficient de la formation nécessaire à l'exercice de leur mission en matière de santé, sécurité, et condition de travail (loi 29 mars 2018, art L2315-18)

Dans les entreprises ou établissements où salariés et membres élus du CSE qui sont élus pour la première fois, il y a un stage de formation économique d'une durée maximale de 5j. Ce droit à une formation éco était réservé aux membres du CE ou à la délégation unique.

§2: Les obligations liées à la détention d'un mandat

Les représentants du personnel et les représentants syndicaux au comité sont tenus au secret professionnel sur les questions relatives à la fabrication sous peine de sanctions pénales. Ils sont tenus à une obligation de discrétion vis à vis de certaines informations dont ils pourraient avoir connaissance dans le cadre de l'exercice de leur mandat.

S'est posée la question de la soumission de ces représentants du personnel au pouvoir disciplinaire de l'employeur. On peut considérer que dans l'exercice de leur travail, le droit commun s'applique. Mais dans l'exercice des fonctions électives ou syndicales, la possibilité de sanction de l'employeur n'est fautive qu'en cas d'abus de prérogatives.

Section 2: Les événements pouvant affecter le mandat

A) Les éléments affectant la personne du représentant

76

Cela concerne une cessation anticipée du mandat (résiliation, décès maladie, mutation définitive, révocation etc)

B) Les éléments affectant la situation de l'entreprise

On parle de variations d'effectif, de dépassement de seuil, la perte de la qualité de l'établissement distinct, ou encore une éventuelle modification dans la situation juridique de l'entreprise.

Chapitre 2: La protection du mandat

Section 1: les bénéficiaires de la protection

§1: Les représentants en exercice

- Les membres du comité social et éco
- les DS
- Le représentant de proximité
- etc
- → L2411-1

Cette protection est étendue au représentant du personnel ou au syndicat en application de dispositions conventionnelles. (L2411-2)

§2: Les candidats aux fonctions électives

Les candidats aux fonctions de membres élus de la délégation du personnel et du CSE bénéficié de cette protection car l'autorisation en cas de licenciement est requise pendant 6 mois.

Le candidat aux fonctions de représentant de proximité bénéficie aussi de cette fonction, le candidat aux fonctions de membres de la délégation du personnel aussi. La protection est étendue au salarié qui prouve à l'employeur l'imminence de leur candidature

§3: Le salarié désigné en tant que DS

Cette autorisation est requise lorsque la lettre du syndicat qui notifie à l'employeur la désignation du DS a été reçue par l'employeur ou lorsque le salarié a fait la preuve que l'employeur a une connaissance de l'imminence de sa désignation comme DS.

§4: L'hypothèse des salariés qui réclame des élections

Ils bénéficient de cette protection qui est cependant limitée à un salarié par organisation syndicale et au premier salarié non mandaté par organisation (art L2411-6)

§5 : Les anciens représentants

Les anciens représentants du personnel bénéficient de la protection pendant 6 mois qui suivent l'expiration de leur mandat ou la disparition de l'institution (ancien représentant de proximité, salarié représentant syndical de 2 ans, porté à 12 mois après la cessation de ses fonctions qui doivent avoir duré au moins 1 ans)

Section2 : L'étendue de la protection

De manière général, aucune mesure ne doit être prise contre un représentant du personnel si cette mesure ne justifie pas l'intérêt de l'entreprise. Est donc prohibée toute décision constituant une discrimination fondée sur l'exercice du mandat.

Des mécanismes particuliers ont été mis en place pour notamment faire intervenir l'administration.

§1 : La fin du CDD

A) Lors de l'arrivée du terme du contrat

- Si le CDD ne comporte pas une clause de renouvellement, l'inspecteur du travail doit être saisi avant l'arrivée du terme pour vérifier que le salarié n'a pas fait l'objet d'une mesure discriminatoire.
- Si le CDD comporte une clause de renouvellement et que l'employeur n'envisage pas de renouveler le contrat, il conviendra d'obtenir l'autorisation de l'inspecteur du travail.

B) La rupture anticipée du CDD

La rupture du CDD du DS ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail (L2412-3)

§2: A l'égard du licenciement

A) La procédure statutaire

Le statut protecteur des salariés protégés consiste en une procédure spéciale de licenciement, exorbitante de droit commun qui tend à protéger leur emploi. Elle est applicable aux représentants du personnels, aux représentants syndicaux, aux comités et aux DS.

Une mise à pied conservatoire peut intervenir si les faits reprochés au salarié protégé constituent une faute grave lourde de telle sorte que le maintien du salarié à son poste est susceptible de nuire à l'entreprise ou de tromper le bon ordre de l'entreprise et ce jusqu'à la décision de l'inspecteur du travail (L2421-6)

Le salarié doit être convoqué à un entretien préalable. L'employeur lorsqu'il envisage de licencier un DS ou un représentant syndical au CSE, ou un représentant de proximité, doit consulter le CSE qui doit donner son avis.

Après la consultation du comité, l'employeur devra saisir l'inspecteur du travail pour obtenir une autorisation de licenciement d'un DS, d'un conseillé de salarié etc. L'inspecteur va vérifier si la mesure est en rapport avec le mandat exercé et s'il y a un lien, il refusera. Cette autorisation peut être contestée de manière hiérarchique (ministre du travail ou recours contentieux devant les juridictions de l'ordre administratif).

B)Les sanctions

Le licenciement d'un salarié protégé prononcé malgré un refus ou sans autorisation est irrégulier et sera frappé de nullité

78

Le salarié pourra solliciter sa réintégration sur le plan civil par exemple quand le ministre va annuler la décision de l'inspecteur qui autorisait le licenciement.

Le salarié peut aussi réclamer des D-I et sur le plan pénal, le licenciement prononcé sans autorisation administrative constitue un délit qui expose son auteur à un emprisonnement d'un an et à une amende d'un montant maximal de 3750 euros (L2431-1, et L2432-1)

