

Droits et Débats

Vers un nouveau droit du travail ?

***Regards croisés du Conseil d'État
et de la Cour de cassation***

**Un colloque organisé par le Conseil d'État
et la Cour de cassation, le 19 avril 2019**



Sommaire	3
Avant propos	5
Présentation du colloque	9
Programme du colloque	11
Séance d'ouverture	13
Première table ronde - Nouveaux défis pour le droit du travail	27
Biographie des intervenants	29
Actes - Nouveaux défis pour le droit du travail.....	31
Échanges avec la salle	47
Deuxième table ronde - L'accord collectif et le juge	55
Biographie des intervenants	57
Actes - L'accord collectif et le juge	59
Échanges avec la salle	81
Troisième table ronde - Gestion de l'emploi et protection des salariés ..	87
Biographie des intervenants	89
Actes - Gestion de l'emploi et protection des salariés.....	91
Échanges avec la salle	105
Séance de clôture	111
Annexes	119
Éléments de jurisprudence.....	121
Bibliographie indicative	143



Martine de Boisdeffre

Présidente de la section du rapport et des études du Conseil d'État

L'organisation d'un colloque par le Conseil d'État en partenariat avec la Cour de cassation, sur un domaine du droit partagé entre les deux ordres de juridiction, est désormais une coutume depuis le succès en 2011 de la première édition de ces « regards croisés ».

Après avoir traité des rapports entre santé et justice, de la sanction, de l'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international et de l'ordre public, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont choisi cette fois-ci de réfléchir et de débattre sur l'évolution du droit du travail, en conviant, autour des membres des deux juridictions, des professeurs de droit, une représentante de l'Organisation internationale du travail, le directeur général du travail, le directeur des ressources humaines d'un groupe industriel et un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Le choix de ce sujet était particulièrement opportun l'année du centenaire de l'Organisation internationale du travail, fondée à l'issue de la première guerre mondiale, avec pour objectif de bâtir une paix durable sur la justice sociale et l'accès de tous à un travail décent, dans des conditions de liberté, de sécurité et de dignité. Les riches et passionnantes discussions de ce colloque prolongent, en quelque sorte, les dialogues nationaux pour l'avenir du travail, auxquels l'organisation avait invité ses États membres dès 2016 pour fêter cet anniversaire.

« Vers un nouveau droit du travail ? ». Cet intitulé invitait les intervenants et le public à s'interroger sur les importantes transformations du droit du travail, résultant à la fois des réformes du code du travail pour rééquilibrer les rôles respectifs de la loi, de la négociation collective et du contrat de travail, ainsi que de la mondialisation et de la numérisation de l'économie qui ont bouleversé la relation de travail en développant et pérennisant l'emploi atypique¹.

Trois tables rondes ont dessiné des perspectives d'évolution et ouvert des pistes de réflexion.

La première table ronde a fait un inventaire des nouveaux défis pour le droit du travail.

1 Le Conseil d'État avait déjà fait ce constat dans son étude annuelle de 2017 sur l'économie des plateformes numériques : « le processus de déstructuration des formes traditionnelles d'exercice des activités économiques que constitue l'« ubérisation » se traduit de manière globale par la pérennisation de ce que l'Organisation internationale du travail (OIT) qualifie d'emploi « atypique », c'est-à-dire l'emploi selon d'autres formes que le contrat de travail à durée indéterminée à temps plein » (CE, étude annuelle 2017, *Puissances publiques et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, éd. La documentation Française, Paris, 2017, p. 87).

Le premier défi est juridique. De 2004 à 2019, plusieurs réformes ont modifié en profondeur le code du travail et contribué à construire progressivement un nouveau droit du travail². La dernière en date fut l'adoption, sur le fondement de la loi d'habilitation du 15 septembre 2017, des ordonnances du 22 septembre 2017, qui ont un large champ d'application³. La réécriture d'une partie du code du travail pose de nombreuses questions d'interprétation qui devront à terme être résolues par les juges. La place plus importante qui est donnée à la négociation collective parmi les sources du droit du travail et, au sein de la négociation collective, à l'accord d'entreprise entraîne une responsabilité accrue des acteurs de cette négociation – organisations syndicales, directions des ressources humaines, administration du travail –, afin d'obtenir des accords de qualité qui soient le résultat d'une négociation loyale et sérieuse.

Le second défi est socio-économique. L'évolution des formes et modes de travail, en raison des mutations technologiques, remet en cause les critères habituellement utilisés pour identifier une relation de travail, et notamment celui de la subordination à l'employeur, ainsi que la place du contrat de travail. Certains spécialistes et acteurs préconisent ainsi l'élargissement du droit du travail vers un droit de l'activité professionnelle, qui accorderait à tous les travailleurs, indépendamment de leur statut et de leur situation professionnelle, des droits fondamentaux (parmi lesquels la liberté syndicale, le droit à la négociation collective, le principe de non-discrimination, etc.) et une protection de base (salaire convenable, limitation du temps de travail, etc.)⁴.

La deuxième table ronde portait sur l'accord collectif et le juge. Le contrôle de l'accord collectif est exercé conjointement par les deux ordres de juridiction qui sont engagés dans un dialogue permanent pour veiller à la cohérence de leur jurisprudence. Le contrôle juridictionnel est essentiel pour garantir la loyauté de la négociation, favoriser la confiance entre les partenaires sociaux, clarifier la règle du jeu et assurer la sécurité juridique. Les juges vérifient la conformité des stipulations des accords à la hiérarchie des normes, alors que les sources du droit du travail se diversifient et sont désormais pour partie constitutionnelles, européennes et internationales. Le juge administratif, quant à lui, veille tout particulièrement au respect de l'équilibre entre la liberté des partenaires sociaux et l'intérêt général dont l'administration a la charge.

2 Voir en ce sens : J.-D. Combexelle, « Vers un nouveau droit du travail », *in JCP S*, 2017, p. 1305.

3 Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ; ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ; ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective ; ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.

4 Dans le même sens, dans son étude précitée sur l'économie des plateformes numériques, le Conseil d'État estimait nécessaire le développement d'une protection fondée sur la personne et non sur le statut de l'emploi et proposait d'utiliser, à cette fin, le compte personnel d'activité créé par la loi du 8 août 2016 (CE, Étude annuelle 2017, *Puissances publiques et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, *préc.*, p. 87 et proposition n° 14 de l'étude, p. 132 : « étendre progressivement les fonctions du compte personnel d'activité afin que celui-ci inclue à terme l'ensemble des droits sociaux acquis par les personnes au cours de leur parcours personnel et professionnel »).

La troisième table ronde traitait de la gestion de l'emploi et de la protection des salariés. Les échanges ont mis en exergue une question cruciale : comment concilier la protection des travailleurs, l'accès de tous à l'emploi, notamment des personnes les plus fragiles, et le maintien de l'emploi, soit la capacité des travailleurs à conserver leur emploi ?

Cette question illustre la tension permanente du droit du travail entre « l'économiquement possible » et « le socialement souhaitable » (pour paraphraser une citation de Gérard Lyon-Caen)⁵, et nous rappelle que la protection de l'emploi est l'un des premiers et principaux buts du droit du travail.

5 Cette citation, reprise par plusieurs intervenants, est la suivante : « *si le droit du travail cherche à consacrer tout ce qui est socialement souhaitable, il ne peut réaliser que ce qui est économiquement possible* » (*Droit du travail*, Précis Dalloz, 1975).





Présentation du colloque

Le monde du travail change. La mondialisation des économies – qui inclut pour partie l’internationalisation du marché du travail – et le développement du numérique – les ordinateurs ayant, pour répondre à l’économiste américain Robert Solow, enfin commencé à se manifester dans les statistiques de productivité – en sont les deux facteurs les plus soulignés.

En miroir de ces changements, le droit du travail s’est adapté, et continuera de devoir le faire, pour répondre notamment au double besoin de flexibilité et de protection.

C’est ainsi que la première table ronde s’intéressera aux nouveaux défis du monde du travail que le droit doit prendre en compte. La seconde table ronde, quant à elle, portera sur le rôle du juge dans le contrôle et la mise en œuvre des accords collectifs, qui ont pris, en conséquence de l’importance accrue donnée à la flexibilité, une place prééminente au sein des normes applicables. Enfin, contrepoints nécessaires de cette flexibilité, la troisième table ronde abordera les questions de gestion de l’emploi et de protection des salariés.

Le droit du travail est, plus qu’aucun autre, à la frontière des compétences du juge administratif et du juge judiciaire. Aussi, au-delà d’une nécessaire attention à la jurisprudence l’un de l’autre et des espaces de dialogue plus ou moins formalisés existant entre eux, le présent colloque est-il l’occasion, pour le Conseil d’État et la Cour de cassation, ainsi que pour les acteurs du droit, de contribuer à l’étude et au rapprochement des points de vue en faveur d’un droit plus homogène au service des justiciables.



Programme du colloque

9h30-10h15 – Propos introductifs :

Bruno Lasserre, vice-président du Conseil d'État
Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation
François Molins, procureur général près la Cour de cassation

10h15-12h15 – Table ronde n° 1 – Nouveaux défis pour le droit du travail

Président

Jean-Denis Combrexelle, président de la section du contentieux du Conseil d'État

Intervenants

Paul-Henri Antonmattei, professeur de droit à l'université de Montpellier, avocat au barreau de paris
Laurence Pécaut-Rivolier, conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation
Antoine Lyon-Caen, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
Corinne Vargha, directrice du département des normes internationales du travail, OIT

14h00-15h30 – Table ronde n° 2 – L'accord collectif et le juge

Président

Bruno Cathala, président de la chambre sociale de la Cour de cassation

Intervenants

Erwan Guillon, directeur des ressources humaines, groupe Legris Industries
Pascale Fombeur, présidente de la 1^{re} chambre de la section du contentieux du Conseil d'État
Jean-François Cesaro, professeur de droit à l'université Panthéon-Assas

15h30-17h00 – Table ronde n° 3 – Gestion de l'emploi et protection des salariés

Présidente

Catherine Courcol-Bouchard, Première avocate générale à la Cour de cassation

Intervenants

Denis Piveteau, président de la 4^e chambre de la section du contentieux du Conseil d'État
Pierre-Yves Verkindt, professeur de droit à l'université Panthéon-Sorbonne
Yves Struillou, directeur général du travail, ministère du travail

17h00-17h30 – Séance de clôture

Bruno Cathala, président de la chambre sociale de la Cour de cassation
Didier Tabuteau, président de la section sociale du Conseil d'État



Bruno Lasserre

Vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Bordeaux, Bruno Lasserre est un ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion « Pierre Mendès France », 1978). Entré au Conseil d'État en tant qu'auditeur, Bruno Lasserre a notamment exercé, au sein de l'institution, les fonctions de commissaire du Gouvernement à la section du contentieux (1984-1986), d'assesseur (1998-1999), de président de la 1^{re} sous-section (1999-2002) et de président adjoint de la section du contentieux (2002-2004). Il était, depuis 2016, président de la section de l'intérieur au Conseil d'État et, depuis 2017, président du Comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie. Bruno Lasserre a présidé, de 2004 à 2016, l'Autorité de la concurrence. Auparavant, il a fait carrière dans le domaine des télécommunications où il a exercé, successivement, les postes de délégué aux affaires juridiques de la direction générale des télécommunications (1986-1989), de directeur de la réglementation générale puis de directeur général des postes et télécommunications au ministère des postes, des télécommunications et de l'espace (1989-1996), et enfin de chargé d'une mission d'information et de conseil sur les télécommunications auprès des gouvernements étrangers (1997-1998). Depuis le 29 mai 2018, Bruno Lasserre est vice-président du Conseil d'État.

Monsieur le Premier président⁶,
Monsieur le procureur général,
Mesdames et Messieurs les présidents,
Mesdames et Messieurs les directeurs et les professeurs,
Chers collègues,

Je suis très heureux d'accueillir aujourd'hui, au Palais-Royal, cette nouvelle édition des « Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation ». Ces rendez-vous biennaux sont des temps forts de la coopération entre nos deux ordres de juridiction, car ils nous permettent de confronter nos regards et nos points de vue sur les sujets et les matières que nous avons en commun. Dans de précédentes éditions nous avons ainsi pu débattre de la notion d'ordre public et de celle de sanction, de l'articulation des ordres juridiques français, européen et international, comme de la rencontre entre santé et justice.

Aujourd'hui, nous nous intéresserons au droit du travail et à l'avenir de cette matière. Le sujet m'apparaît à la fois passionnant et tout à fait adapté à nos colloques pour au moins trois raisons. La première est que la matière est en elle-

⁶ Texte écrit en collaboration avec Amandine Durand, Guillaume Halard et Sarah Houllier, magistrats administratifs.

même très stimulante tant le travail est une notion centrale dans notre organisation économique et sociale et une notion que le droit a structurée en s'efforçant d'articuler les contraires : l'individu et le collectif, les liens de subordination et l'autonomie individuelle, la loi et le contrat. Le deuxième intérêt est que le droit du travail a fait l'objet de profondes transformations au cours des dernières années à la faveur de plusieurs réformes qui ont accru la place de la négociation collective et du contrat⁷, mais aussi sous l'effet conjugué de la numérisation et de la globalisation de l'économie qui bouleversent les relations de travail traditionnelles. Enfin, le sujet est adapté à ces conférences car le droit du travail se situe à la croisée du droit privé et du droit public, dépassant même les frontières nationales puisque les droits européen et international ont également construit et développé leurs propres normes en la matière. C'est donc l'une des matières de prédilection du dialogue des juges. Et si, dans l'ordre interne, le droit du travail apparaît plus spontanément comme relevant du droit privé et de la compétence du juge judiciaire, il s'agit bien d'une matière partagée, le juge administratif jouant dans sa structuration et son application un rôle déterminant sur lequel je souhaiterais revenir brièvement avant de céder la parole au premier président et au procureur général de la Cour de cassation.

1. L'intervention du juge administratif en matière de droit du travail est en réalité tout sauf résiduelle.

1.1. Le juge administratif dispose en effet de compétences élargies qui reflètent la diversité des interventions publiques dans ce domaine.

Dans une matière principalement faite de relations contractuelles entre personnes privées, la puissance publique conserve un rôle structurant qui justifie la compétence du juge administratif. C'est d'abord le cas de la réglementation du travail qui, outre l'examen dont elle fait l'objet au titre de la fonction consultative du Conseil d'État, peut être soumise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Le juge administratif est également appelé à contrôler les décisions prises par l'administration du travail lorsque cette dernière encadre les relations sociales dans l'entreprise : je pense, notamment, au licenciement des salariés protégés⁸, mais aussi aux injonctions relatives aux règlements intérieurs des entreprises⁹. En 2013, le juge administratif s'est en outre vu confier le contrôle des mesures administratives de gestion de l'emploi avec le contrôle des plans de sauvegarde de l'emploi¹⁰ et, plus récemment, celui des ruptures conventionnelles collectives¹¹. Enfin, le juge administratif contrôle naturellement la nécessité et la proportionnalité des sanctions administratives prises en matière de travail.

7 Voir, notamment, l'article de J-D. Combrexelle, « Vers un nouveau droit du travail », in *JCP Social*, n° 39, 3 octobre 2017, p. 1305.

8 CE, Ass., 5 mai 1976, *Société d'aménagement foncier et d'établissement rural d'Auvergne et ministre de l'agriculture c. Bernette*, Rec. 232.

9 CE, sect., 1^{er} février 1980, *Ministre du travail c. Société « Peintures Corona »*, n° 06361.

10 Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

11 Rupture conventionnelle qui doit être validée par le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (ordonnances n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et n° 2017-1718 du 20 décembre 2017 ratifiées par la loi n° 2018-217 du 29 mars 2018).



1.2. Au travers de cette compétence étendue, le juge administratif a pris toute sa part à l'élaboration des principes structurants du droit du travail.

Très rapidement, le juge administratif s'est en effet inspiré du code du travail et de ses principes fondamentaux dont il a assuré la transposition en droit de la fonction publique. L'agent public dispose ainsi de garanties équivalentes à celles du salarié, ne pouvant être licencié en cas de grossesse¹² ou bénéficiant d'une exigence de salaire minimum¹³ et d'une obligation de reclassement en cas d'inaptitude¹⁴. Mais même hors de ce champ, il arrive fréquemment que le juge administratif, pour trancher les litiges qui lui sont soumis, doive appliquer des principes de droit privé. Le cas échéant, il le fait en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de cassation tout en sachant l'adapter le cas échéant. En matière de plans de sauvegarde de l'emploi, le juge administratif a, par exemple, été amené à se prononcer sur la validité d'un mandat syndical¹⁵ ou d'un accord collectif de droit privé¹⁶ et à interpréter les stipulations conventionnelles d'un accord de branche¹⁷, ce qu'il a fait en appliquant les principes de la jurisprudence judiciaire sans transmettre de question préjudicielle. Plus récemment, le Conseil d'État a rejoint le juge judiciaire en faisant prévaloir le droit au respect de la vie privée sur les facilités offertes à un employeur par la géolocalisation¹⁸.

2. Le juge administratif entend ainsi prendre toute sa part à l'adaptation du droit du travail aux nouveaux enjeux économiques et sociaux.

Plusieurs sujets sont en effet en débat, à la fois comme conséquence de l'application des ordonnances de 2016 et 2017 et par anticipation des défis à relever dans le champ des relations de travail.

2.1. En premier lieu, le Conseil d'État s'attache à sécuriser le cadre juridique issu des dernières réformes législatives.

Avec les plus récentes ordonnances, le balancier s'est déplacé au profit de la négociation collective. Mais cette évolution ne doit pas selon moi conduire à un désengagement corrélatif du Conseil d'État y compris lorsque la loi et le règlement se font moins présents. Il lui appartient, comme juge et comme conseiller du Gouvernement, de s'assurer que la généralité du cadre législatif n'aboutit pas à une mise en œuvre erratique ou instable au gré des secteurs, des entreprises ou des périodes. S'agissant des plans de sauvegarde de l'emploi, le Conseil d'État a ainsi rendu plusieurs décisions importantes destinées à sécuriser le cadre juridique et à clarifier la nature de son contrôle. Il en résulte que s'il reconnaît exercer un

12 CE, Ass., 8 juin 1973, *Mme Peynet*, n° 80232.

13 CE, sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c. Mme Aragnou*, n° 36851, Rec. 152.

14 CE, Ass., 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868.

15 CE, Ass., 22 juillet 2015, *Société Pages Jaunes*, n° 385668.

16 CE, 7 décembre 2015, *Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services et autres*, n° 383856.

17 CE, 13 avril 2018, *Mme B.*, n° 404090.

18 Voir les conclusions d'A. Bretonneau dans l'affaire CE, 15 décembre 2017, *Société Odeolis*, n° 403776 rejoignant Cass. soc, 3 novembre 2011, n° 10-18.036 et Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-23.645.

contrôle moins approfondi sur les plans ayant fait l'objet d'un accord collectif, il demeure attentif au respect des règles d'ordre public prévues par le code du travail¹⁹.

2.2. Le Conseil d'État a également réfléchi à la rénovation des relations de travail dans le cadre du phénomène dit « d'ubérisation ».

Dans son étude annuelle de 2017, consacrée aux plateformes numériques, le Conseil d'État relevait déjà que leur essor aboutissait à la pérennisation de certaines formes de travail atypique, à une déstabilisation de la relation traditionnelle de travail et à une forme de précarisation des travailleurs des plateformes²⁰. Dans ce contexte, l'étude appelait à trouver un équilibre entre la gestion de l'emploi et la protection des travailleurs : il ne s'agit pas de freiner le développement de ces plateformes, qui contribuent au dynamisme économique et à la création d'emplois, mais d'assurer que les droits essentiels des travailleurs demeurent garantis²¹. Le Conseil d'État et la juridiction administrative, pour ce qui les concerne, sont ainsi particulièrement attentifs à promouvoir un ordre public social équilibré, respectueux de la liberté d'entreprendre et des droits individuels des travailleurs.

2.3. L'exemple du numérique montre également qu'en matière de travail, comme dans tant d'autres domaines, une régulation supra-nationale doit s'imposer.

La globalisation de l'économie, la mobilité des travailleurs et les stratégies transnationales des entreprises ont en effet mis à mal l'ancrage territorial du droit du travail, qui doit en outre s'articuler avec des normes internationales de plus en plus nombreuses – je pense par exemple aux dispositions prévoyant un plafonnement des indemnités devant les conseils des prud'hommes dont la conventionnalité est débattue devant plusieurs juridictions²².

Il en découle le besoin d'une régulation transnationale plus approfondie pour éviter les phénomènes de *dumping* social ou de *forum shopping* qui nuisent aux salariés autant qu'aux États. Comme en matière de numérique, une régulation mondiale semble peu probable à ce stade, mais l'échelon européen offre déjà des perspectives sérieuses qui doivent être saisies et approfondies. La nouvelle directive « détachement »²³ est une première réponse, et la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union atteste également de sa volonté de lutter contre

19 CE, 7 décembre 2015, *Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services et autres*, n° 383856. Voir, sur ce point, l'article de L. Dutheillet de Lamothe et de G. Odinet, « Un an de jurisprudence sur les plans de sauvegarde de l'emploi », in *AJDA*, 2016, p. 1866.

20 Étude annuelle 2017 du Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, éd. La documentation Française, Paris, 2017, p. 84 et suiv.

21 Deux propositions ont notamment été faites pour assurer une meilleure représentation des travailleurs des plateformes et la portabilité de leurs droits sociaux (Propositions n° 13 et 14 de l'étude annuelle 2017 du Conseil d'État).

22 Plusieurs conseils de prud'hommes (Amiens et Troyes notamment) ont estimé que le plafonnement méconnaissait les stipulations de la Convention n° 158 de l'OIT.

23 Directive 2018/957/UE du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.



les phénomènes de « tourisme social »²⁴ ou de contournement des législations nationales. Ces premières réponses doivent être approfondies, car une chose est sûre : ce n'est pas à l'échelon exclusivement national que se construit le droit du travail de demain.

Conclusion

Comme nous le voyons les questions sont nombreuses. Je ne m'étendrai pas davantage, car les trois tables rondes qui vont suivre permettront d'en traiter certaines et d'esquisser des pistes de réflexion plus détaillées.

Avant de céder la parole à Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation et à François Molins, procureur général près la Cour de cassation pour la suite de ces propos introductifs, je souhaiterais remercier très chaleureusement l'ensemble des intervenants ainsi que les présidents des trois tables rondes : Jean-Denis Combexelle, président de la section du contentieux du Conseil d'État, Bruno Cathala, président de la chambre sociale de la Cour de cassation et Catherine Courcol-Bouchard, Première avocate générale près la Cour de cassation.

Je constate avec plaisir que le public est venu en nombre à ce colloque. Je vous souhaite à tous de stimulantes discussions.

24 Voir notamment : CJUE, 11 novembre 2014, *E. Dano et F. Dano c. Jobcenter Leipzig*, aff. C-333/13 : les citoyens de l'Union économiquement inactifs qui se rendent dans un autre État membre dans le seul but de bénéficier de l'aide sociale peuvent être exclus de certaines prestations sociales, notamment si leur séjour ne respecte pas les conditions posées par la directive 2004/38/CE qui prévoit que les citoyens européens doivent pouvoir subvenir à leurs besoins et ne pas être une charge pour le système de sécurité sociale de l'État d'accueil. Dans CJUE, 15 septembre 2015, *Jobcenter Berlin c. Nazifa Alimanovic*, aff. C-67/14, la Cour de justice étend sa solution aux cas de ressortissants européens entrés dans un État membre uniquement en vue d'y chercher un emploi. Plus récemment, la CJUE a jugé qu'un État membre peut refuser le bénéfice des prestations sociales aux citoyens non travailleurs de l'Union européenne pendant les trois premiers mois de leur séjour (CJUE, 25 février 2016, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. J. Garcia-Nieto*, aff. C-299/14, pt. 45).

Bertrand Louvel

Premier président de la Cour de cassation

Docteur en droit privé, Bertrand Louvel entre dans la magistrature en 1978 après avoir été assistant à la faculté de droit de Caen et du Mans. Il commence sa carrière comme juge d'instance à Menton puis au Mans avant d'exercer les fonctions de maître de conférences à l'École nationale de la magistrature (1985-1986). Entre 1986 et 2002, Bertrand Louvel est successivement président des tribunaux de grande instance d'Aurillac, de Pointe-à-Pitre, de Nevers et de Brest. En 2002, il devient Premier président de la cour d'appel de Limoges, puis de la cour d'appel de Bordeaux en 2007. Nommé à la Cour de cassation en 2009, il exerce les fonctions de président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport avant de devenir président de la chambre criminelle. Bertrand Louvel a été nommé Premier président de la Cour de cassation en juillet 2014. Il préside, à ce titre, la formation plénière du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) ainsi que celle compétente à l'égard des magistrats du siège. Il est aussi président du conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature (ENM).

Monsieur le vice-président,
Monsieur le procureur général,
Mesdames et Messieurs les présidents,
Mes chers collègues,
Mesdames, Messieurs,

La Cour de cassation et le Conseil d'État poursuivent, par les rencontres d'aujourd'hui, la tradition de leurs regards croisés. Ils s'inscrivent naturellement pour cette cinquième édition dans la continuité de leur démarche des quatre éditions précédentes consistant à traiter un thème transversal aux deux ordres de juridiction : après santé et justice, la sanction, l'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international et l'ordre public, voici maintenant une discipline du droit à part entière : le droit du travail.

En effet, le droit du travail participe des deux branches du droit : privé et public. L'un des premiers manuels de référence de droit du travail²⁵ est d'ailleurs né de l'alliance de deux grandes plumes : celles du privatiste Jean Savatier et du publiciste Jean Rivero.

Aussi, le thème de cette journée s'imposait en réalité comme une évidence en tant que sujet partagé. Ce choix est également pleinement justifié par l'actualité d'un droit du travail en pleine évolution.

²⁵ J. Savatier et J. Rivero, *Droit du travail*, éd. PUF, coll. Thémis, Paris, 1964.

I. Un sujet partagé

Si le juge judiciaire est naturellement compétent pour connaître des litiges qui opposent salariés et employeurs dans l'entreprise, le juge administratif s'est vu reconnaître, quant à lui, une compétence importante en raison de l'intervention dans un certain nombre d'hypothèses de l'autorité administrative. Ainsi en est-il en cas d'application d'un statut protecteur aux salariés titulaires d'un mandat ou en matière de licenciement pour motif économique, en sorte que des questions contentieuses analogues ou proches, même si elles peuvent être tranchées à travers des prismes distincts, traversent la division de notre organisation juridictionnelle en deux ordres.

L'exemple du licenciement pour motif économique est à cet égard particulièrement expressif. Après avoir relevé de l'ordre administratif à la suite de l'instauration, en 1975²⁶, de l'autorisation administrative de licenciement, il a été confié, après sa suppression en 1986²⁷, au juge judiciaire. Mais, depuis 2013, il est partagé entre les deux ordres de juridiction : les grands licenciements collectifs pour motif économique sont à nouveau soumis à une décision de l'autorité administrative²⁸ et, partant, en cas de contentieux, au juge administratif, tandis que les licenciements individuels ou les petits licenciements collectifs pour motif économique relèvent de la compétence prud'homale²⁹.

Au-delà des réflexions ouvertes par la complexité d'un tel système, il n'empêche que le droit du travail, en ce qu'il intéresse à la fois le juge judiciaire et, de manière parfois fortement imbriquée, le juge administratif, illustre l'idée du partage des principes tels qu'ils sont appliqués par chacune des juridictions.

Ainsi, les notions que le juge administratif met en œuvre pour les travailleurs de la fonction publique s'avèrent souvent proches de celles que le juge judiciaire applique lui-même aux salariés de droit privé.

De même, certaines règles essentielles issues de la jurisprudence administrative dans le domaine des droits fondamentaux ont été reprises par le droit du travail. On songe à l'arrêt *Société Peintures Corona*³⁰ du Conseil d'État dont l'énoncé de principe a été introduit dans deux articles du code du travail et, notamment, la disposition phare qu'est l'article L. 1121-1 relatif aux droits de la personne et des libertés individuelles et collectives³¹.

26 Loi n° 75-5 du 3 janvier 1975 relative aux licenciements pour cause économique.

27 Lois n° 86-797 du 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement et n° 86-1320 du 30 décembre 1986 relative aux procédures de licenciement.

28 Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi qui a confié à l'administration le soin de valider ou d'homologuer le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE).

29 Voir notamment les arrêts du Conseil d'État du 22 juillet 2015 (CE, 22 juillet 2015, n°s 383481, 385668 et 385816, publiés au Recueil Lebon) et l'arrêt de la chambre sociale du 21 novembre 2018 (Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-16.766 publié au rapport annuel de la Cour de cassation).

30 CE, 1^{er} février 1980, n° 06361.

31 Article L. 1121-1 du code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

Cette proximité de problématiques communes en droit du travail invite à une cohérence des réponses apportées aux justiciables. Nos hautes juridictions sont ainsi conviées au dialogue pour faire converger, ou au moins mettre en adéquation, l'appréhension des notions partagées. Elles y répondent depuis dix ans, époque de la mise en place, sous l'impulsion commune de Monsieur Yves Struillou, conseiller d'État ayant en charge les contentieux du droit du travail, et de Madame Laurence Pécaut-Rivolier, conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation, d'un groupe de travail qui réunit périodiquement des membres des première et quatrième chambres de la section du contentieux du Conseil d'État et de la chambre sociale de la Cour de cassation sur les questions transversales du droit du travail³².

Très actif, ce groupe de travail, qui fait office de modèle et de référence pour l'organisation de la communication dans les autres domaines partagés, a permis aux acteurs du monde administratif et du monde judiciaire du droit du travail, d'apprendre à se comprendre et à échanger pour tenter d'élaborer, ensemble, des réponses au contentieux d'hier et de demain. Ainsi en est-il, par exemple, de la définition du trouble objectif de nature à justifier le licenciement d'un salarié³³, ou de la détermination du critère de transparence financière exigée pour la représentativité des syndicats³⁴, deux sujets sur lesquels ont convergé récemment les jurisprudences des deux Cours.

II. Un sujet d'actualité

Le colloque que nous consacrons aujourd'hui au droit du travail entend analyser son évolution sous la question centrale de son avenir à travers le titre qu'il s'est donné : « Vers un nouveau droit du travail ? », forme interrogative inspirée du titre d'un article du président Combrexelle³⁵ publié dans les suites immédiates des ordonnances du 22 septembre 2017.

Le droit du travail, plus que tout autre domaine juridique, a en effet été l'objet, au cours de ces dernières années, de réformes profondes. Depuis 2004, neuf textes ont modifié des éléments aussi fondamentaux que l'ordre public social, la répartition et le rééquilibrage des sources du droit du travail, la refonte des institutions représentatives du personnel, le rôle du juge social dans le règlement des litiges, autant dire les grands équilibres du droit du travail.

Les réformes, et notamment celles issues de la loi du 8 août 2016 et des ordonnances du 22 septembre 2017, en ce qu'elles ont sensiblement modifié l'architecture des relations de travail, requièrent une réflexion commune sur les nouvelles notions dégagées par les textes à l'aune des enjeux que le législateur a entendu défendre, mais également de ceux que crée la réalité sociale.

32 Sur ce groupe de travail, voir : Y. Struillou et L. Pécaut-Rivolier, « Protection des représentants du personnel, Cour de cassation et Conseil d'État : des marches parallèles à la démarche commune », *in Droit. soc.*, 2010, p. 902.

33 CE, 15 décembre 2010, n° 316856 et Ccass., ch. soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-67.464.

34 Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 11-13.748 et CE, 18 juillet 2018, n° 406516.

35 J.-D. Combrexelle, « Vers un nouveau droit du travail », *in La semaine juridique* - édition sociale, n° 39, 1305.



La chambre sociale a ainsi déjà été saisie de pourvois sur les nouvelles institutions représentatives telles que les prévoit l'ordonnance du 22 septembre 2017. Elle y a répondu notamment par un arrêt du 19 décembre 2018³⁶ en s'inspirant d'ailleurs de la définition retenue par le Conseil d'État pour la mise en place des comités d'entreprise. Mais l'essentiel des questions reste à venir. C'est pourquoi ce colloque offre l'opportunité de faire émerger certaines d'entre elles et d'en examiner les défis avec l'aide des experts réunis aujourd'hui.

Le thème de cette journée s'imposait donc. Il sera abordé au sein de trois tables rondes dont les contours ont été largement définis pour susciter une réflexion qui, au-delà des nouvelles dispositions textuelles qui seront à appliquer et, le cas échéant, à interpréter par les juridictions, permette d'analyser le sens des évolutions tant juridiques, qu'économiques et sociologiques, nationales et internationales.

Aussi, j'adresse tous mes vœux de réussite à ces regards croisés qui invitent à penser, voire à repenser, le droit du travail en cette année 2019, centenaire de l'Organisation internationale du travail (OIT) fondée sur la conviction que la justice sociale est essentielle pour garantir une paix universelle et durable.

Dans la perspective de cet anniversaire, l'OIT invitait, dès 2016, ses États membres à engager des dialogues nationaux pour l'avenir du travail, dont les résultats ont été publiés par la commission mondiale sur l'avenir du travail créée en 2017. Son rapport, publié le 22 janvier 2019 et qui sera soumis à la session du centenaire de la Conférence internationale du travail au mois de juin 2019, s'intitule « Travailler pour bâtir un avenir meilleur ».

Quel bel objectif pour les travaux d'aujourd'hui qui se rattache directement à cette philosophie !

36 Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.655, publié au rapport annuel de la Cour de cassation.



François Molins

Procureur général près la Cour de cassation

Titulaire d'une maîtrise en droit et ancien élève de l'École nationale de la magistrature (ENM, promotion 1977), François Molins commence sa carrière comme substitut du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Carcassonne en 1979. Il a été successivement procureur de la République près le tribunal de grande instance de Montbrison (1986-1988) et procureur de la République près le tribunal de grande instance de Villefranche-sur-Saône (1988-1991). Il est nommé substitut général près la cour d'appel de Bastia (1991-1993), puis il rejoint la cour d'appel de Lyon en qualité de substitut général, puis de secrétaire général du parquet général (1993-1996). En septembre 1996, il est nommé Premier procureur adjoint près le tribunal de grande instance de Lyon, aux fins d'assurer le suivi de l'action publique et l'animation de la lutte contre le trafic de stupéfiants et la criminalité organisée. François Molins devient procureur de la République près le tribunal de grande instance d'Angers (2000-2001), avant d'être nommé directeur adjoint des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice. En 2004, il rejoint le tribunal de grande instance de Bobigny en qualité de procureur de la République. En juin 2009, il est nommé directeur de cabinet du ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, puis en novembre 2010, directeur de cabinet du ministre de la justice, garde des sceaux. Il exerce ensuite les fonctions de procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris (2011-2018). Depuis novembre 2018, François Molins est procureur général près la Cour de cassation.

Monsieur le vice-président,
Monsieur le Premier président,
Mesdames et Messieurs,
Chers collègues,

Je souhaite tout d'abord saluer l'initiative conjointe du Conseil d'État et de la Cour de cassation d'organiser le colloque qui se tient aujourd'hui, dont le thème cette année, « Vers un nouveau droit du travail ? », se prête particulièrement bien à l'analyse croisée de nos deux juridictions. M. le vice-président Lasserre, je vous remercie vivement de l'accueil que vous nous avez réservé aujourd'hui au Palais-Royal.

Le droit du travail se situe en effet à la frontière des compétences du juge administratif et du juge judiciaire, et le contentieux du travail est partagé : si le Conseil des prud'hommes est le juge naturel du droit du travail, et spécifiquement du contrat de travail, le juge répressif intervient également dans ce contentieux, le code du travail édictant de nombreuses sanctions pénales, et le juge administratif connaît des recours dirigés notamment contre les décisions prises par les inspecteurs du travail, ou contre les décisions administratives homologuant ou validant un plan de sauvegarde de l'emploi.



Les interactions entre les deux ordres de juridictions sur ce sujet d'intérêt commun sont donc permanentes, et elles nécessitent que le dialogue entre nos Cours soit le plus fructueux possible.

« Vers un nouveau droit du travail ? » : le thème de ce colloque évoque à la fois les évolutions du droit, les évolutions du travail, et les évolutions du rôle du juge, dont je vais dire quelques mots.

I. Les évolutions du droit

Il est régulièrement relevé que toutes les lois qui ont modifié le code du travail depuis le début des années 2000 ont eu pour objet de réformer les principaux éléments qui constituent l'architecture des relations du travail en France : la loi, les accords issus de la négociation collective (accords nationaux interprofessionnels, accords de branche, accords d'entreprise), le contrat de travail, les institutions représentatives du personnel et les instances de gouvernance des entreprises.

On pourrait citer :

- les lois de 2008 sur le contrat de travail et la rupture conventionnelle, et sur la représentativité syndicale et la négociation d'entreprise appliquée au temps de travail ;
- la loi du 14 juin 2013 sur la négociation d'entreprise appliquée aux plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) ;
- la loi du 8 août 2016 sur le champ de la loi, le bloc de la négociation collective et ses rapports avec le contrat de travail.

Les ordonnances du 22 septembre 2017 ont accéléré les évolutions et en ont ouvert un champ plus large. Elles ont réécrit des pans entiers du code du travail : réforme du dialogue social, nouvelles règles d'articulation entre accords de branche et accords d'entreprise, création du comité social et économique (CSE), instauration du barème de dommages et intérêts en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, création de la nouvelle rupture conventionnelle collective, réduction des délais de prescription, etc.

De nombreux commentateurs ont souligné l'instauration d'un nouveau modèle social : si le droit du travail repose traditionnellement sur une vision sociale et protectrice, ayant pour objet de réguler les relations de travail et de rétablir l'équilibre des forces en faveur des salariés placés dans un rapport inégalitaire avec l'employeur, les ordonnances de 2017 devaient s'inscrire dans une nouvelle perspective, en retenant une vision participative et économique du droit du travail, avec deux principes mis en exergue :

- les règles du droit du travail doivent d'abord être élaborées par ceux auxquelles elles s'appliquent (entreprises et salariés, représentés ou non par des syndicats) ;
- elles doivent ensuite, *a minima*, ne pas entraver le bon fonctionnement de l'entreprise, lieu de création de richesses et d'emplois, et dans la mesure du possible, contribuer à l'amélioration de sa compétitivité.



Plusieurs questions peuvent être soulevées :

On peut aujourd'hui s'interroger sur les apports réels de ce nouveau droit du travail.

- Qu'en est-il du nouvel équilibre entre les différentes sources du droit (avec un droit plus négocié et moins légal, avec la priorité donnée au niveau décentralisé pour l'élaboration de la norme) ?
- Qu'en est-il de la volonté de rapprocher la régulation du milieu du travail (par l'accord d'entreprise, ou par la consultation des salariés) ?
- Qu'en est-il du souci de rompre avec un droit du travail de plus en plus procédural et contentieux ?
- Qu'en est-il de l'émergence d'un droit de l'individu (à travers notamment le compte personnel de formation, ou la création de droits relatifs à la déconnexion ou au télétravail) ?

On peut également questionner la façon dont les acteurs du monde du travail et de l'entreprise se sont appropriés ce nouveau cadre.

On peut aussi s'interroger sur la nécessité pour l'Union européenne d'accompagner les réformes nationales, et sur la place du dialogue des juges dans ces évolutions.

II. Les évolutions du travail

Le thème choisi pour ce colloque invite aussi à réfléchir aux nouvelles modalités du travail aujourd'hui. L'un des enjeux actuels est l'« ubérisation » de la relation de travail, et notamment le développement du travail par l'intermédiaire des plateformes. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Take eat easy*³⁷, la Cour de cassation a requalifié les relations entre livreurs indépendants et plateformes en contrat de travail en relevant des indices de subordination juridique.

Certains se réjouissent de la capacité de résistance du droit du travail « classique », et de sa figure emblématique, le contrat de travail. D'autres s'inquiètent des difficultés rencontrées par un nouveau modèle économique et social qui fournit de l'activité à des travailleurs sans qualification ou sans expérience.

On peut y voir un décalage entre un droit du travail traditionnel et les attentes et besoins d'un monde en pleine mutation. Et s'il faut se montrer vigilant et garantir un statut minimal aux travailleurs des plateformes, il convient aussi de permettre à des catégories de population, aujourd'hui en marge du système, de réussir leur intégration sociale par le travail.

Les interrogations relatives aux évolutions du travail lui-même et de son cadre concernent également :

- les nouvelles formes d'organisation productive (avec la numérisation du travail) ;
- la frontière plus difficile à tracer entre vie professionnelle et vie privée (émergence du droit à la déconnexion) ;
- le lieu de travail qui se modifie (avec le télétravail, la plus grande mobilité).

³⁷ Soc., 28 novembre 2018, n° 17-20.079.



III. L'évolution du rôle du juge

On peut enfin se demander comment le juge a vu, ou verra, son rôle évoluer à la suite des différentes réformes menées ces dernières années.

Les chiffres sont éloquentes :

- Selon le ministère de la Justice, près de 127.000 affaires nouvelles ont été introduites devant la juridiction prud'homale en 2017, soit 23.000 de moins qu'en 2016, et alors même que le « barème » n'a pas encore déployé ses effets.
- Entre 2010 et 2017, le nombre d'affaires nouvelles par an devant les prud'hommes est passé de 218.000 à 127.000. Cela peut s'expliquer en faisant le lien avec le succès des ruptures conventionnelles. Mais aussi en constatant que l'action en justice pèse lourd sur la vie personnelle et familiale d'un salarié, qu'elle représente un risque pour lui, et que la durée moyenne des affaires est longue (17 mois). Cette déjuridictionnalisation va se poursuivre avec l'ordonnance de 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail dans les TPE et PME.
- De même, le contentieux devant le TGI a fortement diminué avec les plans de sauvegarde de l'emploi mis en place par la loi du 14 juin 2013 (négociés, puis validés par la Direccte).

Mais est-ce une bonne ou une mauvaise nouvelle ?

Cela interroge sur le rôle de régulateur du juge dans les contentieux du travail, et sur la place et le sens des discussions et des confrontations dans les salles d'audience. Un professeur de droit (M. Verkindt, intervenant au colloque) soulignait récemment que le monde de la justice offre des lieux où les choses se disent, où l'on entend et l'on est entendu, et où même si l'on perd son procès l'on est respecté.

Si cette baisse des saisines permettra de diminuer les stocks dans les chambres sociales des cours d'appel, et de réduire la durée trop longue des instances, les contentieux vont également se diversifier à la suite des réformes importantes entreprises. En effet, si l'office du juge est limité, notamment par la mise en place de barèmes de dommages et intérêts en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, son rôle pourra aussi être considérablement accru dans le cadre de l'interprétation des dizaines de pages du code du travail, modifiées par les dernières réformes.

Ce colloque et les échanges qui vont suivre sont la concrétisation du dialogue riche et utile entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, et traduisent les liens forts qui existent entre nos deux juridictions.

Je vous souhaite d'avoir des débats fructueux à l'occasion de cette journée, et je vous remercie de votre attention.





Nouveaux défis pour le droit du travail

Le droit du travail se trouve confronté à des évolutions profondes du monde du travail et des économies. Le champ même de ce droit est en cause. Le droit du travail est celui qui régit le lien de subordination. Or le développement de ce qu'il est convenu d'appeler la « para-subordination » et des plateformes bouleverse les relations de travail en créant des liens de dépendance dans un cadre juridique qui, en apparence du moins, est celui du droit civil ou du droit commercial.

S'agissant des modes d'action du droit du travail, celui-ci a longtemps été, dans des pays comme la France, le champ privilégié d'un droit régalien étatique. Petit à petit se crée un droit nouveau avec une articulation originale entre la norme législative et la norme négociée.

Par ailleurs, les droits sociaux ont le plus souvent été subordonnés à l'existence d'un contrat de travail. Devant le développement des contrats de courte durée et de la précarité, l'exigence de « comptes » divers abondés pendant les périodes de travail et activés pendant les périodes de formation ou de chômage se fait jour.

Enfin, l'interdépendance des économies nationales avec des différences profondes de standards sociaux crée des situations de *dumping* social problématiques pour l'emploi et les équilibres sociaux auxquelles les normes internationales et européennes doivent répondre.

Sommaire

Biographie des intervenants	29
Actes.....	31
Échanges avec la salle	47



Biographie des intervenants

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

Modérateur

Jean-Denis Combrexelle

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Jean-Denis Combrexelle a commencé sa carrière au ministère de l'industrie avant de devenir conseiller au tribunal administratif de Lyon (1982-1989), puis référendaire à la Cour de justice des communautés européennes (1989-1993). Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1994, il est commissaire du Gouvernement devant les formations contentieuses de 1995 à 1999. Rapporteur général de la commission pour les simplifications administratives au secrétariat général du Gouvernement de 1999 à 2000 et directeur adjoint des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice en 2000 et 2001, Jean-Denis Combrexelle est directeur des relations du travail de 2001 à 2006, puis directeur général du travail du ministère du travail et de l'emploi de 2006 à 2014. Il est président de la section sociale du Conseil d'État de 2014 à 2018. Fin mai 2018, il est nommé président de la section du contentieux du Conseil d'État.

Intervenants

Paul-Henri Antonmattei

Professeur de droit à l'université de Montpellier, avocat au barreau de Paris

Agrégé des facultés de droit et avocat, Paul-Henri Antonmattei est professeur de droit à l'université de Montpellier, directeur de l'École de droit social de Montpellier depuis 1996 et codirecteur du Master 2 Droit et pratique des relations du travail. Doyen de la faculté de droit et de science politique de l'université Montpellier 1 (2004-2009), il préside la conférence des doyens de droit-science politique de juin 2008 à juin 2014. Il est membre de la commission de Virville auteure du rapport *Pour un code du travail plus efficace* remis au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité (éd. La documentation Française, 2004). Il rédige avec Philippe Vivien le rapport *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, remis au ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes (éd. La documentation Française, 2007). Il rédige avec Jean-Christophe Sciberras le rapport *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?* remis au ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité (novembre 2008). Enfin, en 2015, il participe au groupe de travail mené par Jean-Denis Combrexelle dans le cadre du rapport intitulé *La négociation collective, le travail et l'emploi* remis au Premier ministre le 9 septembre 2015. Paul-Henri Antonmattei est par ailleurs avocat au barreau de Paris, associé et président délégué du cabinet Barthélémy Avocats.

Laurence Pécaut-Rivolier

Conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation

Laurence Pécaut-Rivolier, docteur en droit, est conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation. Elle a été pendant plusieurs années juge d'instance et, à ce titre, en charge notamment des fonctions de juge départiteur et du contentieux des élections professionnelles. Elle a présidé l'association nationale des juges d'instance (ANJI) de 2000 à 2006. Conseillère référendaire à la Cour de cassation de 2006 à 2014, elle a été ensuite pendant trois ans inspectrice générale adjointe des services judiciaires avant de revenir comme conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation. Elle a remis au Gouvernement, en 2013, un rapport sur les discriminations collectives au travail, et a été membre rapporteur de la commission Badinter chargée de dégager les principes essentiels de droit du travail. Elle est l'auteure ou la coauteure de nombreux articles et ouvrages, notamment *Droit de la représentation du personnel* (éd. Dalloz, 2018).

Antoine Lyon-Caen

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Docteur en droit, agrégé des facultés de droit, licencié en sciences économiques, Antoine Lyon-Caen a été avocat au barreau de Paris, professeur à l'université de Caen jusqu'en 1979, puis à l'université de Paris Ouest-Nanterre La Défense jusqu'en 2013. Il est directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS) depuis 1988 et avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, associé du cabinet Lyon-Caen & Thiriez depuis le mois de janvier 2016. Antoine Lyon-Caen est par ailleurs directeur de la revue *Droit du travail* (RDT), et coauteur d'ouvrages portant sur le droit du travail, le droit européen et le droit international, parmi lesquels : *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System* (avec J.-P. Robé et S. Vernac, éd. Routledge, Londres, 2016) et *Le travail et la loi* (avec R. Badinter), éd. Fayard, Paris, 2015.

Corinne Vargha

Directrice du département des normes internationales du travail, OIT

Entrée au Bureau international du travail (BIT) en 1988, Corinne Vargha a occupé divers postes juridiques sur le terrain et au siège de l'Organisation à Genève. Tout au long de ces années, elle a fourni des conseils techniques aux gouvernements ainsi qu'aux dirigeants d'organisations syndicales et d'employeurs dans les domaines du droit international du travail et du droit comparé. Elle a animé un certain nombre de discussions tripartites nationales sur les réformes de la législation du travail, notamment lorsque ces réformes étaient entreprises dans le cadre d'un programme politique plus large, telles que les stratégies de réduction de la pauvreté, de développement du secteur privé et d'ajustement structurel. Elle possède également une vaste expérience dans l'accompagnement de la mise en œuvre en droit et dans la pratique de la Déclaration de l'OIT de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail. Avant d'être nommée directrice du département des normes internationales du travail le 1^{er} juillet 2015, elle était cheffe du service des principes et des droits fondamentaux au travail (2014-2015) et de l'unité en charge des réformes du droit du travail du département de la gouvernance et du tripartisme du BIT (2005-2013).



Actes - Nouveaux défis pour le droit du travail

Jean-Denis Combrexelle

Président de la section du contentieux du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Comme cela a été rappelé en introduction, le titre du colloque « Vers un nouveau droit du travail ? » soulève une interrogation, qui amène le thème de cette première table ronde consacrée aux nouveaux défis pour le droit du travail.

Parmi ces grands défis, il y d'abord la question sur l'avenir du code du travail dans vingt ou trente ans. Au départ, il y a le sentiment de quelque chose d'un peu technique qu'on appelait la « para-subordination », puis peu à peu sont apparues les plateformes et l'« ubérisation » ; ce qui nous amène à nous interroger non pas sur l'existence même, mais sur le champ du droit du travail par rapport à d'autres contrats qui seraient des contrats de droit civil ou de droit commercial.

Le deuxième défi porte sur les questions de mode d'intervention qui trouve un nouvel équilibre entre la loi et la négociation collective. La première loi, qui est aussi la plus importante, est celle du 14 juin 2013³⁸ qui donne une place tout à fait particulière à la négociation collective dans le champ des plans de sauvegarde de l'emploi ; elle est suivie de la loi « El Khomri »³⁹ puis des ordonnances « Macron »⁴⁰.

Se posent également toutes les questions relatives à la gouvernance et à la responsabilité sociale des entreprises (RSE).

Le contenu du droit du travail questionne également : même s'il a été beaucoup modifié, le code du travail repose sur un modèle industriel construit sur une certaine forme de stabilité des situations, alors que, désormais, nous sommes dans une société de services caractérisée par la précarité. Or on voit bien qu'un code du travail qui définit les droits à partir du contrat de travail pose difficulté. C'est toute la problématique des comptes : compte personnel de formation, compte personnel d'activité.

38 Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

39 Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite loi « Travail » ou loi « El Khomri ».

40 Ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective ; ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales ; ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail ; ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective ; ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels et au compte professionnel de prévention.

Il y a encore la question de la finalité du droit du travail. Nous sommes en effet passés d'une idée de défense du droit des salariés à une question beaucoup plus large et plus compliquée : la qualité de vie au travail ; ce qui n'est pas uniquement une question de normes et de jurisprudence.

Enfin, se pose la question de l'effectivité du droit du travail et de l'importance toute particulière de sa régulation aux niveaux européen et mondial ; l'idée étant de faire en sorte que cette régulation au niveau mondial permette d'éviter les phénomènes de *dumping social*.

D'où l'importance que nos deux cours suprêmes puissent organiser un colloque sur ce thème du nouveau droit du travail pour montrer toute l'importance que le droit, dans son versant législatif comme contentieux, joue en la matière.

Mais, pour autant, le droit ne fera pas tout. Bien sûr, il y a la responsabilité du législateur et la responsabilité des juges, mais il y a aussi le « jeu des acteurs » qui comprend, d'abord et surtout, les partenaires sociaux. Il faut que nous ayons également, aussi bien côté patronal que syndical, des organisations qui soient fortes, légitimes, représentatives et innovantes, car il ne suffit pas de modifier le code du travail pour avoir des accords de qualité. Il y a bien sûr les entreprises, et il faut également pouvoir compter sur des DRH qui croient au dialogue social, ce qui n'est pas le cas partout. Il existe une responsabilité commune, à la fois côté syndical et côté entreprises, pour faire en sorte que ce nouveau droit du travail ne soit pas uniquement une question de texte et de jurisprudence, mais une réalité pour les entreprises comme pour les salariés, ce qui suppose que les acteurs fassent en sorte que se crée petit à petit un nouveau droit du travail qui ait un sens social et économique.

Pour évoquer ces sujets, vont intervenir successivement Paul-Henri Antonmattei, professeur à l'université de Montpellier et avocat, qui présentera une vision globale des problématiques, Laurence Pécault-Rivolier – qui remplace le doyen Jean-Guy Huglo, empêché –, conseillère à la chambre sociale de la Cour de cassation, qui donnera la vision de ces nouveaux défis du point de vue du juge, Antoine Lyon-Caen, professeur et avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui parlera des nombreuses évolutions législatives récentes et, enfin, Corinne Vargha, directrice du département des normes internationales de l'Organisation internationale du travail (OIT) qui fournira l'approche internationale.

La parole est au professeur Antonmattei.

Paul-Henri Antonmattei

Professeur à l'université de Montpellier, avocat au barreau de Paris

« Vers un nouveau droit du travail ? ». Pourquoi donc le point d'interrogation ? Depuis le début du XXI^e siècle, l'ampleur des réformes législatives est telle que l'on peut conclure d'emblée à l'existence d'un nouveau droit du travail et gommer ainsi le point d'interrogation. Publications et colloques n'ont pas manqué pour apporter la démonstration.



Vient ensuite le mot « défi » choisi comme fil conducteur de cette première table ronde. C'est évidemment un défi de présenter les nouveaux défis du droit du travail. Retenons deux défis qui n'épuisent pas ce thème.

1. Le premier défi à relever, c'est celui de l'accord collectif, placé désormais au centre de gravité de l'ordonnement juridique des relations de travail avec une diffusion progressive de la nouvelle architecture normative (ordre public/champ de la négociation collective/dispositions supplétives) proposée par le président Combrexelle. Les espaces de négociation se sont sensiblement accrus. Dernier exemple en date : la conventionnalisation du comité social et économique (CSE). Une étude de 450 accords d'entreprises menée par les étudiants du master 2 droit de pratique des relations de travail de l'université de Montpellier, en partenariat avec la direction générale du travail, permet d'apprécier le potentiel normatif source d'adaptations et d'innovations. Notre référentiel évolue et emporte même une modification de la pédagogie du droit du travail.

La promotion normative de l'accord collectif est un pari justifié mais qui n'est pas gagné.

Ce pari est justifié, car plus que jamais la règle doit être adaptée et réactive tant les mutations technologique, économique, sociale, sociétale et environnementale sont d'une ampleur et d'une célérité sans précédent. Par nature impersonnelle, générale et permanente, la loi ne peut plus exercer le même pouvoir au risque de se perdre dans l'addition de réglementations particulières. L'accord collectif possède cette capacité de déterminer certaines règles sur-mesure singulièrement lorsqu'il est conclu dans le périmètre de l'entreprise. On comprend dès lors le principe d'une primauté de l'accord d'entreprise retenu en 2017. Ce choix permet aussi de mieux répondre à une diversité plus forte des entreprises et des organisations du travail. La liberté conventionnelle n'est toutefois pas sans limite. Le législateur reste à la manœuvre en déterminant les champs de la négociation collective et en déterminant plus nettement le domaine de l'ordre public. De fait, pour de nombreuses entreprises encore, ce sont les dispositions supplétives qui organisent les relations de travail. Il faut bien admettre une différence de pratiques conventionnelles selon la taille de l'entreprise. Cette conventionnalisation du droit du travail impose un autre regard du juge sur l'accord collectif. Un respect judiciaire de la normativité renforcée de la règle conventionnelle est déjà constaté avec notamment la jurisprudence sur l'application du principe d'égalité de traitement aux avantages catégoriels d'origine conventionnelle. Le contrôle de la validité de l'acte est essentiel avec une exigence renforcée de loyauté dans la négociation. L'interprétation reste encore bien présente.

Ce pari de l'accord collectif n'est toutefois pas gagné. Fort justement le *rapport Combrexelle* a mis en exergue la nécessité de développer une culture de la négociation collective, car il faut bien reconnaître que les pratiques sont encore souvent marquées par des dogmes, des suspicions et des affrontements qui ne révèlent pas la confiance nécessaire entre les négociateurs. Pour autant, la négociation collective n'est pas une compromission, ni une soumission. La loyauté, utilement servie par un accord de méthode, ne gomme pas les différences



d'intérêts et l'âpreté naturelle de certaines discussions. Aux organisations syndicales de mobiliser leurs troupes et d'endiguer la crise des vocations, qui passe aussi par une valorisation renforcée du parcours des salariés qui exercent un mandat pour le compte de la collectivité de travail. Aux organisations patronales, chambres de commerces et chambres de métiers d'expliquer à des employeurs, dont l'aversion à la présence syndicale est encore largement répandue, le changement de modèle.

Si le pari de l'accord collectif est un pari de la confiance, c'est aussi un pari de la compétence des acteurs. Le législateur l'a bien compris en assurant la promotion des formations communes. Aux branches et aux organismes de formation, sous l'égide de l'institut national du travail, de l'emploi, et de la formation professionnelle, de proposer des programmes adéquats. La montée en compétences des acteurs est aussi indispensable avec des nuances selon les pratiques existantes. La connaissance de l'entreprise *via* la base de données économiques et sociales, la compréhension de l'environnement juridique des négociations, la maîtrise de la technique contractuelle, sans compter l'aptitude personnelle à discuter, sont autant de compétences ouvertes à des formations communes appelées à se développer dans le cadre notamment d'un cahier des charges désormais connu. Une mobilisation universitaire est naturelle, la formation continue faisant partie des missions de l'université. Elle prend désormais forme sur l'ensemble du territoire *via* des diplômes d'université ou des masters en formation continue. Il y a toutefois des limites à la formation d'acteurs dont le quotidien est d'exercer une activité professionnelle au sein de l'entreprise. Il ne s'agit pas de former des professionnels de la négociation, mais de professionnaliser les pratiques du dialogue social.

Réussir le pari de la négociation collective c'est également mieux valoriser les accords conclus dans l'entreprise par une communication sociale partagée. La signature d'accords doit aussi devenir un argument électoral pour les syndicats signataires. Plutôt que de gloser trop longuement sur les négociations qui n'aboutissent pas, il serait plus utile de médiatiser les apports conventionnels.

La place désormais accordée à la règle conventionnelle implique aussi un régime juridique adapté et sécurisé. Les réformes de 2016 et de 2017 ont utilement modifié des règles essentielles du droit des conventions et accords collectifs de travail. Le travail n'est pas terminé.

Reste, enfin, à rappeler que l'accord collectif permet une conciliation indispensable entre la compétitivité de l'entreprise et le progrès social dans un contexte marqué par une recherche opportune de sécurisation des parcours professionnels.

2. Le second défi porte sur ce qui est communément appelé l'« ubérisation » de l'emploi. La situation des travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique alimente le débat permanent sur la qualification du contrat de travail et, partant, sur le territoire du salariat. Les choix divergent. Depuis 2016, le législateur a fait celui de l'indépendance, mais avec quelques protections placées sous la bannière de la responsabilité sociale. La jurisprudence est classiquement confrontée à la question de la requalification. La plasticité de la



subordination juridique lui a déjà permis de retenir, dans l'arrêt *Take Eat Easy*⁴¹, le contrat de travail, sans grande surprise. Est-ce à dire que c'est le système même de l'indépendance qui est condamnée pour toute plateforme ? L'avenir le dira. À s'en tenir à la formule la plus pratiquée, celle d'UBER, la discussion est permise. Voilà, en effet, un travailleur qui n'est pas obligé de se tenir à la disposition de l'employeur qui, lui-même, n'est pas tenu de fournir du travail ! On peut toujours s'en tenir à la seule phase d'exécution pour déceler l'existence ou non d'une subordination juridique, mais on malmène l'économie du contrat de travail et le fait que le travailleur de plateforme assume un peu plus qu'un salarié le risque économique de son activité en décidant ou non de se connecter pour exercer son activité professionnelle. Cette situation hybride confirme la faiblesse de la dichotomie française (travailleur salarié/travailleur indépendant) comme le révèle le récent rapport de l'Institut Montaigne⁴². Il ne faut pas abandonner la voie d'un statut intermédiaire pour les travailleurs indépendants économiquement dépendants⁴³, qui pourrait, en l'espèce, résulter d'une négociation collective entre les représentants des travailleurs de plateformes et les représentants de ces dernières. On ne peut se contenter d'une charte facultative, comme le prévoit le projet de loi d'orientation des mobilités (LOM). Relever ce défi, c'est aussi relever le défi de la construction d'un droit de l'« activité professionnelle », au sommet duquel figurent des droits fondamentaux des travailleurs. Les soixante-et-un principes fondamentaux identifiés par la commission Badinter⁴⁴ s'inscrivent dans cette démarche. Ce socle commun de droits fondamentaux est complété par des *corpus* qui restent distincts (droit du travail, droit de la fonction publique, droit du travail indépendant), mais dont les convergences progressent. D'un nouveau droit du travail à un droit de l'activité professionnelle ? Ce point d'interrogation ne peut pas être gommé.

Jean-Denis Combrexelle

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci pour cette introduction très positive sur toutes les problématiques qui se posent. Je donne la parole à Madame Pécaut-Rivolier qui va témoigner de la vision du juge.

Laurence Pécaut-Rivolier

Conseillère à la chambre sociale de la Cour de Cassation

Merci M. le président. Le juge a incontestablement sa place dans les nouveaux défis du travail pour lesquels il est à la fois récepteur et acteur.

41 Ccass., ch. soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-20 079.

42 Institut Montaigne, *Travailleurs des plateformes : liberté oui, protection aussi*, avril 2019.

43 Voir le rapport que nous avons remis avec Jean-Christophe Sciberras au ministre du travail en 2008 (*Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*)

44 Rapport au Premier ministre du comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, janvier 2016.

1. Il en est « récepteur » car, bien évidemment, c'est le législateur qui, créant les règles de droit, impartit au juge sa mission. Or nous assistons, depuis quelques années, à un mouvement législatif clairement exprimé, qui appelle au retrait du juge et à une limitation du contentieux. C'est d'ailleurs un mouvement qui ne s'observe pas seulement en droit du travail. Comme le décrit Antoine Garapon, nous sommes en réalité pris dans un mouvement très général, dans tous les domaines du droit, qui s'inscrit dans une sorte de balancier. Il y a en effet des moments dans l'histoire du droit où l'on en appelle à un droit très protecteur, très présent et très fourni (droit de la consommation, droit du travail), puis à d'autres où l'on va avoir le sentiment que ce droit est peut-être excessif, trop pesant, insécurisant, voire infantilisant. Le législateur assouplit alors les règles et manifeste sa volonté que le juge soit plus en retrait. Lorsqu'il veut être sûr de l'effet qu'il recherche, il encadre strictement l'accès au juge. Cet effet balancier est particulièrement visible en droit du travail, davantage peut-être que dans les autres domaines. C'est visible parce qu'on est passé d'une position marquée par un ordre public social extrêmement pointilleux, où tout est normé de manière impérative, à un droit très souple, dans lequel la norme devient supplétive par rapport à d'autres interventions et la position du juge, de ce fait, recentrée sur la question du socle des droits essentiels. En cela, le juge est récepteur de la nouveauté, de l'impulsion donnée par le législateur.

2. Mais il en est également acteur, c'est-à-dire en position de prendre acte, de s'emparer des directives législatives pour repositionner son rôle. Pour cela, il doit d'abord regarder l'objectif poursuivi par le législateur, objectif bien décrit par les interventions précédentes et qui consiste à donner la main aux acteurs de terrain, à ceux qui vont devoir mettre en œuvre ce nouveau droit qui leur donne beaucoup plus de responsabilités et de liberté. Dans ce contexte, le juge doit déplacer sa vigilance du contenu du contrat ou de la convention vers ses conditions de négociation. Il est alors conduit à redoubler de vigilance à un niveau très en amont, en vérifiant que, dans le cadre des décisions qui sont prises, les acteurs ont bien tous les éléments leur permettant de prendre ces décisions de manière éclairée et en connaissance de cause. C'est ici que deux notions essentielles entrent en jeu, que le juge connaît déjà bien, et qui prennent une place centrale dans son office : le droit à l'information et la loyauté.

Le droit à l'information garantit la possibilité de prendre des décisions éclairées, dès lors que l'information est partagée et égale. Le principe de loyauté, absolument essentiel et transversal de notre droit du travail, trouve ici une acuité encore plus importante : la loyauté est la base même de la confiance, elle est garante de la solidité de tout édifice contractuel ou conventionnel et elle doit être préservée tout au long des rapports de travail, en constituer le guide.

Ces deux concepts sont assez interactifs puisque, par exemple, la jurisprudence admet traditionnellement que dans la mesure où les salariés sont destinataires d'une information qui est confidentielle, mais qui leur est nécessaire pour prendre leur décision, ils sont responsables de cette information qu'ils ne doivent pas diffuser, et dont ils doivent respecter le caractère confidentiel. Ainsi, dans un arrêt du 6 octobre 2017⁴⁵, la Cour de cassation a considéré que le fait de diffuser une

45 Ccass., ch. soc., 6 octobre 2017, pourvoi n° 16-14.385, inéd.



information donnée à titre confidentiel peut être constitutif d'une faute lourde, ce qui est assez rare en droit du travail. On sent bien qu'ici le rôle du juge est essentiel : tant mieux s'il n'est pas saisi, mais les parties savent qu'il peut à tout moment vérifier le respect des principes d'information et de loyauté, et cela ne peut que jouer favorablement pour garantir le bon déroulement des négociations. Ces deux concepts ont également l'avantage de la souplesse comme le souhaite le législateur, même s'ils en ont aussi l'inconvénient : le rôle du juge va être dépendant d'un certain nombre de circonstances pour lesquelles il est parfois difficile d'avoir une détermination *a priori* qui convienne dans toutes les situations. S'agissant du droit à l'information, il n'est pas difficile de trouver par bon sens qui en est redevable : c'est celui qui la détient. Mais en quoi consiste-t-elle et jusqu'où va-t-elle ? Un exemple particulièrement parlant de ce questionnement est la jurisprudence de la chambre sociale sur la consultation du comité d'entreprise depuis les réformes de 2015 et 2016. Le législateur a encadré très strictement les délais de consultation et les possibilités de contestation. Mais, selon la lettre du texte législatif, tout cet encadrement n'est valable que pour autant que les institutions représentatives du personnel reçoivent l'information qui leur permet de se prononcer utilement, sinon tout est vicié à la base. Tel est le sens des arrêts de la chambre sociale du 28 mars 2018 et du 3 octobre 2018, et plus récemment de l'arrêt du 26 février 2020 qui réorganise les délais contentieux en fonction de l'efficacité de l'information donnée⁴⁶.

Ces deux concepts ont également l'avantage de la souplesse : ils renvoient à la notion, dont le droit européen est à l'origine, d'utilité de la norme, qui constitue un second axe de réflexion sur le rôle du juge.

- Lorsque le législateur opte pour une approche souple au regard du cadre de l'ordre public social, il laisse toute liberté aux parties prenantes pour s'organiser et s'en remet nécessairement au juge pour vérifier que cette organisation s'opère dans le respect des grands principes et des droits fondamentaux. Cette notion d'*effet utile* nous vient du droit communautaire⁴⁷ : à l'occasion de l'interprétation d'une clause d'un traité, la Cour va s'appuyer sur l'effet utile qui est poursuivi par ceux qui sont à l'origine du traité, c'est-à-dire sur ce qui rend cette clause opérante pour répondre au but recherché. En droit du travail, cet effet utile va nécessairement être amené à se déployer avec la nouvelle législation : il va constituer la ligne directrice pour l'interprétation des accords et des conventions collectives. Nul doute que nous allons probablement être saisis encore plus qu'avant de cette question de l'interprétation, puisqu'il y aura de plus en plus de normes collectives et qu'elles vont être négociées au plus près du terrain. Cela sera probablement aussi le cas dès lors que, dans le cadre de la restructuration des branches, il y aura nécessité d'en réviser les accords collectifs qui nécessiteront également le regard du juge. J'en profite pour ajouter que, traditionnellement, la chambre sociale de la Cour de cassation, lorsqu'elle interprète pour la première fois une convention collective de branche ou l'une de ses clauses, publie systématiquement sa décision

46 Ccass., ch. soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 17-13.081 ; Ccass., ch. soc., 3 octobre 2018, pourvoi n° 17-20.301 et Ccass., ch. soc., 26 février 2020, pourvoi n° 18-22.759, PBRI.

47 Voir par exemple en matière d'égalité de traitement : Ccass., ch. soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-11.970.



de manière à ce que cela puisse valoir jurisprudence pour les mises en application de cette convention et, éventuellement, pour celles qui seraient rédigées de manière identique : cette démarche peut être utile aux négociateurs futurs en tant que socle pour la rédaction des accords et des conventions collectives.

- Cet effet utile va aussi être une ligne directrice pour fixer les bornes de la liberté : la limite, c'est que le résultat n'aboutisse pas aux objectifs recherchés, ou qu'il soit détourné de sa finalité. C'est ce contrôle qu'a opéré la Cour de cassation dans un arrêt du 19 décembre 2018 relatif au comité social et économique des entreprises (CSE)⁴⁸, livrant ainsi l'une des premières interprétations de la loi nouvelle. La question posée à la Cour était de savoir comment interpréter la disposition prévoyant qu'« *en l'absence d'accord* », l'employeur peut décider, de manière unilatérale, de la façon dont sont déterminés des établissements distincts pour établir les périmètres des CSE dans les entreprises. Le mot « en l'absence de » peut prêter à interprétation, il peut s'agir d'un « ou bien » comme d'un « à défaut ». Le guide de pensée de la Cour a été d'interpréter le terme à l'aune de l'objectif du législateur, de donner un effet utile à la nouvelle réglementation qui vise à ce que les institutions représentatives du personnel soient de plus en plus issues d'un droit négocié et mises en place aux termes de discussions des partenaires sociaux à l'intérieur de l'entreprise. Dès lors, il était parfaitement logique de considérer que ce mot « en l'absence de » signifiait que l'employeur devait d'abord avoir tenté une négociation loyale avant, éventuellement, de se résoudre à une décision unilatérale si cette négociation n'avait pas pu aboutir.

Telles sont les deux directions que prend le juge judiciaire dans sa réflexion actuelle qui vient juste de débiter : nous ne comptons en effet à ce jour que deux arrêts qui mettent en application les ordonnances de 2017, dans des domaines dans lesquels le recours au juge de cassation est très rapide, puisque qu'il intervient après décision du tribunal d'instance. Il s'agit donc encore d'une émergence de réflexion et certainement pas de son aboutissement. Que l'on soit très clair : le juge judiciaire n'a aucun souhait ni d'aller à l'encontre des évolutions souhaitées par le législateur, ni encore moins de créer un bras de fer pour défendre une position. Dans le cadre de sa mission générale, il est simplement là pour garantir le fonctionnement du système dans le respect des fondements du droit du travail. C'est ainsi qu'il pourra, de sa modeste place, contribuer à la sécurité de l'ensemble.

Jean-Denis Combrexelle

Président de la section du contentieux du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci pour cet exposé qui montre bien les conditions dans lesquelles, à la fois du côté du législateur, c'est-à-dire des réformes, et du côté du juge, il y a une sorte de mouvement commun qui pose un certain nombre de questions : il est important d'observer comment la jurisprudence et la loi s'accompagnent et évoluent vers une même finalité.

48 Ccass., ch. soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.665. Rapport annuel 2018, pp.184-185.

Je donne la parole à maître Lyon-Caen dont la particularité est d'avoir participé à de nombreuses commissions, dont la commission Badinter⁴⁹. Il est sans doute l'un des témoins privilégiés des réformes qui sont en cours. L'objet de sa contribution porte précisément sur ces évolutions législatives, avec une approche plus internationale de la matière.

Antoine Lyon-Caen

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

J'avais beaucoup d'options possibles pour aborder la perspective législative.

J'aurais pu montrer combien nous simplifions à l'excès l'évolution du droit légiféré du travail, en relevant que les évolutions historiques de la protection des travailleurs sont marquées par un amoindrissement de cet objectif. Jamais, en vérité, le droit du travail n'a eu cet objectif. Il s'agit d'une construction qui tient largement du mythe.

Rappelons que le droit du travail, s'il a une date de naissance légiférée, est constitué de textes qui encadrent la concurrence entre travailleurs : il ne s'agit donc pas exclusivement de protéger des travailleurs, mais également de protéger des entreprises. Parmi ses actes créateurs, et mise à part la loi de 1898⁵⁰, les décrets-lois « Millerand » de 1899 habilite les municipalités à imposer à ceux qui répondent à leurs appels d'offres le respect de conditions de travail et de niveaux de rémunérations. À l'époque, on ne parle pas encore de « minima » : le droit intervient ici pour éviter que certains travailleurs n'acceptent d'être payés à un montant inférieur à un certain seuil de rémunération, ce qui était de nature à déstabiliser les entreprises. L'idée que le droit du travail est protecteur des travailleurs reste cependant une idée très partagée : on a beau rappeler qu'il n'a pas cette dynamique, on persévère à le présenter comme ayant cette finalité. D'ailleurs, qui définit cette finalité ? De temps en temps le juge, mais peut-être est-il aussi victime de cette mythologie...

Il me semble qu'il existe deux catégories de défis, aussi importantes l'une que l'autre.

1. La première catégorie est constituée des défis que la loi se lance à elle-même. C'est un peu l'idée, précédemment évoquée par Paul-Henri Antonmattei, cet effort volontariste de la loi française de modifier le système des sources du droit, en confiant à la négociation un rôle plus important qu'à la loi prescriptive, et à la négociation d'entreprise un rôle plus important qu'à la négociation de branche. C'est ici un défi que la loi se lance à elle-même, car elle perdra son crédit si elle ne parvient pas aux résultats qu'elle s'assigne, et l'histoire montre un cimetière de bonnes intentions législatives intervenues au XX^e comme au XXI^e siècle. Il est aujourd'hui trop tôt pour apprécier si cet effort entrepris par le législateur depuis une quinzaine d'années a produit des résultats.

⁴⁹ Instituée fin 2015 dans le cadre du projet de réforme du droit du travail.

⁵⁰ Loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail.

La loi, de plus en plus, s'assigne des objectifs économiques et sociaux concrets. Nous sommes dans une phase, probablement liée à la sensibilité au problème du chômage et à la montée d'un économisme du droit triomphant, où le droit légiféré se veut d'abord instrumental ; il est en quête de résultats : faire reculer le chômage, assurer une égalité ou une meilleure distribution de certaines ressources, etc. Les normes sont justifiées par les objectifs qu'elles poursuivent et elles sont évaluées par les résultats auxquels elles parviennent, ce qui s'accompagne d'une montée de l'idéologie de l'évaluation tous azimuts. Il y a là un défi pour la loi : est-il possible de ne regarder le droit légiféré que dans sa dimension instrumentale, autrement dit, peut-on faire fi d'une dimension irréductible d'un système juridique, sa dimension axiologique, celle des valeurs auxquelles il est adossé ?

Je pense que nous assistons aujourd'hui à un certain retour de bâton que l'on peut aborder par l'exemple qui fâche. Depuis maintenant près de dix ans, le droit légiféré s'assigne en objectif de faire reculer la litigiosité, c'est-à-dire la partie des dissensions, des conflits qui vont se transformer en litiges devant le juge, avec toutes sortes de procédés : prescriptions écourtées, procédures compliquées, promotion de la volonté individuelle du salarié en droit du travail, démonstration par la loi que la saisine du juge n'apportera pas plus qu'une bonne ou mauvaise négociation, barémisation de l'indemnisation, etc. Cet objectif semble en passe de produire certains résultats, comme cela a été évoqué précédemment par M. le procureur général⁵¹ : le nombre de litiges prud'homaux est en recul.

Mais cette instrumentalisation du droit légiféré ne connaît-elle pas des limites ? Par exemple, peut-on sans dégât et sans réaction considérer que le travail est un simple bien évaluable ? Cela renvoie à l'image forte du barème : un licenciement injuste emporte par exemple réduction de l'activité professionnelle à trois mois, réduit donc le statut du travail à une simple somme d'argent et à un montant prédéterminé de salaire. La loi évacue ici totalement la dimension anthropologique du travail, à savoir que le travail permet de s'épanouir, d'avoir un statut social, de se reconnaître dans la société.

Aujourd'hui, l'appel aux normes internationales qui instituent des droits fondamentaux, et plus généralement à tous les instruments de protection des droits et libertés fondamentaux, constitue une sorte de signal. Il est dangereux et sans doute vain de pousser trop loin l'instrumentalisation du droit légiféré. Ce signal rappelle la nécessité de rechercher un équilibre entre les résultats à atteindre, sociaux comme économiques, que chaque gouvernement peut légitimement poursuivre. Il invite à ne pas oublier que le système juridique n'est pas simplement un système qui procure des ressources pour parvenir à certains résultats, mais qu'il existe aussi pour protéger des valeurs essentielles.

Le débat que je viens d'évoquer autour du barème existe aussi ailleurs : il a déjà eu lieu devant la cour constitutionnelle italienne qui, elle-même, assure l'application des conventions internationales, à la différence du Conseil constitutionnel français. Le juge constitutionnel italien, confronté à des lois tout aussi instrumentales que la loi française en matière de barème d'indemnisation des travailleurs injustement

51 Voir les propos introductifs de François Molins, procureur général près la Cour de cassation.



licenciés, fait appel à ces normes internationales qui assurent l'humanité même de notre système juridique. À travers une saine application d'un principe d'égalité, qui n'est pas tout à fait le même que celui que consacre le Conseil constitutionnel français mais s'inspire plutôt de celui de la Convention européenne des Droits de l'homme, et à travers également le respect dû à la dignité et à la liberté du travailleur, le système de barème italien a été, dans une large partie, mais pas complètement, gommé.

2. D'autres défis sont lancés par les pratiques sociales au droit légiféré. Par « pratiques sociales », j'entends celles qui se glissent dans les marges de liberté que le droit laisse aux employeurs : elles constituent ainsi autant d'usages du droit. À chaque fois que le système juridique évolue, d'autres usages voient le jour.

- La première de ces pratiques sociales massives qui mérite attention réside dans le développement de nouveaux modes d'organisation de « travail pour autrui », indépendant ou subordonné, qui prennent appui sur la diversité même des régimes juridiques du travail. Les plateformes de travail en sont l'illustration aujourd'hui la plus frappante. On aura noté que ce défi d'un droit du « travail pour autrui » est lancé à tous les systèmes juridiques et il repose sur deux éléments : d'une part la division irréductible entre le statut indépendant et le statut de subordonné ; et d'autre part, la valorisation du travail subordonné, c'est-à-dire l'attribution d'une valeur supérieure au travail salarié.

Je rappelle que les dirigeants des grandes entreprises rêvent d'être salariés ! Bientôt, tous les chauffeurs seront indépendants, mais les dirigeants resteront salariés. Il faudra assumer ce paradoxe. Le juge dispose d'un clavier limité pour faire face au développement de ces formes d'organisation qu'il ne peut appréhender que par des qualifications juridiques. Or le juge, à ma connaissance, n'est pas à même d'inventer une nouvelle catégorie : cela relève du législateur, même si en France il n'y a jamais eu de définition législative du travail subordonné. Néanmoins, le juge dispose d'une certaine marge ; celle qui lui permet, par exemple, de modifier l'acceptation du travail subordonné puisque la loi ne donne pas d'instruction particulière en la matière. Malgré tout, le travail subordonné reste une figure centrale de notre loi sociale et donc, pour inventer cette troisième catégorie ou pour réordonner le droit du travail pour autrui, une intervention législative sera toujours nécessaire. On attend alors du juge, qui peut se révéler plus habile que le législateur, des suggestions, c'est-à-dire des provocations. C'est dans la dénonciation ou dans le signalement de certaines élaborations qu'il peut alors remplir son rôle.

- La seconde de ces pratiques sociales, dont on ne parle pas en droit du travail, réside dans le développement de formes d'organisations qui débordent les formes sociétaires. Que faire du droit du capital, des formes d'exploitation du capital ? Il faut rappeler que le droit du travail est aussi celui qui a permis de penser le croisement du capital et du travail à travers l'entreprise qui en est le lieu de rencontre privilégié. L'entreprise d'aujourd'hui n'est pas celle de 1935 ou de 1973. Le législateur en a-t-il conscience ? Montre-t-il une sensibilité particulière à l'évolution des formes d'organisation du capital ? C'est aussi le sens de la question que posait le président



Combrexelle en évoquant la responsabilité sociale des entreprises, car nul ne doute que les entreprises savent très bien que les formes d'organisation ne sont plus exclusivement celles en considération desquelles a été conçu le code du travail. Les grandes entreprises évoquent aujourd'hui couramment leur chaîne de valeurs, c'est-à-dire cet ensemble constitué de la société tête de réseau ou dominante des filiales et sous-traitants.

Ce qui est tout à fait remarquable quand on s'arrête à l'importance de ces formes d'organisation modernes de la production de biens ou de services, c'est que le législateur reste très timide et n'en parle guère. Ce qui s'est fait dans les ordonnances de 2017 a plutôt eu pour effet de limiter l'inventivité du juge dans ce domaine, au nom de la sécurité promise aux entreprises. Cette question a été courageusement abordée en France une fois, par la loi du 27 mars 2017⁵² relative au devoir de vigilance des entreprises têtes de groupe ou têtes de réseau : elle établit pour la première fois une responsabilité, un devoir de vigilance d'une société mère située sur le territoire français à l'endroit de filiales et de sous-traitants ou prestataires de service réguliers.

C'est un défi majeur pour le législateur comme pour le juge d'organiser la prévention des atteintes aux droits fondamentaux et de s'engager dans une loi générale sur la responsabilité des pouvoirs privés pour les effets de leurs activités sur l'environnement et sur le travail. C'est en tous cas l'un des sujets qui retiendra l'attention dans les années qui viennent. Il n'y a pas de compréhension possible du droit nouveau du travail si l'on ne s'occupe pas conjointement du droit qui s'applique aux travailleurs et du droit qui s'applique aux organisations productives, c'est-à-dire au capital. Ce rappel n'aura pas le même écho partout, mais il était opportun de le faire.

Jean-Denis Combrexelle

Président de la section du contentieux du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

L'évolution sur l'instrumentalisation du droit n'est pas aussi linéaire qu'il y paraît. On peut, à ce titre, distinguer la loi « Aubry » sur les 35 heures de la loi « El Khomri », la première « instrumentalisant » le temps de travail à des fins d'emploi, alors que la loi seconde, s'agissant de la négociation sur le temps de travail, renvoie aux partenaires sociaux le soin de lui donner du sens. En réalité, tout le sens de l'évolution réside dans la recherche de ceux à qui il appartient de donner du sens. Est-ce toujours exclusivement au législateur, ou est-ce que les partenaires sociaux ont un rôle à jouer ?

Je donne la parole à Mme Vargha de l'Organisation internationale du travail (OIT) qui réfléchit beaucoup à toutes les questions qui ont été posées, et dont il est important d'avoir la vision internationale.

⁵² Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

C'est intéressant que vous ayez terminé sur le sens à donner à la réglementation, qu'elle soit réglementaire ou négociée, du temps de travail, car c'est le premier des thèmes que je souhaitais évoquer, et qui est le défi de la perte de la maîtrise du temps de travail. J'aborderai ensuite les plateformes numérisées et les nouvelles formes d'emploi qu'elles induisent, en essayant d'y apporter un regard complémentaire, et je terminerai en évoquant les attentes d'innovation du droit international du travail dont nous sommes saisis au niveau de l'OIT. Un certain nombre de ces attentes trouvent écho dans vos réalités françaises et se traduisent au niveau international.

Le défi de la perte de la maîtrise du temps de travail

La question du temps de travail a, à l'évidence, occupé une place historique importante dans l'histoire de l'OIT. Les instruments sur le temps de travail ont été parmi les instruments les plus importants ; ils ont eu une influence et un impact réels sur les législations et les pratiques de l'ensemble des États membres de l'OIT.

Récemment, en 2018, la commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations, commission indépendante composée de vingt juristes éminents du monde entier, a procédé à une étude comparative des législations et des pratiques des États membres de l'OIT, en vue d'évaluer la mise en œuvre de seize normes internationales du travail différentes sur cette thématique. Ils ont en particulier analysé l'impact des formes de travail à la demande, du travail sur appel, des autres formats typiques d'emploi, du télétravail, des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur l'organisation du temps de travail, sa durée et ses aménagements.

Pour dresser un panorama d'ensemble, ils ont noté en particulier que les évolutions des formes du travail et l'utilisation des technologies modernes ont, d'une part, modifié la démarcation entre les heures de travail et la période de repos et, d'autre part, entraîné des variations importantes de la durée du travail, réduit la prévisibilité des horaires du travail, ainsi que le pouvoir d'intervention des travailleurs sur l'aménagement de leur propre temps de travail. Elles ont inévitablement embrouillé en conséquence la frontière entre vie professionnelle et vie privée, affecté la santé des travailleurs et renforcé la disparité entre ceux qui travaillent un nombre d'heures excessif et ceux qui subissent un temps de travail réduit. D'après une étude du Bureau international du travail (BIT), un travailleur sur cinq qui travaille à temps réduit souhaiterait pouvoir travailler plus, ce qui démontre bien le caractère subi d'un certain nombre de ceux qui travaillent à temps réduit. La commission d'experts a bien évidemment formulé des recommandations⁵³ spécifiques par rapport à chacun de ces constats.

Je souhaiterais croiser le regard de cette commission avec celui de la commission mondiale sur l'avenir du travail qui s'est, elle, penchée sur deux problématiques

53 Voir les rapports de cette commission sur le site internet de l'OIT : www.ilo.org

particulières, non encore réglementées en tant que telles : d'une part, la perte de la maîtrise du temps de travail par les travailleurs et, d'autre part, la problématique dite des travailleurs « pauvres en temps ». La commission a élaboré des recommandations très précises qui portent sur l'aménagement de temps de travail innovant, pour donner aux travailleurs le choix de l'horaire, bien évidemment sous réserve des besoins de l'entreprise, notamment en matière de flexibilité. Elle a également appelé à une action urgente pour veiller à assurer la dignité des personnes qui travaillent sur appel. Une recommandation particulièrement intéressante formulée par cette commission porte sur l'adoption de réglementation assurant aux travailleurs un nombre minimal garanti d'heures de travail, ainsi qu'une compensation des horaires variables, telle qu'une majoration salariale pour un travail non garanti et la rémunération du temps d'attente pour les périodes durant lesquelles les travailleurs payés à l'heure sont sur appel.

Bien que le temps de travail en lui-même ne constitue pas, loin s'en faut, un nouveau défi, le renforcement de la maîtrise du temps de travail est certainement ce que l'on peut appeler un défi renouvelé du droit du travail. Et là je souhaiterais apporter un premier élément de réponse au questionnement sur le point d'interrogation de l'intitulé même de notre discussion : nouveaux défis ? Une partie de la réponse est qu'un certain nombre de défis sont renouvelés à l'aune des évolutions qu'ont entraînées les nouvelles formes d'organisation du travail et l'utilisation des technologies.

Les emplois dans l'économie numérisée par le biais des plateformes numériques

La tension dans la distinction entre travailleurs salariés et travailleurs indépendants s'est accrue avec ces nouvelles pratiques. C'est un phénomène qui se retrouve de façon globale, au-delà même de l'Europe. Ces nouvelles pratiques entraînent un questionnement sur la pertinence des critères traditionnellement utilisés pour distinguer une relation de travail. Des réflexions ont aussi été initiées sur les frontières du droit du travail et l'éventuelle nécessité d'aller au-delà de la seule réglementation et de la protection du contrat de travail et de l'individu.

La thématique sur laquelle je souhaiterais attirer votre attention porte plus sur la dimension internationale de ces plateformes numérisées. On se retrouve, dans des situations où les opérateurs de plateformes, les clients et les professionnels peuvent opérer à partir de pays fort différents. Cette dimension transnationale de la qualification de la relation en relation de travail ou relation commerciale est une complexité supplémentaire à celle évoquée jusque-là.

Sur ces thématiques précises, au vu des défis de requalification de la relation qui lie les clients, les professionnels et les opérateurs de plateformes, la commission mondiale sur l'avenir du travail a recommandé qu'un instrument de gouvernance internationale soit développé, pour réglementer le fonctionnement des plateformes, des opérateurs, des clients et des professionnels avec lesquels ils s'engagent.

Nous verrons bien si en juin 2019, lors de la conférence internationale du travail, les États membres de l'OIT reprendront cette idée. L'OIT sera très attentive à leur



réceptivité à cette proposition faite par la commission mondiale sur l'avenir du travail. J'espère que le Bureau entamera sur cette base un travail normatif sur une réglementation internationale des plateformes numérisées, au vu des différents enjeux qu'elles présentent.

Les attentes d'innovation du droit international du travail

Je souhaiterais évoquer en particulier la nécessité de réfléchir à comment assurer le bénéfice des droits au travail à l'ensemble des travailleurs, indépendamment de leur statut de travailleur salarié ou non. Sur cette thématique, la commission mondiale sur l'avenir du travail a fait une proposition intéressante : la création d'une garantie universelle pour les travailleurs, indépendamment de leur statut ou de l'existence d'une relation de travail. Pour eux, cette garantie universelle devrait comprendre, au-delà des droits fondamentaux au travail – qui sont la liberté syndicale, la négociation collective, l'absence de travail des enfants, de discrimination et de travail forcé – un certain nombre de conditions de travail de base : un salaire assurant des conditions convenables, la limitation du temps de travail et des lieux de travail sûrs et salubres. La commission mondiale recommande également que la thématique santé et sécurité au travail soit désormais considérée comme faisant partie du *corpus* des droits fondamentaux au travail.

Pour la commission mondiale, cette garantie universelle pour les travailleurs permettrait de réaliser enfin l'ambition qui est celle de l'OIT, telle que décrite dans sa déclaration de Philadelphie, d'innover pour assurer que les droits des travailleurs soient garantis au-delà de l'existence ou non d'une relation de travail.

Ces trois thématiques nous appellent, au niveau national comme international, à trouver des solutions innovantes. Nous verrons, en juin 2019, à quel point les États membres seront réceptifs à ces appels, pour régler au niveau international, au-delà des frontières traditionnelles du droit du travail.

Jean-Denis Combrexelle

Président de la section du contentieux du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci pour cette contribution qui montre une convergence entre les préoccupations nationales et celles de l'OIT.

Je donne maintenant la parole à la salle.





Échanges avec la salle

Question du public

La question à laquelle on est confronté quotidiennement est celle de l'état des acteurs, leur légitimité et leur attractivité vis-à-vis de ceux qu'ils représentent. Il y a eu des évolutions avec la loi de 2008 sur la représentativité syndicale (les seuils ont été remontés), mais tout cela est-il suffisant ? On reste confronté à un affaiblissement manifeste, à une dispersion ; les effets de la loi de 2008 se font sentir de façon extrêmement lente. Dans ce contexte, comment renforcer les acteurs, leur légitimité sur les seuils et sur le bénéfice du droit négocié ?

Paul-Henri Antonmattei

Ce défi est en effet majeur et les acteurs en ont bien conscience. La réforme de la représentativité syndicale est une étape importante, car l'audience électorale est devenue le critère phare de la représentativité. On peut certes toujours discuter de la pertinence des seuils retenus. Le pluralisme syndical ne permet toutefois pas d'être trop exigeant, et ce d'autant que la légitimité des accords est assurée par l'exigence majoritaire qui, au niveau de l'entreprise, s'est densifiée. Cette question est aussi celle de la dispersion syndicale. Comme le Conseil constitutionnel l'avait relevé, l'un des objectifs de la réforme de 2008 était de resserrer ce paysage. Le résultat n'est pas au rendez-vous. Il faut respecter le choix des électeurs.

Le renforcement que vous évoquez passe aussi par une meilleure reconnaissance du mandat et donc du parcours syndical. Les accords sur ce thème sont plus nombreux et plus consistants comme celui conclu chez EDF qui a reçu en 2018 le premier prix de l'accord collectif le plus innovant⁵⁴. La crise des vocations syndicales est aussi une crise plus large du mandat de représentation, constatée dans d'autres périmètres. La réussite du dialogue passe par un triple respect. C'est le respect de la direction de l'entreprise pour le mandat et ce qu'il représente dans la négociation collective et dans la relation avec le comité social et économique. C'est le respect également des organisations syndicales, dans l'exigence de renouvellement des générations : envoyer les meilleurs, les plus motivés et les mieux formés. C'est enfin le respect des salariés à l'égard du mandat. Or les enquêtes d'opinion ne sont pas très flatteuses pour ceux qui exercent des mandats de représentation du personnel. Au-delà de situations particulières, ce sont les évolutions normatives favorables au dialogue social qui ne sont pas encore bien comprises. La phase d'appropriation collective de ce nouveau droit du travail n'est pas encore achevée. Gare à l'illusion du référendum. La démocratie directe ne peut pas rivaliser avec la démocratie représentative : elle doit l'irriguer mais pas la concurrencer.

54 Prix remis en septembre 2018 par l'association Les Assises du droit social.

Corinne Vargha

En droit international du travail, ce sont des droits qui doivent bénéficier à tout travailleur, indépendamment de son statut de travailleur salarié ou non. Il est vrai qu'on pense, dans un premier temps, à une négociation collective dans une relation salariale bien établie, entreprise, branche et au niveau national. Une dimension particulière des défis que vous venez d'évoquer vise justement à déterminer comment étendre l'accès du droit à la liberté syndicale et à la négociation collective à l'ensemble des travailleurs qui ne sont pas des travailleurs salariés. Cette question se pose déjà, et se posera de plus en plus dans le cadre de l'économie numérisée. Cela représentera un vrai défi pour les acteurs, en tout cas pour les syndicats, de définir comment s'organiser pour créer une attractivité de leurs services, particulièrement pour ceux qui opèrent dans l'économie numérisée.

Antoine Lyon-Caen

Le contexte social a une importance cardinale. Pour que les ambitions législatives reçoivent une traduction rapide, il faut qu'existe un minimum de confiance dans le système ; ce système qu'on appelait le système de relations professionnelles. La confiance doit beaucoup aux pratiques des entreprises et à leur perception. Certaines décisions, telles les fermetures brutales d'entreprises sans négociation préalable sérieuse, ont des effets au-delà des entreprises et des travailleurs concernés. Les dirigeants doivent avoir conscience que ce qu'ils font a des échos au-delà de leurs entreprises. L'exemplarité n'est pas un vain mot.

La négociation de branche pose d'autres problèmes. Il en existe des spécialistes, les professionnels de la négociation de branche. Leurs activités ne se déroulent pas sans le regard du public. L'exemplarité ne les concerne guère.

Encore une remarque. Les syndicalistes, expérimentés dans la négociation collective, ne sont pas légion. Ce qu'ils consacrent en cette époque à la négociation de branche, et à sa restructuration, ils le retirent à l'appui à la négociation d'entreprise.

Jean-Denis Combrexelle

En lien avec tout ce qui a été dit, en matière de droit social et de négociation, les juristes ont une responsabilité particulière. Le cadre juridique est certes essentiel, mais le juriste n'est pas là simplement pour interdire une action au motif que tel ou tel arrêt a été rendu. Il est là aussi pour innover et pour donner du sens, notamment en matière de négociation.

Sur la démocratie directe évoquée par le professeur Antonmattei, il n'y pas que la base qui est partisane de cette forme de démocratie. Dans le management de certaines grandes entreprises, des personnes ont un discours extrêmement péjoratif sur les syndicats. Donc bien sûr, il y a la responsabilité des syndicats, et certains réfléchissent beaucoup plus qu'on ne le pense à ces questions, mais se pose aussi la question du management. Henri Bergeron de Force Ouvrière parlait toujours de « grain à moudre ». Autrement dit, pour que la négociation ait du sens, pour que les syndicats soient légitimes, cela suppose que cette négociation apporte quelque chose. Pour cela, il y a la responsabilité syndicale, mais aussi celle du management.

En outre, dans certaines grandes entreprises, le dialogue social est conçu davantage comme une obligation contenue dans le code du travail que comme quelque chose qui peut apporter une véritable plus-value économique et sociale à l'entreprise. Il y a donc un enjeu commun. Et se retrouver dans un système de démocratie directe pourrait être extrêmement destructeur pour notre modèle social.

Question du public

J'ai une remarque et une question sur l'interprétation des accords collectifs. Ma remarque est une petite réticence à utiliser la notion d'« effet utile » pour interpréter un accord collectif, car il s'agit d'une notion que la Cour de justice de l'Union européenne a dégagée pour l'interprétation des règlements, des directives, ou des textes normatifs. C'est une notion que l'on utilise d'ailleurs souvent pour interpréter des lois nationales. L'accord collectif est un contrat. Il me semble donc que le mode d'interprétation est plutôt l'intention commune des parties. D'ailleurs, dans la jurisprudence du Conseil d'État sur les arrêtés d'extension, quand il existe une clause illégale et que l'on s'interroge pour savoir si cette clause est détachable, ou si son illégalité doit entraîner la nullité de l'ensemble de la convention, c'est bien l'intention des parties que l'on recherche. Cela amène une question. Le rapport de Virville⁵⁵ comportait une suggestion assez consensuelle, elle-même reprise d'un rapport de la Cour de cassation : en cas de difficulté d'interprétation d'une convention collective, le juge pouvait saisir la commission d'interprétation de cette convention⁵⁶. Je crois me rappeler qu'un texte réglementaire avait été pris pour mettre en œuvre cette procédure. Est-elle utilisée en pratique ?

55 De Virville, *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, janvier 2004.

56 Une commission permanente paritaire de négociation et d'interprétation est instituée dans chaque branche. L'article 24 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnel modifie l'article L. 2232-9 du code du travail afin de prévoir la mise en place, par accord ou convention dans chaque branche, d'une commission permanente paritaire de négociation et d'interprétation. Cette commission a, notamment, pour mission d'établir un rapport annuel d'activité comprenant un bilan des accords collectifs d'entreprise relatifs à la durée du travail, au travail à temps partiel et intermittent, aux congés et au compte épargne-temps. Le décret n° 2016-1556 du 18 novembre 2016 vient préciser les conditions dans lesquelles ces conventions et accords d'entreprise sont transmis à la commission permanente paritaire de négociation et d'interprétation. (source : <https://travail-emploi.gouv.fr>)

Laurence Pécaut-Rivolier

Tout un faisceau d'indications permettent d'interpréter un accord. L'intention des parties dans l'interprétation d'un accord n'est pas toujours évidente. Cet aspect sera développé dans la seconde table ronde, donc je m'arrêterai là. En ce qui concerne la commission d'interprétation, les textes permettent en effet de faire une demande d'avis des juges du fond vers des commissions d'interprétation, mais nous n'avons jamais eu de retour vers la Cour de cassation de l'utilisation de cette procédure.

Paul-Henri Antonmattei

Je souhaiterais revenir sur la notion d'exemplarité des dirigeants qui est essentielle. J'ai rencontré des personnes pour qui le social était la dernière roue du carrosse, et pour qui aujourd'hui les choses ont changé grâce aux dispositifs d'organisation accessibles par l'accord collectif. Ce n'est pas tant un système de valeurs qui déclenche l'appétence pour le social, mais plutôt un mécanisme d'organisation des relations de travail qui conduit à une adaptation économique et sociale plus pertinente. Mais il y a encore un gros travail à faire. Je voudrais aussi évoquer la loi « PACTE » sur la modification du contrat de société et l'introduction de la prise en considération sociale et environnementale. On peut faire le lien entre diverses interventions et défis et ce qu'en fera le juge. Ceux qui s'opposent, côté patronal, à la modification de la définition du contrat de société et à l'introduction de la prise en considération du social et de l'environnemental, ouvrent la voie à la judiciarisation de demain pour neutraliser des décisions de gestion. Je pose la question à maître Lyon-Caen : comment voyez-vous ce nouveau défi qui nous vient de cette loi « PACTE » ?

Antoine Lyon-Caen

Je ne reviendrai pas sur les origines, ni la teneur du rapport Notat-Senard⁵⁷. Ce rapport a débouché sur une modification de l'article 1833 du Code civil. Selon le texte nouveau, d'une rédaction subtile, la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. La glose est toujours instructive. L'intérêt social est distinct de l'intérêt des associés, disent certains. D'autres prétendent que cette expression était déjà de droit positif et qu'ainsi rien ne change. Un tel texte va donc susciter beaucoup de littérature. La question fondamentale, qui a été au cœur de cet épisode de mutation du droit des sociétés, est celle de savoir quel est le guide d'action des dirigeants. N'est pas directement en cause la validité des délibérations ou décisions d'assemblées générales ou des conseils d'administration. Le point sensible est le guide normatif des dirigeants et donc leur responsabilité. Au nom de quoi sont-ils supposés décider ? Depuis un demi-siècle maintenant, une vulgate s'est répandue, puisée dans un célèbre article de Milton Friedman :

⁵⁷ N. Notat et J.-D. Senard, *L'Entreprise, objet d'intérêt collectif*, rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, 9 mars 2018.

l'entreprise est la propriété des associés et doit donc être gérée dans leur intérêt. Cette conception de la gestion, qui n'a pas de fondement juridique, puisque la propriété d'un actionnaire se limite à son action, mais procède d'une vision particulière du monde, a conduit à des ravages, en même temps qu'à des enrichissements de nombre de dirigeants notamment, intéressés à l'évolution de la valeur des actions. Il n'est pas sûr que le monde patronal français soit très à l'aise avec cette vulgate, M. Senard, l'un des co-rapporteurs, a dit clairement que l'avenir du capitalisme passait par une révision des guides d'action des dirigeants. Il est partisan d'un changement : les associés ne sont pas les seuls auxquels les dirigeants doivent veiller. Ce n'est pas dire que les intérêts des différents participants sont nécessairement convergents. Des contradictions, des tensions existent, mais le dirigeant a la mission de les prendre en compte. Si l'on entend donner un sens positif au changement législatif, il est d'insuffler une vision renouvelée de la responsabilité des dirigeants. Cela n'intéresse pas que le droit social. L'entreprise est concernée. Il a d'ailleurs été ajouté au texte que doivent être pris en compte les effets des décisions sur l'environnement. C'est une incitation à la réflexivité, à un examen des effets avant toute prise de décision. Il ne faut sans doute pas en attendre une modification profonde de la responsabilité des dirigeants. L'indifférence aux effets des décisions révèle néanmoins le dirigeant qui ne mérite pas de l'être. À terme toutefois, la responsabilité des dirigeants pourrait donner lieu à des appréciations plus sociales de l'emploi, de la santé et de l'environnement.

Le rapport proposait de distinguer ceux qui investissent dans l'entreprise et prennent des risques, les apporteurs de capitaux, les apporteurs de leur travail et ceux qui sont intéressés au sort de l'entreprise et affectés par les décisions.

Cette distinction justifierait un changement dans la composition des conseils d'administration ou de surveillance, de telle sorte que les salariés y aient un poids plus ou moins équivalant à celui des associés.

Dans les réflexions et évolutions qu'appelle l'organisation des pouvoirs dans l'entreprise, l'expérience du droit public peut fournir des pistes. L'organisation de l'entreprise publique ménage, en effet, la coexistence de divers intérêts. Le droit des sociétés aurait à gagner s'il était plus sensible à la façon dont le droit public a conçu la coordination des intérêts.

Question du public

Vous parliez de la révolution opérée par les ordonnances « Macron » qui ont réformé le droit du travail en 2017. Mais il y a aussi une révolution à laquelle on ne s'attendait pas en matière d'articulation des normes. Il nous semblait que le rôle de la branche était sanctuarisé dans un certain nombre de matières, notamment en termes de définition des rémunérations minimales hiérarchiques. Or la pratique révèle un problème d'interprétation de cette notion qui pourrait conduire, dans le cadre des extensions, à remettre en cause la définition du bloc 1 de l'ordre public conventionnel de branche. Il y a quelques divergences

d'interprétation à ce stade entre le Gouvernement et les organisations syndicales et patronales, qui pour leur part convergent sur ce point et souhaitent préserver la portée et l'effet protecteur des rémunérations minimales hiérarchiques de branche. Ces problèmes d'interprétation assez inattendus commencent à surgir sur la définition des différents blocs qui relèvent ou non de l'ordre public conventionnel de branche ou de la liberté de négociation dans les entreprises. Cette question alerte et inquiète terriblement les négociateurs au niveau des branches professionnelles. Qu'en pensez-vous ?

Paul-Henri Antonmattei

La réponse à cette question est très simple. Il suffit de se tourner vers ceux qui ont rédigé les ordonnances. Il y a bien entendu place à l'interprétation, ce qui veut dire que la rédaction de « salaires minima hiérarchiques »⁵⁸ peut poser débat. Je rappelle que la circulaire de 2004⁵⁹ avait défini les salaires minima hiérarchiques. Quand on se rapporte à cette définition de 2004, qui n'a pas changé, les revenus minimum – RMG ou RAG – ne sont pas compris.

Il y a d'autres difficultés d'interprétation notamment sur ce que l'accord d'entreprise peut faire au titre des « garanties au moins équivalentes » et sur les thèmes ouverts, parmi les treize, à l'accord d'entreprise. Il y a une forte controverse : est-ce que ce sont les treize thèmes ou simplement ceux où il n'y a pas compétence exclusive de la branche ? La direction générale du travail a pris position dans le rapport 2017 de la négociation collective⁶⁰ en disant que lorsque la branche a compétence exclusive, par exemple en matière de période d'essai ou de contrat de chantier, il n'est pas question que l'accord d'entreprise intervienne, même pour mettre en place des garanties au moins équivalentes. D'autres auteurs ont exprimé une position contraire.

Il est préférable, dans un premier temps, que l'accord d'entreprise respecte le sanctuaire normatif de la branche et n'use pas trop de cette dérogation offerte par le jeu des garanties au moins équivalentes. Son territoire est vaste et la primauté de principe dont il bénéficie devrait suffire. Mieux vaut aussi valoriser cette nouvelle articulation branche/entreprise par la recherche de nouvelles complémentarités.

Jean-Denis Combrexelle

Je souhaiterais préciser qu'effectivement il y a le juge, mais avant lui il y a le directeur général du travail et son ministère qui jouent un rôle extrêmement important en matière d'accords de branche. Par ailleurs, lorsque les ordonnances ont été promulguées, la volonté n'était pas de modifier d'une quelconque façon les compétences des accords de branche, notamment en matière de salaire.

58 Article L. 2253-1 1° du code du travail.

59 Circulaire du 22 septembre 2004 relative au titre II de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social.

60 *La négociation collective en 2017 - Bilan et rapports*, direction générale du travail.

En revanche, j'insiste sur l'importance de la question de la restructuration des branches. Lorsqu'ont été passées les lois du 8 août 2016 et les ordonnances « Macron », certains articles de doctrine ont écrit que la loi donnait préférence à l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche. Il n'y a en réalité aucune volonté de mettre l'accord de branche en seconde position, c'est une question de répartition entre ce qui relève de la branche et ce qui relève de l'accord d'entreprise.

Les menaces qui pèsent sur les accords de branche ne relèvent pas de la loi, mais des branches elles-mêmes. Si ces branches n'ont pas la capacité de négocier sur des sujets extrêmement importants en matière de conditions de travail, d'égalité salariale, etc., alors elles sont en danger. C'est là tout l'enjeu de la restructuration. Le vrai sujet est donc de savoir si nous avons des branches qui, comme dans d'autres pays, ont la capacité de négocier. Le problème n'est donc pas le bloc 1 ou le bloc 2 en eux-mêmes, mais il est de savoir si les branches, aussi bien côté patronal que syndical, ont la capacité de nourrir ces blocs. C'est cela le véritable enjeu, et elles sont véritablement en danger si tel n'est pas le cas. Mais ce danger ne viendra pas de la loi, ni du Gouvernement.

Antoine Lyon-Caen

La restructuration des branches est une question très délicate, car elle met en présence des branches totalement étrangères les unes aux autres. Elles n'ont ni histoire, ni expérience, ni référence, ni même de nomenclature d'emplois commune. Il faut donc faire attention. Le volontarisme dans ce domaine atteint vite ses limites. C'est un processus qui oblige à des acclimations extrêmement complexes.

On prend souvent l'exemple du système des branches allemandes où les syndicats sont maintenant regroupés en cinq fédérations et où il existe des conventions collectives qui couvrent des secteurs de quatre à six millions de travailleurs. Mais on oublie que la convention collective allemande n'a pas la même richesse que la convention « à la française ». En effet, la plupart des sujets délicats relève de la co-détermination du conseil d'établissement. Dans le système français, on essaye de donner une véritable consistance à une convention collective de branche, sans savoir que pour la lui donner il faudrait analyser quel est le rôle au regard de la négociation de branche des comités sociaux et économiques. Or, comme ils n'ont pas de pouvoir de décision, nous sommes dans un contexte qui ne permet pas des comparaisons utiles. La démarche française – restructuration des branches sans tenir compte de la faiblesse des niveaux de négociation inférieurs – est très originale. Elle demande du temps et surtout une véritable expérimentation. Je regrette que l'on ne se donne pas une dizaine d'années pour voir quel est le rythme nécessaire et quels types de résultats nous pourrions en attendre.

Jean-Denis Combrexelle

Derrière la question de la restructuration des branches, il y a aussi celle de la gestion de l'emploi. Par exemple, en matière de restructuration des branches du spectacle, quand on a dit aux salariés du théâtre privé et à ceux du cirque qu'ils allaient être dans la même branche, le directeur général du travail a eu un moment de solitude ! Parce que ce dont on se rend compte après, c'est que l'on parle de retraite, de qualité de l'emploi, mais que l'on ne peut pas travailler dans un cirque jusqu'à soixante ans. Il faut donc accepter qu'il y ait des possibilités de parcours d'emploi qui vont du cirque au théâtre, cela peut avoir du sens pour les partenaires sociaux et pour les salariés.

Jean-Denis Combrexelle

*Président de la section du contentieux du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Je remercie les intervenants pour la qualité de leurs exposés durant cette première table ronde et le public pour sa participation active à cette séance.

Je rappelle que nous sommes installés pour ce colloque au sein de la salle d'assemblée générale du Conseil d'État, où sont notamment étudiés les textes sociaux en présence des administrations, dont le directeur général du travail et le délégué à l'emploi.

L'accord collectif et le juge

Cette deuxième table ronde pose la question, compte tenu de la place nouvelle conférée par le législateur à l'accord collectif dans le droit du travail français, du rôle que le juge peut encore avoir en matière de négociation collective et du regard qu'il doit alors lui porter.

Pour cela, la table ronde abordera d'abord la réalité des négociations collectives. Il sera ensuite évoqué le rôle du juge depuis la perspective du juge administratif, avant d'interroger l'organisation du système conventionnel par le juge, notamment par l'articulation des différents actes.

C'est, au final, autour de la question de la confiance que la table ronde sera conduite à s'interroger. Confiance envers les partenaires sociaux, confiance *entre* partenaires sociaux, confiance envers le juge. De l'existence de cette confiance dépend largement la réponse à la question de l'accord collectif et du juge.

Sommaire

Biographie des intervenants	57
Actes.....	59
Échanges avec la salle	81





Biographie des intervenants

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

Modérateur

Bruno Cathala

Président de la chambre sociale de la Cour de cassation

Bruno Cathala commence sa carrière de magistrat en tant que juge des enfants (tribunaux de grande Instance de Rouen puis de Nîmes, de 1981 à 1987). Il est ensuite nommé à l'École nationale de la magistrature pour enseigner aux futurs magistrats la fonction de juge des enfants (1987-1990). Il devient alors président du tribunal de grande instance de Montargis (1990-1994). Il effectue un passage au ministère de la justice, en qualité de sous-directeur de la protection judiciaire de la jeunesse (1994-1996). Puis, après avoir servi en qualité de vice-président du tribunal de grande instance de Créteil (1996-1999), Bruno Cathala est nommé inspecteur des services judiciaires (1999-2001). Après avoir occupé le poste de greffier adjoint au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (2001-2002), il rejoint à la Cour pénale internationale. Il est nommé par la première session de l'Assemblée des États Parties au statut de la Cour, le 9 septembre 2002, directeur des services communs, devenant ainsi le premier fonctionnaire recruté par cette organisation. Il est élu par la suite greffier de la Cour pénale internationale le 24 juin 2003 pour un mandat de cinq ans. À son retour en France, après sept années passées au service de la justice pénale internationale, il est nommé président du tribunal de grande instance d'Evry (avril 2008), premier président de la cour d'appel de Douai (septembre 2014), conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation (septembre 2017), et président de la chambre sociale de la Cour de cassation (novembre 2018).

Intervenants

Erwan Guillon

Directeur des ressources humaines, groupe Legris Industries

Après une formation en droit social à l'université Panthéon-Assas (DESS en droit et pratique des relations de travail), Erwan Guillon a débuté sa carrière en tant que juriste en droit social rattaché à la direction juridique d'Air France. Il a par la suite intégré le groupe Thomson CSF, devenu Thales, au sein duquel il a exercé successivement les fonctions de juriste droit social/chargé de relations sociales au sein de la DRH d'une des cinq branches du groupe, puis au sein de la direction des ressources humaines du groupe, et enfin de DRH d'une des filiales du groupe en France. Ces années lui ont permis de se rapprocher à la fois du juge et de la matière contentieuse et de la pratique des relations collectives de travail, notamment la négociation. Les sujets ou les thèmes sur lesquels il a été amené à travailler

couvrent tous les domaines du droit du travail : les réorganisations, les opérations de cession et/ou d'acquisition, la durée du travail, l'égalité professionnelle, la mise en place d'instance de représentation du personnel au niveau national ou communautaire, etc. Depuis 2008, il occupe des fonctions similaires (directeur du développement social puis directeur des ressources humaines) au sein du groupe Legris Industries. Les relations avec les instances de représentation du personnel au niveau du groupe (comité de société européenne), la négociation d'accord de groupe et l'accompagnement de certaines négociations d'entreprises représentent une partie importante de ses fonctions.

Pascale Fombeur

Présidente de la 1^{re} chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

Diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris, ancienne élève de l'École nationale d'administration, Pascale Fombeur intègre le Conseil d'État en 1994, au sein de la section du contentieux, puis de la section sociale. Elle y exerce ensuite les fonctions de coresponsable du centre de documentation en 1998 et 1999, de commissaire du gouvernement auprès de la 1^{re} sous-section du contentieux de 2000 à 2003 et de secrétaire générale adjointe, chargée de la gestion des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, de 2003 à 2007. En 2007, elle devient directrice des affaires civiles et du sceau au ministère de la justice. Réintégrant le Conseil d'État en 2010, elle y est nommée présidente de la 1^{re} chambre de la section du contentieux en 2013. Elle est par ailleurs membre du conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine.

Jean-François Cesaro

Professeur de droit à l'université Panthéon-Assas

Agrégé de droit privé et de sciences criminelles, le professeur Jean-François Cesaro est professeur de droit privé à l'université Panthéon-Assas, directeur du Laboratoire de droit social et directeur du Master Droit et pratique des relations du travail (DPRT). Il enseigne le droit du travail qui constitue sa principale spécialité, mais, dans la continuité de sa thèse généraliste consacrée au doute en droit privé, il a également enseigné, de la première à la dernière année du parcours de formation universitaire, le droit commercial, le droit des assurances, le droit des obligations, l'introduction au droit, le droit de la condition civile du patrimoine et le droit des activités des entreprises. Le professeur Cesaro est coauteur (avec les professeurs Martinon et Teyssié) d'un ouvrage consacré aux relations individuelles de travail, l'un des annotateurs du code de la consommation (LexisNexis), directeur scientifique d'une étude sur l'égalité pour le cercle du droit social de l'entreprise. Il a été le correspondant scientifique pour l'établissement du rapport de la Cour de cassation consacré à la preuve en 2012 et, en 2015, a été chargé par le ministre du travail d'un rapport portant diverses propositions pour le droit du renouvellement et de l'extinction des conventions et accords collectifs.



Actes - L'accord collectif et le juge

Bruno Cathala

*Président de la chambre sociale de la Cour de cassation,
modérateur de la table ronde*

Jean Pisani-Ferry, dans son avant-propos au rapport de Jean-Denis Combrexelle écrivait : « *C'est la voie de la judiciarisation du social qui a aujourd'hui le vent en poupe dans les économies avancées* »⁶¹. J'ai beaucoup de respect pour Jean Pisani-Ferry, mais les juges, qu'ils soient constitutionnels, administratifs ou judiciaires, n'interviennent que quand ils sont saisis. La judiciarisation du social n'est pas le fait des juges, elle est le fait des parties. Autrement dit, pour qu'un juge soit confronté à un accord collectif, il faut, et c'est une condition nécessaire, que les parties refusent un état de fait. Sans conflit autour d'un accord collectif, il n'y a pas de juge. M. Pisani-Ferry continuait : « *L'observation indique cependant que si celle-ci fonctionne, elle n'est pas sans inconvénients (...) elle n'est tout d'abord pas génératrice de simplicité. Il n'est pas certain non plus qu'elle garantisse une réponse adéquate à la variété des situations : les juges ne sont pas les mieux à même d'apprécier la diversité des réalités du terrain économique et social. Quant à laisser la main au chef d'entreprise, cela reviendrait à tout sacrifier à la souplesse* ». Tout cela apparaît de bon sens. La problématique est bien posée. Mais ces quelques lignes permettent immédiatement de comprendre que si les rédacteurs plaident pour une solution génératrice de simplicité, la réponse en elle-même n'est sans doute pas aussi simple. Gageons que si elle avait été simple, il y a une telle intelligence collective autour des tables de négociation que l'on ne se poserait déjà plus la question depuis bien longtemps.

La présente table ronde est là pour envisager les solutions de cet entre-deux renouvelé que M. Pisani-Ferry appelle de ses vœux. Mais les embuches sont nombreuses. Les branches ne redeviendront des lieux de régulation active que si leur nombre est drastiquement réduit. L'enrichissement de la négociation d'entreprise peut buter sur l'impréparation des acteurs patronaux et syndicaux. Il faut trouver des solutions appropriées au cas des petites entreprises qui ont du mal à constituer des espaces de négociation autonomes. À l'orée de cette table ronde, je souhaiterais rappeler quelques éléments de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation en cette matière. Il faut prendre ces éléments en considération, en fonction de l'évolution considérable de la législation depuis 2004. En cette matière, où en est-on ?

Le juge naturel des conventions collectives est le juge judiciaire, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, mais il n'est pas le seul. Le juge constitutionnel est également impliqué, et surtout le juge administratif comme l'expliquera la présidente Fombeur. On peut d'ores et déjà dire que ce sujet fait l'objet d'un

61 J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport au Premier ministre, septembre 2015.

dialogue constant entre nos deux juridictions, tant sur la question des frontières de nos interventions que sur le respect mutuel de nos jurisprudences dont nous parlons ensemble.

1. Le contrôle du judiciaire sur les accords collectifs porte, d'abord, sur les conditions ayant mené à l'accord collectif. Il a été souligné précédemment que la loyauté, comme l'a rappelé récemment la Cour de cassation, était au centre de la question des accords collectifs. Il porte aussi sur la légitimité des producteurs de normes et notamment sur la question de la représentativité syndicale. Il y a également un contrôle de légalité. L'accord collectif ne pouvant pas porter sur un domaine qui relève du domaine de la loi, il ne peut pas contenir de stipulations contraires à l'ordre public, ni porter atteinte aux droits fondamentaux. Enfin, il ne faut pas oublier que le juge judiciaire est aussi le juge pénal, et que celui-ci contrôle aussi, dans une toute petite mesure, les accords collectifs. L'intensité de ce contrôle a évolué. La jurisprudence a notamment reconnu aux accords collectifs, dans ses arrêts du 27 janvier 2015⁶², une place spécifique qui justifie des modalités de contrôle particulier en matière d'égalité de traitement. Et l'arrêt du 3 avril 2019⁶³ n'a absolument rien modifié à cette jurisprudence, quoiqu'il ait été dit ici ou là. Cette jurisprudence est liée à l'évolution de la loi qui a créé des critères spécifiques de la représentativité des organisations syndicales (loi de 2008⁶⁴), de la représentativité patronale (loi de 2014⁶⁵) et des conditions de signature d'un accord collectif. La jurisprudence a ainsi institué une présomption de justification des différences de traitement dans les cas où l'objectivation ressort des situations prises en considération : différence entre catégories professionnelles, différence entre salariés exerçant au sein d'une même catégorie professionnelle des fonctions distinctes, différence entre salariés appartenant dans la même entreprise à des établissements distincts, etc. Autrement dit, la plupart des présomptions posées concernent des hypothèses dans lesquelles le juge a pu exercer, en amont, un contrôle sur la différence objective des situations. C'est cela qui est fondamental, notamment parce que ces situations étaient définies par des accords collectifs.

2. La deuxième question qui se pose en matière d'accords collectifs est celle de l'interprétation. Il appartient au juge judiciaire d'interpréter les conventions collectives. C'est une vieille jurisprudence. Le mode d'interprétation a quant à lui été fixé par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation de 2015⁶⁶. La convention collective, si elle manque de clarté, doit être interprétée comme la loi, c'est-à-dire d'abord en respectant la lettre du texte, ensuite en tenant compte d'un éventuel texte législatif ayant le même objet et, en dernier recours, en utilisant la méthode téléologique consistant à rechercher l'objectif social du texte. Il y a aussi une concurrence des interprètes. L'avis donné par une commission paritaire, a-t-on

62 Ccass., ch. soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773 et 13-14.908, *Bull.* 2015, V, n° 8 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22-179, *Bull.* 2015, V, n° 9 ; Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.437, *Bull.* 2015, V, n° 10.

63 Ccass., ch. soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-11.970.

64 Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

65 Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

66 Ccass., Ass. plén., 23 octobre 2015, pourvoi n° 13-25.279, *Bull.* 2015, Ass. plén., n° 6.



jugé, ne lie pas le juge auquel il appartient de trancher le litige. Ce sont tous les éléments qui sont aujourd'hui constants.

Les questions qui se posent seront débattues dans cette table ronde entre un praticien de la négociation collective, la présidente d'une chambre de la section du contentieux du Conseil d'État et un professeur de droit.

Il va falloir se poser la question du contrôle. Doit-il évoluer à partir du moment où, par exemple, l'on passe d'un ordre public social à un ordre public qui est plus un ordre public de droit commun ? Comment le juge, garant de la situation personnelle de chaque salarié, peut-il être assuré que la négociation collective a bien pris en compte l'ensemble des intérêts de l'entreprise et de ses salariés ? La négociation, et ça lui est inhérent, n'a-t-elle pas tendance à trouver des compromis faisant peu de cas des situations spécifiques ? À cet égard, je me souviens d'une formule onusienne sur la notion d'« ambiguïté constructive ». Pourquoi pas ? Mais cela nécessite évidemment d'avoir un tiers qui l'explique.

Les entreprises et les syndicats sont-ils outillés pour mettre en place une négociation sincère, loyale et informée ? *Quid* des observatoires départementaux d'analyse et d'appui au dialogue social et à la négociation, dont la description et le rôle apparaissent sur le site des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Direccte), mais sans qu'il semble, en tout cas aujourd'hui, exister de réelles expériences ?

Quid des conditions de validité des accords collectifs ? Et de la question de l'interprétation, notamment allons-nous modifier la méthode d'interprétation des conventions collectives, eu égard à l'apparition des préambules ? Ces préambules vont-ils changer la donne ?

Enfin, quel rôle respectif pour le juge et pour les commissions paritaires permanentes de négociation et d'interprétation créés par la loi du 8 août 2016⁶⁷, alors que rien n'est spécialement prévu à cet effet ?

Voilà les différentes questions qui vont être abordées par nos intervenants. Nous commençons par M. Guillon, directeur des ressources humaines du groupe Legris Industries et praticien de la négociation collective.

Erwan Guillon

Directeur des ressources humaines du groupe Legris Industries

Merci M. le président. Le cahier des charges était ambitieux ! Vous m'avez demandé de présenter aujourd'hui la réalité des négociations collectives et comment je voyais, en positif comme en négatif, l'intervention du juge dans les accords collectifs.

Je ne sais pas s'il existe une réalité de l'accord collectif ou de la négociation collective. Je pense qu'elle est heureusement diverse, aussi je vous présenterai

⁶⁷ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

humblement une réalité, la mienne, celle que j'ai vécue et que je vis au quotidien. Je ne reviens pas sur mon parcours qui est celui d'un juriste spécialisé en droit social, entré par cette voie d'abord dans les relations sociales, puis ensuite dans les ressources humaines. Finalement, après ces années d'expérience, deux sujets me paraissent déterminants en matière d'accord collectif. Tout d'abord celui de la confiance qu'il nécessite, et ensuite celui du contrôle qu'il engendre.

1. La confiance

Sur la confiance, il s'agit d'abord de la confiance entre les partenaires à la négociation et ensuite de la confiance envers ou dans les partenaires sociaux.

1.1. La confiance entre les partenaires à la négociation

Le président Combrexelle dans son rapport sur *La négociation collective, le travail et l'emploi*, remis au Premier ministre en septembre 2015, nous rappelle que la condition première de la négociation est la confiance.

À cet égard, il faut savoir d'où l'on vient. Sans revenir sur l'histoire des mouvements syndicaux, sur les tentatives de rapprochement, sur les scissions qui ont marqué l'histoire de ces mouvements, je ne retiendrai qu'une anecdote plus récente relatée par Jean-Dominique Simonpoli (ancien responsable national de la CGT qui dirige aujourd'hui l'association Dialogues, créée en 2003 et dédiée au dialogue social) qui raconte dans l'ouvrage qu'il a co-écrit avec Guy Groux et Michel Noblecourt sur le Dialogue Social en France⁶⁸, qu'au début des années 1990, Louis Viannet, alors secrétaire général de la CGT, lui a fait le reproche d'avoir, en tant que responsable d'une fédération, accepté la signature d'un accord d'entreprise dont le préambule faisait référence à la notion de « partenaires sociaux ».

La confiance n'est pas innée. Elle se bâtit, notamment sur la qualité des échanges et des informations communiquées, sur le partage des diagnostics, et sur une volonté d'anticiper les différentes évolutions que peut rencontrer l'entreprise (évolutions de marchés, de produits, de technologies, de compétences, d'emplois, etc.).

Tous les accords de GPEC⁶⁹ qui ont été signés depuis ces quinze dernières années sont autant d'illustrations de cette volonté d'anticiper et de partager ces évolutions. Le principal objectif des commissions d'anticipation créées par ces accords était d'éviter les traitements « à chaud » des restructurations avec des compressions d'effectifs. Cette gestion anticipée avec l'appui de tous les dispositifs de mobilité offerts par un groupe de cette taille (mise à disposition, mobilité, etc.) ne fonctionnait que parce que le niveau de confiance était important.

La confiance se bâtit également par la reconnaissance et la création d'instances de représentation ou de négociation au plus haut niveau des organisations. C'est là encore un gage de qualité de la relation, de l'équilibre des acteurs et donc de légitimité des concessions qui pourront être faites de part et d'autre. Pour couper court à la présomption (quasi irréfragable) de déséquilibre entre les acteurs à la

68 Le dialogue social en France entre blocages et Big Bang, Éditions Odile Jacob, octobre 2018.

69 Gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences.



négociation collective d'entreprise, il faut des interlocuteurs désignés de chaque côté au niveau pertinent de l'organisation.

Cette reconnaissance, cette confiance conduit également à la prise en charge d'expertise si nécessaire. Quand nous avons mis en place notre comité de société européenne au sein du groupe Legris Industries, les organisations syndicales françaises et étrangères nous ont demandé l'aide d'un expert pour les assister dans cette négociation. Nous n'avons pas hésité un instant. Nous avons tous intérêt à ce que la partie contractante ait pleinement conscience des effets des accords collectifs qu'elle signe. Les mesures n'en seront que plus facilement comprises et acceptées par la collectivité de travail.

Lorsque ces éléments sont réunis, même si les parties ne sont pas d'accord, le cadre d'une discussion propice est créé. Il faut garder en tête que la confiance n'est pas de l'angélisme, et l'ensemble des acteurs de la négociation savent parfaitement bien que leurs intérêts divergent. Pourtant, au-delà de ces intérêts respectifs, à savoir ceux des actionnaires (trop souvent confondus avec ceux de l'entreprise) et ceux des collectifs des salariés, il existe justement les intérêts propres de l'entreprise, qui sont distincts des deux précédents. Et la négociation collective est cette confrontation des intérêts respectifs dans laquelle les parties vont tenter de dépasser leurs intérêts particuliers au bénéfice des intérêts de l'entreprise.

Cet équilibre entre l'économiquement possible et le socialement souhaitable est difficile à trouver, comme tous les équilibres. Mais c'est justement la force ou la maturité des acteurs, qui se font confiance, qui permettra de le cerner. Le chef d'entreprise ou le DRH, quand ils négocient, défendent avant tout les intérêts de l'entreprise avec une très grande autonomie par rapport aux actionnaires. Et il en est de même côté syndical, de nombreux accords sont signés dans les entreprises sur des sujets et des thèmes qui sont fortement décriés par les organes confédéraux de certaines organisations. Et pour s'en convaincre, il suffit de regarder les pourcentages d'accords signés dans les entreprises au cours des dernières années par les organisations les plus dures.

Et nous sommes très loin des caricatures qui peuvent être évoquées ici ou là à propos des accords d'entreprise. Je crois que nous n'avons pas de raison de nous méfier des accords d'entreprise. Et parce que les partenaires sociaux se font confiance, nous devons, vous devez, leur accorder la vôtre.

1.2. La confiance envers ou dans les partenaires

Les acteurs se forment et se donnent du temps.

Les acteurs se forment et le feront de plus en plus, ils sont accompagnés par des experts. Les évolutions législatives, depuis plusieurs années maintenant, nous incitent à nous approprier un champ de négociation plus important, et les acteurs avancent ensemble.

Je me félicite de voir apparaître de plus en plus de formation sur le dialogue social dans les écoles et les universités. Des chaires sur « Dialogue social et compétitivité



des entreprises » apparaissent. Les formations communes au dialogue social issues de la loi d'août 2016 voient le jour. On parle de plus en plus de valorisation des parcours syndicaux dans l'entreprise et de la reconnaissance de ces compétences particulières. Le rapport de Gilles Gateau et Jean-Dominique Simonpoli de 2018 sur la formation et la valorisation des parcours⁷⁰ proposait de nombreuses recommandations sur ce besoin de montée en compétences et de valorisation des acteurs. Toutes ces formations communes organisations syndicales/managers dirigeants/DRH, sont autant de gages de qualité de nos accords.

Le temps de la négociation peut être assez long. Il n'est en effet pas rare que sur certains accords portant sur des sujets compliqués (durée du travail, gestion à froid des restructurations, etc.) les négociations s'étendent sur plusieurs mois. Par exemple, nous sommes en train de renégocier un accord portant sur la durée du travail dans une entreprise de trois cents personnes ; nous avons commencé la négociation par une formation partagée (managers et OS sur les ordonnances du 22 septembre 2017), et nous en sommes à la douzième réunion après plusieurs mois de négociation.

À l'issue de la négociation, et avant la signature, très souvent les organisations syndicales demandent du temps pour que les juristes des fédérations regardent les accords. Très souvent un délai d'une quinzaine de jours est laissé pour valider tout cela. Ils prennent conseil. Certes l'entreprise peut avoir des conseils juridiques, ou des DRH anciens juristes, mais les organisations syndicales ont les mêmes, avec les mêmes formations, ils sortent des mêmes universités.

Alors oui, malgré les cas qui arrivent devant vous, il est dommage aujourd'hui, de continuer d'imaginer que l'accord collectif (surtout s'il est d'entreprise ou d'établissement) est le fruit d'une négociation nécessairement déséquilibrée, et qu'il faut protéger malgré elles les organisations syndicales signataires.

Les partenaires sociaux nous montrent qu'ils savent s'emparer des sujets importants, souvent structurants, pour trouver des solutions innovantes

On l'a vu dans les territoires. Toutes les démarches de GPEC, déjà évoquées, qui ont été menées dans les entreprises ou les groupes révèlent la manière dont les partenaires se sont emparés des textes et se sont servis du droit comme d'une logique d'ingénierie pour élaborer des solutions très innovantes. Il y avait un véritable appétit des sociétés d'un même bassin pour trouver des solutions nouvelles : les bourses de l'emploi partagées, les mobilités entre sociétés au sein du même bassin d'emploi, des outils pour identifier les compétences transverses et transférables des salariés « Transcompétences ». Très souvent, les institutions économiques et sociales locales soutenaient ces initiatives (Direccte, branches professionnelles, maison de l'emploi à l'époque, et organisations syndicales et patronales).

⁷⁰ *Accompagner la dynamique du dialogue social par la formation et la reconnaissance de ses acteurs et par la valorisation des meilleures pratiques*, rapport à la ministre du travail, février 2018.



Le rapport Rouilleault *Anticiper et concerner les mutations*, remis au ministre du travail en 2007, après la loi de cohésion sociale de 2005⁷¹, donne toute une série d'illustrations de ces mutualisations de compétences et de moyens entre les entreprises d'un même bassin d'emplois.

De nombreuses expérimentations, visant la sécurisation des parcours sur un territoire y sont décrites :

- celle du bassin de Bressuire (2002) avec sa plateforme territoriale de reclassement, une maison de l'emploi qui regroupe toutes les institutions de l'emploi, des enquêtes GPEC pour cerner les besoins des entreprises ;
- Cap compétences à Saint Nazaire (2003) est un bel exemple de mutualisation d'emplois (entre Airbus, Les chantiers de l'Atlantique, les sous-traitants, la DRIRE, la Direccte, les Opca, et le Medef). Ces travaux ont permis notamment la création d'un groupement d'employeurs, des fusions de sous-traitants, et des cadres se sont vus proposer des temps partagés. Tout cela a permis la sauvegarde et la création d'emplois, même si toutes les suppressions n'ont pas pu être évitées.
- le pôle de mobilité régional en Isère (2007) est un autre exemple de mutualisation de moyens interentreprises (ST Microélectronics, Cap Gemini, Radiall et Hewlett Packard). Ce projet de gestion à froid des restructurations a permis de nombreuses formations, des mobilités, des détachements entre les entreprises, et ainsi la sauvegarde de nombreux emplois, tout cela à l'époque sous le contrôle et le soutien de la Direccte et de l'ANPE.

Dans une toute autre dimension, communautaire cette fois, le dernier article du professeur Teyssié⁷² paru récemment illustre la manière dont les groupes de dimension communautaire participent ou même anticipent le développement d'une Europe sociale conventionnelle.

Partant d'un souhait d'harmonisation des pratiques et d'une affirmation de son identité, de nombreux groupes ont initié, puis conclu, des accords visant l'harmonisation des dispositifs de gestion de carrière, de mobilité, de développement professionnel, de qualité de vie au travail, de gestion des restructurations qui visent toujours à une meilleure anticipation, etc.

Pour toutes ces raisons, je suis convaincu que nous pouvons faire confiance aux partenaires sociaux, même au niveau de l'entreprise, pour rechercher le juste équilibre entre l'économique et le social. Et je dois dire que lisant l'avis de l'avocat général dans l'affaire qui a conduit à l'arrêt de la chambre sociale le 3 avril 2019⁷³, je suis attristé de constater que nous en sommes très loin.

71 Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

72 « Les accords collectifs européens d'entreprise ou de groupe », in *La semaine juridique. Social*, 2 avril 2019, n° 13.

73 Ccass., ch. soc., formation plénière, 3 avril 2019, pourvoi n° 17-11.970.



2. La confiance n'exclue pas le contrôle

Le contrôle de l'application des conventions et accords collectifs peut être tout d'abord conventionnel et/ou paritaire. Il est ensuite judiciaire.

2.1. Sur l'application contrôlée par des dispositifs conventionnels et/ou paritaires

Les partenaires sociaux sont incités à doter les commissions d'attributions plus complètes et à les faire fonctionner efficacement.

2.1.1. Les commissions d'interprétation prévue par les accords

Dans les branches tout d'abord, les commissions d'interprétation sont prévues dans la plupart des conventions collectives. Leurs attributions concernent principalement la possibilité de donner des avis sur des difficultés d'interprétation.

Pour un exemple d'avis d'interprétation, je renvoie à l'avis du 4 février 1983 de la commission d'interprétation de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie sur la notion de cadre « *considérés comme n'étant pas soumis à un horaire de travail précis* ». Cet avis a été utilisé dans les négociations après la loi « de Robien »⁷⁴ et entre les lois « Aubry » (1 et 2)⁷⁵ pour définir les notions de cadre « *tout horaire* », puis cadre dirigeant et forfait jour.

Et l'on voit bien que, s'emparant des dispositions du nouvel article L. 2232-9 du code du travail, les partenaires sociaux souhaitent donner à ces commissions un nouveau rôle :

- dans la métallurgie, l'accord (mis en réserve) sur les principes, les voies et moyens du dialogue social dans la métallurgie prévoit notamment (article 13.3.1) que, conformément à l'article L. 2232-9 du code du travail, la commission paritaire permanente de la négociation et d'interprétation de la métallurgie (CPPNI) est « *l'instance compétente pour rendre un avis, à la demande d'une juridiction de l'ordre judiciaire sur l'interprétation des conventions et accords collectifs conclus dans la branche de la métallurgie* » ;

- dans la plasturgie, l'accord en cours de négociation sur la mise en place de la CPPNI prévoit même que « *l'avis qui a valeur d'avenant interprétatif s'impose à l'employeur, aux salariés et au juge avec effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur de l'accord initial* » ;

- dans les entreprises ou les groupes aussi, les commissions d'interprétation existent et sont composées des signataires, donc parfaitement au courant des concessions réciproques intervenues et donc parfaitement à même d'exprimer une position éclairée dans le cadre d'une demande d'avis d'une juridiction quelle qu'elle soit.

Et certains accords, au moins au stade de projet, ont prévu une phase obligatoire avant tout recours au juge de tentative de résolution des contentieux.

74 Loi n° 96-502 du 11 juin 1996 tendant à favoriser l'emploi par l'aménagement et la réduction conventionnels du temps de travail.

75 Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail et loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.



2.1.2. Les observatoires d'analyse et d'appui au dialogue social

Ces observatoires territoriaux prévus par les ordonnances du 22 septembre 2017, qui ont pour objectif d'encourager le développement du dialogue social dans les entreprises de moins de 50 salariés, ont été mis en place dans 94 départements en métropole et 2 en outre-mer fin septembre 2018 (cité dans la note d'étape sur les travaux du comité d'évaluation des ordonnances relatives au dialogue social et aux relations de travail). Le rapport final devra être rendu en juin 2019.

Aujourd'hui, après une première phase de mise en place, parfois compliquée à cause des moyens ou des contestations sur les participants (une dizaine de contentieux ont été introduits), la dynamique semble enclenchée. Nous devons les inciter à s'approprier pleinement les raisons de leur création.

2.1.3. Les commissions paritaires régionales d'interprétation (CPRI) qui sont interprofessionnelles

La loi du 17 août 2015⁷⁶ instaure les nouvelles commissions paritaires régionales interprofessionnelles (CPRI) dont la mise en place était prévue dès le 1^{er} juillet 2017. Ainsi, depuis le 1^{er} juillet 2017, chaque employeur et chaque salarié d'entreprises comprenant moins de 11 salariés peut se tourner vers la commission paritaire de sa région pour toute demande d'information légale, réglementaire, pour un conseil, la mise en place d'un service et d'avantages sociaux collectifs ou pour servir de médiateur en cas de conflit au sein de l'entreprise.

On peut donc également espérer que par ce biais les bonnes pratiques continuent de se généraliser, y compris dans les plus petites entreprises.

En tout état de cause, ces commissions et observatoires sont autant d'interlocuteurs compétents auprès desquels il pourrait être conseillé de prendre avis avant toute décision susceptible de remettre en question un équilibre, auquel comme nous l'avons dit, il est parfois bien difficile d'aboutir.

2.2. Le contrôle du juge

Quelques éléments de réflexion sur le rôle du juge et notamment le juge de cassation (en vous priant de bien vouloir me pardonner les probables imprécisions de langage, n'étant pas spécialiste de la cassation en matière sociale).

Quel rôle ?

Interpréter une convention ou un accord collectif, c'est encore négocier. Aussi j'imagine une solution systématique dans laquelle les juges du fond et le juge de cassation, avant de se prononcer sur l'interprétation d'un accord collectif, tenteraient de recueillir au préalable l'avis de la commission d'interprétation concernée. Je ne sais pas, M. le président, si, sur le nombre d'arrêts rendus au visa d'article de convention ou accord collectif depuis le début de l'année, vous avez déjà tenté de recueillir l'avis des partenaires sociaux. Et encore une fois, à la lecture de l'avis rendu par l'avocat général déjà abordé, on voit bien que l'explication de

⁷⁶ Loi n° 2015-994 du 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, dite loi « Rebsamen ».



l'accord en question et de son article litigieux n'est pas recherchée. Pire, l'accord, parce qu'il est d'entreprise, semble en lui-même nécessairement déséquilibré et donc suspect.

Quelles règles ?

Une partie de la doctrine semble regretter le retrait du juge, illustré par la jurisprudence de 2015, et plaider pour l'adoption des règles de droit civil, jugées plus rigoureuses, pour le contrôle des conventions et accords collectifs de travail. On voit bien que l'on se méfie de l'accord collectif. On veut des garde-fous, des règles plus contraignantes. Encore une fois, ce discours pourrait être perçu comme porté par un sentiment général de méfiance à l'égard des accords collectifs de travail et pourrait participer, malheureusement, à la dévalorisation des acteurs du dialogue social, dans une période où nous en avons plus que besoin.

Je ne pense pas que le juge ait besoin des règles du droit civil pour comprendre la convention. Il a surtout besoin d'entendre et d'écouter les acteurs de la négociation. Et, après tout, n'est-ce pas le rôle de l'avocat général de rendre des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun, d'éclairer la Cour sur la portée de la décision à intervenir, en respectant son rôle d'interface entre la Cour et la société civile ?

Ne revenons pas sur le constat de Pierre Laroque qui écrit, en 1954 : « À vouloir à toutes forces faire entrer les réalités sociales dans les catégories juridiques classiques, on en arrive à fausser complètement ces réalités et à faire application de méthodes d'interprétation et de solution qui ne sont nullement adaptées à la nature véritable des relations en jeu »⁷⁷.

Quel contrôle de la Cour de cassation ?

Le principe de sécurité juridique plaide pour que la Cour de cassation se livre à un contrôle approfondi. En matière sociale, je préférerais que le fameux « *dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation (...) la cour d'appel a pu décider* » soit limité à de rares hypothèses. Force est de constater que les jurisprudences des juges du fond peuvent être souvent très différentes les unes des autres. En effet, dans un groupe comme le mien, une même clause d'un même accord collectif d'entreprise ou de groupe pourrait recevoir plusieurs interprétations de la part des juges du fond. Et toutes me seraient opposables. Alors s'il vous plaît, si vous aimez les partenaires sociaux, maintenez un contrôle approfondi du juge de cassation.

Conclusion

À travers mes propos, vous avez constaté que je suis un ardent défenseur de la négociation collective, toutes les négociations collectives, y compris au niveau de l'entreprise. L'institution judiciaire doit aux acteurs de la négociation un cadre général délivré de tout clivage, de toute suspicion qui pourrait être caricaturale. Sur ces clivages je vous invite à lire l'article du doyen Philippe Waquet publié récemment et intitulé : « *Quelques réflexions sur le droit du travail* »⁷⁸.

77 P. Laroque, « Contentieux social et juridiction sociale », in *Droit social*, 1954.

78 Voir : ouvrage collectif, *À droit ouvert. Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, éd. Dalloz, Paris, 2018, pp. 983-988.



Il existe un intérêt partagé, l'intérêt de l'entreprise, que les acteurs de la négociation savent parfaitement appréhender dans le cadre d'un dialogue social de qualité. Aussi nous pourrions leur faire confiance, les entendre et les écouter.

Bruno Cathala

*Président de la chambre sociale de la Cour de cassation,
modérateur de la table ronde*

Nous aimons les partenaires sociaux. La Cour de cassation n'opère pas un contrôle approfondi sur l'ensemble des questions, car certaines appartiennent aux faits et ces faits elles les constatent et en tirent des conséquences. Elle a un rôle différent des juges du fond, ce qui ne veut pas dire qu'elle ne contrôle pas comment les juges du fond opèrent ces observations.

Je donne maintenant la parole à Madame la présidente Fombeur.

Pascale Fombeur

Présidente de la 1^{re} chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

Dans les propos qui vont suivre, je vais donner un coup de projecteur sur les relations entre l'accord collectif et le juge administratif. Vous avez beaucoup parlé de confiance. Le juge intervient malheureusement dans un climat de défiance, sinon il ne serait pas saisi. S'agissant du juge administratif, il s'agit le plus souvent de la défiance d'une ou plusieurs organisations syndicales, soit à l'égard des pouvoirs publics, soit à l'égard des autres partenaires à la négociation. Dans ce contexte, la tâche du juge est délicate, même si la qualité du contrôle peut, d'une certaine façon je crois, contribuer à la confiance des acteurs. En tout état de cause, le juge s'efforce, dans toute la mesure du possible, de clarifier les règles du jeu, de favoriser leur équilibre et leur prévisibilité, pour que la négociation collective puisse se dérouler dans les meilleures conditions possibles, au profit des partenaires conventionnels.

Le juge administratif intervient essentiellement à deux titres. Tout d'abord comme juge des actes réglementaires qui encadrent la négociation collective et, ensuite, comme juge des actes administratifs qui étendent, élargissent, agrément ou tirent les conséquences d'accords collectifs conclus par les partenaires conventionnels. Dans les deux cas d'ailleurs, c'est bien souvent le Conseil d'État qui est compétent en premier et dernier ressort, ce qui permet d'apporter rapidement une première réponse à certaines interrogations.

1. Le contrôle des actes réglementaires qui encadrent la négociation collective.

À cette occasion, le juge peut se trouver en situation de confronter la loi, très rapidement après son entrée en vigueur, aux normes supérieures, qu'il s'agisse des normes internationales ou, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), des normes constitutionnelles. C'est ainsi que si l'on regarde les modifications récentes de notre droit du travail, le Conseil d'État a été saisi de plusieurs décrets



d'application de la loi « El Khomri » et des ordonnances « Macron ». Il s'est efforcé de rendre ses décisions dans des délais brefs, pour favoriser la stabilisation du cadre juridique, en se penchant ainsi sur le nouvel équilibre entre négociation de branche et négociation d'entreprise et sur différentes catégories d'accords prévus par le législateur. Je me bornerai à quelques remarques.

S'agissant tout d'abord des *rapports entre négociation de branche et négociation d'entreprise*, les contentieux ont pu mettre en évidence les craintes de certaines organisations syndicales pour lesquelles la place plus grande donnée à la négociation d'entreprise aboutirait à méconnaître le principe d'égalité entre salariés soumis à des règles différentes selon leur employeur. Le Conseil d'État a conservé une certaine retenue sur ce point, en rappelant que la possibilité de règles différentes découle de la mise en œuvre, au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, du principe de participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail. Cette possibilité ne porte atteinte au principe d'égalité que si le législateur méconnaît lui-même l'étendue de sa compétence, en s'abstenant d'assortir le renvoi à la négociation collective de garanties légales suffisantes⁷⁹. Si l'on considère que la négociation collective est un mode de régulation adapté à la diversité et à la complexité de nos relations sociales, pour reprendre les termes du rapport de Jean-Denis Combexelle de septembre 2015⁸⁰, il faut nécessairement accepter que la norme ne soit pas identique dans toutes les situations, pour qu'elle puisse être adaptée au besoin et à la réalité de chaque entreprise.

S'agissant ensuite des *accords d'entreprises*, le Conseil d'État s'est montré très vigilant sur les conditions de leur approbation par consultation des salariés, lorsque celle-ci a été prévue par le législateur. C'est un point qui a suscité des recours contentieux. Le Conseil d'État a ainsi renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui portait sur les dispositions de la loi « El Khomri » donnant compétence à l'employeur et aux seuls syndicats signataires d'un accord d'entreprise pour prévoir les modalités de consultation des salariés sur l'accord qui avait été conclu⁸¹. Ce renvoi a conduit à une censure partielle par le Conseil constitutionnel, dont le Conseil d'État a ensuite tiré les conséquences. Il a ensuite tiré les conséquences de la censure du Conseil constitutionnel sur ce point, et il a également annulé les dispositions réglementaires qui réservaient aux seuls représentants ou salariés mandatés la possibilité de contester devant le tribunal d'instance les modalités d'organisation de la consultation décidées par l'employeur, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical⁸².

S'agissant des *accords dans les très petites entreprises (TPE)*, on sait qu'ils peuvent désormais, en vertu d'une des ordonnances de septembre 2017, faire l'objet d'une proposition par l'employeur et d'une approbation par les salariés à la majorité des deux tiers. Le Conseil d'État a admis la possibilité de tels accords, en dépit de modalités de formation inhabituelles, mais il a pris soin de relever les garanties entourant la consultation, qui constituent sans doute le socle minimal à ne pas

79 CE, 14 juin 2017, *Confédération générale du Travail – Force ouvrière*, n°s 406987 et 406990.

80 *La négociation collective, le travail et l'emploi, préc.*

81 CE, 19 juillet 2017, *Confédération générale du Travail – Force ouvrière*, n° 408221.

82 CE, 7 décembre 2017, *Syndicat CGT Goodyear Amiens (usine Amiens nord) et autres*, n°s 406760, 408221 et 408226.



entamer : l'existence d'un délai de 15 jours au moins entre la communication du projet d'accord et la consultation des salariés, pour leur laisser le temps s'ils le souhaitent de consulter des représentants syndicaux ; le caractère personnel et secret de la consultation ; son déroulement en l'absence de l'employeur⁸³.

Aucun des éléments les plus novateurs n'a donc été remis en cause à l'issue de ces contentieux, mais le juge administratif a veillé à ce que la consultation permette véritablement l'expression de l'opinion des salariés.

C'est ainsi, dans un cadre législatif et réglementaire renouvelé, et désormais à peu près stabilisé, que la négociation collective peut se dérouler.

2. Le juge administratif est également amené à connaître de la négociation collective par le biais du contrôle des actes administratifs qui agréent des accords, en étendant la portée ou en tirent des conséquences.

Il le fait dans trois situations au moins :

- l'extension ou l'élargissement de l'accord, pour le rendre applicable à tous les salariés et employeurs relevant de son champ d'application, voire d'un autre secteur professionnel ;
- l'agrément d'un accord, qui est une des conditions de son entrée en vigueur dans les secteurs dans lesquels les pouvoirs publics veulent pouvoir contrôler le coût des mesures négociées qui risque de devoir être assumé par les finances publiques et sociales et non directement par les employeurs considérés ;
- plus récemment, la validation de l'accord collectif, qui détermine le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

Je me concentrerai sur le rôle du juge administratif en matière d'extension des conventions collectives, qui transforme une convention engageant les seuls employeurs représentés à la négociation, en norme qui devient applicable à toute la branche. À cet égard, on pourrait objecter que l'extension a vocation à perdre de son importance aujourd'hui, compte tenu de la place plus grande donnée par la loi à l'accord d'entreprise. Pour autant, cette évolution récente ne doit pas faire oublier l'accroissement du rôle de l'extension qui demeure d'actualité : traditionnellement, l'extension n'était qu'une faculté ouverte aux partenaires sociaux, mais, de plus en plus souvent, l'entrée en vigueur d'une convention est subordonnée à son extension soit par les partenaires sociaux eux-mêmes qui décident que l'accord n'entrera en vigueur que sous réserve de son extension, soit parce que le législateur lui-même a posé cette condition.

Dans ce contrôle, le juge administratif tient compte de la nature de la convention collective dont le juge judiciaire est bien entendu le juge le plus naturel. Pour autant, il a un contrôle spécifique à exercer sur l'usage que l'administration fait de ses pouvoirs, pour vérifier qu'une convention peut devenir la norme applicable à toute la branche.

⁸³ CE, 1^{er} avril 2019, *Confédération générale du Travail – Force ouvrière et autres*, n^{os} 417652, 418525, 418619 et 418673.



Ce contrôle concerne en premier lieu les conditions de la négociation. Sous certaines conditions, une convention peut être étendue et devenir obligatoire pour tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application, alors même qu'elle n'aurait pas été signée par toutes les organisations représentatives. Mais il faut, à tout le moins, que toutes les organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatifs d'un champ aient bien été conviées à la négociation⁸⁴. Il y a là un contrôle très précis effectué par le juge administratif.

Ce contrôle concerne également le contenu même de la convention qui, par l'extension, va être transformée en quelque sorte en « loi de la profession ».

Tout d'abord, le juge administratif exige du ministre qu'il veille à une certaine cohérence dans la détermination du champ d'application de l'accord, pour éviter de placer des entreprises dans la situation délicate de devoir relever de deux conventions collectives différentes, avec toutes les incertitudes qui pourraient en résulter. La négociation de branche n'est pas un « jardin à la française » et le législateur n'a pas prévu un découpage *a priori*. Mais le ministre doit s'efforcer de maintenir un minimum d'ordre. Ainsi, il ne suffit pas que le champ d'application professionnel de la convention soit défini en termes d'activité économique, comme le prévoit le code du travail depuis 1982. Il faut aussi que le champ de la convention à étendre ne soit pas compris dans le champ d'une autre convention déjà étendue. S'il y a un recoupement, le ministre doit faire en sorte de l'éviter, soit en excluant du champ de l'extension des activités déjà couvertes, soit en abrogeant l'arrêté d'extension de la convention déjà étendue en tant qu'il s'applique à ces activités⁸⁵.

Pour autant, la jurisprudence a su faire preuve de la souplesse nécessaire en admettant également ce qu'on appelle les « accords de champ », pour faciliter le travail de recomposition du paysage conventionnel, autour de branches plus larges. Le Conseil d'État a ainsi reconnu la validité d'un accord par nature incomplet, qui avait pour seul objet la fixation du champ d'application d'accords collectifs à venir. Il a également admis qu'à cette occasion, le ministre ne tire pas encore les conséquences de chevauchements prévisibles, puisqu'à ce stade, il n'y a aucune nouvelle règle applicable aux salariés⁸⁶. Cette solution n'était pas évidente, mais elle permet une démarche en deux temps : extension de l'accord de champ d'abord, puis extension de l'accord comportant les stipulations de fond. Cette démarche facilite l'évolution du périmètre des branches qui est sanctuarisé avant d'entamer la négociation sur le fond. Cela permet à la fois de définir avec plus de sécurité la liste des organisations représentatives appelées à négocier et de protéger les négociations en cours d'un empiètement par d'autres secteurs professionnels. Désormais, une politique plus volontariste est aussi prévue par le législateur, avec la possibilité de procéder à la fusion du champ d'application

84 C'est l'application désormais des articles L. 2261-19 et L. 2261-27 du code du travail, ainsi que d'une jurisprudence ancienne (CE, Ass., 2 mars 1962, *Fédération nationale des industries chimiques et parties similaires*, p. 147, in *Droit social*, 1962, p. 347, concl. Nicolaÿ ; CE, sect., 3 avril 1998, *Fédération de la plasturgie*, p. 127).

85 CE, 6 novembre 2000, *Fédération nationale des travaux publics*, n° 211098, rec. p. 491

86 CE, 23 juill. 2010, *Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, médico-social et social (UNIFED)*, n° 313776, rec. p. 345.



de conventions collectives de branches, depuis la loi du 8 août 2016⁸⁷. Le Conseil d'État n'a pas encore eu à se prononcer sur des arrêtés de ce type, mais ce sont des problématiques que le juge administratif sera amené à connaître, s'il y a du contentieux.

Plus généralement, le ministre, sous le contrôle du juge administratif, doit veiller à la préservation de l'intérêt général et à la protection de ceux qui n'ont pas participé à la négociation. Ainsi, le code du travail permet depuis longtemps au ministre d'exclure des clauses divisibles qui ne répondraient pas à la situation de la branche. La jurisprudence est allée un peu au-delà en affirmant que le ministre n'a jamais l'obligation d'étendre une convention collective, alors même qu'elle est légale et que son extension est demandée par ses signataires. Une décision de 2008 affirme clairement cette possibilité qui était déjà en filigrane dans la jurisprudence antérieure : le ministre a un pouvoir d'appréciation qui lui permet de refuser l'extension pour des motifs d'intérêt général, tenant notamment aux objectifs de la politique économique et sociale. Le juge a ainsi admis que le ministre refuse d'étendre un accord destiné à permettre la mise à la retraite des salariés avant l'âge de 65 ans, compte tenu de l'intérêt général qui s'attache à favoriser le maintien dans l'emploi des seniors⁸⁸. C'est un exemple où il y a pu y avoir un refus légal d'étendre une convention collective, alors même qu'il n'y avait pas d'illégalité de la convention elle-même.

À ce titre, le juge administratif a également été amené à prendre en considération la possibilité d'effets anticoncurrentiels de la convention étendue. La convention de branche constitue bien entendu un moyen d'égaliser les conditions de concurrence pour éviter le moins-disant social, mais il n'est pas totalement exclu que des entreprises en place soient tentées de l'utiliser pour imposer des standards sociaux qui excéderaient les capacités des petites entreprises souhaitant entrer sur le marché. Tant que la convention n'engage que les entreprises adhérant aux organisations signataires, il n'y a pas de difficulté. En revanche, l'extension va obliger toutes les entreprises de la branche à la respecter. Le ministre doit donc veiller à ce que l'extension n'ait pas pour effet d'empêcher ou de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché. À ce titre, il doit opérer une conciliation entre, d'une part, les objectifs d'ordre social qui justifient l'extension et, d'autre part, les impératifs qui tiennent à la préservation de la libre concurrence. C'est ce raisonnement qui a conduit à annuler un arrêté d'extension d'une convention dans le secteur de l'eau et l'assainissement, qui imposait à l'employeur entrant de reprendre les contrats de travail au-delà des obligations légales de ce qu'on appelait le L. 122-12⁸⁹. Ces éléments de contrôle ont d'ailleurs été codifiés tout récemment. L'une des ordonnances « Macron »⁹⁰, complétée par la loi du 29 mars

87 Article L. 2261-32 du code du travail modifié par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

88 CE, 21 nov. 2008, *Synd. national des cabinets de recouvrement de créances et de renseignements commerciaux*, n° 300135, p. 437.

89 CE, sect., 30 avr. 2003, *Synd. professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n° 230804, p. 189, concl. J.-H. Stahl : *AJDA* 16 juin 2003, n° 22, p. 1150, chron. F. Donnat et D. Casas. ; v. déjà 16 janvier 2002, *Syndicat national des entreprises d'esthétique et de coiffure à domicile*, n° 223859, aux T.

90 Ordonnance n° 2017-1388 du 22 septembre 2017 portant diverses mesures relatives au cadre de la négociation collective.



2018⁹¹, a ainsi modifié le code du travail pour prévoir que le ministre peut « *refuser pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence ou au regard des objectifs de la politique de l'emploi, l'extension d'un accord collectif* ».

Ce qui précède concernait la spécificité du contrôle du juge administratif. Ce dernier intervient donc pour que l'administration remplisse pleinement la mission qui justifie son intervention par le biais de la procédure d'extension.

Bien évidemment, le ministre ne peut pas non plus étendre un accord qui ne serait pas valide intrinsèquement. Les organisations syndicales qui contestent certaines conventions font souvent le choix d'attaquer l'arrêté d'extension devant le juge administratif, alors même que l'existence de cet arrêté d'extension ne fait pas obstacle à ce que la validité de l'accord soit mise en cause devant le juge judiciaire.

Le Conseil d'État est donc souvent saisi de moyens qui touchent à la procédure de négociation de la convention ou à la licéité des clauses de la convention au regard de normes supérieures, ce qui peut conduire à un jeu subtil entre juge administratif et juge judiciaire. Est-ce un problème ? C'est certainement une source de complexité, mais la jurisprudence de ces dernières années s'est attachée à en minimiser les inconvénients.

Tout d'abord l'obligation de renvoi préjudiciel au juge judiciaire⁹² a été cantonnée, depuis 2012, à ce qui était véritablement utile. Depuis 2013⁹³, le Conseil d'État reconnaît trois exceptions à l'obligation de poser une question préjudicielle en cas de contestation sérieuse sur la validité de l'accord :

- d'abord, s'il existe une jurisprudence établie, le juge administratif se reconnaît le droit de juger y compris que l'accord n'est pas valide et d'annuler en conséquence l'arrêté d'extension ;
- ensuite, le juge administratif s'autorise à ne pas poser de question préjudicielle au juge judiciaire quand la question est liée à la méconnaissance du droit de l'Union européenne ;
- enfin, lorsque la loi elle-même prévoit que ses mesures d'application sont définies par un accord collectif nécessairement étendu, il le regarde comme assimilable à une forme de règlement d'application de la loi, dont il est pleinement compétent pour apprécier la validité.

Surtout, le juge administratif est extrêmement attentif à la jurisprudence du juge judiciaire, notamment de la Cour de cassation, et s'efforce de lui donner un écho fidèle, que ce soit pour rejeter une demande d'annulation ou, le cas échéant, pour y faire droit, comme il s'autorise à le faire depuis 2012.

91 Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

92 V. sur ce point : CE, sect., 4 mars 1960, *Société anonyme «Le peignage de Reims»*, n° 39554, p. 168.

93 CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération SUD Santé Sociaux*, n° 331805, p. 102, à la suite de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 octobre 2011 (*Préfet de la région Bretagne SCEA du Chêneau*, n° 3828, au rec.), mais sans la même contrainte constitutionnelle.



L'un des exemples les plus frappants est celui de l'application de la jurisprudence sur le principe d'égalité, qui amène le juge administratif à manier ce principe non pas conformément à ses propres critères, mais à ceux du juge judiciaire, et à suivre de très près les évolutions de la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, plusieurs décisions font la distinction entre les différences de traitement entre salariés qui relèvent de celles présumées justifiées et celles qui n'en relèvent pas et, le cas échéant, à vérifier la réalité et la pertinence des raisons sur lesquelles elles reposent⁹⁴.

Je crois même que, dans certains cas, l'existence d'une question préjudicielle peut présenter l'avantage d'un temps de réflexion, en quelque sorte, aux acteurs que sont les partenaires sociaux et le législateur, en leur permettant de reprendre l'initiative. Je donnerai juste un exemple. On sait que la négociation collective peut être un moyen d'innover, d'expérimenter, voire de tester certaines solutions. Mais il peut y avoir un risque de décalage entre ce que fait la convention et ce que permet la loi. C'est ce qui s'est produit lorsqu'a été conclu l'accord du 10 juillet 2013 portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires. C'est un accord qui a permis aux entreprises de travail temporaire de conclure, avec certains salariés intérimaires, un contrat à durée indéterminée – donc un CDI dans l'intérim – qui couvrait à la fois les missions et les périodes « d'intermission » pendant lesquelles les salariés demeurant disponibles sont rémunérés à cet effet.

Mais cette forme particulière de CDI pour le moins originale n'était pas prévue par le code du travail. Le Conseil d'État, saisi de la légalité de l'arrêté d'extension, a sursis à statuer⁹⁵, et la Cour de cassation a jugé que l'accord de 2013 avait créé une catégorie nouvelle de contrat de travail, dérogeant aux règles d'ordre public absolu qui régissent, d'une part, le CDI et, d'autre part, le contrat de mission. Il avait ainsi fixé des règles qui relèvent de la loi⁹⁶. Le Conseil d'État en a tiré les conséquences en annulant l'arrêté d'extension⁹⁷. Mais entre-temps le législateur s'était emparé de la question, d'abord de façon temporaire, puis de façon pérenne par la loi du 5 septembre 2018 qui a créé le CDI intérimaire et précisé le régime de ce contrat. Les contrats conclus dans l'intervalle ont été sécurisés.

Ce dialogue entre juge administratif et juge judiciaire n'est d'ailleurs pas exclusif. Le constitutionnel y est également parfois invité, quand ce n'est pas le juge européen...

Ainsi, le portage salarial a été l'occasion d'un échange entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle de l'arrêté du 24 mai 2013 d'extension de l'accord national professionnel du 24 juin 2010. Cet échange a débouché sur la censure partielle de la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail qui avait purement et simplement renvoyé aux partenaires sociaux de l'intérim le soin d'« organiser » le portage salarial par accord de branche

94 Pour un exemple d'annulation d'un arrêté étendant un accord qui opérait une différence de traitement non justifiée : CE, 17 mars 2017, *Syndicat national des prestataires de services d'accueil et services d'animation et de promotion des ventes, d'optimisation des linéaires (SNPA)*, n°s 396835 et 396837, aux tables du rec.

95 CE, ssr, 27 juillet 2015, *Confédération générale du travail - Force ouvrière*, n° 379677.

96 Ccass., ch. soc., 12 juillet 2018, n° 16-26844, au Bull.

97 CE, 28 novembre 2018, *Confédération générale du travail - Force ouvrière*, n° 379677.



étendu, mais aussi sur la définition, par une ordonnance du 2 avril 2015, des conditions d'exercice du portage salarial⁹⁸.

Dans ces affaires, le juge a-t-il manqué de confiance à l'égard des partenaires sociaux ? Il a fait prévaloir le respect de la hiérarchie des normes dans une hypothèse où il n'y avait pas de consensus entre les partenaires sociaux eux-mêmes. Pour autant, le jeu du renvoi a laissé une marge au législateur pour s'emparer de la question, donner une base plus sûre à la négociation et fixer des règles qui s'en inspiraient très largement.

Les partenaires sociaux ont ainsi pu ouvrir la voie à un nouveau droit et jouer leur rôle d'initiateurs, voire d'expérimentateurs. Quant à la sécurité juridique, elle a été préservée, s'agissant des contrats de travail déjà conclus, à la fois grâce à une validation préventive du législateur ou au différé d'annulation retenu par le Conseil d'État dans sa jurisprudence *Association AC !*⁹⁹, dégagée à propos des accords portant sur l'assurance chômage, qui lui permet d'éviter les conséquences manifestement excessives d'une annulation rétroactive. Très fréquemment appliquée en matière d'extension de convention collective quand il y a une annulation, cette jurisprudence en évite des effets excessifs pour les salariés et les entreprises.

Il est donc tout à fait exact que la négociation collective se déploie dans un univers complexe, d'autant plus que les sources du droit se diversifient, avec l'irruption du droit international et européen et du droit constitutionnel. On l'a vu, par exemple, en matière de protection sociale complémentaire, où tant la Cour de cassation que le Conseil d'État ont été amenés à tirer les conséquences de décisions tant du Conseil constitutionnel que de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de modalités de gestion du régime créé et de choix des opérateurs¹⁰⁰. Dans ce contexte, le rôle du juge administratif doit être de garantir un juste équilibre entre la liberté des partenaires conventionnels et la prise en considération de l'intérêt général qui légitime l'intervention de l'administration. Il doit le faire avec le souci de la prévisibilité et de la cohérence de sa jurisprudence, de façon à clarifier autant que possible le cadre dans lequel les partenaires sociaux participent à la construction du droit du travail.

Bruno Cathala

*Président de la chambre sociale de la Cour de cassation,
modérateur de la table ronde*

Je vous remercie d'avoir explicité de manière très claire le rôle et la mission du Conseil d'État par rapport à ces accords collectifs. Je donne la parole au professeur Cesaro, spécialiste de la synthèse de ce qui se fait à la fois sur le terrain, à la Cour de cassation et au Conseil d'État.

98 CE, 6 février 2014, *Confédération générale du travail - Force ouvrière*, n° 371062 ; CC, décision n° 2014-388 QPC du 11 avril 2014 ; CE, 7 mai 2015, *Société Ventoris IT et autres, Confédération générale du travail Force ouvrière*, n°s 370986 et 371062, aux T.

99 CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n°s 255886 à 255892.

100 Voir notamment : CJUE, 17 décembre 2015, C-25/14 et C-26/14 ; CE, 8 juillet 2016, *Société Beaudout Père et fils*, n° 357115, aux T. ; Ccass. ch. soc., 7 mars 2017, pourvoi n° 14-27.229, Bull. 2017, V, n° 43.

Pour qu'il y ait un nouveau droit du travail, il faut que l'on soit à peu près certain que l'on ait un ancien droit du travail. Or, vous le savez, ce droit souvent varie. Le praticien, celui qui répond aux questions concrètes, sait qu'il n'est que le spécialiste d'un instant. Il est souvent inquiet lorsqu'il est amené à se prononcer sur un changement dans la législation, peut-être une décision surprenante a-t-elle été rendue... ; ses déclarations sont un peu faites en tremblant. D'ailleurs, l'existence même d'un droit parfaitement compréhensible est discutée s'agissant du droit du travail, et c'est ce qui fait que cette discipline n'est pas considérée comme la plus noble. On affirme parfois que ce n'est même pas un droit, que ce sont des convictions redécorées d'arguments juridiques. On y trouve au fond la même déception que pourrait éprouver un mathématicien auquel son fils annonce qu'il va s'inscrire en littérature.

S'agissant du juge, le singulier est impropre, car il n'y a pas qu'un juge. Si l'on cumule les juges internes et les juridictions internationales on pourrait presque former chorale. Cela plait beaucoup à l'universitaire qui parlera de « d'influence réciproque » et de « dialogue des juges ». Le justiciable sera plus ambivalent, inquiet s'il cherche de la prévisibilité, opportuniste s'il souhaite contester une décision défavorable.

Les conventions collectives séduisent souvent ceux qui ne les connaissent pas de près. L'expression « dialogue social » est précédée d'un préjugé positif. La norme y est « pragmatique ». Elle est le résultat de la « volonté réelle » des « partenaires sociaux » ce qui simplifie le débat législatif. Pourtant, ces actes négociés ne sont guère parfaits. Leur interprétation est souvent délicate, le sens de telle ou telle clause alambiquée n'étant connu que de négociateurs disparus depuis longtemps. Les illicéités et les stipulations obsolètes n'y sont pas rares. Au juge, la périlleuse mission de les mettre en œuvre.

Pourtant, si l'on s'interroge sur le rôle du juge dans son rapport à l'acte collectif, avec comme perspective « un nouveau droit du travail » il est possible de distinguer quelques des traits qui sont relativement clairs, peut-être rassurants.

1. Au titre des évidences et cela a déjà été dit, la négociation collective d'entreprise devient le centre de gravité de la négociation collective. Certes les branches ne disparaissent pas, on leur fait encore confiance, mais assez largement et c'est un nouveau principe : l'accord d'entreprise va l'emporter sur l'accord de branche et, si une stipulation expresse est dans ce sens, sur l'accord d'établissement. C'est l'accord d'entreprise qui va présider au destin du contrat de travail, soit qu'il prétende modifier ou se substituer à certaines de ses clauses, soit qu'il prétende organiser la manière dont la rupture de ce contrat pourrait avoir lieu.

Derrière cette affirmation générale, et certaines questions ont déjà été soulevées, il y a de multiples questions particulières. Quel est le domaine dans lequel la branche continue de l'emporter ? Que faut-il entendre par les « garanties au moins équivalentes » ? L'accord de compétitivité modifie-t-il le contrat de travail

ou l'emporte-t-il sur ce contrat, ce qui change grandement les choses dans la seconde hypothèse, car la disparition de l'accord laissera subsister la modification du contrat – tandis que s'il ne s'agit que d'une question d'articulation entre l'accord de performance collective et le contrat de travail, le contrat retrouvera sa pleine efficacité lorsque l'accord de performance collective aura cessé de s'appliquer.

2. En matière de restructuration des branches, on peut observer un décalage entre une démarche politique extrêmement volontaire et la question technique... « *l'intendance juridique suivra* ». Il y aura probablement, après le temps des annonces, celui des contentieux. On se demandera peut-être si la liberté syndicale, le principe de participation, le respect des contrats légalement formés – qui concernent aussi les conventions collectives depuis quelques décisions du Conseil constitutionnel – peuvent apporter quelques limites à cette restructuration à marche forcée. On questionnera peut-être aussi les dispositions du code du travail qui affirment que la restructuration des branches est liée à l'intérêt général, et si cette notion d'intérêt général est une condition préalable à la restructuration qui devra faire l'objet d'un contrôle et qui, le cas échéant, permettra de déclarer que telle ou telle restructuration pourtant voulue et désirée ne correspondrait pas à l'intérêt général.

Il y a d'autres questions encore plus techniques. Quel sera le sort des arrêtés d'extension liés aux branches regroupées ? Quelle est la nature de ces accords de regroupement ? S'agit-il, comme ces accords de champs dont il a été question précédemment, d'accords ne portant que sur le champ, un peu en surplomb, de deux conventions collectives, ou s'agit-il – et c'est très différent d'un point de vue technique – de la révision portant sur le périmètre de deux accords collectifs qu'on prétend regrouper ? Ce sont des questions auxquelles je ne suis pas certain d'avoir des réponses. Mais vous observerez qu'il y a entre la démarche volontaire de regroupement et les questions techniques de la mécanique de ce regroupement des interrogations qui sont considérables.

3. Se pose aussi la question récurrente, y compris dans le domaine des relations collectives, de la sécurité juridique, terme ambivalent, car les instruments permettant d'y parvenir se font parfois sans le juge, parfois avec lui. En matière d'accords et de conventions collectives, le juge a un rôle à jouer, car toute décision d'anéantissement d'une clause d'une convention collective emporte un risque systémique considérable. Le juge peut moduler les effets dans le temps de sa décision, dire qu'elle ne sera pas rétroactive, qu'elle aura des effets progressifs. C'est là un pouvoir qui est enfin reconnu au juge judiciaire, mais que d'autres ordres juridictionnels se sont déjà octroyés. Cela a été dit à de multiples reprises : la sécurisation sans le juge reste possible, il y a un mouvement évident de malthusianisme contentieux. Le procès, c'est le mal, et quel meilleur moyen de le régler que de le faire disparaître ?

Pour ce faire, un outil « formidable » a été trouvé dans le champ des relations collectives : une prescription de deux mois. Selon l'article L. 2262-14 du code du travail « *Toute action en nullité de tout ou partie d'une convention ou d'un accord collectif doit, à peine d'irrecevabilité, être engagée dans un délai de*



deux mois », deux mois à compter de la notification ou de la publication de la convention collective. Le Conseil constitutionnel a été saisi de cette question et il a émis des réserves. D'abord, il a précisé que le délai de prescription ne pouvait débiter qu'à compter de la connaissance de l'acte, à défaut de publication. Ensuite, s'agissant des salariés, il a indiqué que ce délai ne privait pas le salarié de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause d'une convention ou d'un accord collectif à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre. Là aussi la formulation constitutionnelle laisse un peu perplexe, car dans les outils du privatiste l'exception d'illégalité n'est pas présente. On a l'exception de nullité qui figure à l'article 1178 du Code civil récemment réformé qui prévoit qu'elle ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution. Mais comment appliquer cette règle à une convention collective ? Est-ce qu'il faut que la convention collective soit appliquée individuellement au salarié, ou suffit-il qu'il soit entré dans le domaine d'application de la convention collective, ou est-ce que cette exception « d'illégalité » est en réalité une exception d'illégalité au sens du droit public, en quelque sorte une nouvelle entaille à l'application d'une norme collective dans le cadre d'un litige individuel ?¹⁰¹. Je ne sais pas.

4. Si l'on se tourne vers l'avenir, ce sont probablement les nouvelles technologies qui vont le plus profondément modifier les rapports du juge et de l'acte collectif. La règle paraît, de prime abord, secondaire, anecdotique : c'est la règle de publication sur des supports électroniques des conventions et accords collectifs, pas uniquement ceux des branches, mais également ceux des entreprises. Il en résulte un accroissement considérable des données qui peuvent être traitées par les outils informatiques, notamment par les spécialistes du traitement automatique de la langue naturelle. Le champ d'exploration ainsi offert aux informaticiens, qui s'intéressent à la logique du langage, à la manière dont les algorithmes peuvent supprimer les ambiguïtés, est considérable. Plus les données sont nombreuses, plus les algorithmes deviennent puissants et efficaces. En publiant ces accords d'entreprise, nous rendons possible un traitement massif des conventions collectives, le rapprochement de la signification des actes et une démarche réaliste visant la personne des interprètes. On saura quel juge a interprété quelle convention collective, quel était l'avocat, qui était dans l'affaire et l'on fera des statistiques. Si c'est tel juge et tel avocat, il y a 20 à 30 % de chance en plus que telle signification ressorte. L'interprétation historique risque d'être concurrencée par l'interprétation électronique des conventions et des accords collectifs. L'outil existe, il est puissant et le sera de plus en plus. Croire qu'il sera possible de l'interdire est une illusion.

Bruno Cathala

Président de la chambre sociale de la Cour de cassation,
modérateur de la table ronde

Merci M. le professeur. Je donne maintenant la parole à la salle pour les questions.

101 Voir : D. Baugard, « L'illégalité d'un accord collectif invoquée par un salarié. De l'exception de nullité à l'exception d'illégalité ? », in *JCP S.*, 2019, p. 1297.



Échanges avec la salle

Question du public

Ma question porte sur ce que j'appelle les autres accords collectifs, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas conclus avec les délégués syndicaux mais avec les représentants du personnel, voire avec les salariés. Est-ce que les juridictions que sont le Conseil d'État et la Cour de cassation ont déjà entamé des réflexions sur le contrôle que le juge va faire sur ces accords ? S'agira-t-il d'un contrôle plus strict ou du même contrôle que pour les accords conclus avec les délégués syndicaux ?

Bruno Cathala

La Cour de cassation ne commence à réfléchir sur un problème que lorsqu'il lui est soumis. C'est la difficulté des juges, la limite à ce qu'ils peuvent faire. Un professeur de droit, qui lui anticipe les questions, a peut-être quelque chose à dire sur cette question-là.

Jean-François Cesaro

Je ne peux pas parler à la place du magistrat. Il me semble néanmoins que lorsque l'on regarde la façon dont le législateur a organisé les conditions de légitimité de ce qui naguère était des modes de négociation atypiques, il l'a fait avec un soin tout particulier, visant à assurer la légitimité de ces accords et à assurer une substituabilité d'un accord par un autre. De sorte que mon sentiment, mais c'est celui d'un universitaire, est que, sans préjuger de ce que décideront les magistrats, le traitement devrait être le même entre l'accord négocié par un syndicat et celui négocié de manière différente, mais avec des garanties de vote et de majorité.

Question du public

La mise en œuvre des ordonnances « Macron » pose des difficultés assez inattendues en matière d'extension des accords. Compte tenu des nouvelles dispositions législatives et des pouvoirs accrus du ministère du travail en matière d'extension, je m'interroge aujourd'hui sur la portée de certaines réserves. A priori, une réserve dans un arrêté d'extension n'a que peu de portée, ou en tout cas n'empêche pas d'appliquer l'accord. Mais, désormais, certaines réserves pourraient avoir un impact sur l'interprétation des dispositions des ordonnances relatives à l'articulation des normes. Dans ces conditions, je m'interroge sur la possibilité de contester un arrêté d'extension sur le fondement d'une seule réserve, à défaut d'avoir un refus d'exclusion ou un refus d'extension

ou une exclusion. Bien que la question n'ait pas encore été soulevée devant le Conseil d'État, j'aimerais avoir un début de réponse à ces interrogations.

Pascale Fombeur

Je ne donnerai pas de réponse, en revanche je retiens, en tant que juge, la question que vous vous posez comme pointant un sujet intéressant, auquel nous devons être vigilants lorsqu'elle se posera au contentieux. Effectivement, nous pouvons avoir des contentieux, un jour, qui demanderaient l'annulation d'un arrêté d'extension en tant qu'il prévoit certaines réserves, c'est tout à fait envisageable. Nous pouvons avoir une demande tendant à l'annulation totale ou à l'annulation en tant seulement que le ministre a cru devoir assortir son extension de certaines réserves. Si le contentieux arrive sur ce point, je retiens que nous devons être vigilants, car c'est un point important pour les partenaires sociaux et pour l'administration chargée d'appliquer ces textes.

Question du public

Une remarque dans le prolongement de l'exposé de M. Guillon qui a apporté avec son expérience d'entreprise, un témoignage concret de ce qu'est la négociation collective et de ce qu'elle peut apporter. Pour avoir participé moi-même, dans d'autres cadres, à des négociations nationales interprofessionnelles, il est vrai qu'il y a dans le processus de la négociation un véritable échange. C'est ce qu'on appelait à une époque les « accords gagnant-gagnant » où l'on arrivait à donner des choses à la fois au salarié et à l'entreprise.

Je voudrais souligner qu'en France, où les gouvernements, quels qu'ils soient, ont des difficultés à mettre en œuvre les réformes, les trois plus grandes réformes de ces dix dernières années ont été réalisées par les partenaires sociaux, par des accords nationaux interprofessionnels.

Premier exemple : la réforme de la représentativité syndicale. Tous les gouvernements ont rêvé de mettre fin à l'arrêté de 1969 et à la présomption irréfragable de représentativité. Mais aucun n'a osé s'y attaquer, notamment en raison des réactions de la CGT. Les partenaires sociaux ont mis en place un système qui fonde la représentativité sur l'élection. La chambre sociale dans tous le corps de jurisprudence qu'elle a adopté sur la mise en œuvre de la loi de 2008 a permis à cette réforme, dans le respect de l'intention du législateur, de déployer ses effets.

Deuxième exemple : la rupture d'un commun accord ou rupture conventionnelle. Il y en a 400 000 par an, c'est un succès immense.

Troisième exemple : la réforme des procédures de licenciements qui est un exemple très intéressant du point de vue de la négociation collective, puisque la CFDT a négocié une refonte complète des procédures de licenciement pour en confier le contrôle à l'administration et non pas au juge administratif, mais

sous son contrôle, et donc à quelqu'un qui discute et qui connaît l'entreprise. La réforme est un succès total, car auparavant tous les plans sociaux étaient un drame absolu ; aucun n'était négocié et il y avait beaucoup de contentieux. Aujourd'hui, les contentieux sont passés de 20 à 5 %, le taux d'annulation est inférieur à 1 %. Dans les deux-tiers des cas une négociation s'engage et aboutit dans la moitié des cas.

Ces trois exemples d'accords nationaux interprofessionnels, qui sont à la fois totalement innovants et totalement réussis, montrent le rôle très positif que peut jouer à ce niveau, la négociation collective.

Erwan Guillon

Je partage votre position. J'attends que les grandes organisations patronales et syndicales, fortes de ces succès dont vous venez de parler, s'impliquent et mettent tout en œuvre pour que les organisations territoriales et régionales, interprofessionnelles ou de branche, se saisissent de ces sujets et puissent avec la même efficacité, avec la même clarté, avec la même réussite, gérer au niveau des territoires des solutions identiques. Je pense que les partenaires sociaux savent innover. Sur les territoires, lorsque les sociétés avec les branches s'organisent, elles trouvent des solutions extrêmement innovantes. Les petites sociétés ont participé à des expérimentations pour éviter des licenciements pour motif économique avec des mises à disposition, avec des conventions de mobilité tripartites, avec des dispositifs permettant les reprises d'ancienneté pour éviter des licenciements : tout cela représente des choses qui se sont faites, même si on n'en a pas beaucoup parlé. Je pense que les grandes confédérations ont un rôle à jouer si l'on veut véritablement donner du sens à la réforme que nous vivons depuis 2016.

Question du public

Une question relative au cadre du contrôle par le juge judiciaire de la validité d'un accord collectif. Dès lors que vous avez un dialogue social beaucoup plus décentralisé, les risques de cette fluidification s'accroissent mécaniquement. Des faits montrant que des conditions de fluidification du dialogue social s'appliquent. Peuvent-ils conduire à l'annulation d'un accord collectif ? Et, si oui, quels sont les délais de prescription alors applicables ?

Jean-François Cesaro

La réponse à votre question est celle de la qualité ou de l'intégrité du consentement des parties à un acte. Donc, c'est ni plus ni moins la validité de la convention collective qui est en cause. Le droit commun des contrats permet de se saisir des vices liés au comportement que vous décrivez où les intérêts de l'une des parties ne sont pas préservés. Du point de vue du droit, il me paraît évident qu'il y a là une cause de nullité, la fluidification pose un problème

de validité de l'acte. C'est le problème du mandataire qui ne représente pas suffisamment bien les intérêts des mandants, et cela le droit commun peut le saisir assez aisément. Après, la question est aussi celle du fait, puisque la fluidification n'est généralement pas totalement transparente et que l'on se heurte parfois à des difficultés de preuve. Mais, pour les magistrats, au-delà de l'écueil de la preuve, cela ne soulève pas de difficulté technique particulière. Quant au délai de prescription de deux mois, on peut concevoir qu'il ne débute qu'à partir du moment où celui qui agit était en mesure de connaître les faits.

Antoine Lyon-Caen

Il y a déjà deux ou trois arrêts de la chambre sociale qui manifestent une sensibilité à ce sujet. Ils ont trait à la découverte de l'absence d'indépendance du syndicat, quelques mois ou quelques trimestres après la signature de l'accord collectif. Je pense que le départ du délai de contestation est la découverte de l'absence d'indépendance. Ce qui est intéressant c'est que nous ne sommes pas renvoyés ici au droit commun des contrats, mais à la condition de validité des accords collectifs qui doivent nécessairement être signés par des syndicats représentatifs, l'absence d'indépendance marquant l'absence de représentativité. Il faut donc se référer au droit spécial de la représentativité syndicale. Cela ne change pas le délai de prescription.

Question du public

Une question concernant les problèmes liés à la restructuration de branche et à la négociation dans le périmètre des nouvelles branches : une fois la branche restructurée, sera-t-il possible que dans ce périmètre l'on ait des dispositions adaptées à différents secteurs d'activité parfois très hétérogènes ? Le législateur pourrait-il sécuriser cette possibilité ?

Paul-Henri Antonmattei

La réponse n'est pas dans le code du travail. La direction générale du travail a indiqué que l'on pouvait avoir, dans le même champ conventionnel nouveau, la négociation d'annexes qui pouvaient tenir compte de spécificités liées à des métiers ou d'autres spécificités de nature sociale. Nous avons par tradition des annexes « ouvrier-employés-cadres ». Nous pourrions avoir désormais des annexes un peu différentes. Mais, attention, il n'y aura qu'un arrêté de représentativité patronale et syndicale sur le champ. Il appartient donc aux organisations patronales et syndicales de mandater pour la négociation des stipulations spécifiques dans les annexes, ceux qui leur paraissent les mieux placés pour le faire. Si cette pratique se développe, faut-il pour la sécuriser l'insérer dans le code du travail ? On n'en a pas besoin aujourd'hui, puisque l'on peut développer cette pratique avec la sécurité juridique liée au fait que l'on peut donner mandat. Au niveau national interprofessionnel, si l'on considère la

façon dont l'U2P¹⁰² fonctionne, pour la composition de la délégation patronale lors des négociations, on constate que c'est bien eux qui décident qui siège en fonction des thématiques.

Yves Struillou

A-t-on besoin, à chaque fois que se pose une question, et alors même qu'il y a un large consensus pour y répondre, de modifier la loi ? Je n'en suis pas sûr. La démarche de restructuration n'a ni pour objet, ni pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle qui est un principe constitutionnel. Ce qui n'est pas interdit est autorisé. Et si c'est autorisé, comme par le passé, dans le cas du nouveau champ conventionnel, on pourra négocier des textes territoriaux qui s'appliquent à des secteurs d'activités. Par exemple, il existe dans la convention des transports des stipulations conventionnelles relatives à la durée du travail pour les ambulances. On pourra même, comme par le passé, introduire des accords concernant des catégories socio-professionnelles, celles des cadres par exemple. La liberté contractuelle n'est pas percutée par la restructuration des branches.

Jean-François Cesaro

Je comprends l'inquiétude que vous exprimez. Si les partenaires sociaux sont un peu trop rassurés, s'ils se disent qu'ils peuvent, malgré le recoupement des branches, perpétuer dans des secteurs des régimes conventionnels différents, qui nous dit que demain le juge, partant du principe de l'égalité, ne considérera pas que le cadre de ce secteur ne doit pas être comparé avec le cadre de tel autre secteur ? Dans quelques années, il sera peut-être difficile de rappeler l'histoire et sera-t-elle encore entendue devant la juridiction autrement composée ?

Bruno Cathala

*Président de la chambre sociale de la Cour de cassation,
modérateur de la table ronde*

Je remercie nos trois intervenants et le public pour sa participation à nos échanges, et clôture la séance.

102 U2P : Union des entreprises de proximité.



Troisième table ronde

Gestion de l'emploi et protection des salariés

« *Si le droit du travail cherche à consacrer tout ce qui est socialement souhaitable, il ne peut réaliser que ce qui est économiquement possible* ». Par cette belle phrase percutante le professeur Gérard Lyon-Caen synthétisait la tension qui est au cœur du droit du travail depuis sa naissance (*Droit du travail*, Précis Dalloz, 1975).

Cette tension pourrait conduire à opposer l'économique et le social dans une économie mondialisée et globalisée par la « Grande transformation » (K. Polanyi) que le monde du travail connaît depuis plusieurs décennies : les États n'auraient finalement le choix qu'entre une flexibilisation du droit des relations individuelles et collectives de travail aux dépens de la protection de l'emploi et du salarié qui l'occupe et une posture résolument défensive du droit du travail, fût-ce aux risques de menaces pour l'emploi dans une « économie monde » où l'attractivité des États est appréciée à l'aune d'indicateurs censés mesurer le degré de plasticité ou de rigidité de la relation de travail.

Conflit insoluble ou soluble ? Conflit projeté sur une question concrète : le droit du travail peut-il simultanément protéger les salariés et protéger leur emploi ?

La réponse positive, qui pouvait paraître une évidence, a été contestée au nom de ce que la performance économique des entreprises – indispensable au maintien et à la création d'emplois – exigerait plus de flexibilité des contrats de travail, ou des contrats moins contraignants pour l'employeur. Plusieurs modifications du code du travail sont récemment allées en ce sens, notamment le nouveau « contrat de chantier » (article L. 1233-8 du code du travail) ou l'accord de performance collective (article L. 2254-2).

La politique du travail suivie par les gouvernements français pourrait ainsi être regardée comme une tentative de dépasser le dilemme, en misant sur le dialogue social comme vecteur de conciliation entre le « socialement souhaitable » et l'« économiquement possible ». Cela, en développant une culture de la négociation qui, tout en prenant acte des conflits d'intérêts, propose des outils opérationnels permettant la négociation et la conclusion de « pactes » entre le capital et le travail, tant au niveau des branches que des entreprises, de nature à faire évoluer notre modèle de relations sociales vers une flexibilité négociée et interne, source de compétitivité, et donc de valeur, et, par suite, d'une conciliation plus optimale entre la performance économique et la performance sociale.

Mais il faut défendre aussi un droit du travail qui œuvre à la protection de l'emploi « par » la protection des salariés, et qui vise ainsi, par des obligations à la charge de l'employeur, leur maintien dans l'emploi malgré les aléas économiques.

Aujourd'hui, ces obligations se concrétisent essentiellement au stade ultime du licenciement lorsqu'est exigé de l'employeur une recherche de reclassement « interne » à l'entreprise et, quand un PSE est requis, un effort de reclassement « externe ». Il faut procéder à l'examen critique de ces outils et se demander si et comment cette contrainte juridique peut se déplacer, pour révéler efficacement ce qui, en réalité, la sous-tend, qui est la gestion prévisionnelle des compétences.

Un examen lucide des outils requiert aussi une attention particulière aux travailleurs qui, pour des raisons personnelles, de santé ou de qualification, risquent de rester à la marge des dispositifs existants, invisibles du législateur et de la doctrine.

Sommaire

Biographie des intervenants	89
Actes.....	91
Échanges avec la salle	105



Biographie des intervenants

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

Modératrice

Catherine Courcol-Bouchard

Première avocate générale à la Cour de cassation

Titulaire d'une maîtrise de droit et diplômée de l'École nationale de la magistrature (ENM) en 1978, Catherine Courcol-Bouchard exerce les fonctions de substitut du procureur de la république de Versailles jusqu'en mars 1981, avant de devenir juge d'instruction, puis premier juge d'instruction à Paris. À partir de juin 1992, elle préside la 31^e chambre, en charge du contentieux pénal économique et social, puis la chambre financière du tribunal de Paris. Elle est nommée, en janvier 1999, au parquet général de la cour d'appel de Paris en qualité de substitut général, puis d'avocat général. Elle rejoint la Cour de cassation en qualité d'avocat général en octobre 2013, au sein de la chambre sociale dont elle devient la Première avocate générale en octobre 2015.

Intervenants

Denis Piveteau

Président de la 4^e chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

Membre du Conseil d'État depuis 1992 où il a exercé plusieurs fonctions au sein de la section du contentieux et de la section sociale, Denis Piveteau a également occupé plusieurs postes de direction dans les administrations sociales, notamment comme directeur délégué de la Caisse nationale d'assurance maladie (1998-2000), directeur général de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (2005-2008) et secrétaire général des ministères chargés des affaires sociales (2013). Denis Piveteau a été professeur associé à l'université Paris-Nanterre entre 2014 et 2017.

Pierre-Yves Verkindt

Professeur de droit à l'université Panthéon-Sorbonne

Professeur agrégé des facultés de droit à l'École de droit de la Sorbonne (université Paris 1), Pierre-Yves Verkindt codirige le Master 2 Juriste de droit social. Il est l'auteur de nombreux articles portant sur le droit du travail et de la sécurité sociale. Il s'intéresse tout spécialement aux questions relatives à la protection de la santé des travailleurs et à l'amélioration des conditions de travail. Il a récemment publié avec le professeur Favennec-Héry la 6^e édition du *Manuel de droit du travail* (éd. LGDJ, 2018) et avec Mme Pécaut-Rivolier, conseillère à la Cour de cassation et MM. Loiseau et Lokiec, professeurs à l'École de droit de la Sorbonne : *Droit de la représentation du personnel* (éd. Dalloz, coll. Dalloz Action, 2018), et *Droit de la négociation collective* (éd. Dalloz, coll. Dalloz Action, 2021).

Yves Struillou

Directeur général du travail, ministère du travail

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale de l'administration (ENA), Yves Struillou entre à l'inspection du travail en 1984. Auditeur au Conseil d'État (1994), il est nommé en 1998 conseiller technique au cabinet du ministre de l'emploi et de la solidarité, où il est l'un des artisans de la loi sur la réduction du temps de travail. En 2000, il retourne au Conseil d'État, où il devient rapporteur public à la section du contentieux (2006-2009) ; il est membre de la section sociale (2001-2009). En 2011, il est nommé conseiller en service extraordinaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, avant d'être appelé en mars 2014 aux fonctions de directeur général du travail au ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social. Il est notamment auteur d'un rapport sur la pénibilité pour le conseil d'orientation des retraites (2003) et coauteur de plusieurs ouvrages se rapportant au droit du travail (*Droit du licenciement des salariés protégés*, éd. economica, 6^e éd., 2020 ; *Guide des élections professionnelles*, éd. Dalloz, 3^e éd., 2015 ; *Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié*, éd. Liaisons, 2014).



Actes - Gestion de l'emploi et protection des salariés

Catherine Courcol-Bouchard

Première avocate générale à la Cour de cassation,
modératrice de la table ronde

Nous nous interrogerons, au sein de cette table ronde, sur l'articulation entre la gestion de l'emploi et la protection des salariés ou du travailleur. En paraphrasant Gérard Lyon-Caen, nous allons sans doute rechercher l'équilibre entre l'« économiquement possible » et le « socialement indispensable », et pas seulement souhaitable. Cela revient à poser trois questions : ce nouveau droit du travail peut-il à la fois protéger les salariés et protéger leur emploi ou leur accès à un emploi ? ; comment ne pas laisser sur le bord de la route les salariés les plus fragiles ? ; la solution peut-elle résider dans une flexibilité interne, négociée, du contrat de travail ?

Un double tour de table tentera d'y répondre, avec les interventions de Denis Piveteau, président de la 4^e chambre de la section du contentieux du Conseil d'État, Pierre-Yves Verkindt, professeur de droit à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, et Yves Struillou, directeur général du travail.

La parole est au président Piveteau.

Denis Piveteau

Président de la 4^e chambre de la section du contentieux

Je souhaiterais soulever une série de questions que le juge ne se pose pas encore, et le faire dans des termes suffisamment vagues et abstraits pour éviter tout préjugé sur ce qu'il pourrait être amené à dire le jour où il se prononcera. Ces questions concernent toutes un sentiment d'impasse, et les pistes envisageables pour en venir à bout.

Un sentiment d'impasse naît de la question de savoir comment, dans le contexte actuel, le droit du travail peut assurer non pas la protection possible du salarié, mais la *protection de l'emploi*, autrement dit la capacité du salarié à rester dans son emploi. Nos précédents échanges l'ont rappelé : cela ne va pas de soi. L'arsenal de protections dont bénéficie le salarié a toujours été pensé comme se rattachant à l'emploi, alors même que certaines de ces protections ont glissé vers le régime universel (telles celles qui concernent le remboursement des dépenses de santé dans l'assurance maladie) ou vers des « droits portables » (telles celles qui relèvent de la protection complémentaire comme le compte personnel d'activité). Mon propos ne concernera donc pas le lien entre l'emploi et la protection du salarié, mais celui qui existe entre l'emploi et la protection de l'emploi.

1. Il y a pour le juge, si l'on se réfère au droit du travail, une possible impasse : la protection du salarié passe aujourd'hui par un ensemble de garanties pour la pérennité de son emploi, tel qu'il existe dans l'entreprise où il se trouve, alors même que les évolutions du marché du travail contraignent à voir plus loin. Comme cela a déjà été évoqué dans un contexte très convergent d'études et d'analyses de données, on sait que d'ici une dizaine d'années entre 70 et 80 % des emplois seront soit profondément transformés, soit remplacés par d'autres, notamment sous l'impact de la globalisation des marchés, du développement du numérique et des exigences de la transition écologique parmi d'autres facteurs. Dans ce contexte, il est évident que conserver l'emploi revient d'abord à le protéger « tel qu'il est là où il est », mais également à développer la capacité de s'adapter à son évolution : être en mesure de continuer à occuper un emploi tel qu'il change, si on a la chance d'être dans une entreprise qui s'adapte, ou avoir la possibilité d'accéder par la mobilité professionnelle à d'autres emplois au sein d'entreprises qui naissent.

Si l'on reprend la lettre du 5^e alinéa de la Constitution, qui dispose que « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* », la protection de l'emploi s'attache, d'une part, à la préservation de l'emploi tel qu'il est détenu, mais elle est également soumise, d'autre part, à une injonction de s'ouvrir à des perspectives plus vastes.

C'est là que le droit du travail, et par conséquent les pouvoirs du juge qui veille à son application, qu'il soit judiciaire et garant de la protection du contrat de travail ou administratif et garant des régulations administratives de la relation au travail (tels les contrôles du licenciement des salariés protégés, des décisions d'homologation des plans de sauvegarde de l'emploi, ou encore de la validation des ruptures conventionnelles collectives), se heurtent à une impasse ou encore à un risque de désuétude.

En effet, autant les juges peuvent se saisir de la protection de l'emploi « tel qu'il est là où il est », notamment par la voie du droit du licenciement et au regard de toutes les jurisprudences nées des litiges qui s'y rapportent, autant ils ont très peu de prise sur la protection de la capacité à rester dans un emploi qui se transforme ou évolue vers de nouvelles formes. La Cour de cassation a, pour la première fois en 1992, abordé cette question par un arrêt *Expovit*¹⁰³ par lequel la chambre sociale évoque la nécessité d'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi, l'employeur étant tenu pour sa part d'assurer « *l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* » avant d'envisager leur licenciement pour motif économique ou faute professionnelle.

Dans ce sillon, l'article 17 de la loi « Aubry 2 »¹⁰⁴ du 19 janvier 2000 insère à l'article L. 932-2 du code du travail la disposition selon laquelle « *L'employeur a l'obligation d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leurs emplois. Toute action de formation suivie par le salarié dans le cadre de cette obligation constitue un temps*

103 Ccass., ch. soc., 25 février 1992, n° 89-41.634.

104 Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail (modifiée).



de travail effectif », la loi de 2004 relative à la formation professionnelle¹⁰⁵ ainsi que la loi de 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel¹⁰⁶ s'inscrivant dans son prolongement.

Par suite, dans un arrêt de 2007¹⁰⁷, la Cour de cassation a précisé que le non-respect des obligations de l'employeur « qui tendent à favoriser ou permettre l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois » pouvait être source d'un préjudice spécifique pour un salarié licencié n'ayant pas eu la possibilité de bénéficier d'actions de formation lui permettant d'avoir accès à un emploi autre que celui qu'il occupe, ce préjudice étant distinct de celui né du licenciement. La loi de 2018 a précisé plus substantiellement l'obligation d'offre de formation incombant à l'employeur, permettant ainsi quelques prises supplémentaires dont le juge peut s'emparer, notamment pour les questions relatives au compte personnel de formation dont le juge est désormais susceptible d'être saisi dans le cadre d'un contrôle direct des obligations qu'il fait naître. La capacité de saisir directement un juge, par le biais d'un contrôle efficace de cette obligation, reste néanmoins complètement à construire.

2. Doit-on rester dans cette impasse, dans ce « clavier limité » du contrôle du juge, ou bien existe-t-il des clés d'évolution ? Le droit du licenciement peut-il évoluer, s'enrichir de façon concrète, afin de ne pas se borner à porter devant le juge des questions relatives à la réalité économique du motif du licenciement, mais de permettre d'établir si, d'une part, une formation adaptée aurait permis une évolution évitant le licenciement et, d'autre part, si l'employeur a rendu possibles les adaptations et les acquisitions nécessaires pour retrouver un emploi ? Des contrôles existent déjà : on retrouve le premier dans l'obligation de reclassement qui existe au sein de l'entreprise et du groupe auquel elle appartient, en vertu de l'article L. 1233-4 du code du travail qui dispose que « *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* » ; le second réside dans le contrôle du lien possible entre le licenciement, sa légalité, et les efforts d'accompagnement réalisés par l'entreprise.

3. Quelques mots sur les perspectives qu'ouvrent ces deux pistes.

La première concerne le lien entre l'obligation de formation et les exigences posées par les articles L. 6321-1 et L. 1233-4 du code du travail. Je précise que ces deux obligations ont été consacrées de façon intimement liée par la jurisprudence, l'arrêt

105 La loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social modifie notamment l'article L. 932-1 du code du travail en vertu duquel « *I. - Toute action de formation suivie par le salarié pour assurer l'adaptation au poste de travail constitue un temps de travail effectif et donne lieu pendant sa réalisation au maintien par l'entreprise de la rémunération* ».

106 Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel en vertu de laquelle l'article L. 6321-1 du code du travail est ainsi rédigé « *L'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. / Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi, au regard notamment de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations* ».

107 Ccass., ch. soc., 11 juillet 2007, n° 06-11164, Bull. n° 123.



Expovit, à l'origine de l'obligation d'adaptation à l'emploi pouvant être examiné à l'aune de l'arrêt *Assurance mutuelle universitaire*¹⁰⁸, également de 1992, à l'origine de l'obligation de reclassement : ces deux obligations sont nées ensemble dans la jurisprudence de la Cour de cassation et ont ensuite cheminé parallèlement.

La question qui se pose pour « un nouveau droit du travail » est de savoir si, pour soutenir les obligations de formation, il est possible d'envisager différemment les obligations de reclassement. Cette voie, même si elle n'est pas inintéressante à poser, se heurte à deux difficultés. La première tient, pour des raisons assez évidentes, à ce que la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation n'a jamais demandé plus qu'une formation simple et de courte durée malgré l'ambition posée par l'article L. 1233-4 du code du travail. Les postes disponibles qui exigeraient une offre de formation allant au-delà d'une formation simple et de courte durée n'ont ainsi pas à être nécessairement proposés au salarié au titre de l'obligation de reclassement. Le second obstacle, qui figure au cœur des régulations juridictionnelles, tient au fait que l'obligation de reclassement arrive souvent trop tard, et n'intervient qu'au moment où se pose la question du départ du salarié, au moment où il n'est plus à même d'acquérir les compétences attendues, ce qui rend difficile d'évaluer la part de responsabilité ou les carences du fait de l'employeur.

La seconde question qui se pose est plus intéressante : est-il possible d'instaurer un lien plus fort entre le litige né au moment du licenciement et les efforts attendus de l'entreprise pour permettre de maintenir la capacité à occuper un emploi, c'est-à-dire de s'intéresser à la « veille » attendue de l'employeur en matière d'offre de formation en tant qu'elle excède la simple adaptation au poste de travail mais constituerait un véritable accompagnement à la reconversion ? Il n'existe aujourd'hui que deux outils qui le permettent, et qui sont d'ailleurs assez familiers depuis quatre ans au juge administratif : les décisions d'homologation et de validation. Par exemple, dans le cadre du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), l'aide à la reconversion ne fait pas partie, en dehors de quelques accords professionnels très spécifiques, du dispositif de reclassement, même s'il est doublement concerné dans le plan de reclassement « interne » de l'entreprise et dans les perspectives de reclassement qui lui sont « externes ». Une autre disposition du PSE, assez méconnue et peu commentée par la doctrine sociale, concerne la mesure de sa suffisance, pas seulement au titre des mesures qu'il prévoit dans l'actualité de l'entreprise, mais également au titre du suivi des actions de formation et d'adaptation mentionnées aux articles L. 6321-1 et L. 1233-4 du code du travail qui auront déjà été diligentées. Les obligations de formation et d'adaptation, actuelles et passées, sont liées au moment de l'évaluation du PSE : elles sont évaluées au regard de ce que l'employeur propose pour son plan de reclassement, mais également à la lumière de ce qu'il a déjà entrepris pour amortir, à une époque où le licenciement n'était qu'une éventualité, les possibles conséquences de cette issue.

4. Mon dernier propos concernera les accords de rupture conventionnelle collectifs, qui offrent aussi une piste d'un « nouveau droit du travail » qui ne s'attacherait pas exclusivement à la protection de l'emploi tel qu'il est au moment où il est possédé.

108 Ccass, ch. soc., 1^{er} avril 1992, n° 89-43494, Bull. n° 228, p. 141.



Ces accords sont soumis à validation. On peut assez raisonnablement penser que leur validation, même si ce point n'a pas encore été tranché, est soumise au respect d'un bloc de légalité « allégé » par rapport à celui s'appliquant aux accords collectifs ordinaires : l'accord lui-même crée la norme. Le texte qui les institue est très précis sur un point : l'administration du travail doit opérer un contrôle de fond sur le caractère précis et concret des mesures visant à faciliter l'accompagnement et le reclassement des salariés (mobilité, reconversions, etc.). Le contrôle du licenciement et de la protection de « l'emploi tel qu'il est » opère ici un léger glissement vers le contrôle d'une capacité à occuper un emploi dans l'avenir, ce qui constitue une perspective plus large que celle de l'application d'un droit, traditionnel et un peu désuet, par un juge exclusivement régulateur des litiges.

Catherine Courcol-Bouchard

*Première avocate générale à la Cour de cassation,
modératrice de la table ronde*

Merci de cette intervention. Vous avez mis en lumière le fait que ce n'est pas seulement au moment de la rupture du contrat qu'il faut se préoccuper de formation et de reclassement. Un employeur doit s'assurer que le salarié va rester capable d'occuper son poste ou d'être en mesure de s'adapter à un emploi nouveau au sein de l'entreprise. Cela fait partie d'une « responsabilité au fil de l'eau » de l'employeur.

Je donne la parole au professeur Verkindt, professeur de droit à l'université Panthéon-Sorbonne et grand spécialiste du droit du travail.

Pierre-Yves Verkindt

Professeur de droit à l'université Panthéon-Sorbonne

J'inscrirai mes pas dans les propos que maître Lyon-Caen a tenus lors de la première table ronde ; propos que je prolongerai sur la question de l'articulation de la gestion de l'emploi et de la protection des salariés. Je précise toutefois que je ne suis pas certain que le *droit du travail* dont nous débattons soit si nouveau que cela si nous l'examinons au prisme de la tension entre les exigences de la gestion de l'emploi et celles de la protection des travailleurs. C'est pourquoi le « point d'interrogation » du titre général du colloque me semble tout à fait pertinent.

Je souhaiterais évoquer de façon nécessairement succincte tout ce qui passe « sous le radar » du droit du travail, non pas tel qu'il existe dans les textes mais tel qu'il s'applique dans la réalité. La question de l'articulation de la « gestion de l'emploi » et de la « protection des salariés » peut dans cette perspective être abordée sous trois angles. D'une part, il me semble qu'une certaine contradiction entre la gestion de l'emploi et la protection des salariés a toujours existé, elle me paraît même consubstantielle à la discipline. Ensuite, il me semble que cette contradiction s'inscrit sur une toile de fond idéologique qui tend à dégrader la règle du droit social (de source légale ou de source conventionnelle) en outil. La puissance du discours sur le droit social comme instrument de gestion est telle

qu'elle nous conduit à oublier que le droit, sans exigence de justice, ne mérite plus le nom de « droit » (G. Gurvitch). Enfin, qu'il soit louangeur ou critique, ce discours sur le droit du travail occulte largement le fait que, tel qu'il s'applique, il laisse grande la porte ouverte à des mécanismes extraordinairement puissants de sélection et d'exclusion qu'il faudra bien éradiquer si l'on veut un jour être en présence d'un véritable *nouveau* droit du travail.

1. La tension entre la gestion de l'emploi et la protection des salariés, entre l'économique et le social, est une donnée centrale. La gestion de l'emploi peut être appréhendée sous l'aspect macroéconomique, en ce qu'elle représente une politique publique à part entière, comme sur un plan microéconomique en ce qu'elle concerne l'accès ou le retour à l'emploi du travailleur. On peut même considérer qu'elle est antérieure au droit du travail tel que nous le connaissons aujourd'hui : on la retrouve dans les mécanismes anciens de marchandage ou de tâcheronnage tels qu'ils existaient au XIX^e siècle, et qui étaient déjà l'expression de la tension entre l'économique et le social. Notre droit du travail actuel est l'héritier d'une construction qui est allée à l'encontre de ces mécanismes. On ne redécouvre rien aujourd'hui : on assiste seulement à un phénomène contemporain d'instrumentalisation, voire de dégradation des outils résultant de la règle, de l'application du droit et plus particulièrement du droit du travail, pour accompagner les exigences des évolutions économiques.

2. La règle de droit, qu'elle soit légale ou conventionnelle, semble aujourd'hui pensée à partir des seules exigences techniques et gestionnaires. C'est oublier que toute règle de droit incarne un ensemble de valeurs que le juge est également appelé à promouvoir. Et quand bien même on ramènerait la règle de droit au seul rang d'outil, il faudrait bien admettre qu'il en va de la règle comme d'un marteau. Sa valeur d'usage ne résulte que du projet et de la qualité de celui qui tient le manche. Même si j'adoptais un point de vue purement instrumental de la discipline, je devrais me poser la question de savoir qui tient le manche de l'outil dénommé « droit du travail ». C'est en réalité la seule question véritable. Nos modes de raisonnement habituels sont quelque peu brouillés, et j'ai la faiblesse de penser qu'ils ne le sont pas hasard. Je cherche donc à savoir qui profite de la dégradation de la règle de droit social en règle de gestion du social, tout en constatant que nous sommes, de fait, aujourd'hui, à la fois en présence d'une norme de gestion sociale, la « gestion de l'emploi » et d'une norme porteuse de valeurs, la « protection des salariés ». Cela nous conduit à un troisième questionnement, celui des facteurs de fragilité.

3. Aujourd'hui, comme autrefois, il existe à l'intérieur du droit du travail de puissants mécanismes d'exclusion et de sélection. Ils s'appliquent notamment à tous ceux que le droit du travail ne concerne pas, car ils sont à la porte de l'entreprise. On peut échafauder quantité d'édifices qui portent à la perfection le droit du travail, mais si l'on ne s'inquiète pas de ceux qui n'en bénéficient pas (!) le moins que l'on puisse dire, c'est que l'on passe à côté de quelque chose d'essentiel qui a trait à la valeur même de la norme. Je pose ici la question des travailleurs les plus fragiles, pour identifier *quatre vecteurs de fragilité* qui constituent des piliers de réflexion pour le renouveau du droit du travail contemporain.



- Un premier ensemble de causes de fragilité est d'ordre juridique. Il s'agit, d'une part, de la *précarité des contrats* et, d'autre part, des mécanismes très structurants pour le droit du travail tel qu'il s'est construit et qui sont relatifs à l'*acquisition de droits par l'effet de l'ancienneté*. Ces deux mécanismes de sélection fonctionnent séparément, mais convergent vers la précarité. En 2018, alors que les licenciements économiques représentent 1,8 % des entrées au chômage, les fins de contrat en représentent 21 % et les fins d'intérim 6 %. Plus d'un quart des entrées au chômage ne sont ainsi pas liées au licenciement, mais à un facteur de désintéressement du droit du travail. Quant à l'ancienneté, calculée avec ou sans barème, elle porte mécaniquement à l'augmentation des droits au sein de l'entreprise, et illustre superbement l'effet « Mathieu » : celui dont le statut est précaire ne pourra se prévaloir des effets de l'ancienneté au moment de la perte de son emploi, alors que celui qui peut s'en prévaloir verra son « compteur de droits » se bonifier année après année au sein de l'entreprise.

- La deuxième cause de fragilité, précédemment évoquée, tient à la *faible qualification du travailleur* et aux difficultés d'adaptation qui en résultent. La volonté rationalisatrice qui oriente les décisions du législateur, par exemple en matière de formation continue ou de formation professionnelle, a fait passer en arrière-plan l'idée de promotion sociale qui dominait lors de la mise en place des mécanismes. Ce faisant, l'idée de compétence a pris le pas sur celle de qualité professionnelle, sans que l'on se rende compte que cette dernière assure l'adaptabilité mieux que la certification. Même sur un plan strictement économique, la culture scientifique et technique et la culture dans son acception la plus générale, s'avèrent d'une plus grande utilité que les batteries de certification(s). Sur ce point, une certaine conception de la gestion de l'emploi a largement contribué à occulter ce phénomène.

- Le troisième ensemble de causes tient aux fragilisations liées à l'*état de santé du travailleur*.

- Le quatrième ensemble de causes concerne les *travailleurs des sous-traitants* tout au long de la chaîne de sous-traitance. Ce sont les petits sous-traitants et les salariés des sous-traitants qui payent au prix fort l'image que se donnent les donneurs d'ordre.

Pour conclure, il y a peut-être intérêt à ce que le renouveau du droit du travail tienne compte de ceux qui figurent aujourd'hui à sa marge, afin qu'ils puissent pleinement bénéficier de ses effets.

Catherine Courcol-Bouchard

Première avocate générale à la Cour de cassation,
modératrice de la table ronde

Merci de cette intervention. Vous avez souligné que celui qui reste dans l'entreprise voit son « compteur de droits » augmenter année après année. Lorsque l'on entend aujourd'hui que le destin est plutôt d'aller d'entreprise en entreprise, on comprend combien il est important que les droits acquis puissent être extérieurs à l'entreprise. Je donne la parole à Yves Struillou, directeur général du travail.



Pour la direction générale du travail (DGT), que je représente, l'intitulé du colloque : « Vers un nouveau droit du travail ? » renvoie à une question. Mais indique-t-il un objectif à atteindre ou un processus déjà engagé ?

Depuis cinq ans, dans mes fonctions, je constate que la DGT se trouve en quelque sorte toujours « entre deux lois » : celle que nous avons contribué à élaborer et celle, à venir, que le Gouvernement nous demande de construire en fonction de ses orientations politiques. Dans la mesure où nous nous inscrivons dans une mue, et conscients de l'expression d'Ernst Jünger, reprise par Anicet Le Pors, selon laquelle « pendant la mue le serpent est aveugle »¹⁰⁹, nous essayons d'éclairer le débat. Il a souvent été fait référence à la tension entre le « social » et « l'économique ». Lorsque des questions se posent en la matière à la DGT, j'ai pour habitude de me référer au *Précis Dalloz* de 1975 pour reprendre la belle citation de Gérard Lyon-Caen, déjà plusieurs fois évoquée ici : « si le droit du travail cherche à consacrer ce qui est socialement souhaitable, il ne peut réaliser que ce qui est économiquement possible ». Cette tension est permanente, elle existait d'ailleurs bien avant la naissance du droit du travail.

Pour aller plus loin sur la notion d'emploi, de quoi parle-t-on ? De l'emploi ? Du poste de travail qui se transforme et n'est jamais à l'identique ?

Plusieurs questions se posent :

- celle de savoir si la suppression du poste de travail et/ou ses transformations vont entraîner la suppression de l'emploi ;
- celle des modalités de prise en compte des aptitudes du travailleur, dans ses dimensions physiques comme morales, qui peuvent conduire à l'exclusion de l'emploi ;
- celle du maintien et du développement des compétences qui sont *a priori* reconnues par la qualification.

1. Dans ces conditions, comment gérer l'emploi et le protéger ? Ces deux thèmes sont-ils redondants ou constituent-ils un oxymore ?

Redondants, car la gestion de l'emploi tient déjà compte de mécanismes d'anticipation. La mise en place de la gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences (GPEC) permet de questionner les évolutions stratégiques du secteur d'activité pour anticiper, comme l'évoquait le doyen Waquet, les « nuées noires qui s'annoncent à l'horizon », pour étudier les évolutions techniques et en déduire les formations de longue durée ou d'adaptation qui sont nécessaires pour éviter la rupture du contrat de travail. La redondance tient ici à ce que la gestion de l'emploi et la protection du travailleur conduisent en réalité non pas à ce que la personne conserve son emploi au sens de « poste de travail », mais à ce que la relation au travail soit suffisamment sécurisée pour assurer la continuité de ce qui

¹⁰⁹ A. Le Pors, *Pendant la mue le serpent est aveugle – Chronique d'une différence*, éd. Albert Michel, Paris, 1993.



est la contrepartie du travail, à savoir la rémunération, facteur de sécurité et de stabilité sociales.

L'antagonisme revient à considérer certaines pratiques déviantes d'entreprises, qu'il faut se garder de généraliser, et qui conduisent les travailleurs et leurs organisations syndicales à être méfiants à l'évocation de pratiques de GPEC qui ouvrent en réalité la voie aux plans sociaux et aux perspectives de ruptures des contrats de travail. La logique libérale ou néo-libérale considère que dès lors qu'il y a accroissement des protections, cet antagonisme se traduit par une destruction des emplois, et que l'intervention du droit du travail dans la gestion des emplois est donc facteur de régression. Les opposants à cette logique défendent, pour leur part, l'existant, les acquis sociaux en considérant que le contrat de travail est le meilleur bouclier face aux évolutions et aux menaces. Cette logique dite « sociale » considère, pour sa part, que toute évolution est négative, qu'elle constitue une régression. Ceux qui se sont essayés à dépasser la contradiction idéologique de ces deux approches ont essayé bien des déconvenues.

2. Il me semble qu'il existe là une continuité dans les politiques publiques conduites depuis 2008 : les gouvernements successifs se sont essayés à adapter l'évolution de notre pays à la mondialisation, à la numérisation, etc., et à tous les facteurs qui se combinent pour faire face aux mutations qui déstabilisent toutes nos sociétés, en recourant au dialogue social, entendu comme l'ensembles des processus allant de l'information à la négociation, en passant par la consultation, et en allant parfois vers la codécision avec les représentants du personnel.

Pour reprendre les termes de Gérard Lyon-Caen : le dialogue social peut permettre d'être plus efficace économiquement, d'éviter des situations de « *perdant/perdant* », telle celle où l'entreprise ferme en laissant ses salariés sans emploi et sans protection, en ménageant et en aménageant un « *socialement souhaitable* » dont les marges de manœuvre s'élargissent.

La réforme fondamentale de la représentativité syndicale, opérée en 2008¹¹⁰, a défini un nouveau cadre d'intervention pour la définition et la conduite des politiques publiques, même s'il a été marqué par des évolutions. Dans sa veine est apparu un « nouveau droit du travail », issu de processus différents, mais convergents, tels que la transformation des règles de la négociation collective, la définition des critères de la représentativité patronale, la redéfinition des rapports entre la négociation de branche et d'entreprise – la primauté de celle-ci étant reconnue sauf exception – et le mouvement de restructuration des branches.

L'objectif stratégique poursuivi est de faire passer la France d'une flexibilité « unilatérale et externe », en référence à des situations marquées par l'utilisation de contrats courts et à des décisions de restructurations décidées sans négociation

¹¹⁰ Voir notamment : loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ; loi n° 2010-1215 du 15 octobre 2010 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ; décret n° 2008-1133 du 4 novembre 2008 relatif aux modalités de recueil et de consolidation des résultats des organisations syndicales aux élections professionnelles ; décret n° 2008-1163 du 13 novembre 2008 relatif au Haut Conseil du dialogue social ; circulaire DGT n° 20 du 13 novembre 2008 relative à la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.



engageant des conflits répétés, à une flexibilité « interne et négociée », qui porte sur des variables clés de la relation au travail permettant d'assurer la pérennité de l'emploi, à savoir la durée du travail, le maintien des salaires, le partage de la valeur ajoutée, ainsi que les perspectives de mobilité géographique ou fonctionnelle, ou encore les deux combinées. Cela s'avère bien sûr compliqué au regard de l'immense diversité des situations économiques et sociales ainsi que des diversités territoriales.

Mais si cette démarche relève d'une stratégie, elle doit disposer d'outils et d'instruments juridiques opérationnels et cohérents.

3. La construction d'un nouveau droit du travail reposant sur des mécanismes de flexibilité « interne et négociée » pose des difficultés de cohérence pour sa mise en œuvre.

Ainsi, est-il possible de promouvoir le dialogue social, alors que la négociation se fait en France avec des organisations syndicales extrêmement faibles dans les petites entreprises. Avec qui négocie-t-on ? Le mandatement, mise à part pour la réforme des 35 heures, a été un échec. Les modalités de la négociation doivent être adaptées en tenant compte de la réalité et de sa très grande diversité, comme l'absence de toute représentation du personnel ou le droit né notamment des engagements internationaux souscrits par la France. Concrètement, la question posée est celle des possibilités et des modalités de négociation avec les élus, voire en leur absence avec le personnel.

Pour citer Jean-Pierre Chevènement, « *le neuf se nourrit du vieux* ». Par exemple, les modalités d'adoption des accords en matière de protection complémentaire ont toujours prévu plusieurs mécanismes alternatifs mettant sur le même plan l'accord négocié avec les représentants syndicaux, des salariés élus, ou ratifié par le personnel. Et la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que, dès lors qu'un texte en ce domaine est approuvé par le personnel, il a valeur d'accord collectif.

La France est le seul pays à s'être engagé, en cette période de tensions et de modernisation, dans la voie de l'accord dit « majoritaire ». Cette évolution est justifiée par le développement du nombre d'accords « donnant-donnant », c'est-à-dire d'accords qui ne sont plus nécessairement plus avantageux que la loi ou que les accords de branche, ce qui à son tour renforce la potentialité de la négociation d'entreprise comme outil d'une transformation qui concilie l'« économiquement possible » et le « socialement souhaitable ».

De ce point de vue, les accords de performance collective (APC) s'inscrivent pleinement dans cette stratégie, dont ils constituent le vecteur opérationnel, ainsi que dans le cadre de la Convention n° 158 de l'OIT dès lors qu'ils doivent répondre, pour reprendre les termes même de la convention, eux-mêmes repris par la loi s'agissant de ces accords, aux « *nécessités de fonctionnement de l'entreprise* », aussi bien dans des situations de récession que dans des périodes de développement du marché ; ces nécessités étant d'abord appréciées conjointement par les parties à la négociation de l'accord.



4. Si nous croyons dans l'instrument que constitue la négociation collective pour dépasser les tensions entre le « libéral » et le « social », il faut alors dénouer les tensions entre le « collectif » et « l'individuel ». Il ne s'agit pas d'écraser l'individuel, c'est-à-dire le droit que chacun tire de son contrat de travail, mais de promouvoir l'intérêt collectif au sein de l'entreprise. C'est la voie dans laquelle nos gouvernements successifs se sont engagés sous des formes diverses. Il y a, de ce point de vue, une convergence de vues sur le plan théorique entre ceux qui promeuvent la négociation et ceux qui conçoivent l'entreprise comme une institution ; la négociation cristallisant en quelque sorte l'intérêt de l'institution qui dépasse les seuls intérêts des parties prenantes de l'entreprise.

Enfin, notons que ce qui se construit est bien un droit de l'activité professionnelle. Il se construit certes de manière tâtonnante compte tenu des rythmes politiques, mais c'est un droit qui unit à la fois : le *droit de l'emploi* – un accord de performance collective doit aborder les questions d'emploi, de travail, de formation professionnelle, etc., dans un accord « tout inclus » –, le *droit à la transition professionnelle* – quand le salarié au sein d'un même groupe peut changer d'entreprise, d'employeur, pour éviter de perdre son emploi, ou quand il peut adapter ses compétences aux évolutions de son emploi –, et le *droit à la protection collective*.

Pour conclure, nous jugerons des intentions du législateur à l'aune de la formule d'Hegel, selon laquelle : « *l'intention ne trouve sa vérité que dans l'action elle-même* ».

Catherine Courcol-Bouchard

Première avocate générale à la Cour de cassation,
modératrice de la table ronde

Merci de cette intervention. Je redonne la parole au président Piveteau.

Denis Piveteau

Président de la 4^e chambre de la section du contentieux

Je souhaiterais faire quelques remarques sur les interventions précédentes.

1. M. Struillou a évoqué un *droit de l'activité* très global, qui sache penser les transitions professionnelles. Il a également évoqué le rôle des acteurs, car ce qui se pense à la DGT, ou dans les relations professionnelles au sein des entreprises entre les partenaires sociaux et les représentants des employeurs lorsque l'on évoque les accords de branche, se joue « en droit » dans l'instant, avec l'application du droit à une activité économique.

Le juge est nécessairement saisi du litige. La présidente Fombeur l'a rappelé : il ne pourra pas échapper à cette position de « gendarme en fin de parcours », ce qui le prive en grande partie des leviers les plus efficaces d'anticipation, de préparation et d'évitement. Par construction, le juge a toujours l'impression d'arriver trop tard,



d'où la nécessité de ne pas tout faire reposer sur la régulation juridictionnelle, d'où la nécessité également, puisque nous ne sommes saisis qu'au moment du licenciement, d'arriver à accrocher au litige de celui-ci les droits qui permettent de retrouver un emploi en vue d'une meilleure flexibilité dans la régulation du marché du travail.

2. On a également évoqué le malaise du juriste si le droit devenait purement instrumental, pour n'examiner qu'une situation économique sans dimension de valeur. Sur les murs de la salle d'Assemblée dans laquelle nous nous trouvons, se trouvent des fresques de 1920 d'Henri Martin, qui toutes représentent des scènes mettant en valeur le travail – commerce, travaux public, agriculture, etc. Le travail incarne une valeur en nos murs, et avoir un travail est la première des valeurs. Cette valeur entre dans un rapport circulaire avec les enjeux de santé, d'insertion sociale, de revenus, l'un garantissant les autres et inversement. Cette circularité exige une attention à avoir envers tous ceux qui n'ont pas de marchepied pour accéder à l'emploi. Repenser la protection d'un emploi comme l'une des premières valeurs de notre droit du travail, cela n'est pas s'éloigner de nos préoccupations actuelles.

Catherine Courcol-Bouchard

*Première avocate générale à la Cour de cassation,
modératrice de la table ronde*

Merci de ces remarques. La parole est au professeur Verkindt.

Pierre-Yves Verkindt

Professeur de droit à l'université Panthéon-Sorbonne

On sent bien qu'aujourd'hui on est un peu à un tournant : même si l'articulation entre l'économique et le social n'est pas nouvelle, elle nous oblige à reconsidérer le droit du travail tel qu'il existe. C'est une immense provocation à inventer de nouvelles choses. Doit-on mettre l'accent sur le travail et le travailleur, indépendamment du support juridique de son activité ? Là, tout est véritablement à créer.

En revanche, on ne peut pas considérer que les réformes récentes soient la marque d'un « nouveau » droit du travail. On peut envisager que, demain, il y a autre chose à construire, qu'il est peut-être temps de prendre le mot « travail » au sérieux. Le droit du travail n'est ni celui du salarié, ni celui du salaire, ni le droit de l'activité salariée : il s'agit du droit du « travail ». Les évolutions techniques, la modernisation, nous portent à relever ce défi.

Enfin, je pense que la *flexibilité interne* négociée du contrat du travail peut être envisagée, mais à deux conditions : qu'elle soit véritablement négociée en loyauté, et qu'elle n'oublie pas ceux qui ne bénéficient pas de contrat de travail.



Catherine Courcol-Bouchard

*Première avocate générale à la Cour de cassation,
modératrice de la table ronde*

Merci de ces précisions. La parole est à M. Struillou.

Yves Struillou

Directeur général du travail, ministère du travail

Je souhaiterais également faire quelques précisions en réponse aux remarques précédentes.

L'une des tentatives de dépassement des tensions entre l'économie et le social a été la mise en place des zones de tourisme international. Cela a permis l'ouverture de certains magasins le dimanche, sous réserve de la conclusion d'un accord collectif prévoyant cette possibilité.

Dans ce contexte, deux enseignes très proches ont connu une expérience différente : la première a négocié très rapidement un accord collectif, tandis que la seconde y est parvenue avec grande difficulté. Il doit être noté que le premier accord, accepté par tous les syndicats de l'entreprise, avait prévu des dispositions assez inédites dans le but de prendre en compte les demandes du personnel féminin, majoritaire, comme la prise en charge des frais de garde des enfants ou les frais de transport, ainsi que l'insertion de jeunes sans diplômes pour les recrutements rendus nécessaires par la mesure. Cet exemple montre qu'il est possible de concevoir et de mettre en place une flexibilité interne qui repose sur un accord collectif majoritaire, dans une double finalité de préserver des emplois et de procéder au recrutement de personnes sans emploi.

La deuxième anecdote a trait à l'une des problématiques du droit du travail : le dépassement de la relation individuelle par la mise en place d'un cadre collectif ; aspect qui est reconnu par le juge constitutionnel comme par la communauté de travail. Ceux qui sont en marge de ce cadre collectif, soit parce qu'ils ont perdu leur travail, soit parce qu'ils sont dans des relations de sous-traitance, d'intérimaire, de travail détaché ou dissimulé montrent les limites du périmètre du droit du travail, et l'instrument que constitue la négociation collective pourrait permettre de leur faire rejoindre cette communauté de travail.

Enfin, je souhaiterais évoquer une initiative de l'université de Nancy qui, à la suite de la loi « travail »¹¹¹, a créé une formation commune de niveau master regroupant, de façon tout à fait novatrice, des salariés, des DRH et des représentants syndicaux qui n'avaient pas eu pour la plupart accès à des études supérieures. Une représentante syndicale d'une organisation nationale relevait que cette initiative de formation était exceptionnelle.

¹¹¹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Catherine Courcol-Bouchard

Première avocate générale à la Cour de cassation,
modératrice de la table ronde

Merci beaucoup. Je donne maintenant la parole au public, afin qu'il puisse poser des questions à nos intervenants.



Échanges avec la salle

Question du public

Si je comprends bien, la négociation collective est la voie de résolution de la « tension sociale », sorte de combinaison d'exigences de compétitivité et de protection, et il ne serait pas besoin de prêter attention à la façon dont ladite négociation collective peut procéder à ce règlement en raison de ses vertus intrinsèques. Cette présentation rappelle ce qu'une tendance des sciences politiques a appelé le « néocorporatisme ». Lorsque les gouvernants et les organisations professionnelles sont faibles, ils échangent leurs faiblesses, en souffrant mutuellement les attributs qui leur restent. Mais, ni les uns, ni les autres n'ont de véritables projets. Ils limitent leurs ambitions à l'établissement de compromis, si possible stables.

Cette voie est-elle judicieuse ? A-t-elle d'ailleurs été empruntée ? Ce n'est pas certain. Les autres interventions ont, en tout cas, montré qu'il pouvait y avoir d'autres options que celle du dialogue social pour lui-même. D'autres figures institutionnelles peuvent utilement servir d'inspiration.

J'ajoute que je suis très sensible à ce qu'a dit le président Piveteau. Je le trouve toutefois trop pessimiste lorsqu'il estime que le juge intervient trop tard, quand il s'efforce de traiter non pas de la stabilité de l'emploi, mais du parcours du travailleur, au travers des deux obligations : celle du maintien des capacités à occuper l'emploi et celle de développer les capacités à occuper un emploi. Si le juge intervient bien rétrospectivement pour contrôler si mes obligations ont été exécutées, il a néanmoins la faculté de construire un modèle qui servira de guide pour d'autres employeurs et d'autres travailleurs. Le juge ne me paraît pas avoir un simple rôle curatif. Il a un rôle normatif. Il est très important que ce soit le juge qui construise ce modèle, car les acteurs de la négociation collective s'y référeront comme un modèle légitime. Au demeurant, les accords de GPEC n'ont de véritables fondements que dans ces deux obligations, d'origine législative, mais enrichies par les juges. Qu'en pensez-vous ?

Question du public

Vous avez mis en avant deux vertus nouvelles qui semblent constituer les deux éléments phares au quotidien de bon nombre de spécialistes de l'organisation des relations de travail. Cela m'étonne que l'on n'ait pas parlé de la montée en puissance de la compétence et de la prévention dans le monde de l'entreprise. Je le sais d'autant plus que ce sont des sujets évoqués avec les négociateurs. Or nous n'avons pas appelé ici tous ceux qui doivent l'être : pas un mot sur l'éducation nationale, pas un mot, même si M. Verkindt l'a évoqué en citant les économistes néolibéraux, sur le fait que le marché du travail est un marché

segmenté. Sur ce point, il existe une abondante littérature des économistes qui nous parlent des « insiders » et des « outsiders » dans une vision libérale du marché de l'emploi, et qui appellent des réponses sur ce constat qui n'ont été ni évoquées, ni suggérées dans les débats : plus de droit du licenciement, plus de contrôle de la causalité sérieuse, etc. Cette approche a pourtant été couronnée d'un prix Nobel.

On peut faire le même constat de départ sans arriver au même résultat : je demande depuis des années qu'il y ait un ministère de la formation et de la compétence, qui aille de l'éducation nationale à l'enseignement supérieur en intégrant l'apprentissage. Vous n'imaginez pas la barrière entre l'enseignement supérieur et l'éducation nationale, c'est proprement effarant au XXI^e siècle. Les statistiques sont pourtant là : les compétences sont une clé d'entrée extraordinaire sur le marché du travail, il n'y a qu'à observer le taux de chômage en fonction des qualifications et du niveau d'études. En dessous de « bac+2 » il atteint 50 à 60 %, au-dessus de ce niveau c'est 5 à 7 %. Nous devons donc mobiliser également un appareil qui n'a pas forcément l'habitude d'une action conjointe, et je n'évoque pas le levier de la formation continue tout au long de la vie professionnelle. Beaucoup se gaussent du compte de formation professionnelle, qui est tout sauf un gadget. Nous avons beaucoup de retard dans ce domaine, pas dans l'organisation juridique, mais dans son appropriation.

En ce qui concerne la prévention, si on parle aujourd'hui d'accords de performance collective et de ruptures conventionnelles collectives, on n'évoque plus le passé. Il y a dix ou quinze ans, il y avait pourtant un engouement pour la GPEC, qui est retombé comme un soufflé. Or la prévention a, aujourd'hui, pour levier la prévision, les analyses économiques, la compétence, les accords GPEC, ainsi que les moyens évoqués par M. Struillou pour la mettre en œuvre. J'en appelle à un sursaut, non pas pour les grandes entreprises qui savent mettre en œuvre les accords GPEC, la culture de la prévention, la conciliation de la compétence et de l'emploi à l'aune des mutations que nous connaissons, mais pour ceux qui en sont exclus. La difficulté est que cette approche n'est pas assez développée, que l'on attend l'orage. Si l'on menait une analyse du contentieux du licenciement au regard des effectifs des entreprises, on s'apercevrait qu'il s'agit d'un contentieux de PME/TPE et non pas d'un contentieux de grandes entreprises. Il suffit de voir que le taux de litige des sorties d'emploi des grandes entreprises est quasiment inexistant. Il nous fait faire cet effort de mise en perspective. Qu'en pensez-vous ?

Question du public

Dans le prolongement de l'intervention de maître Lyon-Caen, je souhaiterais aborder un sujet important. Je pense qu'avant de dire que la négociation collective en France est l'expression d'un néo-corporatisme, il faut réfléchir à ce qu'est la société française. Ce que j'ai observé pendant quarante ans d'expérience dans le domaine des relations sociales, c'est que le principal des

maux dont souffre notre pays est le corporatisme, celui des professions comme des entreprises, qui n'ont en tête que la préservation d'intérêts individuels, donc forcément égoïstes, ce dont les confédérations syndicales, sur le plan national, ont souvent honte. Je me souviens de discussions avec Louis Viannet¹¹² dont j'étais proche, et qui était profondément gêné par les mouvements des aiguilleurs du ciel, que la confédération ne soutenait pas du tout. Je considère personnellement que les confédérations syndicales nationales ne défendent pas que les intérêts catégoriels et égoïstes d'une catégorie de salariés, mais qu'elles sont confrontées à l'ensemble des problèmes de la société, dans un large éventail qui va de la santé aux problèmes de l'emploi, et qui comporte les difficultés des retraités, des chômeurs, des actifs, etc. Elles sont capables, par leur maturité et leur esprit de responsabilité, de prendre en compte les conséquences des mesures qui impactent l'emploi, le régime de protection de la santé, etc. En cela, elles ont précisément une approche anti-corporatiste.

Une illustration particulièrement pertinente me semble être celle de l'accord du 11 janvier 2013 sur la sécurisation de l'emploi¹¹³. Cet accord de la CFDT était la protection complémentaire pour tous les salariés, dont ceux des PME étaient privés alors que ceux des grandes entreprises en bénéficiaient, négociée dans le cadre de la réforme voulue par le patronat sur les règles de licenciement. N'est-ce pas l'inverse d'un comportement corporatiste ?

Yves Struillou

J'ai pu faire preuve d'un excès d'idéalisme dans mes propos précédents. Cependant, je ne pourrais pas assurer mes fonctions si je ne croyais pas en certaines valeurs qui ont été abordées précédemment, au nombre desquelles le respect de la personne humaine, du travailleur, mais également celle qui figure à mon sens au cœur du « réacteur » des relations collectives professionnelles : la négociation.

Je n'ai pas eu le temps de dire qu'au centre de cette conception, l'État est loin de disparaître. C'est bien un mouvement dialectique que nous sommes en train de vivre : au moment où le Gouvernement élargit les marges de manœuvre des partenaires sociaux, au niveau de la branche comme au niveau de l'entreprise, le législateur a fait, pour la première fois, l'effort, en matière de durée du travail, de définir ce qu'était l'ordre public dans ses deux dimensions : c'est toujours l'État qui distribue les compétences dans ses dimensions juridique comme opérationnelle, à peine d'être désormais censuré par le Conseil constitutionnel.

Nous avons déjà abordé la question de la restructuration des branches. Je ne sais pas si l'approche est corporatiste ou néo-corporatiste, mais il résulte que ce sont les branches les plus faibles qui n'ont pas la capacité,

112 Louis Viannet (1933-2017), syndicaliste français, secrétaire général de la Confédération générale du travail (CGT) de 1992 à 1999.

113 Accord national interprofessionnel de sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels du 11 janvier 2011 relatif à la compétitivité des entreprises.

d'assumer des fonctions, et c'est un point de blocage majeur dont pâtissent les entreprises et les salariés. Je renvoie sur ce point vers la loi sur l'avenir professionnel¹¹⁴ qui a introduit des critères nouveaux en matière de restructuration des branches, notamment la possibilité qui leur est donnée d'assurer la plénitude de leurs compétences en matière professionnelle, non pas uniquement au niveau de l'entreprise, mais aussi dans un périmètre beaucoup plus large : le marché, la constitution de centres d'apprentissage, la définition des diplômes, etc., dans une stratégie d'ensemble.

Pour revenir sur ce qu'a dit le professeur Verkindt s'agissant des « échanges de faiblesse », on constate qu'en France la négociation sur les PSE a déjà permis d'échanger des pouvoirs de nuisance : les représentants du personnel, sachant qu'ils ne pouvaient pas peser sur la décision, instrumentalisaient le jeu et « jouaient la montre » pour retarder la négociation. N'est-il pas possible de concevoir d'autres modalités de négociation qui resteraient dans un rapport de forces, celui-ci étant néanmoins encadré par la loi pour permettre d'échanger des faiblesses mais aussi des potentialités ?

Sur un autre sujet que je n'ai pas pu évoquer, celui de la cohérence, je fais référence à ce qu'Alain Supiot appelle « la gouvernance par les nombres » et qui renvoie aux mutations de notre modèle qui comporte, dans certains de ses éléments, une forme de cogestion. Consulter les représentants du personnel sur la stratégie de l'entreprise reste essentiel, ainsi que leur donner accès, par le biais de la base de données économiques et sociales, à toutes les informations nécessaires pour comprendre la situation économique de l'entreprise. Le premier facteur de faiblesse du dialogue social tient à l'ignorance des situations.

Denis Piveteau

En réponse à la question posée, je souhaiterais atténuer l'impression de pessimisme que je veux en réalité présenter comme de la lucidité. En tant que juge, notre place ne résulte pas du fait que nous « pensons » que le litige est le régulateur des rapports sociaux, mais elle tient au fait que nous « sommes » dans notre fonction le régulateur de ces litiges. La question qui se pose à nous est donc de savoir à quelle condition le régulateur que nous sommes par construction peut éviter, dans la perspective de ce nouveau droit du travail, de racornir sa vision de la protection de l'emploi pour aller au-delà.

Un second point : il existe aujourd'hui des outils à la fois de prévention, d'anticipation, et tout le travail de GPEC ; mais l'un des enjeux à construire pour le droit du travail est de mettre en place des concepts de cohérence tout au long des parcours professionnels. J'ai cité des exemples d'intégration de sessions de formation au moment de l'obligation de reclassement ou des

114 Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

aides à la reconversion : on pourrait dire la même chose, même si c'est un peu plus technique, de la définition des catégories professionnelles qui servent de base à l'application des critères d'ordre. Il y a là la même idée de permutableté, d'obligation pour l'employeur de faire en sorte que le licenciement ne soit pas inhérent à la personne du salarié, mais que son remplacement repose sur des critères de compétence. Une anecdote : nous nous sommes posé la question, au moment où nous avons transposé au contrôle des PSE la jurisprudence de la Cour de cassation, très connue depuis l'arrêt Samaritaine¹¹⁵ sur les catégories professionnelles, de la place qui pourrait être donnée aux définitions internes résultant d'accords de GPEC et de l'éventuelle présomption que l'on aurait pu tirer de l'existence de ces documents. Nous ne l'avons pas fait, parce qu'en l'état nous n'avons pas eu le sentiment que la maturité de cette réflexion était suffisamment large et suffisante. Mais la jurisprudence reste en construction. Elle accompagne la vie économique telle quelle est, et le sujet pourrait revenir un jour.

Ma dernière remarque, mais le professeur Verkindt en parlera mieux que moi, tient au fait que le droit du travail doit parler au nom des faibles. J'ai souvent regretté que les chômeurs n'aient pas accès aux élections professionnelles, au moins pour décompter leurs voix dans le calcul de la représentativité.

Pierre-Yves Verkindt

Je souhaiterais répondre par trois remarques rapides. La première c'est qu'il est intéressant de voir le débat qui s'est instauré sur le corporatisme. En France, on a d'énormes difficultés à parler de ces choses-là, peut-être parce que l'on a derrière soi un passé qui agite le chiffon rouge. Je pense que cette idée de corporatisme, telle que l'entendent les auteurs anglo-saxons et les Américains en particulier, est très différente de notre approche qui est très centrée sur les chiffres et dont nous n'arrivons pas à nous départir. Cela biaise le débat.

La deuxième chose est que c'est la première fois que je m'entends dire que je mène le même combat que les néolibéraux !

Enfin, sur le troisième point, plus sérieux celui-là, je réitère ce que je disais, à savoir que nous avons réellement un véritable effort intellectuel à faire, même si ce constat peut sembler éloigné des pratiques de terrain. Il me semble en effet essentiel de penser la question du travail, alors que beaucoup de choses sont en train de bouger. Sans doute suis-je en train d'enfoncer une porte ouverte, mais je remarque que dans différents lieux, au CNAM ou ailleurs, on réfléchit à la question du travail sur un mode disciplinaire. Si nous parlons de « droit du travail », j'ai la faiblesse de penser que, tout juriste que je suis, le mot essentiel n'est pas le mot « droit ». On a tourné autour durant tout le colloque. Nous avons questionné le rôle du juge, qui est en soi très intéressant dans la mesure où le travail fait partie de ses missions et n'est pas que la mission des administratifs, des ergonomes et des psychologues.

115 Ccass., ch. soc., 13 février 1997, n° 95-16.648, Bull.

Catherine Courcol-Bouchard

Première avocate générale à la Cour de cassation,
modératrice de la table ronde

Le temps de notre séance s'achève. Je remercie encore une fois nos intervenants ainsi que tous les participants au débat, et clôture la table ronde.



Bruno Cathala

Président de la chambre sociale de la Cour de cassation

Bruno Cathala commence sa carrière de magistrat comme juge des enfants (tribunaux de grande instance de Rouen puis de Nîmes de 1981 à 1987). Il est ensuite nommé à l'École nationale de la magistrature (ENM) pour enseigner aux futurs magistrats la fonction de juge des enfants (1987-1990). Il devient alors président du tribunal de grande instance de Montargis (1990-1994). Il effectue un passage au ministère de la justice en qualité de sous-directeur de la protection judiciaire de la jeunesse (1994-1996). Puis, après avoir servi en qualité de vice-président du tribunal de grande instance de Créteil (1996-1999), Bruno Cathala est nommé inspecteur des services judiciaires (1999-2001). Après avoir occupé le poste de greffier adjoint au Tribunal pénal international (TPI) pour l'ex-Yougoslavie (2001-2002), il rejoint la Cour pénale internationale. Il est nommé par la première session de l'Assemblée des États Parties au statut de la Cour, le 9 septembre 2002, directeur des services communs, devenant ainsi le premier fonctionnaire recruté par cette organisation. Il est élu par la suite greffier de la Cour pénale internationale le 24 juin 2003 pour un mandat de cinq ans. À son retour en France, après sept années passées au service de la justice pénale internationale, il est nommé président du tribunal de grande instance d'Evry (avril 2008), premier président de la cour d'appel de Douai (septembre 2014), conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation (septembre 2017), puis président de la chambre sociale de la Cour de cassation (novembre 2018).

La Constitution rappelle dans son article 1^{er} les promesses de la République : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* ». À ce dernier titre, le droit du travail est un élément constitutif de la République. Le doyen Carbonnier n'énonçait-il pas d'ailleurs que le seul droit absolument indispensable est le droit du travail ? Chaque époque se doit de réinventer un droit du travail adapté au moment que vit notre société.

Le droit du travail est le résultat d'une combinaison entre des mutations technologiques et les conséquences qu'elles emportent (par exemple, l'invention de la machine à vapeur qui permettra la révolution industrielle) et des mutations sociales, ce qui fait que le droit du travail s'émancipe en partie du droit civil et du droit public. Il suffit à cet égard de se rappeler les grandes dates qui jalonnent le droit du travail. Autrement dit, et pour paraphraser ce qu'écrit le président Combrexelle dans son rapport¹¹⁶, « *Ces enjeux [du droit du travail] ne concernent pas la petite centaine de spécialistes qui maîtrisent la matière notamment du point de vue de la technique juridique. C'est d'abord un enjeu politique, social et économique pour la société française* ».

116 J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, rapport remis au Premier ministre, France Stratégie, septembre 2015.

Je souhaiterais tenter de démontrer que nous sommes dans un de ces moments qui, tout au long de notre histoire, fait évoluer le droit du travail, notamment car les évolutions du travail rencontrent celles du droit et de la société. Puis, sans avoir la prétention de définir un nouveau droit du travail, je tenterai de faire l'inventaire de ce qui a été esquissé par les uns et les autres aujourd'hui et pourrait constituer un consensus pour des soubassements d'une évolution du droit du travail.

Deux raisons majeures à l'évolution du travail que j'emprunte au professeur Alain Supiot¹¹⁷.

La première c'est que nous sommes indéniablement face à une mutation technologique et que celle-ci emporte des conséquences sur le travail. L'informatique, l'intelligence artificielle, la possibilité d'exploiter un grand nombre de données changent notre rapport au monde et donc notre rapport au travail. Comme le soulignait Alain Supiot en reprenant les propos de l'ethnologue et archéologue André Leroi-Gourhan : « *Les mutations technologiques sont à l'homme ce que les mutations génétiques sont aux autres espèces* ». La révolution industrielle a été à l'origine des premières lois en matière de droit du travail.

La deuxième raison est écologique. Le travail ne constitue-t-il pas l'un des outils majeurs du rapport entre l'homme et son milieu ? Or le grand changement de ce point de vue est qu'aujourd'hui nous savons que notre monde ne peut plus supporter l'exploitation que nous en faisons. Cela a comme conséquence majeure que la consommation excessive par les générations présentes rétrécit toujours plus l'avenir des générations futures. Nous avons une dette. Des questions écologiques sont donc devenues des questions sociales. Dans un tel contexte, on comprend la crise du travail salarié, l'apparition d'autres formes du travail, le travail solidaire et également la dimension non marchande du travail – et je n'ai pas évoqué le chômage –, tout cela parce que les modèles qui nous étaient familiers et qui avaient structuré nos sociétés depuis bien longtemps s'évanouissent sous nos yeux et créent une crise sociale très profonde.

Cette mutation du travail rencontre une double évolution : celle des mentalités et celle du droit.

L'évolution des mentalités, c'est l'évolution de la relation entre la sphère privée et la sphère publique, et je la crois fondamentale ; on parle de flexibilité. La deuxième évolution, c'est celle du droit. Il est frappant de constater que les sources du droit que l'on nous enseignait autrefois ont été bouleversées. Celles-ci étaient internes. Aujourd'hui, non seulement les normes que nous appliquons au jour le jour ne sont pas seulement nationales, mais même lorsqu'elles le sont, elles sont en réalité l'incorporation dans notre droit interne de normes européennes ou internationales. Par ailleurs, leur hiérarchie n'est pas organisée. Tout cela résulte de la volonté de nos gouvernements qui signent les conventions et les traités. Mais il faut, pour le juge, faire de cette incroyable richesse normative une utilisation qui lui redonne un sens et qui soit cohérente. Enfin, nous sommes sortis du système westphalien dans lequel seul l'État était le sujet international du droit. Aujourd'hui certaines

117 Séminaire sur le thème « Droit au XXI^e siècle : droits, technique, écoumène », Collège de France, 26 février 2019.



normes internationales sont d'application directe dans notre ordre juridique. Le droit du travail, encore davantage que dans d'autres domaines, est touché par cette mondialisation du droit. La chambre sociale de la Cour de cassation dans une de ces dernières décisions a cité pas moins de cinq conventions internationales, contre un seul texte interne.

Comment alors penser que le droit du travail n'évoluerait-il pas au contact de ces réalités ? Comment mettre de côté cet instant de sidération créé par l'immensité des enjeux – que certains appellent la « social-écologie » – pour construire un droit du travail utile à notre temps, économiquement possible et socialement souhaitable ? Je reviendrai ici sur les pistes abordées durant le colloque.

Une première piste consiste à donner toute sa force à la démocratie sociale et la développer. C'est la condition *sine qua non* des autres dimensions de ce droit du travail renouvelé. La loi « PACTE »¹¹⁸ qui vient d'être adoptée introduit notamment dans le droit la notion d'intérêt social de l'entreprise et reconnaît la possibilité aux sociétés qui le souhaitent de se doter d'une raison d'être dans leurs statuts et renforce la présence des salariés dans le conseil d'administration des entreprises. Mais cette démocratie sociale est un lieu de responsabilité des entreprises. Cette responsabilité est notamment celle de l'employeur, par rapport à la formation et par rapport à l'accompagnement à la reconversion. Mais il n'y aura pas de démocratie sociale si personne ne parle au nom des faibles.

Une deuxième piste porte sur la nécessité du dialogue social, des accords collectifs, c'est la nécessité de la confiance. La confiance des acteurs, des partenaires sociaux, des avocats, du management, des commentateurs de la doctrine, mais également des acteurs institutionnels, à savoir le juge et le législateur. Et, comme cela a été souligné par Antoine Lyon-Caen, la confiance dans le système. Il faut que chacun remplisse son rôle à sa place dans les entreprises. Cette nécessité du dialogue oblige aussi à penser la juste distance de ce dialogue. Trouver la juste distance entre la proximité du terrain qui donne corps à la réalité des entreprises, qui permet de prendre en compte la complexité et la diversité des situations et l'éloignement nécessaire qui permet aux partenaires sociaux de ne pas être sous une pression telle que le consentement au compromis nécessaire ne soit faussé. Cette confiance est également liée au fait que les uns et les autres sont légitimes car ils ont la formation. Enfin, se pose la question de l'arbitrage entre le collectif et l'individuel et qui, pour le juge judiciaire focalisé sur l'individuel, n'est pas simple.

La troisième piste, peu abordée dans ce colloque, est celle de la prévisibilité. C'est certes un peu contradictoire d'évoquer la prévisibilité quand on parle d'évolution et donc de changements. Par ailleurs, lorsqu'on parle de prévisibilité, c'est souvent à la jurisprudence que l'on adresse ce reproche, ce qui là aussi est un peu paradoxal dans un contexte de changements législatifs quasi annuels. Mais le droit du travail est l'un des domaines du droit où, si l'on parle en psychologue, les représentations et les imaginaires sont très importants, et si l'on parle en anthropologue du droit, on a l'impression que le réel et le sensible se disjoignent sans cesse et que les principes organisateurs de la réalité sociale se dérobent à l'expérience directe.

118 Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.



La quatrième piste est très importante. Si on veut repenser le droit du travail, il faut regarder ailleurs ce qui se passe, par exemple au sein de l'Organisation internationale du travail (OIT), mais aussi dans les autres pays.

La cinquième piste porte sur le rôle du juge. On ne peut pas avoir de vraies négociations collectives sans un tiers impartial qui, à un moment donné, donne son avis et contrôle ces négociations. Le juge vérifie la comptabilité entre l'accord collectif et la norme étatique d'une part, l'accord collectif et les droits fondamentaux d'autre part.

Enfin, il faut rendre au droit du travail son âme. Il y a certes eu des débats sur ce qu'est l'âme du droit du travail. Mais, il me semble qu'au centre de ces débats se trouvent des valeurs qui font elles-mêmes souvent partie de droits fondamentaux.



Didier Tabuteau

Président de la section sociale du Conseil d'État

Président de la section sociale du Conseil d'État, Didier Tabuteau est également professeur affilié à l'Institut d'études politiques de Paris et professeur associé à l'université Paris-Descartes, rédacteur en chef de la revue *Les tribunes de la santé* et codirecteur de la rédaction du *Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie*. Il a été deux fois directeur du cabinet du ministre de la santé (1992-1993 et 2001-2002) et à deux reprises directeur adjoint du cabinet du ministre des affaires sociales (1988-1991 et 1997-2000). Il a dirigé l'Agence du médicament (ANSM) de 1993 à 1997. En 2000, il a été chargé de la préparation du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Il est ancien élève de l'École Polytechnique et de l'École nationale d'administration (ENA), docteur en droit et titulaire de l'habilitation à diriger des recherches. Il a publié ou coordonné différents ouvrages, parmi lesquels *Droit de la santé* (avec A. Laude et B. Mathieu, éd. PUF, 3^e éd., 2012), *Traité de santé publique* (avec G. Brücker et F. Bourdillon, éd. Flammarion, 2^e éd., 2007), *Traité d'économie et de gestion de la santé* (avec P.-L. Bras et G. de Pourville, éd. Sciences Po-éd. de santé, 2009), trois « Qu'est-ce que ? » (éd. PUF) : *La santé publique*, avec A. Morelle (2010), *Les assurances maladie* (avec P.-L. Bras, 2012), et *Les droits des malades*, avec Anne Laude (2016) et *Démocratie sanitaire, Les nouveaux défis de la politique de santé* (éd. Odile Jacob, Paris, 2013).

Il me revient le redoutable office de terminer cette journée de débats riches où tous les arguments ont pu être échangés. Je me concentrerai donc sur quelques éléments qui, je l'espère, compléteront utilement la synthèse du président Cathala.

Je constate que cette rencontre, sur la forme, a été particulièrement directe et animée, chacun ayant pu s'exprimer avec beaucoup de liberté. Nous avons pu assister en direct au dialogue des juges et plus encore des universitaires, ce qui témoigne du caractère très vivant du droit du travail et des questions qu'il soulève.

Trois, voire quatre, remarques sur les éléments débattus aujourd'hui.

1. Le premier défi du droit du travail, paradoxalement, est un *défi juridique*. Nous sommes confrontés à des questions nouvelles, qui se posent de façon nouvelle. Je ne trancherai pas la question de savoir s'il y a un nouveau droit du travail, mais en ce qui concerne la nouveauté de la façon dont se posent les questions, la journée a été éclairante. Tout d'abord, on parle aujourd'hui de droit de l'activité professionnelle. Le droit du travail n'est plus un droit du salariat, mais un droit de toute l'activité économique. Ce retour sur un droit plus large que le droit du salariat renvoie au débat sur le fait que le droit du travail n'est pas seulement un droit de la protection des travailleurs, mais aussi un droit de la régulation économique. Ce caractère nouveau de la question posée se traduit par des questions qui ont été évoquées au fil de la journée, comme celles sur la définition d'un bloc des droits fondamentaux communs à tous les travailleurs ou celles relatives à l'application du principe de



participation¹¹⁹ qui, dans le préambule de la Constitution de 1946, a une portée dont on a l'impression qu'elle s'étend progressivement au fil de ces évolutions. De même, l'équilibre entre la liberté des partenaires sociaux, fondamentale, et l'intérêt général de la collectivité et le rôle de l'État pour la définition des règles d'ordre public et des règles supplétives, pour l'encadrement même de la façon dont la liberté des organisations syndicales s'aménage, est également apparu sous un angle qui m'a semblé nouveau par rapport à ce qu'on pouvait enseigner à l'époque où j'ai commencé mes études. Enfin, la question de la sécurité juridique, mais également les conditions d'un contrôle renouvelé des accords – et notamment l'élément renforcé du droit à l'information et du principe de loyauté – sont sans doute des éléments qui vont éclairer les questions traditionnelles du droit du travail sous un angle assez nouveau.

2. Cette journée a également mis en évidence l'existence d'un *défi socio-économique* autour de la problématique du droit du travail, qui pourrait conduire d'ailleurs à aller vers un droit qui ne soit pas seulement le droit de l'activité professionnelle, mais aussi celui de la non-activité professionnelle, avec la question de la façon dont l'emploi s'introduit et est régulé dans l'ensemble de la vie d'une personne à travers des périodes extrêmement variables (carrières hachées, périodes de chômage, stages, multi-activités avec une partie de temps partiel, télétravail, travail pour autrui, etc.), tous ces éléments venant non seulement complexifier le secteur, mais également pour un certain nombre de travailleurs se superposer, sans compter les évolutions envisageables par exemple pour les médecins hospitaliers et libéraux qui pourraient avoir une triple activité dans un certain nombre de circonstances.

Il y a donc une hybridation des statuts du travailleur qui va imposer de rapprocher, concilier ou encore comparer des modes d'intervention du droit du travail qui jusqu'à présent étaient simplement séparés, ou ne portaient pas sur les mêmes dispositions. Si l'on ajoute le fait que la mondialisation des échanges économiques et des emplois va également complexifier la façon d'approcher le cadre qui s'applique au travailleur dans les entreprises – où d'ailleurs dans les relations de prestations de services pour autrui, où le donneur d'ordre n'est pas nécessairement en France –, et va poser des problèmes juridiques absolument considérables.

3. La troisième remarque porte sur le *défi social* ou encore le jeu fondamental des acteurs, comme l'a dit le président Combrexelle. Ce jeu des acteurs est d'ailleurs compliqué. On identifie bien le rôle du juge, mais également celui du Parlement qui connaît à la fois une espèce d'accélération à travers une législation très mouvante et qui est donc un acteur très présent dans un souci affiché de délégation d'un certain nombre de compétences vers d'autres acteurs. Il faut aussi souligner le rôle primordial, complexe et juridiquement pas complètement stabilisé des partenaires sociaux dans les transformations du droit du travail auxquelles on assiste. La réflexion sur la notion même de partenaire social, sur la notion d'organisations syndicales, de leur compétence et de leur place, au-delà du droit du travail, dans notre société, est aujourd'hui une question d'actualité. Enfin, la question principale, celle qui

119 Article 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.* ».



est apparue en filigrane de toutes les interventions, c'est la façon dont la société apprécie le droit du travail, comment elle le voit, sa complexité, son effectivité, sa légitimité. Ce sont sans doute les questions essentielles pour l'évolution de ces normes de droit du travail.

4. Une quatrième et dernière remarque plus générale, à partir de la posture de la section sociale du Conseil d'État, est une interrogation portant sur *la convergence ou la divergence* du droit du travail avec d'autres disciplines juridiques, avec des évolutions qui ne sont pas très aisées à identifier, qui ne sont pas unilatérales.

Le premier lien intéressant porte sur la façon dont le droit de la régulation économique, le droit de la concurrence et le droit du travail cheminent. Ainsi, dans les ordonnances de 2017, la prise en compte de la libre concurrence a été explicitement introduite. On a, autour de cette approche, une question absolument fondamentale sur les plans juridique et politique qui est désormais explicitement posée et sur laquelle la réflexion va se poursuivre et s'approfondir.

Par ailleurs, le droit du travail, dans son volet sécurité et santé au travail, est de plus en plus en adhérence, en complémentarité, avec le droit de la santé. La santé au travail emprunte ou irrigue le droit de la santé, à travers notamment toutes les problématiques de sécurité sanitaire qui ont émergé au cours des vingt dernières années. L'évolution des deux législations – la partie du code du travail consacrée à la santé au travail et les dispositions de prévention sanitaire ou de sécurité sanitaire du code de la santé – est assez frappante et conduit à s'interroger sur un certain nombre de rapprochements plus accentués encore entre ces deux législations.

Enfin, la dernière réflexion sur ces évolutions des droits concerne le mouvement de « rapprochement » entre le droit de la protection sociale et le droit du travail. Ces droits ont été intimement liés pendant une partie de leur évolution. Puis, ils se sont dissociés très largement, notamment sous l'égide du concept d'universalité qui faisait se séparer les branches. L'assurance maladie obligatoire, par exemple, a perdu le caractère professionnel qu'elle pouvait avoir depuis la loi de 1928 et après les ordonnances de 1945. Or de nouveaux éléments apparaissent, dans une logique de réforme des politiques de l'emploi ou des politiques de droit du travail. Ils ont été cités au cours de ce colloque, il s'agit de la portabilité des droits qui introduit une forme de protection sociale qui n'est plus attachée à l'entreprise mais à l'emploi, ce qui est un élément nouveau. Cela va même plus loin lorsqu'on regarde l'évolution du compte professionnel de prévention, il comporte en son sein, des dispositions qui permettent à la fois d'acquérir des droits à la formation professionnelle, mais aussi d'acquérir des années de retraite anticipée, qui sont des éléments de droit de la sécurité sociale.

On a donc un système hybride, placé entre les deux domaines juridiques, et si l'on regarde l'analyse qui en a été faite dans un certain nombre de décisions, notamment du Conseil constitutionnel, placé dans le bloc « protection sociale », compte tenu des droits sociaux qui sont ouverts au regard des régimes de retraite. Il y a donc un rapprochement, sans pour autant que les deux logiques se rejoignent.



Cette réflexion sur le rapport entre le droit du travail et le droit de la sécurité sociale peut être très fertile et susciter bien des interrogations à l'avenir.

Ainsi, c'est par un accord national interprofessionnel, et la loi qui l'a mis en œuvre, que l'assurance complémentaire santé a été généralisée pour les salariés. Cette assurance a été introduite dans le code de la sécurité sociale et a apporté des éléments désormais indissociables de l'assurance maladie obligatoire, notamment à travers la réforme du 100 % santé qui, elle, est une réforme qui est très clairement sur le champ de l'universalité d'un droit de la sécurité sociale qui a été détaché du travail.

Autour de ces questions, il y a donc de nombreuses et très fructueuses réflexions qui s'ouvrent.



Annexes





Éléments de jurisprudence

1. Table ronde n° 1 : Nouveaux défis pour le droit du travail

1.1. *Ordre public social et droit du travail négocié*

Soc., 17 juillet 1996, pourvois n° 95-41.313 et 95-41.745, Bull. 1996, V, n° 297 et n° 296.

1.2. *L'incidence en droit français des normes élaborées par l'OIT*

Soc., 9 septembre 2016, pourvoi n° 16-20.605, Bull. 2016, V, n° 160.

Soc., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-18.259, en cours de publication.

Soc., 13 février 2019, pourvoi n° 18-17.042, en cours de publication.

1.3. *La répartition des compétences entre la Cour de cassation et le Conseil d'État en droit du travail*

Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence

15. Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;

16. Considérant cependant que, dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ;

Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 13-26.032, Bull. 2015, V, n° 174.

Soc., 18 février 2016, pourvoi n° 14-26.706, Bull. 2016, V, n° 40.

Soc., 23 mars 2016, pourvoi n° 14-22.950, Bull. 2016, V, n° 52.

Soc., 30 juin 2016, pourvoi n° 15-11.424, Bull. 2016, V, n° 142.

Soc., 29 juin 2017, pourvoi n° 15-15.775, Bull. 2017, V, n° 108.

Soc., 11 octobre 2017, pourvoi n° 16-14.529, Bull. 2017, V, n° 177.

Soc., 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-14.880, en cours de publication.

Soc., 24 janvier 2018, pourvoi n° 16-13.589, en cours de publication.

Soc., 28 mars 2018, pourvoi n° 15-21.372, en cours de publication.

Soc., 9 mai 2018, pourvoi n° 16-20.423, en cours de publication.

Soc., 4 juillet 2018, pourvoi n° 16-26.138, en cours de publication.

Soc., 4 juillet 2018, pourvoi n° 16-26.860, en cours de publication.

Soc., 20 septembre 2018, pourvoi n° 17-11.602, en cours de publication.

Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.985, en cours de publication.

Mais attendu que dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que celle-ci est réelle et justifie son licenciement ; qu'il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet, selon les dispositions combinées des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 du code du travail, serait la nullité de la rupture du contrat de travail ; que, ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations ; que toutefois, le juge ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire postérieurement au prononcé du licenciement notifié sur le fondement d'une autorisation administrative de licenciement accordée à l'employeur ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen en ce qu'il vise les dommages-intérêts au titre d'un licenciement abusif et l'indemnité compensatrice de préavis :

Vu la loi des 16-24 août 1790 ensemble le principe de séparation des pouvoirs, l'article L. 2421-3, alors applicable, et l'article L. 4121-1 du code du travail ;

Attendu que pour dire la juridiction prud'homale incompétente pour statuer sur la demande de dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail et la demande d'indemnité compensatrice de préavis, l'arrêt énonce qu'au vu de la loi des 16-24 août 1790 et de l'article L. 2411-1 du code du travail, le juge judiciaire ne peut sans violer le principe de séparation des pouvoirs se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire postérieurement au prononcé du licenciement notifié sur le fondement d'une autorisation administrative de licenciement accordée à l'employeur et, par voie de conséquence, sur les demandes afférentes à un licenciement abusif, même si, comme en l'espèce, la saisine du conseil des prud'hommes est antérieure à la rupture ;



Attendu, cependant, que dans le cas où une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé est motivée par son inaptitude physique, il appartient à l'administration du travail de vérifier que celle-ci est réelle et justifie son licenciement ; qu'il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle, de rechercher la cause de cette inaptitude, y compris dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet, selon les dispositions combinées des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 du code du travail, serait la nullité de la rupture du contrat de travail ; que, ce faisant, l'autorisation de licenciement donnée par l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié fasse valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur à ses obligations ; qu'à cet égard, si le juge ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire postérieurement au prononcé du licenciement notifié sur le fondement d'une autorisation administrative de licenciement accordée à l'employeur, il lui appartient, le cas échéant, de faire droit aux demandes de dommages-intérêts au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans examiner la demande de dommages-intérêts pour rupture abusive fondée sur les manquements de l'employeur à son obligation de sécurité à l'origine de l'inaptitude et d'indemnité compensatrice de préavis, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-16.766, en cours de publication.

Vu l'article L. 1235-7-1 du code du travail, ensemble la loi des 16-24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III et le principe de la séparation des pouvoirs ;

Attendu, selon le premier des textes susvisés, que l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 du code du travail, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4 ; que ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux ; que si le juge judiciaire demeure compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, cette appréciation ne peut méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative ayant homologué le document élaboré par l'employeur par lequel a été fixé le contenu du plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi ; (...)

Attendu que, pour juger les licenciements dénués de cause réelle et sérieuse et fixer à une certaine somme les créances de dommages-intérêts dues à ce titre aux salariées, les arrêts retiennent qu'il ressort des débats et de leurs écritures que les intéressées doivent être regardées comme soutenant que leur licenciement est sans cause réelle et sérieuse du fait non seulement de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi mais également de l'absence de recherche de reclassement à leur égard, tant interne qu'externe ; qu'il en résulte que ces moyens qui ne



concernent pas le bien-fondé de la décision administrative ayant homologué le plan et sont sans incidence sur sa légalité, ne relèvent que la compétence de la juridiction judiciaire ; que, sur la contestation relative au non-respect de l'obligation de reclassement, le salarié est fondé à contester le caractère réel et sérieux de la mesure sur le terrain du respect, par les organes de la procédure collective chargés de mettre en œuvre les licenciements, de l'obligation de reclassement, cette obligation ayant une dimension individuelle, ainsi que cela résulte des dispositions de l'article L. 1233-4 du code du travail, mais aussi collective, le plan de sauvegarde de l'emploi ne pouvant faire l'économie des mesures de reclassement prévues par les textes susvisés ; qu'en l'espèce, le plan de sauvegarde de l'emploi élaboré dans le cadre du licenciement collectif pour motif économique visant le personnel de l'association comporte un paragraphe 5.1 relatif au reclassement « dans les autres sociétés du groupe » ainsi rédigé : « *L'AMF-APA étant une association, aucun reclassement interne ne peut être envisagé* » ; que force est ainsi de constater que les recherches de reclassement interne au sein du groupe expressément visé dans le plan de sauvegarde de l'emploi n'ont nullement été envisagées et ont même été expressément exclues au motif de la forme associative de l'entreprise, qui ne dispensait toutefois nullement l'employeur de son obligation de satisfaire aux prescriptions de l'article L. 1233-4 du code du travail ; qu'à cet égard, ni le liquidateur ni l'AGS ne produisent le moindre élément sur la structure et l'étendue du groupe, de nature à vérifier que les sociétés ou associations qui en sont membres et au sein desquelles la permutation du personnel était envisageable aient effectivement été interrogées par les organes de la procédure collective, sur les possibilités de reclasser les salariées, étant ici observé que les lettres de licenciement ne font nulle référence à une quelconque recherche de reclassement ; que dans ces conditions, tant en raison de l'insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi que de l'absence de recherche individualisée, sérieuse et loyale de reclassement, les licenciements doivent être jugés sans cause réelle et sérieuse ;

Qu'en statuant ainsi, sur le fondement d'une insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi, alors que le contrôle du contenu de ce plan relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative, la cour d'appel a violé les textes et principe susvisés ;

Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.655, en cours de publication

Mais attendu qu'en application de l'article L. 2313-5 du code du travail, relèvent de la compétence du tribunal d'instance, en dernier ressort, à l'exclusion de tout autre recours, les contestations élevées contre la décision de l'autorité administrative fixant le nombre et le périmètre des établissements distincts ; qu'il appartient en conséquence au tribunal d'instance d'examiner l'ensemble des contestations, qu'elles portent sur la légalité externe ou sur la légalité interne de la décision de la DIRECCTE, et, s'il les dit mal fondées, de confirmer la décision, s'il les accueille partiellement ou totalement, de statuer à nouveau, par une décision se substituant à celle de l'autorité administrative, sur les questions demeurant en litige ;

Et attendu que si le tribunal d'instance a, par un motif justement critiqué par le moyen, décliné sa compétence pour statuer sur les griefs relatifs à la régularité formelle de la décision administrative, il a statué sur le fond, en fixant le nombre et



le périmètre des établissements distincts au sein des trois EPIC ; qu'il s'ensuit que le moyen, qui reproche au jugement de ne pas s'être prononcé sur des griefs visant à l'annulation de la décision administrative, est inopérant ;

Soc., 16 janvier 2019, pourvoi n° 17-20.969, en cours de publication.

Avis de la Cour de cassation, 18 octobre 2018, n° 18-70.009, en cours de publication.

CE, 3 juillet 2013, n° 361066, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

CE, 20 novembre 2013, n° 340591, publié au Recueil Lebon.

CE, 25 février 2015, n° 375590, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

CE, 7 mai 2015, n° 375882, publié au Recueil Lebon.

CE, 1^{er} juin 2015, n° 369914, publié au Recueil Lebon.

CE, 22 juillet 2015, n° 383481, 385668 et 385816, publiés au Recueil Lebon.

CE, 7 février 2018, n° 397900, publié au Recueil Lebon.

CE, 13 avril 2018, n° 404090, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

CE, 26 avril 2018, n° 408049, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

CE, 6 juin 2018, n° 391860, publié au Recueil Lebon.

Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, n° 3828.

Tribunal des conflits, 9 mars 2015, n° 3994.

Considérant qu'en vertu de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005, alors applicable, lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires et en reprenant leurs clauses substantielles, en particulier celles relatives à la rémunération, et, en cas de refus des salariés d'accepter ces offres, de procéder à leur licenciement dans les conditions prévues par le droit du travail et par leur contrat ; qu'il en résulte que tant que les salariés concernés n'ont pas été placés sous un régime de droit public, leurs contrats demeurent des contrats de droit privé, de sorte que le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur les litiges nés du refus de l'un ou l'autre des deux employeurs successifs de poursuivre l'exécution de ces contrats de travail, qui ne mettent en cause, jusqu'à la mise en œuvre du régime de droit public, que des rapports de droit privé et, partant, pour apprécier les conditions d'application des dispositions légales et leurs conséquences, notamment l'existence d'une entité économique transférée et poursuivie ainsi que la teneur des offres faites aux salariés ; qu'en conséquence, le litige opposant la société Véolia propreté Nord Normandie à la communauté de communes de Desvres-Samer, portant sur les conditions d'application de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005, relève de la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire ;



Tribunal des conflits, 3 juillet 2017, n° 4088.

Tribunal des conflits, 3 juillet 2017, n° 4091.

Tribunal des conflits, 11 décembre 2017, n° 4104.

Tribunal des conflits, 2 juillet 2018, n° 4123.

Tribunal des conflits, 12 novembre 2018, n° 4136.

1.4. L'application par la chambre sociale des ordonnances du 22 septembre 2017

Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n° 17-26.980.

Soc., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-23.655, en cours de publication.

Soc., 13 février 2019, pourvoi n° 18-60.149, en cours de publication.

1.5. Les mutations du monde du travail

Cass. soc., 28 novembre 2018, Société Take Eat Easy, n° 17-20.079.

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 8221-6 II du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société *Take Eat Easy* utilisait une plateforme web et une application afin de mettre en relation des restaurateurs partenaires, des clients passant commande de repas par le truchement de la plateforme et des livreurs à vélo exerçant leur activité sous un statut d'indépendant ; qu'à la suite de la diffusion d'offres de collaboration sur des sites internet spécialisés, M. B. a postulé auprès de cette société et effectué les démarches nécessaires en vue de son inscription en qualité d'auto-entrepreneur ; qu'au terme d'un processus de recrutement, les parties ont conclu le 13 janvier 2016 un contrat de prestation de services ; que M. B. a saisi la juridiction prud'homale le 27 avril 2016 d'une demande de requalification de son contrat en un contrat de travail ; que, par jugement du 30 août 2016, le tribunal de commerce a prononcé la liquidation judiciaire de la société *Take Eat Easy* et désigné en qualité de mandataire liquidateur Mme D. ;

Attendu que pour rejeter le contredit, dire que M. B. n'était pas lié par un contrat de travail à la société *Take Eat Easy* et dire le conseil de prud'hommes incompétent pour connaître du litige, l'arrêt retient que les documents non contractuels remis à M. B. présentent un système de bonus (le bonus « *Time Bank* » en fonction du temps d'attente au restaurant et le bonus « *KM* » lié au dépassement de la moyenne kilométrique des coursiers) et de pénalités (« *strikes* ») distribuées en cas de manquement du coursier à ses obligations contractuelles, un « *strike* » en cas de désinscription tardive d'un « *shift* » (inférieur à 48 heures), de connexion partielle au « *shift* » (en-dessous de 80 % du « *shift* »), d'absence de réponse à son téléphone « *wiko* » ou « *perso* » pendant le « *shift* », d'incapacité de réparer une crevaisson, de refus de faire une livraison et, uniquement dans la Foire aux Questions (« *FAQ* »), de circulation sans casque, deux « *strikes* » en cas de « *No-show* » (inscrit à un « *shift* » mais non connecté) et, uniquement dans la « *FAQ* », de connexion en dehors de la zone de livraison ou sans inscription sur le calendrier, trois « *strikes* » en cas d'insulte du « *support* » ou d'un client, de conservation des



coordonnées de client, de tout autre comportement grave et, uniquement dans la « FAQ », de cumul de retards importants sur livraisons et de circulation avec un véhicule à moteur, que sur une période d'un mois, un « *strike* » ne porte à aucune conséquence, le cumul de deux « *strikes* » entraîne une perte de bonus, le cumul de trois « *strikes* » entraîne la convocation du coursier « *pour discuter de la situation et de (sa) motivation à continuer à travailler comme coursier partenaire de Take Eat Easy* » et le cumul de quatre « *strikes* » conduit à la désactivation du compte et la désinscription des « *shifts* » réservés, que ce système a été appliqué à M. B., que si, de prime abord, un tel système est évocateur du pouvoir de sanction que peut mobiliser un employeur, il ne suffit pas dans les faits à caractériser le lien de subordination allégué, alors que les pénalités considérées, qui ne sont prévues que pour des comportements objectivables du coursier constitutifs de manquements à ses obligations contractuelles, ne remettent nullement en cause la liberté de celui-ci de choisir ses horaires de travail en s'inscrivant ou non sur un « *shift* » proposé par la plateforme ou de choisir de ne pas travailler pendant une période dont la durée reste à sa seule discrétion, que cette liberté totale de travailler ou non, qui permettait à M. B., sans avoir à en justifier, de choisir chaque semaine ses jours de travail et leur nombre sans être soumis à une quelconque durée du travail ni à un quelconque forfait horaire ou journalier mais aussi par voie de conséquence de fixer seul ses périodes d'inactivité ou de congés et leur durée, est exclusive d'une relation salariale ;

Attendu cependant que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors qu'elle constatait, d'une part, que l'application était dotée d'un système de géolocalisation permettant le suivi en temps réel par la société de la position du coursier et la comptabilisation du nombre total de kilomètres parcourus par celui-ci et, d'autre part, que la société *Take Eat Easy* disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations dont il résultait l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution de la prestation caractérisant un lien de subordination, a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 avril 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;



CE, 28 mars 2012, Fédération des syndicats solidaires, unitaires et démocratiques des activités postales et de télécommunications, n° 343072, T.

(Recours pour excès de pouvoir contre le décret n° 2010-778 du 8 juillet 2010 instituant une dérogation au contrôle quotidien et hebdomadaire de la durée du travail de salariés ne travaillant pas selon le même horaire collectif de travail)

Sur la légalité du décret attaqué :

Considérant, d'une part, qu'il résulte des dispositions combinées des articles L. 3121-1, L. 3171-3 et L. 3171-4 du code du travail que l'employeur est tenu, notamment en vue du contrôle exercé par l'inspecteur du travail et, en cas de litige, par le juge du contrat de travail, de comptabiliser la durée du travail effectif des salariés, laquelle est définie par le premier de ces articles comme le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives, sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ; qu'ainsi, les dérogations éventuelles à cette obligation de comptabiliser la durée du travail effectif ne peuvent être autorisées que par la loi ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 3121-52 du code du travail : Des décrets en Conseil d'État déterminent les modalités d'application des articles L. 3121-5, L. 3121-10 et L. 3121-34 pour l'ensemble des branches d'activité ou des professions ou pour une branche ou une profession particulière. / Ces décrets déterminent, notamment : 1° les conditions de recours aux astreintes ; / 2° les dérogations permanentes ou temporaires applicables dans certains cas et pour certains emplois ; / 3° les mesures de contrôle de ces diverses dispositions. / Ces décrets sont pris et révisés après consultation des organisations d'employeurs et de salariés intéressés et au vu, le cas échéant, des résultats des négociations intervenues entre ces dernières ; que l'article L. 3122-46 du même code dispose : « Les décrets en Conseil d'État prévus à l'article L. 3121-52 déterminent également les modalités d'application du présent chapitre pour l'ensemble des branches d'activité ou des professions ou pour une branche ou une profession particulière. / Ces décrets déterminent, notamment : / 1° La répartition et l'aménagement des horaires de travail ; / 2° Les périodes de repos ; / 3° Les modalités de récupération des heures de travail perdues ; / 4° Les mesures de contrôle de ces diverses dispositions. / Ces décrets sont pris et révisés après consultation des organisations d'employeurs et de salariés intéressés et au vu des résultats des négociations intervenues entre ces dernières ;

Considérant que les dispositions précitées permettent au pouvoir réglementaire d'adopter des dispositions dérogeant, pour une branche ou une profession, aux modalités de contrôle de la durée effective de travail prévues, en ce qui concerne les salariés ne travaillant pas selon un horaire collectif de travail, par les dispositions de l'article D. 3171-8 du même code, selon lesquelles le décompte quotidien de la durée effective de travail s'effectue par un enregistrement, selon tous moyens, des heures de début et de fin de chaque période de travail ou par le relevé du nombre d'heures de travail accomplies ; qu'elles n'ont cependant ni pour objet ni pour effet de l'autoriser à lever l'obligation qui, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, pèse sur les employeurs en vertu de la loi, de décompter la durée du travail effectif de leurs salariés ;



Considérant que le décret attaqué insère dans le code du travail un article R. 3171-9-1 ainsi rédigé : « *Les dispositions de l'article D. 3171-8 ne sont pas applicables aux salariés exerçant une activité de distribution ou de portage de documents. Le temps de travail de ces salariés fait l'objet d'une quantification préalable selon des modalités établies par convention ou accord collectif de branche étendu, en fonction du secteur géographique sur lequel s'effectue le travail, de la part relative dans ce secteur de l'habitat collectif et de l'habitat individuel, du nombre de documents à distribuer et du poids total à emporter. La convention ou l'accord collectif de branche étendu peut fixer des critères complémentaires. / L'employeur remet au salarié, avant chacune de ses missions, le document qui évalue a priori sa durée de travail à partir des critères susmentionnés. Ce document est tenu à la disposition de l'inspecteur ou du contrôleur du travail pendant une durée d'un an* » ; que ces dispositions prévoient ainsi, pour la branche de la distribution ou du portage de documents et compte tenu des spécificités des conditions concrètes de travail des salariés, une quantification horaire préalable des tâches à accomplir ; qu'il institue une présomption de durée du travail effectif qui ne peut être écartée, le cas échéant, qu'en cas de saisine du conseil de prud'hommes, dans les conditions prévues à l'article L. 3171-4 du code du travail ; qu'il résulte de ce qui a été dit plus haut que la possibilité de recourir à un tel mécanisme, qui déroge à la règle de décompte de la durée du travail effectif, ne pouvait être prévue, le cas échéant, que par le législateur ; qu'ainsi, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des requêtes, le décret attaqué doit être annulé pour incompetence ;

Sur les conclusions tendant à ce que le Conseil d'État limite dans le temps les effets de l'annulation :

Considérant que, si le Syndicat de la distribution directe fait valoir que l'annulation prononcée par la présente décision aurait pour effet de fragiliser les contrats de travail et de multiplier le nombre de litiges relatifs à la rémunération des heures de travail effectuées par les salariés exerçant une activité de distribution ou de portage de documents, le mécanisme de quantification préalable du temps de travail retenu par le décret attaqué ne dispense pas l'employeur et le salarié de fournir au juge du contrat de travail, conformément à l'article L. 3171-4 du code du travail, tous les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés ; que, dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions analysées ci-dessus ;

(...)

Article 2 : Le décret n° 2010-778 du 8 juillet 2010 est annulé.



2. Table ronde n° 2 : L'accord collectif et le juge

CJUE, 11 février 2010, Ingeniorforeningen, aff. C-405/08.

Cons. const., 15 mars 2012, décision n° 2012-649 DC, loi relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

11. Considérant que l'article 45 complète la section 1 du chapitre II du titre II du livre I^{er} de la troisième partie du code du travail par un article L. 3122-6 ainsi rédigé : « *La mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail.*

« *Le premier alinéa ne s'applique pas aux salariés à temps partiel* » ;

12. Considérant que, selon les requérants, en permettant à une entreprise de moduler la répartition du temps de travail sur l'année sans devoir obtenir l'accord préalable du salarié, ces dispositions porteraient atteinte à la liberté contractuelle ;

13. Considérant que, d'une part, aux termes du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » ; que, d'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que, s'agissant de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, du huitième alinéa du Préambule de 1946 ;

14. Considérant qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi déferée qu'en permettant que la répartition des horaires de travail sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année ne constitue pas en elle-même une modification du contrat de travail exigeant un accord préalable de chaque salarié, le législateur a entendu conforter les accords collectifs relatifs à la modulation du temps de travail destinés à permettre l'adaptation du temps de travail des salariés aux évolutions des rythmes de production de l'entreprise ; que cette possibilité de répartition des horaires de travail sans obtenir l'accord préalable de chaque salarié est subordonnée à l'existence d'un accord collectif, applicable à l'entreprise, qui permet une telle modulation ; que les salariés à temps incomplet sont expressément exclus de ce dispositif ; qu'il s'ensuit que ces dispositions, fondées sur un motif d'intérêt général suffisant, ne portent pas à la liberté contractuelle une atteinte contraire à la Constitution ;

Cons. const., 11 avril 2014, décision n° 2014-388 QPC.

Cons. const., 20 octobre 2017, décision n° 2017-664 QPC.

17. En second lieu, aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Est garanti par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif.

18. Il résulte des dispositions législatives du code de l'organisation judiciaire et du code du travail la compétence du juge judiciaire en matière de négociation



collective. Les litiges relatifs à la consultation des salariés mentionnée par les dispositions contestées peuvent donc être portés devant ce juge. Le grief tiré de l'incompétence négative du législateur affectant le droit à un recours juridictionnel effectif doit donc être écarté.

Cons. const., 21 mars 2018, décision n° 2018-761 DC, loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

Cour de cassation, Ass. plén., 23 octobre 2015, pourvoi n° 13-25.279, Bull. 2015.

Soc., 12 octobre 2006, pourvoi n° 05-15.069, Bull. 2006, V, n° 305.

Mais attendu que si la nullité d'un accord est encourue lorsque toutes les organisations syndicales représentatives n'ont pas été convoquées à sa négociation, une partie ne peut critiquer les modifications apportées au projet d'accord soumis à la signature après la dernière séance de négociation lorsque l'existence de négociations séparées n'est pas établie et lorsque ni cette partie ni aucune autre partie à la négociation n'en a sollicité la réouverture en raison de ces modifications avant l'expiration du délai de signature ; D'où il suit que la cour d'appel, qui a constaté que la preuve de négociations séparées n'était pas rapportée et devant laquelle il n'était pas allégué qu'une réouverture de la négociation avait été sollicitée, a légalement justifié sa décision ;

Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 07-41.813, Bull. 2008, V, n° 66 .

Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-60.530, Bull. 2009, V, n° 130.

Soc., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, Bull. 2009, V, n° 168.

Soc., 28 septembre 2010, pourvoi n° 08-43.161, Bull. 2010, V, n° 197.

Soc., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-40.692, Bull. 2011, V, n° 18.

Soc., 6 octobre 2011, pourvoi n° 11-60.035, Bull. 2011, V, n° 228.

Attendu, selon le jugement attaqué (tribunal d'instance de Martigues, 7 décembre 2010), que l'union locale CGT Vitrolles et sa région a saisi le tribunal d'instance de demandes d'annulation des protocoles préélectoraux signés le 14 juin 2010 et des élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise qui se sont déroulées le 30 juin 2010 au sein de la clinique générale de Marignane ;

Attendu que l'union locale CGT Vitrolles et sa région fait grief au jugement de la débouter de ses demandes alors, selon le moyen, que les conditions fixées par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail, qui subordonnent la validité du protocole préélectoral à sa signature par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation dont les organisations syndicales représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles, n'étaient pas réunies et que le tribunal d'instance s'est abstenu de vérifier si le syndicat CFTC signataire des accords préélectoraux était représentatif au sens de ces dispositions ;



Mais attendu que, sauf disposition légale différente, les clauses du protocole préélectoral sont soumises aux conditions de validité définies par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail ; qu'il s'ensuit, d'une part, que lorsque le protocole d'accord préélectoral répond à ces conditions il ne peut être contesté devant le juge judiciaire qu'en ce qu'il contiendrait des stipulations contraires à l'ordre public, notamment en ce qu'elles méconnaîtraient les principes généraux du droit électoral ; que, d'autre part, lorsque ces conditions ne sont pas remplies, cette circonstance ne rend pas irrégulier le protocole préélectoral mais a pour effet de permettre à la partie qui peut y avoir intérêt de saisir le juge d'instance d'une demande de fixation des modalités d'organisation et de déroulement du scrutin ;

Et attendu qu'en l'état des constatations du jugement relatives à l'absence de contestation au fond des stipulations de l'accord préélectoral, la décision se trouve légalement justifiée.

Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-60.229, Bull. 2012, V, n° 214.

Soc., 13 février 2013, pourvoi n° 11-25.696, Bull. 2013, V, n° 38.

Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-15.609, Bull. 2013, V, n° 264.

Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-14.622, Bull. 2014, V, n° 170.

Mais attendu d'abord que la cour d'appel a retenu à bon droit qu'en application du principe de spécialité, un syndicat représentatif catégoriel ne peut négocier et signer seul un accord d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel, quand bien même son audience électorale, rapportée à l'ensemble des collèges électoraux, est supérieure à 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel ;

Attendu ensuite que les syndicats représentatifs catégoriels ne se trouvent pas dans la même situation que les syndicats représentatifs intercatégoriels, tant au regard des conditions d'acquisition de leur représentativité que de leur capacité statutaire à participer à la négociation collective ; que, par ce motif de pur droit, l'arrêt se trouve justifié ;

Attendu, enfin, qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des conclusions reprises à l'audience de la société Yara France que le moyen tiré de l'inopposabilité de l'accord d'entreprise aux seuls salariés non cadres ait été soulevé devant les juges du fond ; que, nouveau et mélangé de fait et de droit, le grief est irrecevable ; d'où il suit que les moyens, qui ne sont pas fondés en leurs premières branches, ne peuvent être accueillis pour le surplus ;

Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-14.773 et 13-14.908, Bull. 2015, V, n° 8.

Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-22.179, Bull. 2015, V, n° 9.

Mais attendu que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent



directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ; Et attendu que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel ayant retenu que la Fédération nationale des personnels des sociétés d'études, de conseil et de prévention CGT n'établissait pas que les différences de traitement opérées par la convention litigieuse au profit des ingénieurs et cadres par rapport aux employés, techniciens et agents de maîtrise étaient étrangères à toute considération de nature professionnelle, a légalement justifié sa décision ;

Soc., 27 janvier 2015, pourvoi n° 13-25.437, Bull. 2015, V, n° 10.

Soc., 4 février 2015, pourvoi n° 14-13.649, Bull. 2015, V, n° 22.

Soc., 7 juillet 2015, pourvoi n° 13-26.444, Bull. 2015, V, n° 140.

Soc., 14 octobre 2015, pourvoi n° 14-14.339, Bull. 2015, V, n° 191.

Soc., 6 janvier 2016, pourvoi n° 15-10.975, Bull. 2016, V, n° 2.

Soc., 10 février 2016, pourvoi n° 14-26.147, Bull. 2016, V, n° 25.

Soc., 8 juin 2016, pourvoi n° 15-11.324, Bull. 2016, V, n° 130.

Mais attendu que les différences de traitement entre catégories professionnelles ou entre des salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectifs, négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ; que la cour d'appel ayant constaté que l'indemnité de logement avait pour objectif de prendre en compte les spécificités de la fonction de chef d'agence et de cadre de direction, ce dont il résultait qu'elle n'était pas étrangère à des considérations professionnelles, a légalement justifié ses décisions ; que par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués par le moyen après avis donné aux parties, les arrêts se trouvent légalement justifiés ;

Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-11.386, Bull. 2016, V, n° 168.

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 30 septembre 2014), que la société Renault applique dans ses établissements situés en Île-de-France des barèmes de rémunération supérieurs à ceux qu'elle applique au sein de son établissement de Douai ; que dénonçant l'atteinte portée au principe de l'égalité de traitement, le syndicat Sud Renault a saisi un tribunal de grande instance ;

Attendu que le syndicat fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes, alors, selon le moyen, qu'il ne peut y avoir de différence de traitement entre salariés d'établissements différents d'une même entreprise exerçant un travail égal ou d'égale valeur que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ; qu'en l'absence d'élément objectif tenant à l'activité ou aux conditions de travail présenté par l'employeur propre à justifier les différences de traitement observées entre les établissements



d'une entreprise, ce dernier ne peut valablement justifier lesdites différences par la différence de niveaux de vie existant entre les bassins d'emploi dans lesquels sont situés ces établissements ; qu'en l'espèce, pour considérer que l'existence de barèmes de rémunération différents entre les établissements de région parisienne de la société Renault et celui de Douai était justifiée, la cour d'appel a retenu que la différence de coût de la vie entre l'environnement proche de l'usine de Douai et celui des usines franciliennes était parfaitement établie ; qu'en statuant par ce motif inopérant, la cour d'appel a violé le principe « à travail égal, salaire égal » ;

Mais attendu qu'une différence de traitement établie par engagement unilatéral ne peut être pratiquée entre des salariés relevant d'établissements différents et exerçant un travail égal ou de valeur égale que si elle repose sur des raisons objectives, dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence ;

Et attendu qu'ayant constaté que la disparité du coût de la vie invoquée par l'employeur pour justifier la différence de traitement qu'il avait mise en place entre les salariés d'un établissement situé en Île-de-France et ceux d'un établissement de Douai était établie, la cour d'appel en a exactement déduit que cette différence de traitement reposait sur une justification objective pertinente ;

Soc., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-18.444, Bull. 2016, V, n° 206.

Attendu que le syndicat fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande alors, selon le moyen, qu'une différence de traitement ne peut être pratiquée entre les salariés relevant d'établissements différents et exerçant un travail égal ou de valeur égale que si elle repose sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ; qu'en considérant qu'un accord conclu au niveau d'un établissement n'est tenu de respecter le principe d'égalité qu'à l'intérieur dudit établissement et peut instituer dans ce cadre un régime plus favorable aux salariés que celui existant au sein de l'entreprise sans caractériser une atteinte illicite au principe d'égalité et sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la différence de traitement instituée par cet accord au bénéfice des salariés de l'établissement considéré repose ou non sur des critères objectifs et pertinents, la cour d'appel a violé le principe à travail égal, salaire égal ;

Mais attendu que les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'établissement négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de ces établissements, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'établissement et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a retenu qu'un accord d'établissement peut instituer dans le cadre de l'établissement un régime plus favorable aux salariés que le régime général existant au sein de l'entreprise, sans pour autant caractériser une rupture illicite du principe d'égalité de traitement au détriment des salariés des autres établissements, et ce, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si la différence de traitement instituée par cet accord au bénéfice des salariés de



l'établissement concerné repose ou non sur des critères objectifs et pertinents, et qui a fait ressortir que les avantages salariaux dont bénéficiaient les salariés de l'établissement Pays de Bray n'étaient pas étrangers à des considérations de nature professionnelle, a légalement justifié sa décision ;

Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.373, Bull. 2016, V, n° 211.

Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-15.064, Bull. 2016, V, n° 214.

Soc., 8 mars 2017, pourvoi n° 15-18.080, Bull. 2017, V, n° 46.

Soc., 31 mai 2017, pourvoi n° 16-16.492, Bull. 2017, V, n° 95.

Soc., 4 octobre 2017, pourvoi n° 16-17.517, Bull. 2017, V, n° 170.

Vu le huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le principe d'égalité de traitement, et l'accord d'entreprise de la société Munksjö Label Pack du 7 novembre 2002 ;

Attendu que les différences de traitement entre des salariés appartenant à la même entreprise mais à des établissements distincts, opérées par voie d'accords d'entreprise négociés et signés par les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise, investies de la défense des droits et intérêts des salariés de l'ensemble de cette entreprise et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ;

Soc., 30 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.534, Bull. 2017, V, n° 204.

Vu le principe d'égalité de traitement et l'accord du 29 mars 1990 annexé à la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 ;

Attendu, d'abord, que l'évolution générale de la législation du travail en matière de négociation collective et de la jurisprudence en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement à l'égard des accords collectifs conduit à apprécier différemment la portée de ce principe à propos du transfert des contrats de travail organisé par voie conventionnelle ;

Attendu, ensuite, que la différence de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré en application d'une garantie d'emploi instituée par voie conventionnelle par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote et les salariés de l'employeur entrant, qui résulte de l'obligation à laquelle est tenu ce dernier de maintenir au bénéfice des salariés transférés les droits qui leur étaient reconnus chez leur ancien employeur au jour du transfert, n'est pas étrangère à toute considération de nature professionnelle et se trouve dès lors justifiée au regard du principe d'égalité de traitement ;

Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 17-12.925, en cours de publication.



Soc., 6 juin 2018, pourvoi n° 17-21.068, en cours de publication.

Mais attendu que la nullité d'un accord collectif relatif à la mise en place d'institutions représentatives du personnel n'a pas d'effet rétroactif ;

Et attendu qu'ayant relevé que l'accord conclu en mai 2011 entre les CHSCT de Paris Nord et de Paris Sud n'avait été déclaré invalide que par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 février 2017 et qu'il avait, bien qu'illicite, reçu exécution, le tribunal en a déduit à bon droit que l'accord entre l'employeur et le comité d'entreprise du 18 août 2015 avait procédé à une modification des périmètres des CHSCT pour mettre fin à une situation de fait illicite et que la demande d'annulation des élections organisées en exécution de cet accord, laquelle tendait ainsi au maintien des effets d'une illégalité à laquelle l'accord du 18 août 2015 avait remédié, devait être rejetée ; que le moyen, inopérant en ses deuxième et troisième branches en ce qu'il vise des motifs surabondants, n'est pas fondé pour le surplus ;

Soc., 12 juillet 2018, pourvoi n° 16-26.844, en cours de publication.

Vu l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Attendu qu'il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et aux 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 concrètes d'application des normes qu'il édicte ;

Attendu, selon le jugement attaqué rendu en dernier ressort, que le syndicat Prism'emploi, la fédération CFDT services, la fédération CFTC commerce, services et force vente (CFTC CSFV) et la Fédération nationale de l'encadrement du commerce et des services CFE-CGC (FNECS CFE-CGC) ont, le 10 juillet 2013, conclu un accord de branche portant sur la sécurisation des parcours professionnels des salariés intérimaires, et prévoyant la possibilité, pour les entreprises de travail temporaire, de conclure avec certains de leurs salariés intérimaires un contrat de travail à durée indéterminée intérimaire couvrant l'exécution de l'ensemble des missions qui leur sont confiées, ainsi que les périodes « d'intermission », pendant lesquelles les intéressés demeurent disponibles pour l'exécution de nouvelles missions et perçoivent une garantie minimale de rémunération ; que cet accord a fait l'objet d'un arrêté d'extension du ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social du 22 février 2014 ; que, saisi d'un recours en excès de pouvoir à l'encontre de l'arrêté d'extension du 22 février 2014, le Conseil d'État a, par arrêt du 27 juillet 2015, sursis à statuer jusqu'à ce que le tribunal de grande instance de Paris se soit prononcé sur le point de savoir si les parties à l'accord du 10 juillet 2013 avaient compétence pour prévoir la conclusion d'un contrat à durée indéterminée pour l'exécution de missions de travail temporaire ;

Attendu que pour dire que les organisations en cause avaient compétence pour négocier l'ensemble des éléments constitutifs de l'accord collectif de branche conclu le 10 juillet 2013, le jugement retient que le champ normatif de l'accord n'excède pas en soi la limite fixée à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 concernant notamment les principes fondamentaux du droit du travail relevant de



la compétence d'attribution réservée au législateur, que les modalités particulières du contrat à durée indéterminée intérimaire ne font, en définitive, que décliner des obligations civiles préexistantes, qui par définition peuvent donc ne pas être strictement identiques à celles d'un contrat à durée indéterminée de droit commun ou des contrats de missions temporaires jusqu'ici pratiqués et qui relèvent d'un champ conventionnel bénéficiant d'une certaine liberté en complément ou en supplément de la loi, ce d'autant que la loi n° 2015-994 du 17 août 2015 a prévu, dans son article 56, des conditions d'expérimentation de ce même régime de contrat de travail à durée indéterminée intérimaire ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants tirés de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, laquelle ne dispose que pour l'avenir, et alors que l'accord collectif du 10 juillet 2013, en instaurant le contrat à durée indéterminée intérimaire permettant aux entreprises de travail temporaire d'engager, pour une durée indéterminée, certains travailleurs intérimaires, crée une catégorie nouvelle de contrat de travail, dérogeant aux règles d'ordre public absolu qui régissent, d'une part, le contrat de travail à durée indéterminée, d'autre part le contrat de mission, et fixe, en conséquence, des règles qui relèvent de la loi, le tribunal de grande instance a violé le texte susvisé ;

Crim., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-84.884, Bull. crim. 2012, n° 154.

Crim., 5 mars 2013, pourvoi n° 11-83.984, Bull. crim. 2013, n° 59.

Avis de la Cour de cassation, 4 janvier 2016, pourvoi n° 15-70.004, Bull. 2016.

CE, 23 janvier 2015, n° 360396, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

CE, 1^{er} juin 2015, n° 369914, publié au Recueil Lebon.

CE, 5 mai 2017, n° 389620, publié au recueil Lebon.

Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, n° 3828.

Considérant que les dispositions de l'article 55 de la Constitution conférant aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois ne prescrivent ni n'impliquent aucune dérogation aux principes, rappelés ci-dessus, régissant la répartition des compétences entre ces juridictions, lorsqu'est en cause la légalité d'une disposition réglementaire, alors même que la contestation porterait sur la compatibilité d'une telle disposition avec les engagements internationaux ;

Considérant toutefois, d'une part, que ces principes doivent être conciliés tant avec l'exigence de bonne administration de la justice qu'avec les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable ; qu'il suit de là que si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ;



CE, 14 juin 2017, *Confédération générale du Travail – Force ouvrière*, n^{os} 406987 et 406990.

CE, 7 décembre 2017, *Syndicat CGT Goodyear Amiens (usine Amiens nord) et autres*, n^{os} 406760, 408221 et 408226.

CE, 7 décembre 2017, *Confédération générale du Travail – Force ouvrière, Syndicat CGT Goodyear Amiens (usine Amiens nord) et autres*, n^{os} 408379 et 408450, aux tables.

CE, 18 février 2019, *Confédération générale du Travail – Force ouvrière*, n^o 417209.

CE, 1^{er} avril 2019, *Confédération générale du Travail – Force ouvrière et autres*, n^{os} 417652, 418525, 418619 et 418673.

CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération SUD Santé Sociaux*, n^o 331805, rec. p. 102.

Considérant que, lorsque, à l'occasion d'un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative, une contestation sérieuse s'élève sur la validité d'un arrêté prononçant l'extension ou l'agrément d'une convention ou d'un accord collectif de travail, il appartient au juge saisi de ce litige de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire se soit prononcée sur la question préjudicielle que présente à juger cette contestation ;

Considérant toutefois qu'eu égard à l'exigence de bonne administration de la justice et aux principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable, il en va autrement s'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ; qu'en outre, s'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, le juge administratif doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union européenne, sans être tenu de saisir au préalable l'autorité judiciaire d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'une convention ou d'un accord collectif au droit de l'Union européenne ;

Considérant, par ailleurs, que dans l'hypothèse où le législateur a prévu que les mesures prises pour l'application de la loi seront définies par un accord collectif conclu entre les partenaires sociaux, dont l'entrée en vigueur est subordonnée à l'intervention d'un arrêté ministériel d'extension ou d'agrément, il appartient au juge administratif, compétemment saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé



contre cet arrêté, de se prononcer lui-même, compte tenu de la nature particulière d'un tel accord, sur les moyens mettant en cause la légalité de ce dernier.

CE, sect., 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, n° 230804, p. 189.

Considérant que dans la mise en œuvre des pouvoirs que le ministre du travail tient des dispositions précitées de l'article L. 133-8 du code du travail, il lui appartient de veiller à ce que l'extension d'une convention collective ou d'un accord collectif de travail n'ait pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; qu'il en va en particulier ainsi dans les secteurs où des entreprises sont candidates à des délégations de services publics ou à des marchés publics ; qu'à ce titre, il incombe au ministre d'opérer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, une conciliation entre, d'une part, les objectifs d'ordre social de nature à justifier que les règles définies par les signataires d'une convention ou d'un accord collectif soient rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs du secteur et, d'autre part, les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur en cause ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment de l'avis rendu le 4 décembre 2000 par le Conseil de la concurrence sur les conséquences de l'extension de la convention litigieuse, que l'offre potentielle sur le marché de la distribution et de l'approvisionnement en eau est partagée pour l'essentiel entre trois groupes ; que si le secteur de l'épuration est moins concentré, son évolution tend à favoriser la domination des mêmes groupes ; qu'en raison notamment du poids des dépenses de personnel pour les entreprises de ces secteurs, la généralisation des obligations définies au point 2 de l'article 2-5 de la convention, en obligeant les nouveaux titulaires d'un marché public ou d'une délégation de service public relatifs aux services d'eau ou d'assainissement, y compris ceux de ces titulaires qui n'adhèrent pas à l'organisation patronale signataire de la convention, à reprendre le personnel en place auquel l'employeur sortant n'aura pas proposé une autre affectation, est de nature à dissuader les concurrents de présenter leur candidature et à aggraver les distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les soumissionnaires ;

Considérant que, alors même que la clause litigieuse a pour objet de préserver l'emploi dans les entreprises des secteurs en cause, il résulte de ce qui précède qu'en l'espèce, son extension est, compte tenu des caractéristiques propres du marché des services d'eau et d'assainissement, de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence ; qu'ainsi, cette extension est intervenue en méconnaissance des principes énoncés ci-dessus ; que, par suite, le syndicat requérant est fondé à demander l'annulation des dispositions de l'arrêté attaqué étendant les stipulations du point 2 de l'article 2-5 de la convention collective nationale des services d'eau et d'assainissement qui sont, eu égard à leur teneur, divisibles des autres dispositions de cet arrêté.



CE, 6 novembre 2000, Fédération nationale des travaux publics, n° 211098, p. 491.

Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions législatives que les ministres chargés de l'agriculture et du travail, lorsqu'ils procèdent à l'extension d'une convention ou d'un accord collectif, doivent rechercher si le champ d'application professionnel défini en termes d'activités économiques pour lequel l'extension est envisagée n'est pas compris dans le champ professionnel d'une autre convention ou accord collectif étendu par arrêté ; que, lorsqu'il apparaît que les champs d'application professionnels définis par les textes en cause se recoupent, il appartient au ministre compétent, préalablement à l'extension projetée, soit d'exclure du champ de l'extension envisagée les activités économiques déjà couvertes par la convention ou l'accord collectif précédemment étendu, soit d'abroger l'arrêté d'extension de cette convention ou de cet accord collectif en tant qu'il s'applique à ces activités.

CE, 23 juillet 2010, Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, médico-social et social (UNIFED), n° 313776, rec. p. 345.

Considérant que, lorsqu'il procède à l'extension d'une convention ou d'un accord collectif, le ministre chargé du travail doit rechercher si le champ d'application professionnel pour lequel l'extension est envisagée n'est pas compris dans le champ professionnel d'autres conventions ou accords collectifs précédemment étendus ; que, lorsqu'il apparaît que les champs d'application professionnels définis par les textes en cause se recoupent, il lui appartient en principe, soit d'exclure du champ de l'extension envisagée les activités déjà couvertes par les conventions ou accords collectifs précédemment étendus, soit d'abroger les arrêtés d'extension de ces conventions ou accords, en tant qu'ils s'appliquent à ces activités ;

Considérant toutefois que l'accord national professionnel du 27 avril 2007 étendu par l'arrêté litigieux a pour objet exclusif de fixer le champ d'application des futurs accords collectifs relatifs aux employeurs et salariés de droit privé des ateliers et chantiers d'insertion mentionnés à l'article L. 322-4-16-8 du code du travail ; que cette circonstance ne faisait pas, par elle-même, obstacle à ce que le ministre chargé du travail procède à l'extension de cet accord, en vertu des pouvoirs que lui conférait l'article L. 133-8 du code du travail alors en vigueur, devenu article L. 2261-15 du nouveau code ; qu'en revanche, eu égard à ce même contenu qui ne définit que le champ d'application de futures stipulations conventionnelles et n'a, en conséquence, ni pour objet ni pour effet de rendre applicables à certaines catégories de salariés des règles relatives à leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle, de travail, ou à leurs garanties sociales, le ministre n'était, à ce stade, par exception au principe rappelé ci-dessus, ni tenu d'exclure du champ de l'extension les activités économiques déjà couvertes par des conventions ou accords collectifs précédemment étendus, ni tenu d'abroger les arrêtés d'extension de ces conventions ou accords antérieurs, en tant qu'ils s'appliqueraient à ces mêmes activités.



CE, 6 février 2014, *Confédération générale du travail - Force ouvrière*, n° 371062.

Cons. Const., 11 avril 2014, décision n° 2014-388 QPC.

CE, 7 mai 2015, *Société Ventoris IT et autres, Confédération générale du travail Force ouvrière*, n°s 370986 et 371062.

CE, 27 juillet 2015, *Confédération générale du travail - Force ouvrière*, n° 379677.

CE, 28 novembre 2018, *Confédération générale du travail - Force ouvrière*, n° 379677.



3. Table ronde n° 3 : Gestion de l'emploi et protection des salariés

Cons. Const., 4 septembre 2018, décision n° 2018-769 DC, loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel.



Bibliographie indicative

1. Table ronde n° 1 : Nouveaux défis pour le droit du travail

1.1. Ordre public social et droit du travail négocié

P. Adam, « Réformer et re-former, pour un droit (du travail) debout », *in Dr. Soc.*, 2016, p. 489.

P.-H. Antonmattei, « La primauté de l'accord d'entreprise », *in Dr. Soc.*, 2016, p. 513.

P.-H. Antonmattei, M. Morand, J. Barthélémy, G. Kertudo, « Institutions – Prospective - Nouveau droit du travail et ordre public sportif », *in Jurisport*, 2018, n° 186, p. 36.

J. Barthélémy, « Réformer le droit social », *in Dr. Soc.*, 2016, p. 400.

J. Barthélémy, « Mérites et exigences d'un droit du travail plus contractuel », *in Dr. Soc.*, 2017, p. 737.

M. Bonnechère, « L'articulation des normes », *in Dr. ouvrier*, 2017, p. 66.

G. Borenfreund, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail ? », *in Rev. dr. tr.*, 2016, p. 781.

F. Canut, « L'ordonnancement des normes étatiques et des normes conventionnelles - à propos du projet de loi Travail », *in Dr. Soc.*, 2016, p. 519.

F. Canut et F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie) », *in Dr. Soc.*, 2016, p. 1038.

F. Canut et F. Géa, « Le droit du travail, entre ordre et désordre (seconde partie) », *in Dr. Soc.*, 2017, p. 47.

F. Canut, « Le recul de l'ordre public face à l'accord collectif », *in Dr. Ouvrier*, 2017, n° 827.

J.-D. Combrexelle, « La négociation collective, le travail et l'emploi », France stratégie, septembre 2015.

J.-D. Combrexelle, « De quelques idées simples sur la norme législative dans les relations de travail », *in SSL*, 2017, n° 1790.

J.-D. Combrexelle, « Vers un nouveau droit du travail », *in JCP*, 2017, éd. S., p. 1305.

G. Couturier, « Ordonnances Macron et normes supra-légales, avant-propos », *in Dr. Ouvrier*, 2018, n° 840.

J. Daniel, « L'ordre public légal ou la tentation du chamane », *in JCP*, 2017, éd. S., p. 1127.

F. Favennec-Héry, « Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ? », *in JCP*, 2015, éd. S., p. 1237.

F. Favennec-Héry, « L'articulation de la loi avec les accords collectifs », *in JCP*, 2016, éd. S., p. 1148.

F. Favennec-Héry, « La hiérarchie des normes en droit du travail : rupture ou continuité ? », *in SSL*, 2016, n° 1742.

- F. Favennec-Héry, « L'ordre public légal », *in JCP*, 2017, éd. S., p. 1126.
- F. Géa, « Contre l'autonomie de l'accord d'entreprise », *in Dr. Soc.*, 2016, p. 516.
- F. Géa, « Les soubassements de la réforme », *in Rev. dr. tr.*, 2017, p. 593.
- F. Géa, « Un changement de paradigme », *in Dr. Soc.*, 2017, p. 997.
- A. Jeammaud, « Les principes dits de faveur ont-ils vécu ? », *in Rev. dr. tr.*, 2018, p. 177.
- R. Lafore, « La flexisécurité : il y a loin des mots à la chose », *in Rev. dr. tr.*, 2018, p. 642.
- H. Liffra, « Loi et accords collectifs en matière de temps de travail », *in JCP*, 2018, éd. S., p. 1048.
- Y. Leroy, « Paradoxes sur ordonnances », *in Dr. Soc.*, 2018, p. 784.
- G. Loiseau, L. Pécaut-Rivolier et G. Pignarre, « L'ordre public social a-t-il un avenir ? », *in Dr. Soc.*, 2016, p. 886.
- P. Lokiec, « De la confiance à la norme », *in SSL*, 2016, n° 1742.
- P. Lokiec, « Vers un nouveau droit du travail ? », *in D.*, 2017, p. 2109.
- L. Pécaut-Rivolier, « Les rapports de l'accord collectif avec la loi et le contrat de travail », *in Rev. dr. tr.*, 2016, p. 791.
- L. Pécaut-Rivolier, « Quel ordonnancement des sources du droit du travail », *in Rev. dr. tr.*, 2016, p. 791.
- J.-E. Ray, « Hiérarchie des normes - les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 sont parues : où est l'inversion des normes partout dénoncée ? », *in JCP*, 2017, éd. G., p. 1105.
- T. Sachs, « L'ordre public en droit du travail : une notion dégradée », *in Rev. dr. tr.*, 2017, p. 585.
- T. Sachs, « La consolidation d'un droit du marché du travail », *in Rev. dr. tr.*, 2016, p. 748.
- B. Teyssié, « Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales », *in JCP*, 2017, éd. S., p. 1294.
- B. Teyssié, « Variations sur un diptyque », *in JCP*, 2017, éd. S., p. 1125.
- B. Teyssié, « De la loi à l'accord, variations sur la refondation du code du travail », *in JCP*, 2017, éd. S., p. 1179.
- B. Teyssié, « La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement », *in JCP*, 2016, éd. S., p. 1292.
- S. Tournaux, « L'articulation de la loi et de l'accord collectif du travail », *in Dr. ouvrier*, 2017, p. 353.
- P.-Y. Verkindt, « L'ordre public, clé de la refondation du code du travail », *in JCP*, 2017, éd. S., p. 1137.
- P.-Y. Verkindt, « À propos de la notion d'ordre public conventionnel », *in SSL*, 2017, n° 1751.
- P.-Y. Verkindt, « Ankylose et inflammation, a propos de l'articulation des normes en droit du travail », *in JCP*, 2016, éd. S., p. 1159.



Comité d'évaluation des ordonnances Macron, 22 juin 2018, *in Liaisons soc.*, 2018, n° 17603.

1.2. L'incidence en droit français des normes élaborées par l'OIT

F. Maupain, « La mise en œuvre des conventions de l'OIT à l'épreuve de la supranationalité européenne », *in SSL*, 2016, n° 1746.

T. Teklè, « Utilisation des normes de l'OIT par les juridictions nationales : comment et pourquoi ? », *in Dr. ouvrier*, 2018, n° 840.

1.3. La répartition des compétences entre la Cour de cassation et le Conseil d'État en droit du travail

F. Canut, « Application immédiate de la compétence du juge judiciaire en cas de contestation d'une décision administrative de reconnaissance des établissements distincts pour les élections du comité d'entreprise », *in Bull. Joly Travail*, 2018, n° 02, p. 122.

C. Landais, L. Pécaut-Rivolier, D. Piveteau, Y. Struillou, « Le nouveau protocole préélectoral », *in Dr. Soc.*, 2012, n° 11-12, p. 1048.

A. Morin-Galvin, « Regards croisés sur le contentieux des représentants du personnel. Chronique d'une convergence jurisprudentielle annoncée », *in RJS*, 2016, p. 271.

L. Pécaut-Rivolier, « Le paradoxe d'un contentieux éclaté », *SSL*, 2011, n° 1508.

D. Piveteau, « La dualité de juridictions à l'épreuve du droit du travail », *in Dr. Soc.*, 2017, p. 415.

S. Ranc, « L'obligation de reclassement au prisme de la répartition de compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire », *in Rev. dr. tr.*, 2019, p. 41.

« PSE, le Conseil d'État entre en scène », *in SSL*, 2015, n° 1690.

1.4. Les mutations du monde du travail

Conseil d'État, Étude annuelle 2017 – Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » – (Synthèse et extraits)

II- De la rupture économique aux bouleversements juridiques (...)

2.2. De nouveaux horizons pour le droit social et le droit du travail

Le salariat n'a pas disparu et ne disparaîtra vraisemblablement pas. Mais l'« ubérisation », sans créer des formes de travail nouvelles, semble accélérer des évolutions déjà en cours, qui déplacent progressivement le centre de gravité de l'activité professionnelle du salariat vers de l'emploi « atypique ».

- Travail salarié ou travail indépendant : le nécessaire dépassement d'une dichotomie devenue trop radicale – Plusieurs procédures judiciaires, en France ou en Europe, ont conduit des « travailleurs de plateformes » à demander la requalification en salariat de leur relation de travail avec la plateforme pour laquelle ils exerçaient leur activité en tant qu'entrepreneur individuel. Cette requalification emporte, pour le travailleur comme pour la plateforme, des conséquences importantes pour l'application de la législation du travail :



c'est potentiellement l'ensemble du modèle économique des plateformes déterminant les caractéristiques de la prestation qui est en porte à faux avec la législation actuelle.

On ne peut retenir de solution radicale qui consisterait à résoudre cette contradiction, en jugeant par exemple que par principe le modèle des plateformes est illégal, ni remettre en question le modèle du salariat ou la pertinence de la dichotomie entre régime du salariat et régime des indépendants.

La problématique n'est en réalité pas nouvelle et a déjà conduit à des aménagements à la marge des législations du travail et de la sécurité sociale. Mais cette dynamique a atteint ses limites. En atteste l'une des orientations aujourd'hui fortement suggérée d'évolution du droit du travail, celle de l'élaboration d'un statut spécifique aux travailleurs de plateformes.

Déjà à l'œuvre, une autre dynamique consiste en l'émergence progressive d'une protection centrée sur l'individu et non sur le statut du travail qu'il exerce. C'est ce que rend déjà possible le compte personnel d'activité introduit par la loi Travail du 8 août 2016 : il permet de rassembler en un espace unique l'ensemble des droits que son titulaire peut acquérir au cours de son parcours professionnel en matière de formation professionnelle, de pénibilité et d'engagement citoyen, quels que soient l'évolution de son parcours et ses choix d'affiliation à un régime de sécurité sociale ou à un autre.

- L'émergence d'une « e-solidarité » (solidarité sur Internet) collaborative, coopérative et universelle : alternative à l'essoufflement des formes traditionnelles de lien social – L'« ubérisation » a engagé un processus d'« atomisation » des travailleurs/producteurs au sein d'une « multitude » qui peine à faire converger les intérêts individuels et est ainsi susceptible de renforcer l'isolement en brisant les formes traditionnelles de solidarité.

Cependant, l'économie des plateformes numériques est aussi à l'origine de nouvelles formes de lien social qui vont de pair avec une appréhension nouvelle de la place du travail dans la société. En atteste la montée en puissance des réseaux sociaux qui démultiplient les possibilités d'échanges et favorisent incontestablement un renouvellement de la démocratie sociale et participative (« forums », « groupes », « manifestations », « pétitions en ligne », etc.). Le modèle de la collaboration, en pleine expansion, qui permet de développer à une large échelle des échanges gratuits pour permettre au plus grand nombre possible d'accéder à une ressource et de la partager, est aussi une nouvelle forme de lien social, comme l'est l'organisation des travailleurs autonomes en coopérative qui bénéficient aussi, au travers de cette structure de solidarité, d'un ensemble de services (facturation, déclarations, etc.) pour gérer la complexité administrative. De telles plateformes peuvent sans doute constituer, à côté des organisations existantes, un contrepouvoir crédible en termes de création de lien social et de défense des intérêts des travailleurs.

Néanmoins, la puissance acquise par les principaux réseaux sociaux et les plus grandes plateformes de partage de contenus leur confère un pouvoir de prescription majeur qui soulève des questions essentielles au regard de la protection des libertés fondamentales.



2. Table ronde n° 2 : L'accord collectif et le juge

- P.-H. Antonmattei, « Le juge judiciaire et l'accord collectif : brèves observations », *in Dr. Soc.*, 2017, p. 425.
- D. Baugard, « Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire », *in Dr. Soc.*, 2018, p. 59.
- A. Chevillard, « Les conflits de normes », *in SSL*, 2008, n° 1361 .
- C. Chevrier, « La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois », *in SSL*, 2018, n° 1803 .
- C. Didry, « Naissance de la convention collective. Débats juridiques et luttes sociales en France au début du XX^e siècle », *in Politix*, vol. 17, n° 66, 2004.
- C. Frouin, « Conventions et accords collectifs – Gouvernance et fonctionnement des branches : portrait de la CPPNI », *in JCP*, 2018, éd. S., n° 6, p. 1058 .
- F. Géa, « Le juge et l'accord collectif : quels changements ? », *in SSL*, 2016, n° 1717.
- F. Géa, « Des accords (collectifs) sans juge ? », *in Dr. Soc.*, 2017, p. 98.
- F. Guiomard, « L'autonomie collective face aux juges », *in Rev. dr. tr.*, 2016, p. 838.
- J.-G. Huglo, « Accords collectifs et principe d'égalité de traitement : la métamorphose du rôle du juge », *in RJS*, 2018.
- G. Loiseau et L. Gamet, « Observations sur les nouvelles règles de contestation d'un accord collectif », *in Les Cahiers sociaux*, 2017, n° 302, p. 49.
- P. Lokiec et J. Rochfeld, « L'accord et le juge du travail : le temps des réformes paradoxales », *in Dr. soc.*, 2017, p. 5.
- A. Martinon et E. Peskine, « Le juge et le contenu de l'accord collectif », *in Dr. Soc.*, 2017, p. 115.
- M. Morand, « Avant-propos », *in SSL*, 2008, n° 1361.
- F. Morel, « Les hiérarchies des normes et le contrat en droit du travail après la loi Travail », *in Revue Fiduciaire*, 2016.
- C. Nicod, « L'interprétation conventionnelle : de l'office du juge à l'intention des signataires ? », *in Rev. dr. tr.*, 2016, p. 282.
- L. Pécaut-Rivolier, « L'accord collectif et le juge », *in Dr. Soc.*, 2017, p. 96.
- L. Pécaut-Rivolier, « La solidification des accords collectifs : les nouvelles conditions de conclusion et d'interprétation », *in JCP*, 2016, éd. S., n° 36, p. 1300.
- J.-E. Ray, « La place de la négociation collective en droit constitutionnel », *in Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 45.
- B. Teyssié, « La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 ou l'art de l'entremêlement », *in JCP*, 2016, éd. S., n° 36, p. 1300.



3. Table ronde n° 3 : Gestion de l'emploi et protection des salariés

P.-H. Antonmattei, « Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : acte II de la flexisécurité à la française », *in D.*, 2013, p. 577.

C. Aranda et V. Correia, « L'accord de performance collective », *in CDRH*, 2018, n° 250-251.

M. Ayadi et L. Goasdoué, « Les nouveaux contours de l'obligation de reclassement », *in CLCSE*, 2018, n° 181.

J. Barthélémy, « Le rôle de la jurisprudence dans le droit de la formation », *in Dr. Soc.*, 2014, p. 1007.

La jurisprudence a joué et continue à jouer un rôle important dans le droit de la formation, spécialement dans la déclinaison de l'obligation d'adapter les compétences du salarié à l'évolution de son poste et de celle de veiller au maintien de sa capacité à occuper un emploi. Elle a justifié la première de ces obligations par l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat de travail et en a tiré des conséquences en ce qui concerne sa nature juridique et donc ses effets. De même se dessinent, du fait d'arrêts de la Cour de cassation, les contours d'un droit subjectif à l'employabilité - complétant le droit objectif au travail - qui suppose toutefois une plus grande autonomie du travailleur dans la définition et les moments des actions de formation, ce qui pourrait donner vie à l'idée d'assurance du risque d'inemployabilité, conçue comme une nouvelle garantie sociale.

J. Barthélémy, « Hiérarchie des normes, fonction protectrice du droit du travail et sécurisation de l'emploi », *in Revue de jurisprudence sociale*, fév. 2016.

S. Béal et C. Terrenoire, « Le motif économique et le groupe - Définition après les ordonnances n° 2017-1387 et n° 2017-1718 des 22 septembre et 20 décembre 2017 », *in JCP*, 2018, éd. E., n° 5, p. 1059.

C. Chevrier, « La RCC, un nouvel outil de gestion prévisionnelle des emplois », *in SSL*, 2018, n° 1803.

F. Chhum et M. Ollivier, « Barème Macron aux prud'hommes : comment échapper au plafonnement des indemnités de licenciement ? », *in Village de la justice*, 25 août 2018.

G. Couturier, « Le droit du licenciement économique », *in Dr. Soc.*, 2018, p. 17.

J. Dirringer et Y. Ferkane, « L'économie générale des accords de compétitivité mise sens dessus dessous », *in Dr. Ouvrier*, 2017, n° 833.

S. Dumas et M. Le Roy, « Rupture conventionnelle collective : un hybride vraiment séduisant ? », *in CDRH*, 2017, n° 247.

A. Fabre, « La motivation du licenciement », *in Dr. Soc.*, 2018, p. 4.

A. Fabre, « Rupture conventionnelle collective et congé de mobilité : de faux jumeaux », *in SSL*, 2018, n° 1800.

J.-Y. Frouin, « Propos introductifs sur l'obligation de reclassement », *in Les Cahiers sociaux*, 2018, n° 305, p. 161.



M. Hautefort, « Le congé de mobilité, modèle 2018 : un mode de rupture consensuel », in *CDRH*, 2018, n° 252.

F. Géa, « L'ordre des licenciements à l'épreuve de la logique contractuelle », in *Revue de droit du travail*, 2012 p. 218.

F. Géa, « Le droit du licenciement économique à l'épreuve de la sécurisation de l'emploi », in *Dr. Soc.*, 2013, p. 210.

Avec l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et maintenant l'avant-projet de loi sur la sécurisation de l'emploi, le droit français du licenciement économique se trouve pris dans une dynamique qui débouchera, vraisemblablement, sur sa réécriture. Au temps des critiques, souvent contradictoires et antagonistes, a succédé le temps de sa recomposition. C'est cette refondation, à maints égards ambivalente, qui mérite d'être cernée dans sa signification, notamment au regard des logiques qui l'inspirent.

G. Loiseau, « Un examen clinique de la conventionnalité du barème d'indemnité prud'homale », in *Gaz. Pal.*, 2018, n° 22, p. 16.

P. Lokiek, « Le droit du travail à l'épreuve de l'emploi », in *Dr. Soc.*, 2016, p. 319.

Le problème de l'emploi constitue pour le droit du travail une source d'intenses perturbations. Même s'il faut se garder de faire peser sur lui la responsabilité du chômage, les croisements entre le droit du travail et la problématique de l'emploi sont nombreux (1) : flexibilité, adaptation, employabilité, formes de contrat de travail, essor du non-salariat, etc.

I. - Pour un dialogue harmonieux entre droit et économie

Le juriste peut de plus en plus difficilement traiter les questions de travail et d'emploi sans intégrer l'analyse économique (2) ; le dialogue avec l'économie ne doit pas moins être entouré d'un certain nombre de précautions méthodologiques. Elles sont de deux ordres.

Les premières concernent la réception de l'économie par le droit. L'économie n'est pas davantage que le droit une science exacte ; les analyses économiques sont, comme les analyses juridiques, plurielles, ouvertes à la discussion... C'est pourquoi l'affirmation si fréquente d'un lien de causalité entre droit du travail et chômage, sur laquelle aucun consensus n'existe du côté des économistes, ne peut être prise pour un donné par le juriste. La question ne se pose pas seulement en termes de politique juridique : est-il opportun de réformer le droit du travail pour inverser la courbe du chômage ? Elle se pose aussi sur un terrain strictement juridique, puisque le lien entre droit du travail et chômage détermine le sort constitutionnel de la plupart des réformes législatives adoptées dans le champ des rapports de travail. La lutte contre le chômage constitue en effet, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un objectif d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à un droit fondamental. La décision du 5 août 2015 sur la loi « Macron » l'illustre parfaitement puisque, pour valider le principe (et non les modalités) du plafonnement des indemnités de licenciement, le Conseil retient que la loi vise à « favoriser l'emploi en levant



les freins à l'embauche » (3). Les restrictions au principe d'égalité devant la loi sont notamment visées, qui peuvent être justifiées au nom de l'emploi, notamment parce qu'elles facilitent l'accès à l'emploi de catégories de personnes défavorisées (4). Il en va de même des atteintes qui seraient portées à l'économie générale des conventions si était reconnue la primauté de l'accord collectif sur le contrat, comme l'envisagent les différents rapports publiés ces derniers mois (5). Des atteintes qui peuvent, ici encore, être justifiées par l'objectif de protection de l'emploi (6), ce dont prend acte le rapport Combexelle qui ne propose pas une primauté de tous les accords collectifs sur le contrat de travail (laquelle serait sans doute inconstitutionnelle) mais seulement la primauté des « accords collectifs préservant l'emploi » (7).

De façon générale, il ne faudrait pas que l'objectif affiché de lutte contre le chômage devienne un sésame, sans autre vérification, pour réformer en matière sociale ! D'où l'importance qu'il y aurait à ce que le Conseil constitutionnel, même s'il ne substitue pas son appréciation de l'intérêt général à celle du législateur, donne toute sa portée à l'exigence d'un intérêt général « suffisant »(8), que l'on retrouve dans certaines de ses décisions depuis une dizaine d'années (9) !

Les secondes concernent la réception du droit par l'économie. Le meilleur calcul économique ne peut faire fi de deux données juridiques fondamentales. Le lien de subordination, tout d'abord. On ne peut, en droit du travail, raisonner comme si l'on était en présence de deux contractants égaux, de deux êtres rationnels capables de défendre leur intérêt par l'expression de leur volonté, et sans l'appui d'une législation d'ordre public. Les droits fondamentaux, ensuite. Même si les normes intangibles ne doivent en aucun cas se résumer à l'énoncé de droits et principes fondamentaux, l'ordre juridique reconnaît à un certain nombre de normes une force qu'aucun législateur ne peut remettre en cause (d'où l'enjeu qu'il y aurait à inscrire les « principes » non pas dans le Code mais dans la Constitution). Quelle que soit l'appréciation portée sur le contrat de travail unique ou sur le contrat de travail « agile » (du nom du contrat promu par un certain nombre d'organisations patronales en janvier 2015 afin d'autoriser la contractualisation des motifs de rupture), tout contrat qui priverait le juge de la possibilité de contrôler le motif de licenciement se heurterait à la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT). De la même manière, une flexibilisation accrue des règles trouvera sur son chemin le droit à la santé et la sécurité (v. la jurisprudence sur le forfait jours), le droit au repos, le droit au respect de la vie personnelle, etc.

II. - Faut-il flexibiliser davantage ?

L'appel effréné à la flexibilité sonne faux alors que les espaces de flexibilité ouverts aux entreprises sont aujourd'hui nombreux, et pas toujours utilisés. Ce qui ne signifie pas pour autant prôner le statu quo !

Flexibilité interne - Les outils sont déjà là pour adapter les conditions de travail aux besoins des entreprises. Par accord collectif, il est possible de prévoir le calcul des 35 heures, non pas sur la semaine mais sur le mois ou l'année, et d'imposer un tel changement au salarié qui peut être licencié pour faute en cas de refus. Près de la moitié des cadres sont au forfait jours, et échappent donc purement

et simplement aux 35 heures ; de même, on peut réduire par simple accord d'entreprise le taux de majoration des heures supplémentaires à seulement 10 % au lieu de 25 %. Entre 2000 et 2014, pas moins de dix lois ont été adoptées en matière de temps de travail, la plupart dans le sens d'une plus grande flexibilité, tout cela sans impact sur l'emploi ! Quant à la flexibilité salariale, elle possède de nombreux supports, notamment les formules de rémunération variable et les accords de maintien de l'emploi. L'échec de ce second dispositif, qui permet de baisser collectivement le montant des rémunérations en cas de difficultés conjoncturelles graves, ne condamne d'ailleurs pas la technique des accords de flexibilité. Un récent rapport de la Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (Dares) constate que moins d'une dizaine d'accords de maintien de l'emploi ont été conclus en 2013, mais qu'une cinquantaine d'accords de compétitivité ont prévu des concessions des salariés en matière de rémunération (principalement gels de salaires et diminution/suppression de primes) ou de temps de travail dans le but d'améliorer la compétitivité de l'entreprise, sans pour autant entrer dans le cadre des accords de maintien de l'emploi (10). On rappellera que les accords dits de compétitivité, plus faciles à conclure puisqu'ils obéissent aux conditions du droit commun des accords collectifs, sont soumis à l'ensemble de la législation sur les licenciements économiques (PSE, information-consultation, obligation de reclassement et d'adaptation, etc.). Ce qui montre que la flexibilité est possible avec les outils juridiques existants.

Flexibilité externe - La flexibilité externe est tout sauf impossible en France, comme l'indiquent les chiffres relatifs au marché du travail. Près de 90 % des embauches se font en CDD et intérim ; en 2014, près de 7 millions de CDD ont été conclus (contre moins de 2 millions de CDI) (11). Non seulement les CDD explosent mais il en va particulièrement ainsi des CDD courts. En dix ans, le nombre de CDD de moins d'un mois a plus que doublé, passant de 1,8 à 3,7 millions entre les troisièmes trimestres 2003 et 2013 (12). Au final, les deux tiers des contrats signés sont des CDD de moins d'un mois. Si les CDD sont une source connue de flexibilité, les CDI ne sont pas, en France, le facteur de rigidité que l'on décrit trop souvent. En attestent le chiffre exponentiel des ruptures conventionnelles dont le total depuis 2008 dépasse désormais les 2 millions mais aussi le fait que plus d'un tiers des CDI sont rompus avant un an (13) !

Il n'en reste pas moins que le marché du travail français comporte un paradoxe qui interroge (nous parlerons ci-après du « paradoxe du CDD »). Il est en effet difficile de concilier, d'un côté, le fait que 9/10^e des embauches se font en CDD/intérim, de l'autre, une législation sur les CDD parmi les plus strictes d'Europe (14), qui va au-delà du minimum exigé par la directive. Derrière ce paradoxe, probablement trois raisons au moins dont l'importance respective paraît cependant très difficile à mesurer. D'abord, une activité économique fluctuante, pour des raisons multiples (absences, rythme des saisons, surcroît temporaire, manque de visibilité de l'activité économique future en période de crise, etc.). Ensuite, un phénomène de violation efficace qui fait qu'un certain nombre d'entreprises optent pour le CDD, tout en sachant que l'emploi occupé n'est pas temporaire ; ce d'autant plus que peu de salariés en CDD demanderont



la requalification, de peur d'un impact négatif sur leur recrutement futur dans le même secteur d'activité. L'enjeu n'est pas seulement, en effet, celui du contenu du droit mais aussi celui de l'efficacité des sanctions et du contrôle social des pratiques abusives (par les syndicats, par les inspecteurs du travail, etc.) (15) ... Reste sans doute un problème de complexité qui fait que certaines entreprises sortent, en toute bonne foi, des canons du droit. Le CDD constitue assurément l'un des principaux terrains à investiguer pour une simplification - technique - du code du travail. Est-il aisé pour une PME, dépourvue de ressources juridiques en interne, de savoir, lorsqu'elle embauche pendant l'été une personne pour tenir une buvette, s'il faut la recruter en travail saisonnier ou en surcroît temporaire d'activité, sachant que les règles sont radicalement différentes quant au délai de carence ou à l'indemnité de précarité ? Il n'est pas plus aisé de déterminer, avec un minimum de certitude, si un cadreur qui fait trois ou quatre émissions dans l'année peut être embauché ou non en CDD (avec un impact sur le statut d'intermittent du spectacle). Ces complexités, dont le traitement appelle un travail technique, au cas par cas, ne justifient en rien une refondation du droit du travail, comme annoncé par le Gouvernement.

III. - La pluralité des modes de régulation juridique

Coexistent au sein d'une branche du droit aussi élaborée que le droit français du travail différents modes de régulation (16) ; le droit peut définir des objectifs, des principes, des règles, des sanctions, des procédures (à commencer par le renvoi à la négociation collective), des incitations, etc. Appliqué à la question de l'emploi, ce constat conduit à identifier quatre modes principaux de régulation.

La réglementation - Lorsqu'il réglemente, le droit détermine dans le détail (par le biais de la loi et du règlement) ce que les acteurs doivent faire. Sous cet angle, le paradoxe du CDD peut donner lieu à plusieurs types de réponses. La première consiste à modifier la réglementation du CDD, soit en la tirant vers le CDI, notamment par un allongement des délais (le rapport de Virville plaidait pour un CDD de cinq ans (17)), soit en la rendant plus rigoureuse, par un renforcement des sanctions (la requalification en CDI est en principe une sanction indemnitaire), par une restriction des cas de recours, par la mise en place, sur le modèle de ce qui a été adopté pour les stages, d'un système de quotas, par des dispositifs de réaction collective à un recours abusif aux contrats précaires, etc. ! Sur ce dernier point, on rappellera que l'article L. 2323-59 du code du travail prévoit une procédure d'alerte dite « sociale », impliquant notamment l'inspection du travail, lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats précaires ou lorsqu'il constate un accroissement important du nombre de salariés titulaires de tels contrats. La deuxième piste, prônée par certains membres du parti Les Républicains et toute une partie du patronat, consiste à alléger le droit du licenciement, en particulier le licenciement pour motif économique (v. la proposition de permettre un licenciement pour réorganisation (18), ou celle de contractualiser les motifs de licenciement). À ces deux pistes, destinées à rapprocher les régimes du CDD et du CDI, l'une en attirant le premier vers le second, l'autre l'inverse, s'ajoute celle consistant à fusionner ces contrats en un contrat de travail unique (19). Reste une quatrième réponse, visant à faciliter le passage du contrat non standard au

contrat standard (sur une période de trois ans, seuls 21 % des salariés passent de l'emploi temporaire à l'emploi permanent (20)), à l'image de la priorité de passage du temps partiel au temps complet, ou de la possibilité, depuis une loi du 17 janvier 2002, de rompre un CDD avant terme pour occuper un emploi en CDI.

La justification - Le droit peut aussi intervenir en posant des exigences de justification, que l'on trouve en droit du travail en matière de CDD (les cas de recours), de licenciement (l'exigence de cause réelle et sérieuse), de travail de nuit (nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale), etc. Dans la perspective d'une réforme du code du travail qui pourrait donner davantage de place à la négociation collective, la question se pose d'exiger, pour certains types d'accords collectifs, un juste motif. Le législateur l'avait fait pour les accords de modulation du temps de travail (21), avant que cette exigence soit abrogée ; on la retrouve pour les accords de maintien de l'emploi (critère des difficultés conjoncturelles graves). Si cette technique aurait le mérite d'encadrer la liberté conventionnelle (à la condition de ne pas réduire l'exigence à une simple motivation comme cela avait été fait pour les accords de modulation (22)), force est d'admettre qu'elle est peu en phase avec l'aspiration actuelle au renforcement de l'autonomie collective !

La délégation - Pourquoi le juge apprécierait-il la légitimité du recours au CDD ou au licenciement dès lors que les parties au contrat, ou tout au moins les partenaires sociaux, se sont mises d'accord ? C'est ce type de questionnement qui a conduit la loi Macron à acter que le licenciement du salarié qui refuse la mise en oeuvre d'un accord de maintien de l'emploi repose sur une cause réelle et sérieuse de licenciement. C'est cette même logique qui pousse le rapport de l'Institut Montaigne (23) à proposer que les cas de recours au CDD puissent être définis par accord collectif, ce qu'une jurisprudence constante écarte pour le moment. Il n'est actuellement pas possible d'acter que telle fonction correspond nécessairement à un emploi par nature temporaire (24). On comprend à travers cet exemple l'enjeu fondamental de la définition de la place respective de l'ordre public et du supplétif dans la future architecture du droit du travail.

L'incitation - Le quatrième mode de régulation nous replonge au coeur des rapports entre le droit et l'économie : l'incitation. C'est la voie qui a été choisie en surtaxant les CDD courts, afin d'encourager les CDD longs et plus encore les CDI, notamment le passage du CDD au CDI (25). L'échec relatif de l'incitation de 2013 ne condamne pas pour autant la technique de l'incitation ; le dispositif était notoirement insuffisant, du fait notamment des exclusions et limitations concernant l'intérim, les CDD saisonniers et les CDD d'usage (moins surtaxés). Faut-il aller plus loin, ou changer de critère d'incitation, comme le proposent Pierre Cahuc et Corinne Prost sous l'égide du Conseil d'analyse économique (CAE) (26) ? Il est proposé de tenir compte non plus de la nature du contrat mais du coût occasionné pour l'assurance chômage en modulant les cotisations employeur en fonction du coût induit par l'entreprise pour l'assurance chômage (27) (principe du pollueur-payeur).

Même si le juriste est peu coutumier des incitations (comme il a justement été écrit, l'incitation n'en reste pas moins du droit (28)) définir les bonnes



incitations pour que les entreprises aillent vers des comportements socialement responsables (et pas seulement économiquement efficaces) constitue sans nul doute une piste utile. Même si d'infinies précautions sont nécessaires, un certain nombre d'exemples méritent l'attention, notamment le système américain de l'« experience rating » (méthode de calcul consistant à faire supporter à chaque employeur les coûts générés par ses licenciements) (29) ou les cotisations dégressives (celles-ci baissent avec l'ancienneté pour encourager les employeurs à conserver leurs salariés).

Le tableau ci-dessus ne prétend nullement à l'exhaustivité ; surtout, ces modes de régulation ont vocation à coexister, en aucun cas à se substituer l'un à l'autre. Le risque est important, en effet, que la taxation de la rupture (logique d'incitation) ne soit conçue, comme le proposent les tenants du contrat unique, comme une alternative au contrôle du motif (logique de justification) ; on peut aussi craindre que l'appel à la négociation collective (logique de délégation) ne devienne une alternative à l'ordre public (logique de réglementation), bien loin de la complémentarité entre loi et négociation collective qui préside au principe de faveur...

IV. - Éviter une nouvelle dualisation du marché du travail

Sur l'opposition classique entre titulaires de CDD et de CDI se greffe, également sur fond de précarité (90 % des auto-entrepreneurs gagnent moins que le SMIC), un autre dualisme, entre travailleurs salariés et non-salariés. Les pistes sont ici aussi nombreuses, certaines externes au salariat, d'autres internes.

En dehors du salariat - L'adoption d'un statut pour les travailleurs économiquement dépendants est souvent mise en avant (30). Une autre perspective, d'ores et déjà actée, consiste dans la création d'un statut d'entrepreneur salarié. C'est ce que permettent les nouvelles coopératives d'activité et d'emploi qui « ont pour objet principal l'appui à la création et au développement d'activités économiques par des entrepreneurs personnes physiques » (31). La création de nouveaux statuts ne constitue pas la seule possibilité pour réduire l'impact du dualisme. L'adoption d'un revenu universel ou encore la création d'une couverture chômage pour les indépendants, sur le modèle danois (32) et autrichien (33), font partie des nombreuses autres pistes.

Dans le salariat - En interne, c'est la question de la subordination comme critère du salariat qui est posée (34). La notion d'autonomie, de plus en plus centrale (la reconnaissance de salariés autonomes dans le contexte des conventions de forfait (35) montre que l'autonomie n'est pas synonyme de non-salariat) sur fond de développement du télétravail, est porteuse, si l'on y prend garde, d'une remise en cause du salariat et de ses protections. Les questions sont ici particulièrement complexes car, synonyme en apparence de liberté, l'autonomie va souvent de pair avec un contrôle accru, au moyen notamment des nouvelles technologies. L'autonomie peut en effet être contrôlée, et s'inscrire dans le cadre d'un véritable rapport de subordination ; c'est alors la problématique de la requalification du contrat qui est posée (v. les actions en requalification de chauffeurs d'Uber aux États-Unis). L'autonomie peut être aussi revendiquée par le salarié (parce que plus de liberté, d'autonomie... des rémunérations parfois



plus élevées), ce qui pose un autre type de problème. Il ne faudrait pas que, demain, le Graal soit le non-salariat, non seulement pour les entreprises (les arguments liés au coût du travail sont connus de tous), mais aussi pour un nombre croissant de travailleurs (les plus favorisés sur le marché du travail) qui revendiqueraient une autonomie qu'ils estiment ne pas avoir dans le cadre du salariat. De ce point de vue, le droit britannique comporte un dispositif intéressant qui confère aux salariés un pouvoir de décision sur leurs conditions de travail, l'employeur ne pouvant refuser que s'il allègue un motif raisonnable (« flexible work »). Ici également, le débat est complexe, l'autonomie, même revendiquée, pouvant être le prétexte au retrait d'un certain nombre de protections (avec un impact sur la santé, v. la jurisprudence sur les forfaits jours).

V. - Sur qui pèse l'adaptation ?

Pour trouver un emploi et le garder, il faut être employable. Si le lien de causalité entre l'écriture d'un nouveau code du travail et la réduction du chômage laisse sceptique, ce lien existe à l'évidence s'agissant de la mise en place du compte personnel d'activité, ou encore de mesures visant à renforcer l'employabilité des salariés, la formation des chômeurs, l'apprentissage, etc. Il faut, ici également, distinguer deux types d'analyses.

Interne - Dans l'entreprise, l'employabilité des salariés est de la responsabilité de l'employeur, à travers notamment ses obligations de reclassement et d'adaptation. En ce sens, peu importe que le salarié n'ait pas manifesté le désir de faire valoir un droit à la formation (en l'occurrence son droit à DIF), c'est à l'employeur de prendre l'initiative de la formation. Il est ainsi fautif s'il n'a fait bénéficier une salariée qui justifie de 26 ans d'ancienneté que d'une action de formation en 2005 et lui a refusé en 2006 et en 2007 les formations qu'elle avait demandées (36). Rappelons d'ailleurs qu'à l'origine les obligations d'adaptation et de reclassement étaient des obligations contractuelles (implicites). En interne, la problématique est aussi celle de la mobilité fonctionnelle, qui intéresse assez peu en droit français ; pour preuve, on a retenu des accords de mobilité interne que la possibilité de développer la mobilité géographique alors que le dispositif intéresse aussi la mobilité fonctionnelle.

Externe - Hors de l'entreprise, la responsabilité est avant tout celle de l'État qui ne doit se défaire ni sur le salarié ni sur l'entreprise ; ce d'autant moins que l'employabilité externe ne doit pas, dans la mesure du possible, être tributaire des moyens de l'entreprise, au risque de désavantager un peu plus (le constat s'impose d'ores et déjà en cas de PSE) les salariés des PME par rapport à ceux des grandes entreprises, dotées de moyens autrement plus importants.

La responsabilité doit principalement incomber à l'État pour deux raisons. Une raison juridique d'abord : le droit à l'employabilité peut être considéré comme une déclinaison du droit à l'emploi (37) (le Conseil constitutionnel analyse d'ailleurs ce droit comme une investiture à l'égard du législateur (38)) et l'article L. 6111-1 du code du travail décrète que « la formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale ». Une raison d'opportunité ensuite, l'entreprise n'ayant pas les meilleures incitations à rendre son salarié



employable pour qu'il quitte l'entreprise. Inversement, il ne faut évidemment pas se défaire sur le salarié et exiger de lui qu'il prenne lui-même en charge la qualité et l'adéquation de sa force de travail, qu'il trouve lui-même les opportunités professionnelles qui lui conviennent, etc. (39). L'État doit prendre ses responsabilités, ici comme ailleurs. Il y a là l'un des enjeux sous-jacents à la mise en place du compte personnel d'activité.

(1) V. les précieuses analyses de F. Gaudu sur le sujet, *Le droit du travail et l'emploi*, *Revue projets*, 2004, n° 278 (www.revue-projet.com/articles/2004-1-le-droit-du-travail-et-l-emploi).

(2) *Sur les rapports entre droit du travail et économie*, v. not. G. Bargain, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, 2014 ; J. Icard, *Analyse économique et droit du travail*, th. Paris I, 2012 ; T. Sachs, *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, 2013.

(3) *Cons. const.*, 5 août 2015, n° 2015-715-DC, *AJDA* 2015. 1570 ; *Constitutions* 2015. 421, *chron.* A. Fabre ; *RTD com.* 2015. 699, *obs.* E. Claudel.

(4) *Cons. const.*, 30 mars 2006, n° 2006-535-DC, *AJDA* 2006. 732 ; *ibid.* 1961, *note* C. Geslot ; *ibid.* 2437, *chron.* L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit ; *D.* 2007. 1166, *obs.* V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; *RDI* 2007. 66, *obs.* P. Dessuet ; *Dr. soc.* 2006. 494, *note* X. Prétot ; *RTD civ.* 2006. 314, *obs.* J. Mestre et B. Fages.

(5) J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, *Doc. fr.*, 2015 ; G. Cette et J. Barthélémy, *Réformer le droit du travail*, Odile Jacob, 2015. 120 ; *Institut Montaigne, Sauver le dialogue social*, 2015.

(6) *Rappr. Cons. const.*, 15 mars 2012, n° 2012-649-DC, *AJDA* 2012. 574 ; *RFDA* 2012. 528, *chron.* A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; *Constitutions* 2012. 267, *chron.* J. Benetti.

(7) J.-D. Combrexelle, *préc.*, *prop.* n° 42.

(8) *Cons. const.*, 13 janv. 2005, n° 2004-509-DC, *AJDA* 2005. 905, *note* V. Champeil-Desplats ; *D.* 2006. 826, *obs.* V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *Dr. soc.* 2005. 371, *étude* X. Prétot ; *ibid.* 403, *étude* G. Couturier ; *RFDA* 2005. 289, *note* R. Hostiou- *Cons. const.*, 15 mars 2012, n° 2012-649 DC, *préc.*

(9) *Idem.*

(10) *Des négociations collectives plus orientées vers l'emploi en 2013*, *Dares Analyses*, *déc.* 2015.

(11) *Décompte Acooss pour 2014*, *cité par Économie matin*, 22 janv. 2015.

(12) *Le CDD de moins d'un mois a le vent en poupe*, *Europe 1*, 22 nov. 2013 (www.europe1.fr/economie/le-cdd-de-moins-d-un-mois-a-le-vent-en-poupe-1717173).

(13) *Plus d'un tiers des CDI sont rompus avant un an*, *Dares Analyses*, janv. 2015 (<http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2015-005.pdf>).

(14) *En ce sens, étude de l'OCDE pour 2015, qui le classe au deuxième rang après le Portugal*, *OCDE, Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2015*, 30 sept. 205 (www.oecd.org/fr/emploi/emp/perspectives-de-l-emploi-de-l-ocde-19991274.htm).

(15) F. Gaudu, *préc.*

(16) A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, *D.* 1990. 199.

(17) *Pour un code du travail plus efficace*, *Rapport au ministre du Travail*, 2004.

(18) I. Ficek, *François Fillon dévoile sa « thérapie de choc » libérale pour restaurer la compétitivité*, *LesÉchos.fr*, 24 juin 2014 (www.lesechos.fr/24/06/2014/lesechos.fr/0203590527390_francois-fillon-devoile-sa---therapie-de-choc---liberale-pour-restaurer-la-competitivite.htm).

- (19) *Sur ces pistes, v. Réduire la segmentation du marché du travail par des incitations financières ?*, Documents de travail de la DG Trésor, oct. 2013 (www.tresor.economie.gouv.fr/File/391179).
- (20) OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2015*, préc.
- (21) L'art. L. 212-8 C. trav. prévoyait que l'accord devait énoncer les « données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation ».
- (22) La Cour de cassation avait toutefois réduit cette exigence à une simple motivation, Soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756, Bull. civ. V, n° 143 ; D. 2004. 1866, et les obs. ; Dr. soc., 2004. 839, note P.-H. Antonmattei ; *ibid.* 845, note J.-M. Verdier
- (23) Institut Montaigne, *Sauver le dialogue social*, 2015.
- (24) Soc., 30 mars 2011, n° 10-10.560, Bull. civ. V, n° 80 ; D. 2011. 1086, obs. L. Perrin.
- (25) Arr. 17 juill. 2013 et Circ. Unédic n° 2013-17, 29 juill. 2013.
- (26) *Amélioration de l'assurance chômage pour limiter l'instabilité de l'emploi*, CAE, sept. 2015.
- (27) *Autre direction du rapport, les mauvaises incitations du dispositif d'activité réduite qui poussent au fractionnement et au morcellement des contrats ; v. déjà, M. Gurgand, Activité réduite : le dispositif d'incitation de l'Unédic est-il incitatif ?*, Travail et emploi, n° 89, 2002. 81.
- (28) O. Leclerc, T. Sachs, *Gouverner par les incitations*, Revue française de socio-économie, 2015/2.
- (29) *Ce dispositif appelle néanmoins de fortes réserves, notamment en ce qu'il peut dissuader d'embaucher des personnes peu employables*
- (30) *V. sur cette question, P.-H. Antonmattei et J.-C. Sciberras, Le travailleur économiquement dépendant, quelle protection ?*, rapport au ministre du Travail, 2008 ; A. Perrulli, *Travail économiquement dépendant/parasubordination, rapport pour la Commission européenne*, 2003 ; v. plus largement les réflexions d'A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 1999
- (31) L. n° 2014-856, 31 juill. 2014
- (32) *L'assurance chômage danoise : généreuse pour les bas salaires, et gérée par les syndicats*, Sociétés nordiques, 31 janv. 2008 (<https://societesnordiques.wordpress.com/2008/01/31/l%C2%B4assurance-chomage-danoise-generouse-pour-les-bas-salaires-et-geree-par-les-syndicats/>)
- (33) *Depuis le 1^{er} janvier 2009, existe une possibilité pour les travailleurs indépendants âgés de moins de 60 ans de souscrire une assurance chômage volontaire*
- (34) J.-E. Ray, *Loi sur le numérique et droit... du travail*, Liaisons soc., 2015, n° 166
- (35) Code du travail, art. L. 3121-42
- (36) Soc., 24 juin 2015, n° 13-28.784, NP.
- (37) *Il n'est pas ici question du reclassement externe qui constitue et doit rester une obligation patronale dans le cadre des licenciements économiques*
- (38) *Selon une formule constante, il appartient au législateur « de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés »*, Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156-DC.
- (39) *En ce sens, Institut de l'entreprise, L'emploi à vie est mort, vive l'employabilité !*, sept. 2014.



J.-M. Luttringer et S. Boterdael, « Le renforcement de l'obligation de formation à la charge de l'employeur », in *Dr.Soc.*, 2018, p. 1006.

La loi « avenir professionnel » confirme et consolide ce qu'il est convenu de nommer « l'obligation d'employabilité » à la charge de l'employeur en précisant la procédure de l'entretien professionnel qui doit être proposé à chaque salarié tous les deux ans et se conclure par un bilan du parcours tous les six ans. L'employeur, tenu d'assurer « l'adaptation des salariés au poste de travail » et de veiller « au maintien de leur capacité à occuper un emploi », doit proposer à chacun d'entre eux une formation non obligatoire au cours de cette période de six ans. Les employeurs occupant au moins 50 salariés qui ne pourront pas apporter la preuve, en mars 2020, de s'être acquittés de ces deux obligations, s'exposent à une pénalité sous la forme d'un « abondement correctif » de 3 000 € au bénéfice du compte personnel de formation (CPF) de chaque salarié concerné.

N. Maggi-Germain, « La capacité du salarié à occuper un emploi », in *Dr. Soc.*, 2009, p. 1234.

C. Maillard, « En France, une flexisécurité à la danoise s'annonce compliquée selon *Entreprise & Personnel* », in *L'Usine nouvelle*, octobre 2018.

L. Malfettes, « La réforme de l'assurance chômage : quelles orientations ? », in *Rev. dr. tr.*, 2018, p. 598.

A. Martinon, « Emploi et licenciements économiques », in *Dr. Soc.*, 2016, p. 324.

Le droit du licenciement est-il un frein à l'emploi ? Si la vigueur du contrôle jurisprudentiel suscite quelques tensions, faut-il accueillir sans réserve toute proposition ? Bref regard sur l'autorégulation, la collectivisation et la contractualisation des licenciements économiques.

1. Pourquoi un contrôle ? La question provient parfois de la « planète économie » : « Pourquoi le juge devrait-il contrôler le motif économique de licenciement ? » Effectivement, s'interroger sur le motif économique de licenciement, c'est évidemment se positionner sur une décision qui a priori relève du pouvoir de gestion de l'entreprise.

Derrière cette question faussement naïve, se cache la jurisprudence Brinon et la théorie de « l'employeur seul juge ». Le juriste niera peut-être l'intérêt de cette question, tant elle semble dépassée aujourd'hui, tant elle est décalée au regard de l'exigence de la cause réelle et sérieuse. La question est dépassée, mais l'on peut néanmoins s'y arrêter quelques instants en guide d'introduction.

2. Propriété et responsabilité. D'abord, le contrôle est dans la logique de notre système. Il ne fait pas de doute que le droit français du licenciement pour motif économique repose sur une logique de stabilité du contrat de travail ; tout doit être employé pour préserver l'emploi : le licenciement doit être l'ultime « remède ». Il y a dans notre droit du travail une forme de quasi-propiété de l'emploi (2). Quasi parce que l'emploi n'est pas un bien doté d'une valeur marchande. Mais c'est une forme de propriété en ce sens que le droit tend à reconnaître des droits du salarié sur son emploi : priorité de réembauche,

maintien du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise, etc. De nombreux exemples témoignent de cette logique. Si la référence à la propriété n'est pas parfaite, celle à la responsabilité révèle sans doute davantage l'esprit de notre système.

Pourquoi un contrôle ? Car la perte d'emploi subie par le salarié est appréhendée comme un préjudice (3). C'est une sorte de postulat de notre système qui repose sur des considérations économiques et sociales : si, dans une logique de plein emploi, la perte d'emploi n'est pas préjudiciable pour le/les salarié(s), la situation sera bien différente dans le contexte social qui est le nôtre.

3. Pouvoirs de gestion. Ensuite, on aurait tort de soutenir l'idée que le respect des pouvoirs de l'employeur à l'occasion du licenciement économique est totalement absent de notre système. Premier exemple avec la jurisprudence SAT le 8 décembre 2000 : sous couvert d'un contrôle du licenciement économique, le juge ne peut substituer son appréciation des orientations économiques de l'entreprise à celle de l'employeur (4). La révérence au pouvoir de gestion est d'autres fois rappelée avec vigueur par le juge constitutionnel : ainsi en 2002, à l'occasion de la loi de modernisation sociale. Rappelons que la loi déferée devant le Conseil admettait le licenciement dès lors qu'il était consécutif « soit à des difficultés économiques n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, 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 ». Les Sages censurent : « En édictant ces dispositions, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi » (5).

4. En dépit des fortes convictions (notamment de l'auteur de ces lignes) à la faveur du contrôle des licenciements collectifs, il nous semble utile de relever d'abord quelques tensions juridiques issues du droit contemporain des licenciements économiques (I) avant de se livrer à un exercice, en creusant des pistes pour rénover le contrôle (II).

I. - Des tensions

5. Les licenciements pour motif économique émaillent depuis bien des années le contentieux social. Rien de plus normal tant le sujet est délicat en raison, notamment, du contexte social et économique. Les tensions surgissent principalement à l'occasion du contrôle du motif de licenciement (A), parfois à sa marge (B).

A - Sur le contrôle du motif

6. Quelle vigueur ? Les modalités du contrôle opéré par le juge subissent de vrais bouleversements. On laissera de côté le contrôle de la procédure pour se concentrer sur celui du motif. Un bref bilan peut être résumé par le concept suivant : celui du « verre à moitié vide, ou à moitié plein » ; il y a ceux qui estiment que l'on contrôle trop ; ceux qui soutiennent que l'on ne contrôle pas assez. Pour dresser le bilan, les mouvements peuvent être dessinés à partir de trois thèmes.



7. *Les causes du licenciement. La tension naît de l'adverbe « notamment » inscrit à l'article L. 1233-3, duquel ont émergé deux causes jurisprudentielles : la cessation d'activité et la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise. La tension suscite une recherche de compromis du côté de la Cour de cassation : 1° cessation et sauvegarde de la compétitivité sont toutes deux des causes valables de rupture du contrat de travail ; 2° mais ces motifs sont l'un et l'autre enfermés dans des conditions strictes. La tension tourne parfois au pugilat (syndical et doctrinal) lorsque la Cour de cassation ose admettre les licenciements préventifs, notamment dans les arrêts Pages Jaunes (6) : « modeste » mise en oeuvre de la gestion anticipée des emplois pour les uns ; scandaleuse reconnaissance des « licenciements boursiers » pour les autres.*

8. *Le périmètre d'appréciation. En la matière, il y a une évidente tendance à l'élargissement du champ de l'appréciation.*

L'établissement ne constitue pas un périmètre d'appréciation. L'entreprise l'est, sous réserve qu'elle n'appartienne pas à un groupe ; à défaut, le célèbre arrêt Vidéocolor (en tête du cortège jurisprudentiel) oblige à apprécier les difficultés économiques « au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée » (7).

Au-delà de l'approche sociale retenue par la Cour de cassation, on admettra que le tout évolue dans un épais brouillard conceptuel.

S'agissant du groupe, il n'est pas toujours aisé de dessiner avec précision ses contours (8). Il ne doit pas être confondu avec la définition retenue en droit commercial ou, dans la sphère du droit du travail, avec celle employée pour la mise en place d'un comité de groupe ; dans ces conditions, la détention indirecte par une banque d'une participation dans le capital d'une société ne suffit pas à créer un groupe au niveau duquel devront être appréciées les difficultés économiques (9).

Concernant le concept de « secteur d'activité », celui-ci est assimilé tantôt à la branche d'activité, tantôt au marché concurrentiel : relèvent de secteurs différents le numérique et l'argentique dans le domaine de l'imagerie (10), la distribution de pneus poids lourd et celle liée aux autres types de pneus (11). À l'inverse, ne peuvent être distingués le secteur du rayonnage et celui du mobilier métallique (12), le secteur de publicité internet de celui de la publicité en général (13) ou l'activité de sciage de bois de celle de négoce de bois et matériaux de construction (14)... Il est parfois bien difficile pour l'observateur (qu'il se penche sur la jurisprudence judiciaire ou administrative (15)) de se repérer dans le maquis du secteur d'activité. De tels errements ne servent certainement pas les exigences de prévisibilité économique et de sécurité juridique.

9. *Le débiteur des obligations. L'évolution des périmètres est le reflet d'une transformation de l'image même des entreprises : le groupe national, voire transnational, a évidemment peu de points communs avec l'entreprise des années 1970 : s'est creusé un fossé considérable entre la perception économique de l'entreprise et sa réalité juridique sociale.*



La constatation vaut à tous les stades de la relation de travail ; elle prend une dimension particulière lorsque surgissent des licenciements, notamment des licenciements économiques : qui devra supporter le poids de la responsabilité ? L'employeur, et seulement l'employeur. Mais alors que le contentieux du motif et du périmètre s'apaisait, voici qu'un nouvel espace de contrôle surgit...

Son champ : la recherche du débiteur de la responsabilité, d'autant que les contentieux naissent bien souvent dans des contextes de faillite. Le concept moderne du co-emploi dit économique a pris une ampleur considérable, dont l'on peut brièvement rappeler les étapes.

1° Le temps de l'embrassement : par le jeu de trois critères (la confusion d'intérêts, d'activités et de direction), des contentieux nombreux s'éveillent ; des co-employeurs tentaculaires envahissent le champ juridique et social ; le co-emploi devient le cauchemar des groupes.

2° Le temps de l'apaisement : l'arrêt Molex enferme le co-emploi dans un cadre strict et le circonscrit à un contexte d'anomalie de fonctionnement (16) ; il y a dans cette jurisprudence une sorte de retour à la raison... le « diable » du co-emploi ne contamine pas tous les groupes.

3° La période post-Molex, temps d'incertitude : si le co-emploi a été « ligoté », la responsabilité délictuelle a repris en revanche de la vigueur (17)... Quant à l'indemnisation ou quant aux « responsables » (hier des co-employeurs, demain tout contractant fautif (18) ?), il se pourrait que de nouveaux champs de réflexion s'ouvrent au juriste et tourmentent, peut-être, la matière économique.

Là encore, il est bien difficile de ne pas être mesuré concernant les choix opérés par le juge : bien sûr que, sur un plan économique et juridique, l'on peut regretter l'insécurité que provoque la naissance d'un nouveau concept (co-emploi), concept sur lequel le juge a une totale maîtrise. Pour autant, il nous semble qu'il entre naturellement dans le rôle du juge d'accompagner les transformations de l'entreprise et d'en tirer les conséquences, précisément lorsque la loi est silencieuse. Finalement, l'épisode de juillet 2014 autorise à penser que le juge est parvenu à un point d'équilibre : point de co-emploi « à tout va » ; mais de la responsabilité civile quand elle est nécessaire, c'est-à-dire pour sanctionner le contractant fautif, celui qui a contribué à la « déconfiture » de l'entreprise et de l'emploi.

B - En marge du motif

10. Un autre sujet de tensions tient à la difficulté à conjuguer circulation des salariés et rupture des contrats. Le constat peut être fait à différents stades de la rupture du contrat.

11. La modification ni personnelle, ni économique. Il est difficile parfois de qualifier certaines modifications du contrat de travail. La question se pose par exemple lorsque l'entreprise transfère le siège de son entreprise : il est certain que le refus exprimé par le salarié ne peut basculer sur un licenciement pour motif personnel. Pour autant, faut-il y voir un licenciement pour motif économique ?



La question est essentielle pour au moins deux raisons : 1° se pose celle de la mise en oeuvre ou non de la procédure de modification prévue à l'article L. 1222-6 du code du travail, laquelle s'inscrit strictement dans le contexte d'un motif économique au sens du licenciement économique ; or, il arrive bien souvent que le transfert du siège relève d'une décision de gestion, sans que des difficultés économiques sérieuses ou la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ne soient caractérisées ; 2° la question est également essentielle en ce sens que le refus du ou des salariés déclenche ou non la mécanique du droit des licenciements pour motif économique.

En la matière, la solution est plutôt flottante : un arrêt de 2010 invite à penser que la modification ne relevant pas de l'article L. 1233-3 échappe au jeu de la modification pour motif économique (19) ; l'on pourrait aussi soutenir que la proposition de modification dont le refus ne serait assorti d'aucun licenciement ne peut entrer dans le cercle des modifications économiques, à la manière des plans de départ volontaire. La réponse ne va pas de soi : l'institution récente de la mobilité interne et les conséquences qui ont été tirées du refus du salarié de mettre en oeuvre l'accord de mobilité interne (le licenciement pour motif économique (20)) montrent que le droit du travail français éprouve bien des difficultés à se démarquer du modèle binaire de motif : soit personnel, soit économique.

Il y a pourtant entre les deux une « zone grise », le non-inhérent à la personne du salarié qui ne répond pourtant pas à l'une des causes économiques de licenciement.

12. La mécanique du reclassement. Le reclassement du salarié entre dans la logique du « licenciement, ultime remède » ; l'employeur doit tout mettre en oeuvre pour empêcher les ruptures. De là est née l'obligation de reclassement, ou plutôt les obligations de reclassement : l'individuelle (21) et la collective (22). Son origine est finalement assez lointaine car l'on en constate déjà des traces dans des textes conventionnels, notamment l'accord national interprofessionnel de 1969 qui sollicitait des branches un accompagnement au reclassement (23). L'obligation a surtout pris son envol en 1992 avec l'arrêt Expovit (24), avant d'être « sacralisée » par le législateur en 2002 au point d'en faire une condition de validité du licenciement (25). L'obligation de reclassement n'a jamais cessé de se renforcer : elle joue au-delà de l'entreprise ; elle s'impose au-delà des frontières. Là encore, l'obligation de reclassement est parfois accusée d'être un frein à la croissance et une nouvelle cause de « divorce » de l'économie et du droit.

Il existe au moins deux raisons de s'interroger.

D'abord concernant le champ du reclassement : l'obligation de reclassement admise au niveau du groupe repose sur une forme de solidarité sociale des entités composant le groupe. Il est certain que l'obligation de reclassement fait naître à la charge de la société mère une responsabilité sociale ; mais c'est aussi oublier que le reclassement pèse sur un seul employeur, tenu de rechercher des postes au sein de structures parfois directement et féroce­ment concurrentes... Comme si la « maladie économique » de l'un devait contaminer les autres.



Au regard de l'exigence du maintien de l'emploi et des liens parfois étroits qu'entretiennent certaines structures d'un groupe, le reclassement au sein du groupe ne peut qu'être approuvé ; dans une logique économique, l'impression est plus nuancée.

S'agissant ensuite de la définition du groupe de reclassement. Quand bien même serait admise l'idée d'une responsabilité sociale du groupe, encore faudrait-il identifier précisément « le groupe ». L'on sait bien que le « groupe de reclassement » baigne dans des eaux troubles : il est un groupe de permutableté. Bienheureux celui ou celle capable de dessiner précisément les contours du groupe de reclassement. Au sein de la chambre sociale de la Cour de cassation, la difficulté prend parfois la forme d'un aveu : ainsi sa présidente précisait-elle en 2009 que « la notion de permutableté d'emploi est une notion de fait, qui dépend des caractéristiques des salariés à reclasser et des relations avec d'autres entités. Elle est plus large que la notion de relation capitalistique. La décision dépend des constatations du juge du fond. Mais, on est bien d'accord, ce n'est pas facile à définir » (26). Si l'on peut admettre une solidarité sociale entre les sociétés relevant d'un même groupe capitalistique, la question est bien plus délicate lorsque le groupe de reclassement rassemble, par exemple, des franchisés.

II. - Des perspectives

13. Préalable : quelles marges de manoeuvre ? Ceux qui envisagent de transformer le droit du licenciement pour motif économique ne doivent pas oublier les obstacles normatifs susceptibles de se dresser. Trois au moins sont immédiatement perceptibles :

1° les droits fondamentaux, et notamment le droit à l'emploi ; certes, la menace est faible, tant ce type de droits-créances a une portée limitée ; mais la menace ne doit pas être négligée ;

2° le droit de l'Union européenne, notamment la Charte des fondamentaux de l'Union européenne qui pose dans son article 30 que « tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié », ou la directive du 20 juillet 1998 sur les licenciements collectifs ;

3° enfin le droit international, et les « savoureux » textes de l'organisation internationale du travail (OIT). Ce bref et partiel inventaire vise surtout à rappeler que toute perspective de réforme ne peut être détachée du contexte normatif supra-légal : français, européen et international.

14. Ce préalable opéré, quels changements peut-on envisager ? Deux voies sont proposées : soit sortir totalement de notre système en changeant d'univers (A) ; soit demeurer dans notre système, mais en changeant (seulement) de méthodes (B).

A - Changer d'univers

15. Autorégulation. Une première piste consisterait à sortir de la réglementation pour rejoindre l'autorégulation, cette « planète » sur laquelle il n'est question ni d'obligations (du moins civiles), ni de sanctions. En somme, il s'agirait d'une



pure expression de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) : serait vertueuse l'entreprise qui, spontanément et « naturellement », s'engagerait à défendre l'emploi des salariés. Dans cet univers, le droit du licenciement pour motif économique serait inutile, puisque les choix de l'entreprise seraient nécessairement guidés, certes par la recherche de l'utilité économique et du profit, mais également par une volonté de préserver l'emploi.

Deux brèves observations :

1° le lecteur comprendra que cette présentation est un raccourci employé pour caricaturer la RSE (en matière de licenciements économiques) ; l'on demeure toutefois convaincu que l'emploi ne peut reposer sur l'autorégulation et qu'il ne peut dépendre de simples obligations « morales » ou de bonnes pratiques ;

2° l'on remarquera également que la promotion de la RSE n'est pas totalement absente du paysage social : par exemple, lorsque l'entreprise ou le groupe présente une dimension transnationale, il n'est pas rare que la question des restructurations soit abordée par le jeu d'un accord collectif européen ou mondial (27). Par ailleurs, le rapport Combrexelle invite à diversifier les champs de la négociation, en abordant notamment celui de la RSE : « À condition qu'elle soit entre les mains de responsables ouverts et innovants, elle peut être un puissant levier de changement social, économique et environnemental » (28).

16. Collectivisation. Une autre voie invite à sortir de l'approche contractuelle pour entrer dans le « monde de la collectivisation » du droit du licenciement. L'entreprise devrait supporter la responsabilité des licenciements par le jeu d'indemnités de licenciement (pour « compenser les coûts psychologiques de la perte d'emploi » (29)) et, surtout, d'une taxe, d'un bonus/malus. Ce schéma conduit à trois constatations.

1° Il fait entrer le droit du licenciement dans une pure logique assurantielle : celui qui a contribué plus que les autres au licenciement, qui donc a creusé davantage le coût du non-emploi supporté par la collectivité que représente l'assurance chômage, doit participer davantage au coût du licenciement ; il s'agit justement de l'idée du bonus/malus.

2° L'imposition d'une taxe devrait se traduire par un recul du contrôle du juge. Au demeurant, on peut se demander si cette approche n'est pas porteuse d'un paradoxe : elle a une couleur libérale, puisque la suppression du contrôle juridictionnel se traduit par un recul de l'intervention de l'État dans les choix économiques de l'entreprise. Mais, dans le même temps, toute entreprise doit assumer la charge financière, peu important que sa décision repose ou non sur une authentique justification économique ; certes, le montant de la taxe devrait varier suivant le comportement de l'entreprise (le malus devant frapper les « gourmands » du licenciement). Mais ce système implique une indemnisation automatique ; là où le contrôle du juge vise à sanctionner ou non les employeurs irresponsables, la planète « collective » propose un monde dans lequel toutes les entreprises sont potentiellement débitrices (selon des degrés variables) de la dette du non-emploi.



3° Enfin et surtout, il faut reconnaître que ce type de schéma nie la réparation individuelle du licenciement : il y a bien un sens de la responsabilité ; mais une responsabilité tournée vers la collectivité (les entreprises supportent collectivement le coût du non-emploi), et non vers le salarié licencié... en somme, un divorce total avec le contrat.

B - Changer de méthodes

17. Sans changer d'univers, comment réformer en changeant de méthodes ? À la faveur d'une libéralisation du droit des licenciements économiques (en supposant que l'on adhère au principe même de cette perspective), plusieurs propositions peuvent être formulées.

18. Sanctions. On évacuera d'emblée celles qui relèvent d'un temps passé : par exemple, abandonner les standards du licenciement pour motif économique (difficultés économiques sérieuses, sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, reclassement des salariés...) pour réduire le jeu des sanctions aux licenciements « abusifs ». Plus que le domaine des sanctions, leur nature constitue en revanche un champ de réflexion fertile : par exemple en neutralisant les cas de nullité des licenciements et/ou en réduisant le montant des dommages et intérêts. Au demeurant, le phénomène est déjà en marche si l'on en juge l'institution du barème d'indemnisation (il est vrai censuré par le Conseil constitutionnel (30), mais prêt à renaître de ses cendres (31)).

19. Convention. Une autre série de propositions est manifestement dans l'ère du temps : inscrire davantage les licenciements économiques dans le champ conventionnel. Les déclinaisons sont multiples.

Une première pourrait s'appuyer sur l'existant en renforçant et en sécurisant les plans de départ volontaire.

Une autre réflexion, à partir d'une réhabilitation des transactions dites « collectives » (32), pourrait aussi être menée : pourquoi ne pas profiter de la création en 2013 de l'accord majoritaire PSE et admettre la possibilité d'y inscrire des transactions ? Entendons-nous bien : il ne s'agit pas de déposséder les salariés individuellement, par accord collectif, du droit d'agir en justice (les partenaires sociaux le pourraient-ils ?), mais de subordonner l'accès à certains avantages à la renonciation individuelle une fois le licenciement notifié. L'on sait que la pratique s'y aventure parfois ; l'on sait également que l'audace conventionnelle se heurte à l'opposition des juges. Il n'est pas certain que le législateur ou le juge soit (encore) prêt à déverrouiller la transaction collective.

20. En poussant à l'extrême la réflexion, l'on pourrait formuler une autre proposition, plus audacieuse, en s'inspirant des accords de maintien de l'emploi. Après tout, si les partenaires sociaux, dans le cadre d'un accord de maintien de l'emploi, peuvent faire le constat de difficultés économiques conjoncturelles, existe-t-il un obstacle à ce qu'ils constatent demain des difficultés structurelles ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, pour en tirer les conséquences en matière d'emploi, sur les ruptures de contrat et sur l'indemnisation ? En somme, après les accords de maintien de l'emploi... les accords collectifs de rupture. En tout état de cause, ceux qui



prônent une déjudiciarisation du droit des licenciements trouveraient dans cette proposition un instrument de sécurisation des licenciements collectifs : sans bannir radicalement le contrôle, la constatation commune des difficultés serait susceptible de réduire le champ du contrôle.

Du côté syndical, l'intérêt pour ce type d'instruments apparaît sans doute illusoire ; pour autant, que penser de l'accord collectif qui, par exemple :

1° constaterait les graves difficultés économiques structurelles ;

2° validerait les ruptures (la négociation menant par exemple à une réduction du nombre de licenciements) ;

3° assortirait les ruptures effectives de conditions de reclassement et/ou d'indemnisation très favorables ;

4° imposerait, à l'égard des emplois maintenus, un engagement contraignant de l'entreprise de maintien de l'emploi ?

L'accord collectif donnant-donnant n'a sans doute pas livré tous ses secrets.

Dans tous les cas, mener à terme le renouvellement conventionnel suppose une transformation de la conception des rapports d'entreprise, de celle de l'intérêt de l'entreprise, plus seulement entendu comme l'intérêt du seul employeur, mais de celui commun à l'ensemble des acteurs de l'entreprise... Après tout, il s'agit seulement d'une question de temps : cette nouvelle conception est déjà à l'oeuvre dans les accords de mobilité interne ou de maintien de l'emploi

21. En tout état de cause, si l'on veut réformer le droit du licenciement, il n'est plus possible de réfléchir à partir du seul droit du travail : bien sûr, le couple travail/sécurité sociale ne peut être oublié (comment réformer le droit du contrat de travail sans déborder sur les assurances sociales, notamment maladie ou vieillesse ?). Mais le jeu du contrat de travail repose sur une logique de masse. Comment la flexisécurité sera perçue par le bailleur ou le prêteur, logiquement préoccupé par le paiement de sa créance, et dont on sait que la stabilité du lien professionnel constitue une condition de conclusion du contrat de bail ou du contrat de prêt ? Les promoteurs de la « fluidité contractuelle » ne peuvent envisager une réforme du contrat de travail sans y associer les acteurs de la vie sociale et économique.

(2) G. Ripert, Les forces créatrices du droit, 2e éd., LGDJ, 1955. 295, qui évoque un « droit de l'homme à conserver l'emploi qu'il a obtenu, ce qui suffit à empêcher le licenciement abusif ». L'auteur relève cependant qu'« il s'agit alors d'un droit à l'emploi considéré comme une sorte de propriété incorporelle, donc un droit subjectif » ; X. Lagarde, Aspects civilistes des relations individuelles de travail, RTD civ. 2002. 450, nos 17 s.

(3) J. Rivero et J. Savatier, Droit du travail, PUF, 1993. 465, selon lesquels « la perte de l'emploi résulte de la rupture du contrat de travail. C'est le risque le plus grave qui pèse sur la sécurité du travailleur salarié. La perte de l'emploi entraîne en effet celle du salaire qui faisait vivre le travailleur. Si celui-ci retrouve rapidement un autre emploi, un trouble aura été apporté à ses conditions d'existence. S'il ne retrouve pas d'emploi équivalent, le préjudice subi est plus grand encore ».

(4) *Cass., ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, Bull. ass. plén., n° 11 ; D. 2001. 1125, note J. Pélissier ; Dr. soc. 2001. 126, concl. P. de Caigny ; ibid. 133, note A. Cristau ; ibid. 417, note A. Jeammaud et M. Le Friant ; Sem. soc. Lamy 2001, n° 1010, note G. Lyon-Caen.*

(5) *Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455-DC, cons. 50, AJDA 2002. 1163, étude F. Reneaud ; D. 2003. 1129, et les obs., obs. L. Gay ; ibid. 2002. 1439, chron. B. Mathieu ; Dr. soc. 2002. 244, note X. Prétot ; ibid. 258, note A. Lyon-Caen ; RSC 2002. 673, obs. V. Bück ; ibid. 674, obs. V. Bück.*

(6) *Soc., 11 janv. 2006, nos 04-46.201 s., Bull. civ. V, n° 10 ; JCP S 2006. 1076, note F. Favennec-Héry ; D. 2006. 1013, note J. Pélissier ; ibid. 2002, obs. J. Pélissier, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès ; Dr. soc. 2006. 138, note J.-E. Ray.*

(7) *Soc., 5 avr. 1995, nos 93-42.690 et 93-43.866, Bull. civ. V, n° 123 ; D. 1995. 503, note M. Keller ; ibid. 367, obs. I. de Launay-Gallot ; Dr. soc. 1995. 482, note P. Waquet ; ibid. 489, note G. Lyon-Caen ; RJS 1995, n° 496, p. 321 s., concl. Y. Chauvy ; JCP 1995. II. 22443, note G. Picca.*

(8) *R. Vatinet, La pieuvre et l'Arlésienne, Dr. soc. 2010. 801 ; J. Daniel, La cause économique du licenciement à l'épreuve de l'UES, JCP S 2007. 1931.*

(9) *Soc., 3 déc. 2008, n° 07-43.684, NP ; RJS 2009, n° 153.*

(10) *Soc., 24 oct. 2012, n° 11-23.418, NP ; RJS 2013, n° 17.*

(11) *Soc., 7 juill. 2009, n° 08-40.321, NP ; RJS 2009, n° 774.*

(12) *Soc., 9 mai 2006, n° 05-40.554, NP, RDT 2006. 98, obs. P. Waquet.*

(13) *Soc., 20 juin 2007, n° 06-41.725, NP.*

(14) *Soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381, Bull. civ. V, n° 57 ; D. 2009. 815, obs. S. Maillard ; ibid. 2128, obs. J. Pélissier, T. Aubert, M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès ; RDT 2009. 306, obs. J.-Y. Frouin.*

(15) *CE, 22 juill. 2015, n° 385816, Heinz, Sem. soc. Lamy 2015, n° 1690, concl. G. Dumortier ; Lebon ; AJDA 2015. 1444 ; ibid. 1632, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe ; RDT 2015. 514, concl. G. Dumortier ; ibid. 528, étude F. Géa ; ibid. 2016. 113, obs. C. Gilbert.*

(16) *Soc., 2 juill. 2014, nos 13-15.208 à 13-21.153, Bull. civ. V, n° 159 ; JCP S 2014. 1311, note G. Loiseau ; D. 2014. 1502 ; ibid. 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; ibid. 2015. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; Rev. sociétés 2014. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ; RDT 2014. 625, obs. M. Kocher ; Rev. crit. DIP 2015. 594, note F. Jault-Seseke, qui décide que « hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ».*

(17) *Soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.573, Bull. civ. V, n° 180 ; D. 2014. 1552 ; ibid. 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2014. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ; RDT 2014. 672, étude A. Fabre - Soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.470, Bull. civ. V, n° 179 ; JCP S 2014. 1311, note G. Loiseau ; D. 2014. 1552 ; RDT 2014. 672, étude A. Fabre.*

(18) *Rappr. Com., 2 juin 2015, n° 13-24.714 (PBRI), D. 2015. 1205, obs. A. Lienhard ; ibid. 1970, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; ibid. 2205, chron. S. Tréard, T. Gauthier et F. Arbellot, n'interdisant pas l'action exercée par des salariés à l'encontre d'un établissement bancaire.*

- (19) *Soc.*, 17 nov. 2010, n° 09-42.120, NP ; RJS 2011, n° 99, 1^{re} esp.
- (20) *C. trav.*, art. L. 2242-23.
- (21) *C. trav.*, art. L. 1233-4.
- (22) *C. trav.*, art. L. 1233-62.
- (23) ANI 10 févr. 1969, modifié par l'avenant du 21 nov. 1974.
- (24) *Soc.*, 25 févr. 1992, n° 89-41.634, *Bull. civ. V*, n° 122 ; D. 1992. 390, note M. Défossez ; *ibid.* 294, obs. A. Lyon-Caen ; *RTD civ.* 1992. 760, obs. J. Mestre ; *JCP* 1992. I. 3610, n° 8, obs. D. Gatumel - *Soc.*, 1^{er} avr. 1992, n° 89-43.494, *Bull. civ. V*, n° 228 ; D. 1992. 155.
- (25) *C. trav.*, art. L. 1233-4.
- (26) E. Collomp, propos rapportés, *Le casse-tête du reclassement alternatif au licenciement économique*, *Cahiers DRH* 2009, n° 159-160, p. 22.
- (27) Accord Bayer, 13 nov. 2014, *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 366, p. 2 - Accord Alstom-Shanghai Electric, janv. 2012, *Liaisons soc. Europe* 2012, n° 296, p. 12.
- (28) J.-D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, *France Stratégie*, 2015, p. 83.
- (29) O. Blanchard et J. Tirol, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, *Doc. fr.*, 2003.
- (30) *Cons. const.*, 5 août 2015, n° 2015-715-DC - Lire : G. Couturier, *Le droit du licenciement dans la loi Macron*, *Dr. soc.* 2015, p. 793.
- (31) *Liaisons soc.* 2016, n° 16992, p. 7.
- (32) *En ce sens* : L. Marquet de Vasselot, « Contrat et contentieux du licenciement », in *Le licenciement économique : quelles dynamiques ?*, *LexisNexis*, 2012, p. 138 et suiv.

M. Morand, « La durée du travail dans l'accord de performance collective », in *JCP*, 2018, éd. S., n° 11, p. 1094.

C. Morin, « Le compte personnel de formation des salariés au lendemain de la loi Avenir professionnel », in *Gaz. Pal.*, 2018, n° 338, p. 76.

M. Richevaux, « L'avenir incertain du barème d'indemnisation des licenciements », in *LPA*, 2018, n° 240, p. 8.

O. Thibault, « Rupture conventionnelle collective : le juste équilibre entre flexibilité et sécurité ? », in *CLCE*, 2018, n° 179.

C. Willmann, « Loi « avenir professionnel » : les principales réformes à retenir », in *CLCSE*, 2018, n° 185.

C. Willmann, « Assurance chômage : vers une nouvelle organisation juridique et financière », in *JCP*, 2018, éd. S., n° 39, p. 1312.

E. Wurtz, « Le périmètre du reclassement du salarié : entre continuité et rupture », in *Les Cahiers Sociaux*, 2018, n° 305, p. 173.

« En questions : la conventionnalité des barèmes d'indemnisation prud'homale », in *JCP*, 2018, éd. S., n° 21.

« Ouverture des négociations sur la réforme de l'assurance chômage », in *SSL*, 2018, n° 1834.

Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études.

Conception et réalisation :

François Séners, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études,

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

Comité scientifique du colloque

Conseil d'État

Jean-Denis Combrexelle, président de la section du contentieux,

Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études,

Didier Tabuteau, président de la section sociale,

Edmond Honorat, président adjoint de la section du contentieux,

François Séners, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études,

Denis Piveteau, président de la 4^e chambre de la section du contentieux,

Yannick Faure, maître des requêtes, responsable du Centre de recherches et de diffusion juridiques,

Caroline Lafeuille, chargée de mission pour les relations extérieures.

Cour de cassation

François Molins, procureur général,

Catherine Courcol-Bouchard, Premier avocat général près la chambre sociale,

Bruno Pireyre, président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport,

Delphine Legohérel, avocat général référendaire, chargée de mission auprès du procureur général,

Dorothee Dibie, magistrate, chargée de mission auprès du Premier président,

Laurence Pécaut-Rivolier, conseillère à la chambre sociale, remplaçant M. Frouin, président de la chambre sociale.

La documentation juridique du colloque a été préparée conjointement par le service de documentation, des études et du rapport et le parquet général de la Cour de cassation, ainsi que par la section du rapport et des études et le Centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État.

Secrétaire de rédaction

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

Coordination du colloque

Caroline Lafeuille, chargée de mission pour les relations extérieures à la section du rapport et des études.

Crédits photos, conseil graphique

Direction de la communication.





Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'«ubérisation» – étude annuelle 2017, n° 68.
- La citoyenneté - Être (un) citoyen aujourd'hui – étude annuelle 2018, n° 69.
- Le sport : quelle politique publique ? – étude annuelle 2019, n° 70.
- Faire de l'évaluation des politiques publiques un véritable outil de débat démocratique et de décision – étude annuelle 2020, n° 71.
- Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes – étude annuelle 2021, n° 72.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Directives européennes : anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.
- Les règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité, 2018.
- La prise en compte du risque dans la décision publique, 2018.
- Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?, 2018.
- Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ?, 2019.

Collection « Droits et Débats »

- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe - Tome 1, n° 21, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit - Tome 1, n° 22, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit - Tome 2, n° 23, 2017.
- Les entreprises publiques, n° 24, 2017.
- Le droit social et la norme internationale, n° 25, 2018.
- Entretiens sur l'Europe - Tome 2, n° 26, 2018.
- L'ordre public - Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 27, 2018.
- Les grands investissements publics, n° 28, 2019.
- Santé et protection des données, n° 29, 2019.
- La fiscalité internationale à réinventer ?, n° 30, 2020.
- La régulation économique de la santé, n° 31, 2020.
- Vers un nouveau droit du travail ? Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 32, 2021.
- Concessions et privatisations : quelle articulation ?, n° 33, 2021.
- Les professions de santé de demain, n° 34, (à paraître).

Collection « Histoire et mémoire »

- Conférences «Vincent Wright» - Volume 2, n° 4, 2015.
- Le Conseil d'État et la Grande Guerre, n° 5, 2017.
- Conférences «Vincent Wright» - Volume 3, n° 6, 2019.

Collection « Jurisprudences »

- Jurisprudence du Conseil d'État 2018-2019, édition 2020.