

LA PLACE DU DÉLIT D'ENTRAVE DANS LA NOUVELLE REPRÉSENTATION ÉLUE ISSUE DE L'ORDONNANCE DU 22 SEPTEMBRE 2017

Éditorial	1
Jurisprudence	3
• Relations individuelles du travail	3
• Relations collectives de travail	6
Publication du cabinet	7

éditorial

Alain Coeuret
Of Counsel

Est-il besoin de rappeler que depuis les premiers textes de 1945/1946 organisant la représentation institutionnelle des salariés de façon directe (délégués du personnel et comité d'entreprise) la sanction pénale est présente en appui des règles qui organisent la mise en place puis le fonctionnement des instances créées entreprise par entreprise ?

Cette sanction pénale est celle du "délit d'entrave", infraction rattachable à la compétence du tribunal correctionnel, passible de peines relativement lourdes puisque son auteur encourt non seulement une amende pouvant aller, pour une personne physique, jusqu'à 7.500 €, et/ou une peine d'emprisonnement d'un an, cette dernière ayant été récemment limitée par le législateur (loi du 8 août 2015) à la répression des seules entraves à la mise en place des institutions ainsi qu'à la libre désignation de leurs membres, les autres entraves (celles portées au fonctionnement desdites instances) n'autorisant, en première infraction, que le prononcé de l'amende précitée.

Ce schéma répressif rénové n'a pas été modifié par le train des ordonnances prises le 22 septembre 2017 dont l'une au moins (n° 1386) concerne directement la représentation du personnel et opère une fusion entre les anciennes institutions élues (délégués du personnel, comités d'entreprise et CHSCT) afin de laisser la place à une instance représentative unique, celle du comité social et économique. Par suite, ce seront les entraves à ce nouveau comité qui seront passibles à l'avenir des sanctions précitées, avec le même distinguo entre l'étape de la mise en place et celle du fonctionnement de l'institution, ce sur la base de l'article L 2317-1 du Code du travail.

Mais, parce qu'aux termes des nouvelles dispositions, la norme négociée est appelée désormais à jouer un rôle décisif dans la configuration concrète des droits collectifs des salariés, se trouve du même coup, soulevée avec une ampleur inédite, la question du déclenchement de poursuites, en l'occurrence basées sur l'incrimination de l'article L 2317-1 du Code du travail, en présence de situations où l'élément matériel de l'infraction consiste en le non-respect de la solution adoptée par les partenaires sociaux lors de la négociation collective d'entreprise ou d'établissement qui a eu pour objet d'adapter les solutions légales à chaque cas particulier.

La nature conventionnelle de la disposition prétendument violée fait-elle obstacle à l'application de la qualification pénale d'entrave, parce qu'en matière correctionnelle le principe de la légalité des délits et des peines imposerait que l'infraction soit intégralement définie par le pouvoir législatif ? Les sources interprétatives les plus hautes n'imposent pas une telle conclusion. Le Conseil constitutionnel, par une importante décision en date du 10 novembre 1982 (D. C. 812-127), a admis au contraire que l'origine conventionnelle de la règle violée ne faisait pas obstacle au déclenchement de poursuites pour entrave à l'encontre de l'employeur qui a apposé sa signature au bas de l'accord.

Cependant, on précisera qu'il résulte des termes même de la saisine du Haut Conseil que, pour qu'un tel effet d'élargissement des composantes de l'infraction se produise, il faut que le législateur l'ait autorisé en énonçant la possibilité d'une dérogation conventionnelle expresse à la solution prévue par la loi qui a pris un caractère supplétif.

Il s'en déduit que, hors du champ où cette "permission de la loi" peut être constatée, il ne devrait pas être possible de retenir la qualification d'entrave, parce que le principe de légalité impose que le législateur garde la maîtrise complète du périmètre de l'infraction. C'est là déjà une première évolution du rôle du droit pénal au travers d'un délit d'entrave qui, par hypothèse, ne peut protéger que celles des solutions d'origine conventionnelle autorisées par le législateur.

Mais, en marge de cette première interrogation, l'ordonnance du 22 septembre 2017 en suscite une seconde qui est peut-être l'amorce d'un certain retrait du délit d'entrave par rapport aux règles de la représentation élue. Le phénomène serait lié à l'accession à la vie juridique d'une institution représentative jusqu'ici inconnue du droit français du travail. Il s'agit du Conseil d'entreprise, nouveau venu créé de toutes pièces par l'ordonnance et qui traduit une évolution de la représentation élue vers le concept de co-gestion. Selon l'article L 2321-1 du Code du travail, le conseil d'entreprise exerce l'ensemble des attributions du CSE. Ses modalités de fonctionnement sont celles prévues par le comité social et économique aux articles L 2315-1 et s. du Code du travail. En outre, l'accord collectif l'instituant peut prévoir que dans certains domaines son avis conforme est requis, ce qui représente un enrichissement de la fonction consultation de base, tel que le CSE peut l'exercer. Mais la véritable innovation vient sans doute de ce que cette nouvelle instance récupère la fonction de négociation collective, au point de l'ériger en monopole que ce soit pour conclure ou pour réviser les accords d'entreprise ou d'établissement.

Dans la mesure où le conseil d'entreprise est bâti en appui de la structure préexistante du CSE, on peut certes considérer que toute entrave à sa constitution ou à son fonctionnement continue à être visée par l'incrimination de l'article L 2317-1 qui a précisément pour rôle de défendre ces règles. Cela explique par ailleurs que, contrairement aux représentants de proximité, les membres du conseil ne font pas l'objet d'une disposition répressive spéciale les protégeant contre la rupture de leur contrat de travail, les entraves "indirectes" pouvant en effet être rattachées à l'incrimination de l'article L 2432-1 qui est dédiée à la protection des élus.

Restent cependant les situations dans lesquelles les attributions du conseil d'entreprise vont au-delà des compétences du CSE, que ce soit pour exercer un droit de veto dans certains domaines (Code du travail article L 2321-3) ou pour négocier des accords dans les termes de l'article L 2321-1. Dans de tels cas, l'incrimination générale de l'article L 2317-1 paraît alors difficilement mobilisable, car elle ne vise que la violation des règles (légalles ou conventionnelles) qui sont celles du CSE stricto sensu. On est par suite fondé à considérer que le champ de l'entrave ne s'étend pas à de tels comportements même volontaires, faute de prévisions allant en ce sens dans la loi pénale.

La solution en surprendra certains, mais n'est-ce pas le sens de l'idée même de co-gestion que de faire en sorte que les partenaires sociaux ne retournent plus systématiquement dans le prétoire pénal pour obtenir du juge la résolution des conflits d'intérêts qui les opposent ?

JURISPRUDENCE

Relations Individuelles du Travail

Le pouvoir disciplinaire appartient à l'employeur et non au juge (cass. Soc 24 janvier 2018 n° 16-22594)

Lorsque le législateur a décidé, par la loi du 4 août 1982, de soumettre le pouvoir disciplinaire dans l'entreprise privée au contrôle du juge, il a énoncé une règle importante mais dont la portée est parfois perdue de vue par les magistrats eux-mêmes. Selon cette règle, qui figure désormais à l'article L 1333-2 du Code du travail, "le conseil de prud'hommes peut annuler une sanction disciplinaire (le licenciement excepté) lorsqu'elle est irrégulière en la forme, ou injustifiée ou disproportionnée à la faute commise". Il y a là sans doute les bases d'un contrôle judiciaire très puissant, contrastant avec les solutions antérieures et obligeant à écarter définitivement toute explication contractuelle classique. Mais aussi puissant qu'il ait été conçu, le contrôle de l'exercice du pouvoir disciplinaire comporte néanmoins certaines limites comme l'illustre l'arrêt analysé rendu dans une affaire où l'employeur avait prononcé une mise à pied disciplinaire d'une durée de 10 jours. Contestant la légitimité de cette sanction, le salarié avait saisi les prud'hommes en invoquant la nullité pour disproportion par rapport à la faute commise laquelle ne comportait aucune intention de nuire et se bornait à un préjudice moral causé sans avoir conscience de la gravité des faits. Du moins telles étaient les constatations opérées tant en première instance qu'en appel, ce qui avait conduit les juges du second degré à simplement réduire la durée de la mise à pied (de 10 à 5 jours) et, en revanche, à écarter le prononcé de toute nullité.

Ce faisant, la Cour d'appel avait néanmoins franchi la ligne rouge tracée par l'article L 1333-2 précité qui vise bien l'hypothèse d'une sanction disproportionnée mais enferme le juge dans l'alternative suivante : soit détruire cette sanction en l'annulant purement et simplement, soit ne pas donner suite au grief de disproportion et maintenir la mesure disciplinaire telle qu'elle a été configurée par l'employeur. Entre ces deux solutions, au vrai assez radicales, point de voie moyenne permettant de modifier ou de réduire la sanction querellée non pas tant parce que dans ce contentieux, les magistrats ne pourraient pas trouver eux-mêmes la "juste mesure" que parce qu'en l'imposant, ils se mettraient à exercer le pouvoir à la place de son titulaire et commettraient ce faisant eux-mêmes un excès de pouvoirs. L'arrêt, par la censure du raisonnement tenu par les juges du fond, rejoint une série de décisions montrant que la Cour de cassation veille avec constance sur le respect de cette frontière juridique essentielle pour préserver les grands équilibres voulus par le législateur dont l'objectif fut d'encadrer l'exercice de ce pouvoir en consolidant la légitimité de son exercice par une personne privée.

Certes, il existe en parallèle une jurisprudence de la Haute Juridiction qui pourrait paraître en contradiction avec l'arrêt que nous commentons. Il a en effet été admis, postérieurement à la loi du 4 août 1982, que le juge prud'homal n'excédait pas ses pouvoirs de contrôle lorsqu'il se borne à ramener la durée de la mise à pied à la durée maximale fixée par le règlement intérieur de l'entreprise (cass. soc 27 février 1985 n° 83-44955). Mais il n'y a là en vérité aucune incohérence judiciaire dans la mesure où l'employeur est lui-même tenu par les dispositions qui figurent dans son règlement, lequel, par hypothèse, a été élaboré en conformité avec la procédure légale. Dans ce cas, le juge, en réduisant la sanction, ne commet aucun abus du pouvoir que la loi lui a confié. Il ne fait que tirer la conséquence du caractère obligatoire des engagements unilatéraux pris, au titre du règlement intérieur, par l'employeur dont la décision est contestée.

Le harcèlement moral : contours de l'immunité légale (cass. Soc 16 février 2018 n° 16-19594)

Selon l'arrêt de principe rendu, le 10 mars 2009 (n° 07-44092), par la chambre sociale de la Cour de cassation, le salarié qui relate des faits de harcèlement moral survenus dans l'entreprise ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis. La règle ainsi énoncée en soutien du socle légal sur lequel repose l'approche du harcèlement et sa sanction, révèle le choix des juges en faveur d'une protection maximale de la personne qui relate de tels agissements, alors même qu'elle ne les a pas subies ou qu'elle aurait refusé de les subir (C trav. Art L 1152-2). Cependant, aussi difficile qu'elle soit à établir, la mauvaise foi du dénonciateur peut tout de même faire son apparition dans certaines affaires comme celle ici analysée.

En l'espèce, une salariée avait été licenciée pour faute grave après avoir utilisé un faux afin d'appuyer les allégations de harcèlement moral dont aurait été victime l'une de ses collègues. Elle contestait donc son licenciement en faisant valoir, conformément à la règle jurisprudentielle ci-avant évoquée, qu'il n'était pas démontré qu'elle avait eu connaissance du caractère factice du document en question. L'argument paraissait a priori assez délicat à écarter dès lors qu'on a bien compris que, pour la Cour de cassation, l'apparition de la mauvaise foi suppose davantage que le non établissement de faits de harcèlement eux-mêmes et requiert la démonstration que le dénonciateur a connaissance de la fausseté des faits qu'il relate. C'est pourtant à cette démonstration que les juges sont parvenus en analysant de façon très concrète les fonctions exercées par la salariée dans l'entreprise. Celle-ci, en effet, en tant que secrétaire, connaissait parfaitement les caractéristiques habituelles des courriers qu'elle avait à traiter et un simple examen du document litigieux aurait dû lui être suffisant pour mettre en doute son authenticité. Il s'agit d'un raisonnement judiciaire reposant, pour une bonne part, sur le mécanisme de la présomption, la preuve directe de la psychologie de l'intéressée étant impossible à établir faute de tout autre élément d'ordre factuel fonctionnant en faisceau. Mais cela a suffi pour permettre à la Cour d'appel, approuvée dans sa démarche par la Cour de cassation, d'en déduire que la demanderesse, qu'ils ont déboutée, avait fait usage du courrier frauduleux en toute connaissance de cause, violant par là même son obligation de loyauté l'égard de l'employeur.

Définition des cadres dirigeants : à la recherche du niveau adéquat des pouvoirs délégués au cadre concerné (cass. Soc 20 décembre 2017 n° 16-19853)

Il résulte de l'article L 3111-2 du Code du travail (dans sa version reprise par la loi du 8 août 2016) que le constat par le juge de ce que le salarié demandeur, notamment comme en l'espèce, du paiement d'heures supplémentaires, a la qualité de "cadre dirigeant" entraîne pour l'intéressé l'exclusion de la quasi-totalité des dispositions relatives à la durée du travail et aux temps de repos et donc, par voie de conséquence, l'échec de sa demande devant le conseil de prud'hommes. Pour faire sa religion dans chaque affaire et eu égard à l'extrême diversité des choix faits par l'employeur dans les modes d'organisation du travail de ses salariés, le juge va s'appuyer sur la définition du cadre dirigeant énoncée par l'article L 3111-2 précité, définition qui se présente de prime abord comme très complète puisqu'elle retient cumulativement trois critères.

On rappellera en effet que sont considérés comme ayant la qualité de cadres dirigeants les salariés auxquels sont confiés des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps (premier critère), qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome (deuxième critère) et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou leur établissement (troisième critère). Cependant, le mieux est parfois l'ennemi du bien et à trop vouloir enfermer la réalité dans les définitions, on risque paradoxalement de compliquer la tâche de l'interprète. A cela s'ajoutent les inflexions de la

politique jurisprudentielle en la matière, le recul pris depuis les premiers arrêts rendus par la Cour de cassation permettant de voir que celle-ci s'est orientée au fil des ans vers une approche restrictive, limitant considérablement le nombre des personnes susceptibles d'être qualifiées de "cadre dirigeant", lesquelles, comme on l'a dit lors de travaux parlementaires, doivent se tenir "dans le premier cercle concentrique de pouvoir entourant le chef d'entreprise" (G. Gorce, Rapp AN n° 1826, 1er octobre 1999). Cependant, le message à l'adresse des juges du fond n'est pas passé tout de suite, d'autant que certains des termes employés par le texte donnaient à penser que l'on pouvait s'autoriser à retenir un critère distinct des précédents, celui de la "participation à la direction de l'entreprise".

La chambre sociale de la Cour de cassation a réagi avec fermeté à cette tentative de débordements en indiquant que "Si les trois critères fixés par l'article L 3111-2 du Code du travail impliquent que seuls relèvent de la catégorie des cadres dirigeants les cadres participant à la direction de l'entreprise, il n'en résulte pas que la participation à la direction de l'entreprise constitue un critère autonome et distinct se substituant aux trois critères légaux" (cass. soc 22 juin 2016 n° 14-29246, P+B+R). Aussi bien, il ressort de cette prise de position que le critère de la participation à la direction n'est ni "autonome" ni "distinct" et qu'il ne fait que découler des trois critères légaux que les juges du fond ne peuvent éluder par une sorte de raccourci du raisonnement qu'ils seraient autorisés à prendre et qui aurait sans doute permis une approche moins sévère de la catégorie concernée.

Ce trop long rappel aide au moins à replacer l'arrêt analysé dans son contexte et de faire le constat que nulle dissidence jurisprudentielle ne semble désormais perdurer. Ainsi, dans la présente affaire, contrairement au conseil de prud'hommes qui, pour débouter le salarié de sa demande de paiement d'heures supplémentaires, l'avait qualifié de cadre dirigeant, la Cour d'appel prend le parti opposé et sera approuvée en cela par la Cour de cassation. Pourtant les premiers juges avaient relevé que le salarié, directeur technique, jouissait en l'espèce d'une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps, que certaines attestations fournies par lui donnaient à penser qu'il était le propriétaire, qu'il avait la rémunération la plus élevée, que selon son contrat de travail, il devait manager et organiser le club de sport auquel correspondait l'entreprise dans l'enveloppe budgétaire prévue à cet effet, qu'il participait activement à l'embauche des salariés, enfin, qu'il était l'interlocuteur principal des banques et organismes sociaux. La Cour d'appel, puis la Cour de cassation, se montreront insensibles à cette analyse minutieuse. Pour la seconde, de laquelle émane toujours le "dernier mot" dans la procédure, il n'était pas contesté que le salarié était indépendant dans l'organisation de ses tâches et qu'il était le mieux rémunéré des membres du personnel. En revanche, dans l'exercice de ses fonctions, il manquait, selon elle, d'autonomie au sens du deuxième critère légal. Il en découlait qu'il ne participait pas à la direction de l'entreprise que ce soit au titre de la définition des orientations de la société ou au titre de la prise de décisions autres que celles de la gestion courante.

C'est tout de même retenir de la notion d'autonomie de gestion au sens du texte précité une conception singulièrement étroite, étant rappelé que tout délégué de pouvoir reste de toute façon un préposé situé dans la hiérarchie de l'entreprise, fût-ce au sommet de celle-ci, ce qui le distingue d'ailleurs d'un mandataire, si bien que, poussé à bout, le raisonnement de la Haute Juridiction risque de rendre assez symbolique la catégorie des "cadres dirigeants" !

Relations Collectives de Travail

Délais de consultation et BDES (cass soc 28 mars 2018 n° 17-13081)

Dans le domaine de la représentation institutionnelle des salariés, maintes solutions sont issues de la jurisprudence, faute de précisions suffisantes de la part du législateur et, en ces temps de réformes, la question se pose de savoir s'il y a lieu de conserver toutes les interprétations qui ont été dégagées par les tribunaux sous l'empire des textes antérieurs.

On rappellera que la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, puis la loi Rebsamen du 17 août 2015 ont encadré la durée de la procédure de consultation du comité d'entreprise par l'introduction de délais préfix au-delà desquels, à défaut de s'être prononcé sur le projet qui leur est soumis, les élus qui le composent sont réputés avoir rendu un avis négatif, ce qui a permis de mettre fin à certains comportements dilatoires allongeant excessivement la durée de la consultation. Mais que décider lorsque l'employeur n'a pas constitué la BDES (Banque des Données Economiques et Sociales) qui constitue depuis 2013 le principal support d'information dont doivent disposer les élus composant le Comité ? Ce défaut de constitution n'a-t-il aucune incidence sur le déclenchement de délai concerné ou, au contraire, bloque-t-il le décompte de celui-ci ? En l'espèce, le Comité d'entreprise avait saisi le président du TGI compétent d'une demande de communication des informations manquantes dans le cadre d'un projet de réorganisation de l'entreprise ainsi qu'au sujet des orientations stratégiques de celle-ci.

Contrairement aux juges du fond qui avaient débouté le comité pour tardivité dans son recours, la chambre sociale de la Cour de cassation relève que le délai de consultation du comité ne court qu'à compter de la communication des informations prévues par le Code du travail ou à compter de l'information, par l'employeur, de leur mise à disposition dans la BDES (C trav art R 2323-1), aucune tardivité ne pouvait lui être opposée. L'arrêt dit pour règle que "lorsque la loi ou l'accord collectif prévoit la communication ou la mise à disposition de certains documents, le délai de consultation ne court qu'à compter de cette communication". Logiquement, il convient de relier ce principe non seulement, comme en l'espèce, à l'hypothèse de la consultation sur les orientations stratégiques mais encore aux deux autres consultations récurrentes, celle sur la situation économique et financière de l'entreprise (C trav art L 2323-13), et celle sur la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi (C trav art L 2323-17) puisque dans ces deux derniers cas également le délai de consultation est fixé par accord, ou à défaut, par voie réglementaire. Enfin, ces trois grandes consultations récurrentes ont pris place dans les attributions du comité social et économique issu de l'ordonnance précitée, en sorte que la solution dégagée par l'arrêt paraît être transposable en tous points aux nouvelles institutions représentatives élues, soulignant l'importance que peut présenter la constitution puis la mise à jour de la BDES par l'employeur, obligation dont l'inexécution est susceptible, en marge de poursuites pénales pour entrave, de générer une manière "sanction civile" tout autant redoutable, celle du blocage du délai préfix dont sont assorties les consultations précitées.

PUBLICATIONS DU CABINET

- **Alain Coeuret et François Duquesne** - *"Un aspect de la représentation élue du personnel dans l'entreprise après l'ordonnance du 22 septembre 2017 : l'hypothèse du fractionnement en établissements distincts"* - RJS 05/18 chr. p 365 et s
- **Francis Kessler et Yan Eric Logeais** - *"La portée des certificats de détachement : le retour au droit et à la raison ?"* - Droit Social Avril 2018, p. 78

CONTACTS

BAUDOUIN DE MOUCHERON
moucheron@gide.com

AURELIEN BOULANGER
boulanger@gide.com

DAVID JONIN
jonin@gide.com

FOULQUES DE ROSTOLAN
rostolan@gide.com

FRANÇOIS VERGNE
f.vergne@gide.com

GUILLAUME NAVARRO
navarro@gide.com

ALAIN COEURET
alain.coeuret@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : gide.com

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication (privacy@gide.com).