

"CONSULTATION RÉCURRENTE" ET "CONSULTATION PONCTUELLE" DU CSE

Éditorial	1
Jurisprudence	3
• Relations individuelles du travail	3
• Relations collectives de travail	5

éditorial

Alain Coeuret
Of Counsel

C'est tout dernièrement que le législateur a introduit dans le Code du travail la notion de consultation récurrente (accompagnée d'une information présentant ce même caractère). Jusque-là, nul texte, pas même la jurisprudence, n'avait employé cet adjectif afin de décrire ce qui est présenté par l'ordonnance n° 1386 du 22 septembre 2017 comme l'une des dimensions techniques du droit fondamental accordé aux élus du personnel de l'entreprise de faire valoir auprès de la direction de celle-ci les intérêts des salariés qu'ils représentent. Sont ainsi consacrées, d'une façon qu'il faut souhaiter pérenne, trois types de "consultation récurrente", celle portant sur les orientations stratégiques de l'entreprise (C trav art L 2312-24), celle intéressant la situation économique et financière de cette même entreprise (C trav art L 2312-25), celle enfin qui concerne la politique sociale de cette dernière, y inclus celle touchant aux conditions de travail et d'emploi (C trav art L 2312-26).

Mais, pour importante qu'elle soit, cette catégorie nouvelle est loin d'englober tous les cas de consultation susceptibles de se présenter au fil du quotidien de la gestion impulsée par la direction de l'entreprise. Se découvre une seconde catégorie désormais baptisée "consultation ponctuelle", dont l'organisation s'appuie sur des règles bien distinctes (C trav art L 2312-37). On retrouve là des cas de consultation qu'on pourrait qualifier de traditionnels, compte tenu de leur ancienneté.

L'ensemble ainsi formé paraît constituer ce qu'on pourrait appeler une "summa divisio" englobant a priori toutes les hypothèses de dialogue institutionnalisé au sein de la nouvelle instance représentative d'origine élue, le comité social et économique, dès lors que les effectifs de l'entreprise où celui-ci est implanté comptent de façon stable au moins 50 salariés.

L'architecture dont l'ordonnance est porteuse permet de considérer qu'il n'existe aucun cas de consultation au sens du droit à la participation qui échapperait à cette répartition binaire. De là à retenir l'idée d'un rattachement alternatif, et non pas cumulatif des hypothèses de consultation, il y a un pas qu'on est tenté de franchir quand bien même aucun texte ne le préciserait ni même ne le suggérerait. A tout le moins, il est clair que l'objectif du réformateur a été de mettre fin à un certain désordre dans l'accumulation de textes, qui, au fil du temps, ont étendu ou renforcé cette prérogative des comités.

Cependant, une question se pose : cette classification a priori vertueuse permet-elle de déduire de la qualification retenue le régime de la consultation invoquée ?

Une première réponse passe inévitablement par un retour en arrière, vers le schéma de la consultation mise en place dès 1945/1946 dans les comités d'entreprise, dont l'actuel comité social et économique a largement recueilli l'héritage. On enseignait alors que pour être authentique la consultation des élus du comité devait respecter une exigence procédurale d'antériorité par rapport à la décision qu'entendait prendre l'employeur. Cette exigence n'avait d'autre but que de favoriser la prise en compte par la direction d'observations et de suggestions susceptibles de faire évoluer le projet initial dans un sens réputé plus conforme aux intérêts des salariés de l'entreprise concernée.

Fruit du travail d'interprétation de textes passablement imprécis, le renforcement de ce schéma procédural interne aux comités doit beaucoup à l'action du juge pénal lequel, par le truchement du fameux délit d'entrave, a cherché à clarifier la question du moment exact où, dans la diversité des cas d'espèce, la consultation perd son caractère préalable et expose de ce fait son auteur à des poursuites qui sont aujourd'hui orientées principalement vers la personne morale employeur pour le compte de laquelle un organe de celle-ci, ou son représentant, a commis les faits incriminés.

Toutes les consultations, qu'elles soient récurrentes ou ponctuelles, doivent-elles présenter ce caractère préalable pour être régulières et ne pas risquer d'entraîner des conséquences non seulement pénales mais aussi civiles consistant en la suspension de la décision correspondante par le juge de l'urgence ?

La réponse mérite à nos yeux d'être catégorique : seule la consultation "de type ponctuel" mérite qu'on reporte sur elle cette exigence d'antériorité. C'est du reste ce qui ressort du nouvel article L 2312-14 du Code du travail, consacré aux modalités d'exercice des attributions générales du comité social et économique lorsqu'il énonce que "les décisions de l'employeur sont précédées de la consultation (du comité) sauf, en application de l'article L 2312-49, avant le lancement d'une offre publique d'acquisition".

En effet, ce texte, dans la continuité de ce qui, naguère encore, ressortait de la jurisprudence, fait bien de l'annonce d'une décision future le critère de la consultation préalable, même si on était en droit d'attendre qu'il soit plus explicite.

En revanche, les "consultations récurrentes" au sens des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance paraissent étrangères à cet aspect du régime de la consultation traditionnelle et ce, en raison même de la réalité gestionnaire qui leur sert de socle. Elles ne sont en rien concernées par la proximité éventuelle d'un projet émanant de la direction de l'entreprise ou de l'établissement. Comme l'exprime l'adjectif qui sert à les désigner, ces consultations reviennent à intervalles réguliers (en principe un an) alors même qu'aucun changement n'aurait été annoncé dans tel ou tel aspect de la vie de l'entreprise. S'il en va ainsi c'est parce que les consultations récurrentes n'ont pas été conçues pour "influencer" l'employeur mais seulement, et c'est déjà beaucoup, pour informer plus complètement et de façon plus constante sur les sujets cités les représentants du personnel.

En d'autres termes, si la consultation récurrente implique sans conteste un débat avec les élus, éventuellement renforcé par une ou plusieurs expertises, elle ne procure en droit à ces mêmes élus aucune capacité d'influence sur la matière décisionnelle qui est susceptible de voir le jour durant l'intervalle de temps où elle doit avoir lieu. Ce constat prend un relief particulier dans le cas de la consultation portant sur les orientations stratégiques de l'entreprise. Les résultats de celle-ci peuvent sans doute être pris en compte lors d'une consultation ponctuelle. Mais comme ils ne traduisent à proprement parler aucune capacité de proposition des élus il paraît exclu qu'on puisse contester la licéité de la décision examinée lors de la consultation ponctuelle pour la seule raison qu'elle ne serait pas en harmonie avec les projections qui ont été présentées lors de la plus proche des consultations récurrentes inscrites dans le calendrier légal ou conventionnel de celles-ci.

C'est aussi pour la raison que cette consultation n'a, a priori, aucun lien avec un projet quelconque de la direction qu'on voit mal comment certaines mesures provisoires telles que la suspension de la mesure patronale pourraient être invoquées utilement sur la base d'une absence de consultation récurrente, puisque, encore une fois, rien dans l'intervalle n'est devenu de son fait opposable aux salariés concernés.

JURISPRUDENCE

Relations Individuelles du Travail

À la poursuite du salariat (Cass soc 28 novembre 2018 n° 17-20079)

Face au silence persistant du législateur social, c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de se prononcer sur la présence d'un lien de subordination permettant d'attribuer la qualité de salarié à celui qui, en pratique, s'est adressé au juge à cette fin. Les frontières du salariat dépendent donc ainsi de l'intervention du juge judiciaire lequel tranche la question au gré des affaires qui lui sont soumises, méthode qui, on en conviendra, n'est pas la plus apte à satisfaire l'exigence de sécurité juridique.

La question rebondit aujourd'hui avec la très sensible situation des livreurs accomplissant leurs prestations en lien avec des plateformes numériques, qui vient de donner lieu à cet arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation.

Ce qui frappe d'emblée à la lecture de l'arrêt, c'est le souci de retrouver les caractéristiques habituelles du contrat de travail et de se placer ainsi dans la continuité de précédents illustres dont l'arrêt "Société Générale" n'est pas le moindre.

Cependant, il est assez apparent que, par-delà son orthodoxie, la démarche risque ici de conduire à une déformation du sens attribué aux principaux marqueurs de la subordination. Renforçant cette crainte, la jurisprudence des cours d'appel qui est en train de se former sur la question du statut des livreurs, apparaît très divisée (dans le sens de l'exclusion de la subordination : CA Paris 7 janvier 2016 inédit ; CA Paris 20 avril 2017 CaH soc BP 2018 p 391 ; CA Paris 9 novembre 2017 et Deliveroo, inédit et dans l'affaire ayant donné lieu au présent arrêt de cassation : CA Paris 20 avril 2017 n° 16-04592).

Après avoir rappelé que "le lien de subordination est caractérisé par l'exécution du 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", la Haute Juridiction, guidée en cela par le très ferme avis du premier avocat général près la Cour de cassation, choisit d'appuyer sa censure sur le motif suivant : "viole l'article L 8221-6, II du Code du travail la Cour d'appel qui retient qu'un coursier ne justifie pas d'un contrat de travail le liant à une société utilisant 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 sous le statut de travailleurs indépendants des livraisons de repas, alors qu'il résulte de ses constatations 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 que la société disposait d'un pouvoir de sanction à l'égard du coursier".

Dans cette motivation, deux types d'indices sont privilégiés. D'une part, ceux tirés du contrôle exercé sur l'autre partie, au contrat et, d'autre part, ceux relatifs à la sanction de l'inexécution contractuelle qui, ne peut que correspondre à l'exercice de ce qu'il est convenu d'appeler le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Quant à l'application qui est faite des premiers, on peut se demander si la présence d'un système de géolocalisation pour suivre le parcours des coursiers suffit, par lui-même, à satisfaire l'idée classique du contrôle ou de la surveillance du salarié. A quoi en effet une telle "surveillance" peut-elle mener en l'espèce dès lorsqu'il n'est pas contesté que chacun des coursiers accomplit comme il le veut et durant la durée qu'il souhaite, sa prestation contractuelle ? La chose ressortit plus, semble-t-il du devoir d'information du co-contractant que du souci de gérer la carrière d'un collaborateur en s'assurant de sa ponctualité. Il est ici faussement rassurant d'invoquer le précédent tiré de l'arrêt "Société Générale" dont on rappellera qu'il fait de l'intégration dans un "service organisé" l'ultime indice de l'existence d'un lieu de subordination lorsque "l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail". On se convainc assez vite en effet de ce que l'organisation interne d'une banque comprend banalement une structuration en "services" (et peut-être en établissements) qui va permettre d'agréger l'intéressé reconnu salarié à la communauté de travail dans son ensemble. En revanche, en l'espèce, point de réalité collective préalable, y compris quant à la fourniture et l'entretien de l'outil de travail (aucun garage aucun dépôt aucun atelier aucun service administratif...).

En vérité, faute précisément d'un véritable "service organisé" se traduisant par une structuration interne de l'entreprise et par la présence d'une hiérarchie intermédiaire, les coursiers liés à la plateforme se présentent factuellement comme un pur agrégat d'individus sans liens fonctionnels entre eux. On fera certes observer qu'il s'agit d'établir l'existence d'un contrat et non pas de statuer sur l'accueil dans une communauté de travail. Pourtant, n'est-il pas éclairant, y compris afin de retrouver la figure du salarié, de se poser la question de l'authenticité d'une représentation collective institutionnelle basée sur la seule présence d'un rassemblement de personnes évoluant à leur gré dans un espace professionnel non préalablement défini par l'autre partie au contrat. Dans de telles conditions, quel pourra être le degré d'engagement de nombre d'entre eux et plus radicalement, comment l'émergence d'intérêts professionnels homogènes pourra-t-elle se produire ?

Mais, dans cette vue qui consiste à reconstituer le cadre du travail salarié habituel, on peut encore aller plus loin. Si, en effet, à la suite de cet arrêt, "l'entreprise-plateforme" se retrouve soumise à l'intégralité du droit du travail, il y a maintes règles qui peineront à s'appliquer y compris au plan strictement individuel de la relation de travail. Quid par exemple du déclenchement de l'obligation de sécurité pesant sur un employeur qui doit faire face ici à une capacité d'initiative et de mouvement quasi-totale de la part de ces livreurs libres ?

Quant à l'autre trait saillant retenu par la Cour de cassation et qualifié par elle de "pouvoir de sanction", on se demande pourquoi son appellation reste aussi vague alors que le Code du travail lui-même emploie sans réticence le terme "disciplinaire" pour en définir les principaux contours. L'absence d'un tel qualificatif ne paraît pas anodin dans cette démarche judiciaire peut être un peu trop sûre d'elle-même. Parler de pouvoir disciplinaire permet classiquement de faire la distinction entre une prérogative spécifique de l'employeur et la présence d'un pouvoir contractuel qui repose sur la présence, variable en intensité, d'une variété de sanctions civiles pesant, selon les engagements pris, sur la tête de l'un ou l'autre des co-contractants. Parmi ces sanctions, on peut replacer bien évidemment les fameux "strikes" dont la présence est diffuse dans le contrat des livreurs. La Cour de Paris avait paru y voir les marques d'un pouvoir disciplinaire pour parler ensuite de : "système gradué d'incitation à une fiabilité optimale" sans incidence sur la liberté de manœuvre laissée aux livreurs.

La Cour de cassation, par la voix de son avocat général, est d'un avis contraire en interrogeant de la façon suivante : "qu'est-ce que l'échelle de pénalité prévue (et appliquée) par la société Take Eat Easy, sinon la mise en œuvre du pouvoir de sanction de la plateforme ?". Mais n'est-ce point le propre de tout contrat d'entreprise, spécialement de prestation de service que de prévoir, en contrepoint des obligations des parties une plus ou moins grande variété de sanctions civiles attachées à leur inexécution ? L'absence du vocable "disciplinaire" est révélateur d'une difficulté, pour les rédacteurs de l'arrêt, à envisager qu'en violation d'une

organisation du travail aussi peu contraignante on puisse parler de faute disciplinaire des coursiers et que cela procure le droit de déclencher contre eux de véritables poursuites aboutissant à des sanctions du même nom.

Parvenu à ce stade on s'interroge sur la réelle pertinence d'une démarche qualificative qui fonctionne en "noir et blanc" face à une réalité contractuelle hybride où la subordination qui pèse sur les intéressés est sans doute davantage économique (ce qui pousse globalement à leur protection par la loi) que juridique au sens où on l'entend habituellement.

Relations Collectives de Travail

Statut protecteur des représentants du personnel - deux arrêts (cons Et. 18 juillet 2018 n° 397757 et Cass soc 7 novembre 2018 n° 17-14716)

Cette fois c'est la Haute Juridiction administrative qui, dans le premier arrêt, se prononce sur la question de savoir, qui exactement doit bénéficier de ce qu'il est convenu d'appeler le "statut protecteur", lequel est réservé aux salariés dits "protégés" par opposition aux salariés dits "ordinaires", ce dernier vocable désignant de façon quelque peu maladroite la partie du personnel de l'entreprise qui n'a pas d'autres liens avec celle-ci que celui qui résulte de la conclusion d'un contrat de travail. Cette question est assez souvent résolue par la Cour de cassation, chambre sociale pour l'essentiel, mais à l'occasion aussi, la chambre criminelle selon le type de procès dans le cadre duquel elle vient à être posée. Cette pluralité de canots juridictionnels oblige les juges à une particulière vigilance dans la solution qu'ils entendent adopter, afin d'éviter qu'une éventuelle divergence, voire une contradiction, se fasse jour, à cette occasion, entre les diverses jurisprudences. On doit à la vérité de dire que beaucoup a été fait pour éviter une telle situation spécialement en matière de statut protecteur où, dans les années 1960/1970, la chambre sociale et la chambre criminelle n'avaient pas toujours les mêmes vues sur le sujet. L'affaire tranchée par le Conseil d'Etat le 18 juillet 2018 donne l'occasion au juge administratif de s'aligner sur la position du juge judiciaire s'agissant du sort des représentants du personnel "conventionnels", c'est-à-dire des salariés qui se trouvent investis d'un mandat représentatif au titre de leur appartenance à une instance créée par voie d'accord collectif.

Plus particulièrement, que décider lorsqu'en vertu d'un tel accord, le bénéfice de la protection est réclamée par un représentant syndical autorisé à siéger au CHSCT en vertu de dispositions conventionnelles dans le silence total du Code du travail ? La Cour de cassation a optée pour une réponse négative (cass soc 29 janvier 2003 n° 00-45961) à partir du principe que ces représentants syndicaux conventionnels ne sont pas des IRP de même nature que celles prévues par la loi, ce qui introduit à l'intérieur même de la catégorie des "mandataires conventionnels" une distinction que le Conseil d'Etat consacre à son tour en décidant que *"le bénéfice de la protection exceptionnelle de salariés investis de fonctions représentatives ne peut être reconnu qu'aux institutions représentatives du personnel qui relèvent d'une catégorie de même nature que celles qui sont prévues par la loi"*. Le champ de l'ordre public passe donc par ce critère de ressemblance ou de dissemblance avec la forme représentative qui a été privilégiée par le législateur, ce qui peut conduire, à l'opposé de la présente affaire, à étendre le statut protecteur à certains représentants ou délégués créés par accord collectif comme ceux qui sont mis en place dans une entreprise de moins de 11 salariés (cass soc 9 juillet 1976, n° 76-60056 et Cons Et. 31 octobre 1980 n° 12-767).

En un temps où la négociation collective, spécialement au niveau de l'entreprise se voit reconnaître une légitimité qu'elle n'avait jamais eu auparavant, on peut tout de même se demander si la solution jurisprudentielle qui vient d'être rappelée, et dont l'existence n'est pas directement remise en question par les ordonnances du 22 septembre 2017, n'est pas appelée à terme à s'effacer parce qu'elle ne correspondrait plus à la conception d'un ordre public "absolu" élaborée dans le contexte de "l'Ancien Monde".

En un temps où la négociation collective, spécialement au niveau de l'entreprise se voit reconnaître une légitimité qu'elle n'avait jamais eu auparavant, on peut tout de même se demander si la solution jurisprudentielle qui vient d'être rappelée, et dont l'existence n'est pas directement remise en question par les ordonnances du 22 septembre 2017, n'est pas appelée à terme à s'effacer parce qu'elle ne correspondrait plus à la conception d'un ordre public "absolu" élaborée dans le contexte de "l'Ancien Monde".

Le second arrêt évoqué concerne un aspect très différent du même statut protecteur des représentants du personnel puisqu'il porte sur les conséquences indemnitaires du non-respect par l'employeur des règles protectrices contre le licenciement. Candidat aux élections au CHSCT, un salarié avait été licencié par son employeur hors procédure visant à obtenir l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Le licenciement ayant été déclaré nul, l'intéressé pouvait prétendre à sa réintégration dans l'entreprise ainsi qu'au versement d'une indemnité égale à la rémunération qu'il aurait perçue entre la date de son éviction et sa réintégration. Mais l'indemnisation n'est due qu'à la condition que la demande de réintégration soit intervenue avant la fin de la période de protection, à moins que le retard ne soit dû à des raisons non imputables à l'intéressé.

En l'espèce, le salarié avait formulé sa demande de réintégration seulement 4 ans après son licenciement dans le contexte d'un contentieux prud'homal particulièrement long mais sans expliquer au juge, finalement saisi, les raisons pour lesquelles il avait attendu l'expiration de la période de protection. La Cour de cassation ne reprend pas la motivation des juges du fond qui avaient reproché ce silence au salarié pour réduire à une somme fort modeste l'indemnité prévue par la loi. Partant du constat qu'il était matériellement impossible au salarié de formuler sa demande de réintégration dans les temps, la Haute Juridiction considère que celui-ci était en droit de percevoir la rémunération dont il aurait bénéficié à la date de sa demande de réintégration jusqu'à sa réintégration effective, ce qui n'était contestée par aucune des parties. On le voit, tout dépendra de la date de la réintégration, laquelle n'est pas précisée par l'arrêt mais dont on peut penser qu'elle conditionne sur une indemnisation assez variable dans son montant selon que la réintégration effective s'opèrera plus ou moins rapidement.

CONTACTS

BAUDOIN
DE MOUCHERON
moucheron@gide.com

AURÉLIEN 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).