

Semaine Sociale Lamy

Discrimination UNE ACTION DE GROUPE POUR LES FEMMES

- **Égalité professionnelle : Le juge peut être saisi en référé en cours de négociation**
Entretien avec Emmanuelle Boussard-Verrecchia, Avocate associée et Clara Gandin, Avocate, cabinet Boussard-Verrecchia
- **PSE : Lorsque le CSE rend ses avis au-delà des délais légaux**
Extrait des conclusions de Sophie-Justine Lieber, Rapporteur public au Conseil d'État
- **PSE : L'Équipe hors jeu !**
Stéphane Brotons, Président de chambre à la Cour administrative d'appel de Versailles
- **PSE : Quand une entreprise se soumet volontairement à la loi Florange**
- **Les entreprises doivent mesurer le temps de travail journalier des salariés**
Entretien avec Arnaud Teissier, Avocat associé, cabinet Capstan

1865 | HEBDOMADAIRE
11 JUIN 2019

DISCRIMINATION. La lutte contre les discriminations est à l'honneur sur le plan jurisprudentiel. Le 4 juin, une action de groupe a été introduite contre la Caisse d'Épargne Île-de-France pour mettre fin aux discriminations salariales que subissent les femmes. Dans le même temps, le Défenseur des droits se prononçait sur la question de la discrimination syndicale systémique dans l'action de groupe Safran. Sans compter la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Ericsson. Nous faisons le point.

La Caisse d'Épargne accusée de discrimination envers les femmes

2 Avant-Propos
Sabine Izard

4 Égalité professionnelle :
Le juge peut être saisi
en référé en cours de
négociation

Entretien avec Emmanuelle
Boussard-Verrecchia, Avocate
associée et Clara Gandin,
Avocate, Cabinet Boussard-
Verrecchia

Le 4 juin au petit matin, la CGT CEIDF – appuyée par la Fédération CGT de la Banque et de l'Assurance et par la CGT confédérale – a mis en demeure par voie d'huissier la Caisse d'Épargne Île-de-France (CEIDF), membre du groupe BPCE, de mettre fin aux discriminations et de réparer les préjudices subis par les femmes en matière salariale. À peine la Direction informée, une conférence de presse était organisée à la Maison des métallos à Paris par des représentants syndicaux CGT et le collectif d'avocats qui soutient les salariées dans cette affaire réunissant presse écrite, télévisions et radios. Une large diffusion médiatique pour cette troisième action de groupe en matière de discrimination poussée par la CGT – la première avait été lancée en mai 2017 contre le groupe Safran Aircraft Engines accusé de discrimination syndicale (voir notre encadré, page 3), la seconde concerne des écarts salariaux femmes-hommes au sein du personnel des éducateurs de jeunes enfants de la ville de Lyon –, et la première en matière de discrimination professionnelle envers les femmes.

SIX MOIS POUR AGIR

Selon la logique de l'action de groupe, initiée par la loi Justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016, la CEIDF dispose d'un délai de six mois pour prendre des mesures correctives. Un accord de méthode va donc être recherché avec la Direction afin de mettre en place des outils visant à gommer les discriminations à l'œuvre dans l'entreprise et dégager une enveloppe financière pour rétablir les salariées discriminées en salaire et en positionnement. « Nous ne sommes pas dans des réparations individuelles », explique l'avocate Savine Bernard, « mais dans l'analyse d'une situation systémique » qui nécessite de « modéliser et trouver des solutions concrètes ». À défaut, la CGT assignera l'entreprise en justice. Huit femmes ont accepté de porter l'action de groupe, sachant que deux seulement sont nécessaires pour l'illustrer. « L'action de groupe a en effet été créée pour être menée sans les personnes discriminées », rappelle l'avocate. Des tracts vont à présent être distribués au personnel « pour que les femmes qui le souhaitent puissent les rejoindre » explique, de son côté, Catherine Vinet-Larie, ancienne déléguée syndicale CGT CEIDF. Au total, quelque 2 800 salariées pourraient être concernées.

UN ACCORD SUR L'ÉGALITÉ PROFESSIONNELLE INEFFICACE

Sur les 4 572 salariés que compte l'entreprise en Île-de-France, 38 % sont des hommes et 62 % des femmes. Pourtant, explique Bernard Dantec, délégué syndical CGT de la CEIDF, le bilan social de l'entreprise montre que les hommes ont gagné en moyenne près de 18 % de plus que les femmes en 2018, soit près de 700 euros de différence par mois en moyenne. L'écart n'a fait qu'augmenter les trois dernières années puisqu'il s'élevait à 15,4 % en 2016 et 16,5 % en 2017.

Les femmes sont moins bien payées dans toutes les catégories. Mais pour les catégories supérieures, l'écart est en moyenne de 34 % en 2018.

Dans les promotions professionnelles avec changement de catégorie, les hommes sont encore avantagés puisqu'ils bénéficient en 2018 de 56 % des promotions. Enfin, une seule femme siège au Directoire en qualité de « Secrétaire général ». Et on ne trouve qu'une seule femme dans les 10 plus hautes rémunérations de l'entreprise.

Cette situation d'inégalités entre femmes et hommes à la CEIDF a été signalée à l'entreprise depuis plusieurs années, note la CGT et l'entreprise n'y a pas remédié. Un accord sur l'égalité professionnelle femmes-hommes a bien été conclu avec les organisations syndicales, explique Bertrand Dantec, « mais le plan d'action pris sur 15 ans est largement insuffisant pour réduire les inégalités entre les femmes et les hommes ». Et l'accord ne comprend pas d'objectifs chiffrés. Sophie Binet,

dirigeante confédérale et pilote du collectif « Femmes Mixité » à la CGT, déplore un manque de transparence de l'employeur en matière d'écarts de rémunération. Comme dans l'affaire Ericsson (voir notre interview, page 3), « il est impossible de négocier dès lors que les représentants syndicaux n'ont pas tous les chiffres » en main. De façon plus globale, la syndicaliste constate souvent dans sa pratique « des accords de papier », sans objectifs chiffrés ni enveloppe financière.

L'INDEX DE L'ÉGALITÉ MIS EN CAUSE

Pour la CGT et le collectif d'avocats à l'appui de l'action, la méthodologie de l'index de l'égalité femmes-hommes récemment promu par le gouvernement pose question. C'est un « outil de camouflage de la discrimination des femmes dans les entreprises », critique l'avocate Clara Gandin, façonné pour « protéger l'employeur » et « rendre invisibles les formes de discriminations envers les femmes en matière d'évolution salariale, professionnelle ». Par exemple, poursuit l'avocate du cabinet Boussard-Verrecchia, s'agissant de l'indicateur sur les écarts de rémunération, CEIDF a obtenu la note de 39/40. Sachant que la différence moyenne mensuelle est de 18 % en défaveur des femmes, « on se demande comment l'employeur arrive à cette note » ? Plusieurs explications potentielles. Par exemple, « pour cet indicateur, l'employeur est libre de définir la cotation des postes qui permet de déterminer les panels d'hommes et de femmes avec lesquels on mesure les écarts », ce qui peut l'inciter « à créer des toutes petites catégories pour exclure les fortes rémunérations masculines ». « Ensuite, s'applique un seuil de pertinence ou de tolérance qui gomme les écarts. »

Certains indicateurs sont exprimés en taux, ce qui est plus facile à satisfaire. Par exemple, poursuit l'avocate, pour le second indicateur sur les taux d'augmentations individuelles entre les femmes et les hommes, CEIDF a obtenu 20/20. Et la note de 15/15 sur le troisième indicateur relatif aux écarts de promotion. « Il suffit de donner une petite augmentation ou promotion aux femmes et une plus importante aux hommes pour satisfaire à ces indicateurs. » S'agissant du quatrième indicateur sur les salariées augmentées à leur retour de congé maternité, CEIDF obtient 15/15. Rappelons qu'il s'agit d'une obligation légale depuis 2006. « On ne contrôle pas le niveau des augmentations, juste le pourcentage de femmes augmentées », regrette Clara Gandin. Quant au cinquième indicateur qui concerne le nombre de femmes parmi les dix plus fortes rémunérations, l'entreprise obtient la note de 5 sur 10 avec « seulement une femme dans les dix plus hautes rémunérations » ! Le problème de l'index, poursuit Sophie Binet, est que « l'entreprise ne détaille pas la façon dont elle construit l'outil ». Par ailleurs, « les inspecteurs du travail ne peuvent sanctionner que le défaut de publication » ; « Ils ne peuvent contrôler le contenu de la note, ni sanctionner une entreprise qui triche. » ■

Sabine Izard

Le défenseur des droits met en avant la discrimination systémique chez Safran

Le 13 mai, le Défenseur des droits (DDD) a rendu sa décision dans le cadre de la première action de groupe en matière de discrimination syndicale qui vise la société Safran Aircraft Engines (voir *Semaine sociale Lamy* n° 1771, p. 2). Le Défenseur des droits a été saisi par la Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT (FTM-CGT) dans le prolongement de l'assignation devant le TGI de Paris (voir *Semaine sociale Lamy* n° 1809, p. 6). L'action de groupe entame ainsi sa deuxième phase, après l'échec de la phase de négociation préalable (pour une présentation de l'action de groupe, voir G. Calvès, *Semaine sociale Lamy* n° 1759, p. 3).

À l'issue de son instruction qui a duré un peu plus d'un an, le DDD constate que « les discriminations observées caractérisent une discrimination directe, indirecte, par injonction, dont le cumul crée une discrimination collective et systémique en raison de l'exercice des activités syndicales ». Dans sa décision de 42 pages, plusieurs éléments relevant des concepts et de la méthodologie ont retenu notre attention :

Les concepts

• La discrimination systémique

L'action de groupe, dans sa dimension collective, prévient le DDD, « oblige à réfléchir autrement sur les qualifications de discrimination, il est nécessaire d'envisager l'hypothèse de leur cumul et de leur multiplication lorsque l'analyse porte sur la situation d'un groupe déterminé, soumis à une suite de diverses différences de traitement du fait d'un seul critère prohibé, comme les activités syndicales, au sein d'un collectif de travail ». L'intérêt de cette qualification est caractérisé par des « comportements visant à exclure ou à défavoriser de manière volontaire ou non, mais perpétuant des stéréotypes ancrés et qui sont le fruit de préjugés inconscients [...]. La qualification de discrimination systémique permet de débusquer des discriminations banalisées et de remettre en cause la pratique qui les génère. »

• L'injonction de discriminer

Le concept est novateur. Selon le DDD, « il résulte des dispositions même des accords de groupe et d'entreprise sur le dialogue social une injonction de discriminer en ce qu'il est demandé aux services des ressources humaines de calculer l'impact de l'engagement syndical des salariés sur leur déroulement de carrière et leur évolution salariale selon une méthode de calcul qui n'identifie pas et laisse perdurer les retards ».

La méthodologie

• La consécration de la « méthode Clerc »

Le calcul des écarts de rémunération et l'appréciation des évolutions de carrière des représentants syndicaux doivent reposer sur une « méthode triangulaire » ou encore « méthode dite de triangulation » (voir *Semaine sociale Lamy* n° 1190).

• L'outil de suivi des carrières de la société Safran Aircraft Engines viole les dispositions de l'article L.1134-5 du Code du travail selon lequel aucun aménagement conventionnel ne peut s'opposer à la réparation intégrale du préjudice résultant d'une discrimination. À cet égard, le DDD rappelle que « se retrancher derrière un dispositif qui produit et qui laisse subsister des discriminations, revient à ignorer que la prohibition des discriminations relève d'un ordre public absolu, non suppléable de volonté. Or, il n'est pas possible d'amoindrir ou de renoncer à son effectivité en se bornant à appliquer un accord défaillant, s'agissant notamment de l'outil de suivi des carrières ». ■

Françoise Champeaux

Égalité professionnelle : Le juge peut être saisi en référé en cours de négociation

Entretien avec
Emmanuelle Boussard-Verrecchia, Avocate associée
et **Clara Gandin**, Avocate,
Cabinet Boussard-Verrecchia

Semaine sociale Lamy : Quel est le contexte de l'affaire Ericsson ?

Emmanuelle Boussard-Verrecchia et Clara Gandin : Le syndicat CGT UFICT essayait, depuis 2010, d'obtenir de l'employeur, la société Ericsson,

la communication des indicateurs prévus par le législateur dans le cadre de la négociation sur l'égalité professionnelle. Malgré les échanges de courriers et l'intervention de l'inspection du travail à plusieurs reprises, un premier contentieux judiciaire les a opposés en 2014, demandant l'annulation d'un accord du 25 mars 2014 sur l'égalité professionnelle aux motifs notamment qu'il avait été signé uniquement par un syndicat catégoriel et qu'il ne reposait sur aucun vrai diagnostic puisque l'employeur n'avait pas communiqué d'indicateurs suffisamment pertinents, que ce soit en nombre et en qualité. Le juge a donné raison au syndicat et annulé l'accord mais pour défaut de validité de la désignation du délégué CFE-CGC l'ayant signé. Depuis cette date et malgré les demandes réitérées de la CGT, aucun nouvel accord n'avait été conclu. Jusqu'à l'ouverture en 2018 de nouvelles négociations, mais qui ont rapidement montré que la direction n'avait pas plus de volonté de transparence dans la transmission des informations nécessaires qu'en 2014. Les syndicats ont donc compris que sans action judiciaire, ils ne négocieraient avec presque rien dans les mains. Ils ont donc assigné en référé la société Ericsson devant le TGI d'Évry pour demander la suspension de la négociation et la communication de l'intégralité des informations nécessaires pour leur permettre de négocier en toute connaissance de cause. Ils ont été déboutés en première instance de l'ensemble de leurs demandes.

Qu'a dit le juge d'appel ?

E. B.-V. et C. G. : Le 23 mai dernier, la cour d'appel de Paris a donné raison au syndicat. Elle a notamment décidé que le juge des référés pouvait être saisi en cours de négociation pour contraindre l'employeur à communiquer les données conformes aux textes afin d'assurer l'information complète des organisations syndicales représentatives ainsi que la régularité de l'accord à venir. C'est une première à notre connaissance en matière d'égalité professionnelle. Nous ne sommes plus obligés d'attendre la fin de la

négociation et la conclusion d'un accord pour le dénoncer ensuite au motif de l'insuffisance d'informations.

Il a également ordonné la communication d'indicateurs pertinents.

E. B.-V. et C. G. : Il faut rappeler que le législateur a énoncé une liste minimale d'indicateurs, en ouvrant la possibilité de les adapter aux spécificités de l'entreprise. Ce faisant, il a parié sur l'intelligence des partenaires sociaux pour négocier sur la base d'informations utiles, qui permettent un examen pertinent de la situation comparée des femmes et des hommes. Ici, le syndicat cherchait depuis des années à obtenir des indicateurs pertinents par rapport à la situation de l'entreprise. Coexistent, dans certaines entreprises, surtout dans les groupes de dimension internationale, les classifications conventionnelles et, les grilles internes qui commandent l'évolution salariale voir promotionnelle des salariés. Ce n'est qu'en utilisant ces deux grilles que l'on peut vraiment comprendre le parcours du salarié et sa situation comparée. C'est ce qu'a décidé le juge le 23 mai en exerçant son contrôle sur la qualité des informations fournies. Il a ainsi enjoint l'entreprise à communiquer non seulement les informations conventionnelles, c'est-à-dire les indicateurs légaux (répartition des effectifs, durée entre deux promotions, écarts de rémunération, etc.), mais surtout les indicateurs pertinents par rapport à la situation de l'entreprise, c'est-à-dire en référence au modèle de carrière interne d'Ericsson. L'entreprise ne peut plus se retrancher derrière le fait qu'en apparence elle répond à ses obligations légales et réglementaires. L'entreprise a fait savoir en comité d'entreprise qu'elle fournirait les indicateurs demandés par rapport à la grille interne pour se conformer à la décision de justice. Le juge a posé une astreinte de 150 euros par jours de retard à compter d'un mois suivant la signification de la décision. Elle a également fait savoir qu'elle allait se pourvoir en cassation.

Par cette décision, le juge assure son rôle de garant de la loyauté des négociations collectives. C'est particulièrement nécessaire à une époque de valorisation croissante de l'accord d'entreprise en tant qu'outil promu comme moyen d'atteindre l'égalité professionnelle. ■

► CA Paris, pôle 6, ch. 2, 23 mai 2019, n° 18/24253
Propos recueillis par Sabine Izard

PSE. La circonstance que le CSE ait rendu ses avis au-delà des délais légaux est par elle-même sans incidence sur la régularité de la procédure d'information-consultation du comité. L'administration doit contrôler si le CSE a été à même de rendre ses avis en toute connaissance de cause, dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation.

PSE : Lorsque le CSE rend ses avis au-delà des délais légaux

Extrait des conclusions de **Sophie-Justine Lieber**, Rapporteur public au Conseil d'État

Cette affaire vous conduira à vous prononcer sur les délais en matière d'information-consultation du comité d'entreprise sur un projet de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), tels qu'ils sont fixés par l'article L. 1233-30 du Code du travail. Cet article, dans sa rédaction applicable à l'espèce¹, prévoit à son I, que dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins 50 salariés, le comité d'entreprise est consulté par l'employeur sur « 1° l'opération projetée et ses modalités d'application [...] ; / 2° le projet de licenciement collectif [...] » et le plan de sauvegarde de l'emploi, et qu'il tient, pour ce faire « au moins deux réunions espacées d'au moins quinze jours ». Le II du même article s'intéresse ensuite aux délais dans lesquels cette consultation doit se dérouler, en prévoyant successivement :

– que « le comité d'entreprise rend ses deux avis dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de sa première réunion au cours de laquelle il est consulté sur les 1° et 2° du I, à : / 1° Deux mois lorsque le nombre des licenciements est inférieur à cent » ;

– qu'« une convention ou un accord collectif de travail peut prévoir des délais différents » ;

– et enfin, qu'« en l'absence d'avis du comité d'entreprise dans ces délais, celui-ci est réputé avoir été consulté [...] ».

Comment interpréter ces dispositions lorsque le CE (aujourd'hui comité social et économique, CSE) a finalement rendu ses avis, mais dans un délai bien supérieur aux deux mois après la première réunion de consultation, prévus par ces dispositions ? Ce dépassement de délai est-il de nature à entacher la procédure d'irrégularité ? Si tel n'est pas le cas, la procédure demeure-t-elle régulière dans tous les cas, ou bien y a-t-il lieu de s'interroger sur une éventuelle déloyauté de l'employeur dans la conduite de la procédure « d'info-

consult. » ? Et en cas de dépassement de ce délai préfix, la décision de la Direccte doit-elle être motivée sur ce point ? Telles sont les questions soulevées par ce pourvoi.

1 LE NON-RESPECT DES DÉLAIS PRÉFIX DE CONSULTATION DU CCE

La société British Airways France, filiale française de British Airways, qui appartient au groupe IAG, né de la fusion entre British Airways et Iberia (et qui comprend notamment les compagnies Vueling et Aer Lingus) est spécialisée dans les fonctions commerciales pour la France. À la suite d'une réorganisation de l'organisation commerciale du groupe IAG au niveau européen, elle a été conduite à supprimer 41 de ses 73 emplois, en procédant à 39 licenciements. L'employeur a alors mené de front une consultation sur le projet de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) et une négociation pour tenter d'aboutir à un accord. Dans ce cadre, il a lancé la procédure d'information-consultation, qui a débuté par une réunion du CE et du CHSCT le 7 décembre 2016 – l'avis du CE devait donc être rendu, en application du II de l'article L. 1233-30, dans les deux mois suivants c'est-à-dire au plus tard le 7 février 2017. Or ce calendrier a tout de suite fait l'objet de discussions, les représentants des salariés estimant le délai trop court et faisant valoir les congés de fin d'année, pour demander une extension de la procédure jusqu'en juillet. Deux projets d'accord de méthode prévoient alors de reporter le délai pour le deuxième avis du CE, respectivement en mars et en mai 2017, mais ne sont finalement pas conclus, les organisations syndicales ayant lié le sujet du calendrier à d'autres revendications, portant notamment sur les indemnités supra légales de licenciement. Parallèlement, l'expert- ●●●

¹ Il a été modifié par l'article 20 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 pour prendre en compte le comité social et économique.

●●● comptable désigné par le CE lors de la première réunion a tardé à remettre son rapport, qu'il n'a présenté que le 22 mai 2017. La procédure d'information-consultation s'est néanmoins poursuivie après l'expiration du délai préfix. Elle débouchera, in fine, sur deux avis défavorables du CE, rendus lors de sa réunion du 9 juin 2017.

L'employeur a finalement présenté un document unilatéral à la Direccte d'Île-de-France qui l'a homologué par une décision du 7 juillet 2017. À la suite d'un recours du comité d'entreprise de la société, le tribunal administratif de Melun a toutefois annulé cette décision, par un jugement du 24 novembre 2017. Il a en effet jugé que les délais légaux d'information-consultation du comité d'entreprise, qui n'avaient été prolongés par aucun accord de méthode et ont duré six mois, avaient été méconnus, et que la décision d'homologation ne comportait aucune motivation sur ce sujet alors qu'il avait été évoqué auprès de la Direccte pendant la procédure.

Mais la CAA de Paris, saisie par l'employeur, a annulé le jugement et rejeté la demande de première instance, par un arrêt du 24 novembre 2017 contre lequel le comité d'entreprise de British Airways France se pourvoit régulièrement en cassation. Elle a en effet estimé que le seul objet des délais fixés par le II de l'article L. 1233-30 du Code du travail était d'éviter une situation de blocage, en permettant à l'employeur de poursuivre la procédure même en cas de refus du CE de donner les avis requis.

2 UNE PRÉSUMPTION DE CONSULTATION DU CE

Le CE de British Airways France estime que la cour a entaché son arrêt d'**erreur de droit en jugeant qu'il pouvait rendre ses deux avis dans un délai dépassant le délai de deux mois après la première réunion d'information-consultation, prescrit par l'article L. 1233-30 du Code du travail, alors qu'aucun accord de méthode n'avait prolongé ce délai et faute d'avoir recherché si l'allongement de la procédure au-delà du délai en question n'avait pas préjudicié à son information.**

À première lecture, on peut en effet penser que seul un accord de méthode peut permettre de dépasser les délais que fixe l'article L. 1233-30², puisqu'il dispose que « le comité d'entreprise rend ses deux avis dans un délai qui ne peut être supérieur [...] à : /1° Deux mois lorsque le nombre des licenciements est inférieur à cent », et qu'« une convention ou un accord collectif de travail peut prévoir des délais différents ». Il nous semble cependant que ce n'est pas l'esprit de cet article, depuis que la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi y a introduit le mécanisme d'avis **présupposé rendu** par le CE à l'échéance des délais qu'il prévoit. Ces délais permettent, avant tout, de faire naître

une présomption de consultation du comité d'entreprise. L'objectif poursuivi est de ne pas bloquer, faute d'avis, la poursuite de la procédure et d'éviter ainsi que les institutions représentatives du personnel n'instrumentalisent le calendrier.

Il ressort par ailleurs des travaux parlementaires de la loi du 14 juin 2013 – notamment des débats sur l'article L. 2323-3 relatif au rôle consultatif du CE, prévoyant là aussi des délais, la possibilité de les aménager par accord collectif, et une présomption d'avis négatif du CE à l'échéance desdits délais – que **l'intention du législateur n'était pas d'en faire des délais impératifs**, mais de ne pas empêcher le chef d'entreprise d'accorder, le cas échéant, au CE du temps supplémentaire pour favoriser l'émergence d'un éventuel avis positif³ et, plus généralement, pour **favoriser la négociation** – objectif majeur de la loi du 14 juin 2013, particulièrement en matière de PSE.

Ainsi, l'article L. 1233-30, en fixant les délais dans lesquels le CE doit rendre son avis, n'instaure pas des délais impératifs, mais « *seulement* » des délais qui permettent la naissance d'une présomption de consultation du CE. Rien n'empêche, dans ces conditions, que l'employeur poursuive, s'il le souhaite, la procédure d'information/consultation au-delà desdits délais : à compter du moment où le délai est échu sans émission d'avis du CE, l'employeur peut soit transmettre la demande d'homologation à la Direccte avec une consultation présumée du CE, soit tenter d'obtenir un avis exprès du CE **après l'écoulement des délais**. Cela implique que la circonstance que le CE formule ses avis au-delà des délais prévus reste sans incidence sur la procédure d'information-consultation – contrairement à ce qu'a jugé, en premier ressort, le tribunal administratif. Et nous ne pensons pas que, pour procéder ainsi, l'employeur soit nécessairement tenu d'obtenir un accord de méthode prorogeant les délais de consultation du CE, même si celui-ci a le grand mérite de fixer un nouveau délai, autorisant une meilleure prévisibilité du calendrier. Ajoutons que, contrairement à ce que soutient le pourvoi, l'article L. 1233-30 n'impose pas que le CE rende ses deux avis sur le projet de réorganisation et sur le PSE dans un délai espacé de 15 jours, mais qu'il tienne au moins deux réunions, espacées de 15 jours.

Enfin, quelle que soit la solution retenue par l'employeur, il doit veiller à mettre à même le comité d'entreprise de donner son/ses avis « *en toute connaissance de cause* », aspect particulièrement contrôlé par la Direccte avant d'accorder l'homologation.

3 UN AVIS EN TOUTE CONNAISSANCE DE CAUSE

Quelles conséquences en tirer, justement, pour le contrôle que doit mener l'administration sur la

2. Nous n'étudions pas ici le cas des entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire – cas dans lesquels la rapidité de la procédure a des enjeux spécifiques non seulement pour l'employeur mais également pour les salariés, et où notamment, la deuxième réunion du comité d'entreprise n'est pas requise en vertu de l'article L. 1233-58 du Code du travail.

3. Cf. J.-M. Germain, rapporteur du texte, indiquant que « si le chef d'entreprise pense qu'il peut recueillir un avis positif de la part du comité d'entreprise, il sera incité à accorder un délai supplémentaire à celui-ci » (AN, CR intégral, 2^e séance, 5 avr. 2013).

manière dont a été menée la procédure d'information-consultation lors de l'élaboration du PSE ?

Vous jugez, depuis votre décision d'Assemblée du 22 juillet 2015, n° 385816, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social c/Comité central d'entreprise HJ Heinz France, au *Recueil* que l'administration saisie d'une demande d'homologation d'un document unilatéral doit s'assurer, sous le contrôle du juge, que la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise a été régulière, et ne peut légalement accorder l'homologation demandée que si le CE a été mis à même d'émettre régulièrement un avis, d'une part sur l'opération projetée et ses modalités d'application et, d'autre part, sur le projet de licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi. Et vous considérez, de façon pragmatique, que les éventuels vices lors du déroulement de cette procédure d'information-consultation ne l'entachent d'irrégularité que s'ils ont pu affecter le sens ou la portée de l'avis du CE. Vous avez ainsi jugé que sa consultation n'est pas irrégulière s'il a pu obtenir autrement que par l'employeur les informations lui permettant de rendre son avis en toute connaissance de cause (27 mars 2015, n° 371852, *Den Hartogh, aux Tables*). Et vous avez récemment précisé, dans des hypothèses où les modalités même de consultation du CE étaient débattues devant le juge, que l'administration doit exercer un contrôle renforcé, en vérifiant que le CE a rendu son avis dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation : 4 juillet 2018, n° 410904, Association des cités du Secours catholique, aux *Tables* ; même date, n° 397059, Société Véron International, aux *Tables* (affaires où se posait la question de la sincérité de la consultation du CE par vote à main levée).

Quid lorsque le délai de consultation est dépassé ? Cette circonstance doit-elle être déterminante dans le contrôle exercé par l'administration ? Il nous semble que non : ce qui compte, finalement, c'est, dans la lignée de votre jurisprudence précitée, qu'avant la transmission par l'employeur de la demande d'homologation du PSE à la Direccte, le CE ait été mis à même de rendre ses avis en toute connaissance de cause et dans des conditions non susceptibles d'avoir faussé sa consultation. Et ce, quelle que soit la date à laquelle il les rend – ou ne les rend pas.

L'administration n'exercera, toutefois, pas tout à fait le même contrôle selon que l'avis/les avis du CE seront exprès ou seront « réputés rendus ». Il nous semble utile de préciser, à ce stade, que plusieurs éléments de calendrier et de procédure sont essentiellement de la **responsabilité de l'employeur** :

– c'est ainsi à l'employeur qu'il revient de **convoquer le comité d'entreprise** (*C. trav., art. L. 2315-28*), et la Cour de cassation a jugé que **c'est à lui de fixer la date et l'heure de la réunion**, en tenant compte des périodicités légales et des exigences

des membres du CE, et sans commettre d'abus dans l'exercice de cette prérogative (*Cass. soc., 15 janv. 2013 n° 11-28.324, Comité d'établissement de la Sté Saint-Gobain emballage*) ; à défaut, les membres du CE peuvent, à la majorité, demander à l'inspecteur du travail de convoquer le comité (*C. trav., art. L. 2315-27*) ;

– **l'ordre du jour est en principe arrêté conjointement par le chef d'entreprise et le secrétaire du CE** (*C. trav., art. L. 2325-15 anc.*). Cependant, s'agissant de consultations obligatoires, ils peuvent l'un ou l'autre inscrire le point de plein droit.

► Lorsque le CE a rendu ses avis

Si le comité d'entreprise a rendu ses avis, la Direccte devra exercer son contrôle habituel, quelle que soit la date à laquelle les avis ont été donnés – dans ou hors délai. Autrement dit, elle devra s'assurer, sous le contrôle du juge, que le CE a bien été mis à même d'émettre ses avis en toute connaissance de cause et que les conditions de sa consultation n'ont pas été faussées. Elle pourra notamment regarder, à cet égard, dans quel calendrier ces avis ont été émis : une convocation du CE lors de congés, un calendrier trop flou ou bien brusqué, par exemple, peuvent avoir été de nature à fausser ses délibérations. Et, si l'avis a été rendu hors délai, elle devra renforcer son contrôle sur la durée de la procédure.

► Lorsqu'aucun avis n'a été rendu

Si le CE est « réputé avoir été consulté » parce qu'aucun avis n'a été rendu dans le délai prévu à l'article L. 1233-30, l'administration devra vérifier, sous le contrôle du juge :

– qu'aucun avis n'a effectivement été rendu dans le délai préfix ;

– en l'absence d'accord de méthode (ou de stipulation d'un accord majoritaire de PSE), que le délai prévu à l'article L. 1233-30 était bien expiré (puisque l'employeur ne peut pas saisir la Direccte alors que le CE a encore du temps pour se prononcer) ;

– et, surtout, que cette absence d'avis n'est pas imputable à l'employeur – notamment au calendrier de convocation choisi. Autrement dit, que l'employeur a, avant de transmettre son PSE, mis le CE/CSE à même de rendre ses deux avis en toute connaissance de cause, dans des conditions n'étant pas de nature à fausser sa consultation.

Qu'en est-il en l'espèce ? Le comité d'entreprise a rendu, on l'a vu, deux avis défavorables, le 9 juin 2017, soit bien au-delà du 7 février 2017, c'est-à-dire la date correspondant au délai de deux mois suivant la première réunion du comité d'entreprise. Compte tenu des développements qui précèdent, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la circonstance que ces avis aient été rendus postérieurement au délai fixé par l'article L. 1233-30 était par elle-même sans incidence sur la ●●●

●●● régularité de la consultation du CE, et vous écarterez ainsi la première branche du moyen. L'administration devait quant à elle exercer le contrôle « renforcé » applicable à la première hypothèse, celle d'avis effectivement rendus par le CE, en vérifiant que l'expiration du délai ne l'a pas empêché de rendre ses avis en toute connaissance de cause et dans des conditions n'ayant pas faussé sa consultation – ce qui, au vu des pièces du dossier, a bien été le cas. La cour ne s'est pas explicitement

prononcée sur ce deuxième aspect, mais il n'était pas vraiment en débat devant elle, le cœur des écritures devant les juges du fond portant sur la question du dépassement des délais. Nous vous proposons donc de considérer qu'elle n'a pas commis d'erreur de droit en ne se prononçant pas sur ce point, ni insuffisamment motivé sa décision eu égard aux écritures devant elle, et vous écarterez ainsi la seconde branche du moyen. ■

EXTRAIT DE L'ARRÊT

Lorsqu'elle est saisie par un employeur d'une demande d'homologation d'un document élaboré en application de l'article L. 1233-24-4 du code du travail et fixant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à l'administration de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise, ou du comité social et économique, a été régulière. Elle ne peut légalement accorder l'homologation demandée que si le comité a été mis à même d'émettre régulièrement un avis, d'une part sur l'opération projetée et ses modalités d'application et, d'autre part, sur le projet de licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi. À ce titre, il appartient à l'administration de s'assurer que l'employeur a adressé au comité tous les éléments utiles pour qu'il formule ses deux avis en toute connaissance de cause, dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation.

Sous réserve, pour les entreprises qui sont en redressement ou en liquidation judiciaire, des dispositions de l'article L. 1233-58 du code du travail, l'information et la consultation du comité d'entreprise, ou, désormais, du comité social et économique, sur un licenciement collectif donnant lieu à l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi, sont régies par l'article L. 1233-30 du même code. Celui-ci dispose, dans sa version applicable à l'espèce, que : *« Le comité d'entreprise rend ses deux avis [...] dans un délai qui ne peut être supérieur, à compter de la date de sa première réunion au cours de laquelle il est consulté sur les 1° et 2° du I, à : 1° Deux mois lorsque le nombre des licenciements est inférieur à cent. / 2° Trois mois lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à cent et inférieur à deux cent cinquante. / 3° Quatre mois lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à deux cent cinquante. / Une convention ou un accord collectif de travail peut prévoir des délais différents. En l'absence d'avis du comité d'entreprise dans ces délais, celui-ci est réputé avoir été consulté [...] »*. L'administration ne peut ainsi être régulièrement saisie d'une demande d'homologation d'un document unilatéral fixant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi que si cette demande est accompagnée des avis rendus par le comité d'entreprise, ou, en l'absence de ces avis, si le comité d'entreprise est réputé avoir été consulté.

Lorsque la demande est accompagnée des avis rendus par le comité d'entreprise, il résulte des dispositions citées ci-dessus, éclairées par les travaux préparatoires de la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi de laquelle elles sont issues, que la circonstance que le comité d'entreprise ou, désormais, le comité social et économique ait rendu ses avis au-delà des délais qu'elles prévoient est par elle-même sans incidence sur la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité.

En l'absence d'avis du comité d'entreprise ou, désormais, du comité social et économique, l'administration ne peut légalement homologuer ou valider le plan de sauvegarde de l'emploi qui lui est transmis que si, d'une part, le comité a été mis à même, avant cette transmission, de rendre ses deux avis en toute connaissance de cause dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation et que, d'autre part, le délai prévu par ces dispositions est échu à la date de cette transmission.

Enfin, si des modalités d'information et de consultation différentes ont été fixées par un accord conclu sur le fondement de l'article L. 1233-21 ou de l'article L. 1233-24-1 du code du travail, il appartient à l'administration de s'assurer, au regard de ces modalités, que le comité d'entreprise ou, désormais, le comité social et économique a été mis à même de rendre ses deux avis en toute connaissance de cause dans des conditions qui ne sont pas susceptibles d'avoir faussé sa consultation. Il ressort des pièces du dossier soumises à la cour administrative d'appel que le délai applicable à l'opération litigieuse était, en vertu des dispositions citées ci-dessus de l'article L. 1233-30 du code du travail et en l'absence d'accord y ayant dérogé, de deux mois, à compter du 7 décembre 2016, date de la première réunion du comité d'entreprise de la société British Airways France. Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la circonstance que les avis du comité d'entreprise avaient été rendus le 9 juin 2017, soit au-delà de ce délai de deux mois, était par elle-même sans incidence sur la régularité de la procédure d'information et de consultation. Par ailleurs, alors qu'il ressortait du dossier qui lui était soumis que la poursuite de la consultation du comité d'entreprise au-delà du délai de deux mois n'avait pas, en l'espèce, empêché le comité de rendre ses avis en toute connaissance de cause ou faussé les conditions de sa consultation, la cour, en ne se prononçant pas expressément sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit et, eu égard à l'argumentation dont elle était saisie, n'a pas entaché son arrêt d'insuffisance de motivation.

CE, 22 mai 2019, n° 420780

DURÉE DU TRAVAIL. Dans un arrêt du 14 mai 2019, la Cour de Justice de l'Union européenne décide que les États membres doivent obliger les employeurs à mettre en place un système permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier. Cette décision sonne-t-elle le retour des pointeuses dans les entreprises en France ? Éclairage par Arnaud Teissier, avocat associé au sein du cabinet d'avocats Capstan.

Les entreprises doivent mesurer le temps de travail journalier des salariés

Semaine sociale Lamy : *Quelles sont les circonstances de l'arrêt rendu par la CJUE le 14 mai ?*

Arnaud Teissier : L'Audiencia Nacional, c'est-à-dire la Cour centrale espagnole, avait été saisie d'un contentieux entre un syndicat espagnol et une banque (en l'occurrence la Deutsche Bank). Le syndicat réclamait la mise en place d'un système d'enregistrement du temps de travail journalier, afin de vérifier le respect des horaires de travail prévus et de permettre l'enregistrement des éventuelles heures supplémentaires réalisées. L'Audiencia Nacional a émis des doutes sur la conformité de la législation espagnole au droit de l'Union européenne. Elle a donc soulevé une question préjudicielle devant la CJUE pour s'en assurer. Au soutien de son recours, la Cour centrale espagnole relevait que 53,7 % des heures supplémentaires effectuées en Espagne n'étaient pas enregistrées. La manière dont la juridiction espagnole a formulé sa question préjudicielle révèle qu'elle s'interrogeait elle-même fortement sur la conformité de sa législation nationale au droit de l'Union... À travers sa question préjudicielle, elle espérait donc – d'une certaine façon – que la CJUE le lui confirme. C'est d'ailleurs, au final, l'orientation que suivra la CJUE.

Quelle est effectivement la solution retenue par l'arrêt ?

A. T. : La CJUE estime qu'une législation nationale ne peut pas dispenser les entreprises de mesurer le temps de travail journalier des salariés. De ce fait, elle remet en cause le régime existant en Espagne, considérant qu'on ne retrouve pas, en droit espagnol, d'obligation de décompte quotidien du temps de travail. Pour la CJUE, il est essentiel que soit imposé aux employeurs « un système objectif, fiable et accessible permettant de mesurer la durée du temps de travail journalier ». En effet, seule la mise en place de telles procédures est de nature à assurer le droit au respect

de la « santé » et du « repos » du travailleur ; principes essentiels déclinés par le droit de l'Union. Ce que ne garantit pas, en l'état, selon la CJUE, le droit espagnol qui devra s'adapter.

Doit-on déduire de cette décision que la CJUE impose à tous les États membres un recours systématique à un dispositif de pointage, par exemple ?

A. T. : Non, en aucune façon. La CJUE n'impose pas une solution, la solution qui serait la seule à pouvoir garantir le respect des principes énoncés (droit à la santé ; droit au repos). Elle invite chaque État membre à définir « les modalités concrètes de mise en œuvre d'un système, en particulier la forme que celui-ci doit revêtir ».

La CJUE précise par ailleurs que « des particularités propres à chaque secteur d'activité concerné » ou des spécificités tenant à « la taille de certaines

entreprises » peuvent même être prises en considération ; confirmant la latitude offerte aux États membres.

Peut-on considérer que le droit français est conforme aux exigences formulées par la CJUE, particulièrement pour les forfaits jours ?

A. T. : Même s'il existe une diversité de dispositifs d'aménagement du temps de travail en droit français, le Code du travail fourmille de dispositions qui visent à assurer le décompte du temps de travail et le respect des temps de repos. Par exemple, pour les salariés qui ne relèvent pas d'un même horaire collectif, l'employeur doit établir les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés. Ces relevés doivent être établis sur une base quotidienne, mais aussi hebdomadaire. Il en va de même pour les forfaits jours. Il faut

Entretien avec

Arnaud Teissier

Avocat associé, cabinet Capstan

La CJUE estime qu'une législation nationale ne peut pas dispenser les entreprises de mesurer le temps de travail journalier des salariés

●●● rappeler que, pour eux, l'employeur a l'obligation de décompter les journées et demi-journées de travail. D'une façon plus générale, la convention de forfait en jours s'appuie sur un accord collectif qui doit définir un certain nombre de garde-fous : définition des catégories de salariés concernés, nombre de jours travaillés, évaluation et suivi de la charge de travail, etc. L'ensemble de ces garanties participe au respect des exigences fixées par le droit de l'Union européenne rappelées par la CJUE. En tout état de cause, les salariés en forfait jours, comme ceux relevant d'un régime horaire, se voient garantir le droit au même repos quotidien (au moins 11 heures entre deux journées de travail) et hebdomadaire (au minimum 35 heures consécutives par semaine).

Peut-on donc définitivement conclure que l'arrêt de la CJUE n'aura aucune influence en France ?

A. T. : Ce n'est pas ce que j'ai dit. Il est vrai qu'à mon sens le droit français est structurellement conforme aux exigences rappelées par la CJUE dans son arrêt du 14 mai 2019. Il n'y a donc pas à s'alarmer ; la décision rendue ne va pas imposer de revoir nos dispositifs d'aménagement et de contrôle du temps de travail de

fond en comble ; comme cela semble être le cas pour les Espagnols...

En revanche, la CJUE réaffirme les principes de droit à la santé et au repos avec une fermeté qu'il convient de relever. L'arrêt martèle à plusieurs reprises l'existence d'un droit fondamental à la santé et à la sécurité au travail des travailleurs. Ce n'est pas la première fois. Il est donc essentiel à mon avis, pour les entreprises, de s'assurer que les dispositifs d'aménagement du temps de travail mis en place offrent ces garanties et, au-delà, que leurs pratiques ne s'écartent pas des

dispositifs vertueux organisés par leurs accords collectifs.

Ces sujets, demain plus qu'hier encore, seront

scrutés par les juges nationaux avec exigence. Il ne fait pas de doute que les salariés sauront s'en prévaloir devant les juridictions prud'homales en cas d'heures supplémentaires non payées ou de charges de travail ne permettant pas le respect du droit au repos. Il est donc essentiel, pour les entreprises, de s'assurer en amont que sont en place des mécanismes de régulation et de contrôle. Par prévention, les accords et les pratiques existants doivent être analysés à la lumière de l'arrêt du 14 mai. ■

► CJUE, 14 mai 2019, C55/18

La CJUE réaffirme les principes de droit à la santé et au repos avec une fermeté qu'il convient de relever

UNIVERSITÉ DE DROIT SOCIAL

26 au 29 août
2019

AJACCIO 2019

HÔTEL CALA DI SOLE
Route des Iles Sanguinaires
20000 Ajaccio - Corse

(Tél : 04 95 52 01 36 - hotelcaladisole@gmail.com)

EA ECOLE DES AVOCATS
CENTRE SUD

Sous la direction de Paul-Henri Antonmattei

Professeur à l'Université de Montpellier, Doyen honoraire de la faculté de droit et des sciences politiques de Montpellier, Président délégué (Barthélémy Avocats)

AVEC

Anne Sipp, sous-Directrice des relations individuelles et collectives du travail (Direction générale du travail)

Sophie Selusi-Subirats, Maître de conférences Université de Montpellier, Directrice du DU Droit et Pratique de la protection sociale

Michel Morand, Avocat associé Barthélémy Avocats, Ancien professeur associé à l'Université d'Auvergne

Jean-Louis Borie, ancien Bâtonnier, Avocat au Barreau de Clermont-Ferrand

Inscription avant le 12 juillet 2019

Renseignements et inscriptions : 103 avenue de Lodève, 34070 Montpellier - Tél : 04 67 61 72 80
formationcontinue@avocats-efacs.com

PSE. Quel est le fait générateur de la loi Florange sur la recherche de repreneurs ? Lorsqu'une entreprise applique volontairement le dispositif, l'administration est-elle tenue de le contrôler ? Les réponses de la Cour administrative d'appel de Nantes.

Quand une entreprise se soumet volontairement à la loi Florange

Un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) peut s'accompagner d'une recherche de repreneurs. C'est alors le dispositif de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 Florange qui s'applique en complément des dispositions de la loi n° 2013-504 Sapin sur le PSE. Cette configuration n'est pas rare et fait l'objet d'une jurisprudence naissante dans laquelle s'insère l'arrêt de la cour administrative de Nantes qui fait l'objet du présent commentaire.

LE JUGE ADMINISTRATIF COMPÉTENT

En premier lieu – et c'est souvent le cas depuis que le PSE a rejoint le giron du juge administratif – la question s'est posée de savoir devant quelle juridiction il fallait désormais croiser le fer. Le 16 janvier 2019, la chambre sociale de la Cour de cassation a mis fin au suspens en affirmant que « *l'appréciation du respect de l'obligation de recherche d'un repreneur relève de la seule compétence de la juridiction administrative* » (Cass. soc., 16 janv. 2019, n° 17-20.969, *Semaine sociale Lamy* n° 1849, p. 13). Les textes sont en effet clairs : l'article L. 1233-57-3 du Code du travail détaille le champ de contrôle de l'administration et vise expressément les articles L. 1233-57-9 à L. 1233-57-16, L. 1233-57-19 et L. 1233-57-20 selon lesquels le comité social et économique (CSE) doit être informé des offres de reprise formalisées, peut avoir recours à un expert et doit être consulté sur toute offre de reprise à laquelle l'employeur souhaite donner suite. La Cour administrative d'appel de Nancy a d'ailleurs déjà statué dans ce sens et a annulé la décision d'homologation d'un PSE qui ne mentionne aucune action effectivement engagée par l'employeur pour la recherche d'un repreneur (CAA Nancy, 18 févr. 2016, n° 15NC2365).

UNE APPLICATION VOLONTAIRE

Dans l'affaire qui nous intéresse, la société Carrefour Proximité France, filiale du groupe Carrefour et spécialisée dans le format des magasins de petite taille dits de proximité, s'appuie sur deux réseaux de distribution : le réseau des magasins franchisés exploités par des sociétés indépendantes dans le cadre de contrats de location-gérance ou de franchise et le réseau des magasins intégrés exploités directement par Carrefour. Début 2018, le groupe Carrefour annonce un projet de réorganisation dénommé « Carrefour 2022 » visant à sauvegarder la compétitivité du groupe. Il est décidé que le groupe cesserait l'exploitation directe de magasins par le biais de la fermeture de 272 magasins du réseau intégré et du passage progressif en location-gérance des 79 autres magasins de ce réseau. Ce projet implique la suppression de 2 256 emplois. Dans ce cadre, Carrefour Proximité France décide de faire une application volontaire de la loi dite Florange sur la recherche de repreneurs afin d'éviter autant que possible la fermeture effective des 272 magasins intégrés.

LE CALENDRIER D'INFORMATION-CONSULTATION DES INSTANCES

Entre le mois de février et le mois de juin 2018, les instances représentatives du personnel sont informées et consultées sur le projet de réorganisation. Un accord sur le PSE est conclu avec les syndicats FO, CFTC et CGC le 25 avril. La Direccte Île-de-France rend une décision de validation le 21 juin 2018. Dans le même temps, Carrefour Proximité France procède à la recherche de repreneurs pour les magasins devant cesser leur activité. Le 4 juin, un rapport sur cette recherche est présenté au comité central d'entreprise.

Au final, sur les 272 magasins, 25 ont été repris. Les autres ont été fermés au mois de juillet 2018. Les salariés concernés ont reçu deux offres de reclassement conformément aux engagements pris dans l'accord sur le PSE. La critique de la CGT portait sur ces offres de reprise auxquelles Carrefour entendait donner suite, lui reprochant de ne pas avoir recueilli l'avis du CCE sur ces offres avant la fin du délai de consultation sur le PSE (C. trav., art. L. 1233-30).

LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI FLORANGE

Le débat se noue sur le point de savoir si la société n'était pas tenue d'appliquer la loi Florange. Selon l'article L. 1233-57-9 du Code du travail, la loi Florange s'applique lorsqu'une entreprise « *envisage la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif* ». En l'espèce, la direction fait valoir que les 272 magasins intégrés dont la fermeture était envisagée ne constituaient pas des établissements au sens de la loi Florange (moins de 50 salariés, pas d'autonomie de gestion). Seules, les directions régionales « *intégrées* » (regroupant les magasins et les satellites) constituent un établissement au sens de la loi Florange.

Au contraire, la CGT faisait valoir que dès lors que le projet entraîne la cessation complète d'activité des directions régionales « *intégrées* », que ces directions étaient assujetties à la mise en place d'un comité d'établissement et que le projet avait bien pour conséquence la mise en œuvre d'un PSE, les dispositions issues de la loi Florange devaient s'appliquer.

L'analyse de la direction est confirmée par la Cour d'appel qui entérine elle-même celle du tribunal administratif de Caen. Les magasins ●●●

●●● fermés ne constituent pas des établissements : « *S'il en résulte que le projet entraînera la suppression des établissements que constituent les actuelles directions régionales du réseau intégré, l'exécution du plan ne se traduira pas pour autant par une cessation complète de l'activité commerciale exercée par ces établissements, dès lors qu'une partie de cette activité restera exploitée en location-gérance, dans les mêmes magasins et par conséquent dans la même zone d'emploi que précédemment.* » Par conséquent, l'employeur n'était pas contraint de respecter les dispositions de l'article L. 1233-57-9 du Code du travail sur l'information-consultation des instances.

SUR LE CONTROLE DE L'ADMINISTRATION

L'entreprise n'était donc pas tenue légalement à l'application du dispositif Florange. Elle s'y est néanmoins conformée à titre volontaire. L'administration était-elle dès lors tenue de contrôler la recherche de repreneurs ? De cette ap-

plication volontaire, la Cour administrative d'appel en déduit qu'« *il n'entre pas dans l'office du Direccte de vérifier les conditions dans lesquelles l'entreprise met en œuvre de telles dispositions d'un plan de sauvegarde de l'emploi, dès lors que cette recherche de repreneurs a été entreprise volontairement par l'employeur.* » Manifestement, la cour administrative d'appel s'inspire de l'arrêt Darty rendu par le Conseil d'État selon lequel lorsqu'une procédure n'est pas obligatoirement applicable mais est appliquée à titre volontaire par l'employeur, un vice l'affectant n'est pas susceptible d'entraîner l'annulation de la décision de validation ou d'homologation de la Direccte : « *L'employeur n'étant pas tenu de soumettre pour avis au comité d'entreprise les éléments du projet de licenciement collectif fixés par l'accord collectif majoritaire qu'il soumet à la validation de l'administration, le moyen tiré de ce que la décision validant un tel accord serait illégale en raison d'un vice affectant la consultation du comité d'entreprise sur ces mêmes éléments est inopérant.* » (CE,

7 dec. 2015, n° 383856, Darty, concl. G. Dumortier, Semaine sociale Lamy n° 1704)

Autrement dit, seule l'irrégularité de la partie obligatoire de l'information consultation peut justifier légalement un refus de validation.

Dans la configuration de l'affaire Carrefour, il était peut-être possible de soutenir un raisonnement différent. Le volet sur le dispositif Florange était facultatif. Le PSE n'était pas tenu de le comporter. Mais dès lors qu'il y figurait, l'administration était certainement tenue de le contrôler. Elle était donc compétente pour s'assurer de la légalité de son contenu dont on sait qu'elle « *n'a pas la même densité* » lorsqu'il s'agit d'un accord collectif (voir sur ce point l'entretien avec D. Piveteau, Semaine sociale Lamy n° 1846, p. 3). Selon nos informations, le Conseil d'État n'aura pas à connaître de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes. ■

► CAA Nantes, 28 mars 2019, n° 19NT00048

Françoise Champeaux

Consultations sur le projet de réorganisation et sur les offres de reprise : quelle chronologie ?

Dans l'affaire Carrefour, la Cour administrative d'appel de Nantes n'a pas eu besoin de statuer sur cette question et c'est bien dommage. Le comité d'entreprise (aujourd'hui le CSE) peut-il valablement exprimer un avis sur le projet de réorganisation (C. trav., art. L. 1233-30) sans avoir été consulté sur les offres de reprise ? Autrement dit, la consultation sur les solutions de reprise éventuelles devrait-elle précéder celle sur le projet de réorganisation ? Pour contrer cette thèse, la direction de Carrefour faisait valoir que ces deux consultations n'ont pas le même fondement légal, ni la même temporalité. À ce jour, le juge administratif n'a pas tranché cette question. Le sujet est d'importance car certains repreneurs hésitent à formuler une offre ferme de reprise avant la fin du délai de consultation du fait de l'incertitude juridique née de cette question non tranchée.

PSE. Aux termes d'un raisonnement très classique sur la motivation de la décision administrative, le processus d'information-consultation des instances et la proportionnalité du PSE aux moyens du groupe, la CAA de Versailles donne un blanc-seing au PSE du journal *L'Équipe*.

L'Équipe hors jeu !

Stéphane Brotons, Président de chambre à la Cour administrative d'appel de Versailles

La Cour administrative d'appel de Versailles a eu à connaître de la légalité du plan de sauvegarde de l'emploi de la société *L'Équipe*, appartenant au groupe de presse Amaury, lui-même spécialisé dans le secteur de la presse et des médias à contenu sportif.

On sait que le secteur de la presse, et surtout celui de la presse papier, connaît depuis plusieurs années des difficultés récurrentes même si le *print* semble connaître récemment un certain regain d'intérêt de la part du public.

La situation de l'activité « papier » de la société *L'Équipe* illustre ces difficultés puisque, au moins à partir de 2010, l'équilibre financier est devenu très fragile en raison d'une forte baisse des ventes et d'une réduction corrélative du marché publicitaire.

L'Équipe a donc souhaité procéder à une réorganisation de cette activité dans le but de sauvegarder, à terme, sa compétitivité.

Le projet présenté visait à optimiser certaines tâches de réalisation, ce qui se traduisait par le licenciement économique de 67 salariés au total.

Faute d'obtenir un accord interne avec les institutions représentatives du personnel, la société a choisi de procéder par document unilatéral, homologué par la Direccte d'Île-de-France par une décision en date du 9 août 2018.

L'arrêt rendu le 14 mai dernier par la quatrième chambre de la Cour administrative d'appel de Versailles a rejeté la requête du syndicat Info'Com CGT qui s'articulait autour de trois moyens auxquels le juge a apporté une réponse circonstanciée qui rappelle l'étendue et les limites de son contrôle.

LA SUFFISANCE DE LA MOTIVATION

La motivation de la décision était critiquée par la société qui faisait valoir qu'une motivation complète aurait dû

faire apparaître l'existence et la portée des différents contrôles opérés par l'administration – cette carence en l'espèce rendant la motivation existante ineffective et de peu d'utilité dans une perspective contentieuse.

La société invoquait maladroitement les dispositions de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 dont on sait qu'elles ne s'appliquent par à notre contentieux lequel, concernant des décisions le plus souvent favorables à l'employeur, relève des dispositions spécifiques des articles L.1233-57-4 du Code du travail et non de la loi du 11 juillet 1979.

La critique de la société n'était pas sans pertinence dans son principe, mais elle se heurtait à la jurisprudence récente qui n'exige pas une motivation exhaustive de la décision et ne demande pas, en particulier, que l'administration prenne partie sur le respect de chacune des règles dont elle doit assurer le contrôle.

On sait en effet, que depuis la décision d'assemblée Heinz France (*CE 22 juill. 2015, n° 385816*) la jurisprudence est essentiellement « finaliste » c'est-à-dire qu'elle juge de la suffisance d'une motivation (et non de sa complétude) en appréciant si celle-ci a pu, en définitive, permettre, à ses destinataires, de connaître les raisons de fait et de droit qui sont à l'origine de cette décision – de sorte qu'ils ont été mis à même de la contester éventuellement.

À cet égard, doivent en principe figurer dans la décision que prend le Direccte des éléments relatifs à la régularité de la procédure d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel, au caractère suffisant des mesures contenues dans le plan au regard des moyens de l'entreprise, ainsi que tous ceux qui témoignent de la recherche, par l'employeur, d'emplois de reclassement pour les salariés concernés.

Pour être complet, ajoutons, qu'il incombe également à l'autorité administrative de faire figurer dans la motivation de sa décision tout élément particulier qui aurait, compte tenu de la spécificité du cas examiné, pu justifier un contrôle particulier de l'administration (*voir en ce sens CE 1^{er} févr. 2017, n° 391744*).

La décision du 9 août 2018 respectait toutes ces exigences puisqu'elle visait les dispositions pertinentes du Code du travail, notamment les articles L. 1233-24-2, L. 1233-24-4, L. 1233-28 et L. 1233-30, qu'elle rappelait les grandes étapes de la procédure de consultation des instances représentatives du personnel, qu'elle analysait les principales mesures visant à faciliter le reclassement externe des salariés (congrés de reclassement de neuf mois extensible, aides financières à une formation d'adaptation, aides diverses au reclassement interne ou à la recherche d'emploi).

Le moyen tiré de l'insuffisance de motivation ne pouvait donc qu'être rejeté.

Cette affaire aura également permis de constater que, malgré l'intervention de la loi du 6 août 2015 (et particulièrement de son article 292) qui prévoit que l'annulation d'une décision de validation ou d'homologation d'un PSE pour un motif tiré de l'insuffisance de motivation de la décision administrative, n'a désormais pour conséquence que d'imposer à l'autorité administrative de corriger, dans un délai de 15 jours, le vice relevé par le juge, les requérants trouvent encore intérêt à soulever ce moyen.

Effectivement, comme nous le disions dans une précédente chronique, cette loi n'a fait, sur ce point particulier, qu'expliciter la portée, traditionnellement limitée, reconnue par la jurisprudence aux moyens de légalité externe. Elle n'a donc pas substantielle- ●●●

ment modifié l'existant et ce moyen conserve encore toute son utilité ou, en tout cas, l'utilité qu'il a dans le contentieux de l'excès de pouvoir ordinaire.

UN AVIS DES INSTANCES EN TOUTE CONNAISSANCE DE CAUSE

Le second moyen concernait le respect par l'employeur et la Direccte, des dispositions prévues aux articles L. 1233-30, L. 1233-34 et L. 1233-36 du Code du travail qui prévoient l'information et la consultation des représentants du personnel et l'assistance éventuelle d'un expert-comptable.

Le cadre juridique est fixé depuis la décision *Eclaireurs de France* (CE 23 mars 2016, n° 389158) aux termes de laquelle l'obligation qui incombe à l'administration consiste à s'assurer que le comité d'entreprise a bien disposé de tous les éléments utiles pour formuler son avis en toute connaissance de cause.

Dès lors, il incombe à l'administration de se livrer à une appréciation globale de la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise à la date où elle statue sur la demande d'homologation.

En substance, la tâche de l'administration se limite à la vérification que l'employeur a bien fait parvenir au comité d'entreprise et au CHSCT le cas échéant, les éléments nécessaires pour qu'un avis ait été émis en toute connaissance de cause. Par ailleurs, si l'assistance d'un expert-comptable est nécessaire, l'employeur doit faire en sorte que son concours puisse être apporté aux élus.

De ce point de vue la décision d'homologation du 9 août 2018 n'apparaissait pas davantage critiquable puisqu'il ressortait des pièces du dossier que les informations et le temps de réflexion laissés au comité d'entreprise et au CHSCT étaient plus que suffisants.

Ainsi, la procédure de consultation s'est étendue sur quatre mois environ pendant laquelle le comité avait, en effet, tenu 11 réunions et disposé de deux documents de 60 pages chacun ainsi que de trois accords de méthode portant sur le calendrier prévisionnel des consultations. Il avait donc bénéficié de toutes les informations prévues par les dispositions sus-indiquées du Code du travail, avec notamment un descriptif complet du contexte économique du projet envisagé.

En outre, l'expert-comptable désigné avait obtenu toutes les informations nécessaires à la conduite de sa mission d'analyse et de proposition.

Sur ce point, la requête – rédigée en termes trop généraux – aurait peut-être gagné à préciser le type d'informations qui aurait fait défaut au comité d'entreprise ou au CHSCT.

À défaut de toute indication en ce sens, elle ne pouvait guère prospérer.

Au demeurant, on pouvait également constater qu'à aucun moment les élus du comité d'entreprise n'avaient utilisé la procédure d'injonction prévue à l'article L. 1233-57-5 qui leur aurait permis de demander au Direccte le prononcé d'une mesure obligatoire pour l'employeur afin qu'il fournisse une information manquante ou qu'il se conforme à une procédure existante.

Enfin, on pouvait relever que tant le comité que le CHSCT, avaient émis des avis (certes défavorables) sur le projet qui leur était soumis. Ce faisant, ils n'avaient donc pas estimé ne pas être en mesure de prendre position, faute d'avoir été suffisamment informés par leur employeur.

LA PROPORTIONNALITÉ DU PSE AUX MOYENS DU GROUPE

Le dernier moyen touchait à la proportionnalité du PSE par rapport aux moyens du groupe. On sait qu'en vertu de l'article L. 1233-57-3 du Code du travail l'administration doit, dans le cas

d'une homologation d'une décision unilatérale, vérifier la conformité du document aux dispositions législatives et aux stipulations conventionnelles applicables. Elle doit également contrôler que les mesures prévues par le plan sont proportionnées aux moyens dont dispose l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe.

Dans notre affaire, faute d'une argumentation peut-être plus convaincante, il apparaissait que la Direccte avait effectué ce contrôle non seulement à l'égard de la société *L'Équipe* mais également à l'égard du groupe Amaury dont elle dépend – ce qui répondait donc aux exigences textuelles et jurisprudentielles (voir notamment CE 22 juill. 2015, n° 383481, *Syndicat CGT de l'union locale de Calais et environs*).

Ressortaient ainsi du dossier l'existence d'un congé de reclassement égal à 83 % du salaire brut offert pendant une durée de 9 à 24 mois selon la situation des salariés, une aide à la création d'entreprise allant de 10 000 à 15 000 euros, des aides à la formation et à l'adaptation ainsi qu'à la reconversion des salariés et un plan de départ volontaire prévoyant notamment une indemnité de reclassement « senior » équivalente à trois mois de salaire.

Au vu de ces éléments, et faute d'une critique plus précise de l'appelant, il était difficile de conclure que les mesures d'accompagnement prévues n'étaient pas adaptées au projet de licenciement prévu (limité à 67 salariés, nous l'avons dit) ou que le dispositif de formation et d'adaptation était lacunaire.

Bien sûr, une définition jurisprudentielle d'une typologie du contrôle à opérer dans ce domaine simplifierait le travail des avocats et du juge, et les lecteurs savent que nous l'appelons de nos vœux... mais ceci est une autre histoire ! ■

► CAA Versailles, 14 mai 2019, n° 19VE00588

Semaine Sociale Lamy

■ P-DG Wolters Kluwer France - Directeur de la publication Hubert Chemla ■ Directrice de l'Infocentre droit social Sylvie Duras ■ Rédactrice en chef Françoise Champeaux - Case postale 702 - francoise.champeaux@wolterskluwer.com ■ Chef de rubrique Sabine Izard - Case postale 702 - sabin.izard@wolterskluwer.com ■ Secrétaire de rédaction Carole Rebillat Lasinski - Case postale 702 - carole.lasinski@wolterskluwer.com - Tél. 01 85 58 32 73 ■ Fax 01 82 51 01 56 ■ Internet : www.liaisons-sociales.fr - www.lamyline.fr ■ Édité par Wolters Kluwer France - 14, rue Fructidor - 75814 Paris Cedex 17 ■ SAS au capital de 75 000 000 € ■ Associé unique Holding Wolters Kluwer France ■ CPPAP 0223 T 82710 ■ RCS Paris 480 081 306 ■ Siret 480 081 306 00130 ■ TVA FR 55 480 081 306 ■ APE 5814 Z ■ Abonnement annuel 730,01 € TTC ■ Prix du numéro 15,86 € TTC ■ Périodicité hebdomadaire ■ Dépôt légal à parution ■ ISSN 0223-4637 ■ Imprimerie Champagne (Langres 52) ■ Origine du papier : Finlande. Taux de fibres : 0 %. Certification : PEFC. Eutrophisation : Ptot 0,010 kg/tonne ■ Service clients : contact@wkl.fr : 09 69 39 58 58 ■ N° Cristal 09 69 39 58 58 ■ APPEL NON SURTAXE

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 6 janvier 1978, ces informations peuvent donner lieu à l'existence d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France - Direction commerciale.

Délégué syndical

Mais attendu, d'abord, qu'il résulte de l'alinéa 3 de l'article L. 2143-3 du Code du travail dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2017-1718 du 20 décembre 2017, applicable à compter du 1^{er} janvier 2018, que la désignation d'un délégué syndical peut intervenir lorsque l'effectif d'au moins cinquante salariés a été atteint pendant les douze mois consécutifs précédant la désignation ;
 Attendu, ensuite, que le tribunal a constaté qu'était rapportée la preuve, en vertu des éléments produits par l'employeur qu'il a analysés, que l'effectif n'avait jamais atteint cinquante salariés pendant ces douze mois ;
 ► **Cass. soc., 29 mai 2019, n° 18-19.890 P + B**

Discrimination syndicale

Mais attendu que si le juge judiciaire ne peut, en l'état de l'autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier un salarié protégé, sans violer

le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement, il reste, cependant, compétent pour apprécier les fautes commises par l'employeur pendant la période antérieure au licenciement, et notamment l'existence d'une discrimination syndicale dans le déroulement de la carrière du salarié ;
 Et attendu que la cour d'appel a décidé exactement que le contrôle exercé par l'administration du travail, saisie d'une demande d'autorisation administrative de licenciement, de l'absence de lien avec les mandats détenus par le salarié ne rendait pas irrecevable la demande du salarié fondée sur la discrimination syndicale qu'il estimait avoir subie dans le déroulement de sa carrière ;
 ► **Cass. soc., 29 mai 2019, n° 17-23.028 P + B**

Délégué syndical supplémentaire

L'article L. 2143-4 du Code du travail dispose que, dans les entreprises d'au moins

cinq cents salariés, tout syndicat représentatif dans l'entreprise peut désigner un délégué syndical supplémentaire s'il a obtenu un ou plusieurs élus dans le collège des ouvriers et employés lors de l'élection du comité d'entreprise et s'il compte au moins un élu dans l'un des deux autres collèges. Il se déduit de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation que deux organisations syndicales, affiliées à la même confédération interprofessionnelle nationale, dès lors qu'elles ont présenté des listes distinctes dans des collèges différents, peuvent faire valoir qu'elles remplissent, ensemble, les conditions exigées par l'article L. 2143-4 du Code du travail pour la désignation d'un délégué syndical supplémentaire en raison de la présence d'élus dans au moins deux collèges. En l'espèce, le tribunal d'instance a constaté que la société Keolis Lille employait un effectif compris entre deux mille et trois mille neuf cent quatre dix-neuf salariés, que le syndicat CGT-Transpole et

le syndicat UGICT-CGT, tous deux affiliés à la CGT, ont présenté, lors des élections professionnelles du 23 mai 2017, des listes distinctes dans deux collèges différents et ont obtenu, le premier un total de sept élus dans le premier collège et le second un total de deux élus dans le second collège. Le tribunal en a exactement déduit que le syndicat CGT Transpole, syndicat intercatégoriel, seul représentatif dans l'entreprise parmi les organisations syndicales affiliées à la CGT ayant obtenu des élus dans le premier collège, pouvait désigner un délégué syndical supplémentaire ;
 ► **Cass. soc., 29 mai 2019, n° 18-60.129 P + B**

Syndicat

Mais attendu qu'un syndicat représentant le personnel navigant technique, reconnu représentatif, en application de l'article L. 6524-3 du Code des transports, lorsqu'il recueille au moins 10 % 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 dans le collège électoral spécifique créé pour le personnel navigant technique, peut désigner un nombre de délégués syndicaux au moins égal à un et correspondant à l'effectif de la catégorie de personnel qu'il représente, peu important qu'il soit ou non affilié à une confédération syndicale intercatégorielle ;
 ► **Cass. soc., 29 mai 2019, n° 18-19.675 P + B**

LE ZOOM de la semaine

Modification

Mais attendu, d'une part, que le seul refus par un salarié d'une modification de son de son contrat de travail ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement ;
Attendu, d'autre part, que la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique ;
Et attendu qu'il résulte des constatations de la cour d'appel que le motif de la modification du contrat de travail refusée par les salariées résidait dans la volonté de l'employeur de modifier le taux de rémunération variable applicable au sein du magasin de Reims compte tenu de l'augmentation sensible de la surface de vente et qu'il n'était pas allégué que cette réorganisation résultait de difficultés économiques ou de mutations technologiques ou qu'elle fût indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, en sorte que le licenciement était sans cause réelle et sérieuse ;

► **Cass. soc., 28 mai 2019, n° 17-17.929 P + B**

