

L'impact de la crise économique sur les droits nationaux

Rapport français

Auteurs :

Gwenola BARGAIN, Maître de conférences à l'Université François Rabelais de Tours

Pierre-Emmanuel BERTHIER, Maître de conférences à l'Université Lumière Lyon 2

Tatiana SACHS, Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Sommaire

Introduction	3
Section 1 : L’entreprise, un centre autorégulé	6
A. L’implication des travailleurs	7
B. La négociation d’entreprise sur l’emploi.....	10
C. Le recul de la règle hétéronome	15
Section II. La recherche d’une responsabilisation de l’entreprise	18
A. L’encadrement de la décision de fermer un établissement <i>in bonis</i>	19
B. La responsabilisation des sociétés donneuses d’ordre en matière de « concurrence sociale déloyale »	21
C. L’instauration d’un devoir de vigilance des sociétés – mères ou des sociétés donneuses d’ordre.....	23
Section III. La sécurisation des parcours professionnels	24
A. La formation professionnelle	26
B. La portabilité des droits.....	32
C. La mobilité volontaire sécurisée.....	36
Conclusion	40

Introduction

Bien que d'origine financière, la crise économique alimente les critiques dont le droit du travail est la cible. La rhétorique en marche fait de la réglementation sociale la cause essentielle du chômage persistant en France, indiquant par là-même le remède miracle : la levée des règles qui introduisent des rigidités sur le marché du travail. Délaissant les marchés financiers, les réformes françaises se focalisent sur l'adaptation du droit du travail aux fluctuations marchandes, tout en cherchant à sécuriser les transitions des personnes.

Le procès des rigidités du droit du travail est loin d'être récent. Il est instruit, en France, depuis les années 1980. À cette fin, la doctrine économique n'a pas tardé à s'emparer de la question et bon nombre de voies empruntées dans la foulée de la crise économique mondiale de 2008 avaient été tracées bien avant celle-ci. En effet, le droit du travail est soumis depuis longtemps à un impératif d'efficacité économique¹. Des rapports appelant à des transformations majeures de la réglementation sociale française ont reçu une audience importante, inspirant plusieurs dispositifs juridiques plus ou moins viables². Ces rapports ont proposé de mesurer l'efficacité du droit du travail au regard de la protection de l'emploi³.

De nombreuses critiques méthodologiques ont pu cependant leur être opposées. D'une part, ils reposent sur une conception réductrice des visées du droit du travail. Une seule fonction est attribuée aux règles, par exemple celles sur le recours aux contrats à durée déterminée ou encore celles sur le licenciement : protéger l'emploi. Se trouvent ainsi ignorées les autres fonctions de ces dispositifs juridiques, en particulier, celle d'encadrer l'exercice, par l'employeur, de son pouvoir.

D'autre part, ces rapports reposent sur une conception spécifique de l'emploi⁴. Car, si chacun prétend mener une bataille pour l'emploi, il n'est pas certain que tous parlent de la même chose. L'emploi est, en premier lieu, l'état ou le statut auquel le travail donne accès. Défendre, promouvoir l'emploi, lui assurer une sécurité, c'est alors éviter les atteintes au statut ; c'est aussi enrichir ce statut. L'emploi est, ensuite, une place dans une organisation, susceptible d'être définie selon diverses déclinaisons. Tel est l'emploi qui est supprimé ou transformé, l'emploi au

¹ L'efficacité d'un dispositif juridique désigne sa propension à atteindre les objectifs socio-économiques qui lui sont assignés. Mesurer l'efficacité économique, dont le terme « efficacité » est synonyme, consiste à évaluer si ces mêmes objectifs auraient pu être atteints à moindre coût. Sur ces différents registres d'évaluation, voir P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », *Droit et sociétés*, n° 2, 1986, p. 130, A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992, p. 263.

² De nombreux nouveaux dispositifs du droit du travail français puisent directement leurs sources dans ces rapports. Le « contrat nouvelle embauche » (CNE), Le « contrat première embauche » (CPE), ou encore la rupture conventionnelle en sont des exemples.

³ O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, rapport du Centre d'Analyse Economique, La Documentation française, 2003 ; P. CAHUC, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, rapport au Centre d'organisation économique, CCIP, 2003 ; P. CAHUC, F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2004. Pour une analyse critique de ces rapports, voir T. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2013 ; G. BARGAIN, *Normativité économique et droit du travail*, LGDJ, coll. « Droit-économie », 2014.

⁴ Sur la polysémie de l'emploi, en particulier dans la négociation collective, voir T. KATZ, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit social », 2007.

sens du droit du licenciement économique⁵. Tel est aussi l'emploi de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences⁶. Enfin, dans la langue du droit et dans la langue politique, l'emploi est également un objectif qui justifie des engagements. L'emploi recoupe alors le volume des personnes occupées. Mais rien n'est dit, dans cette dernière acception, sur le statut de ces personnes. L'emploi est alors réduit à un objectif, certes collectif, mais conçu principalement de manière quantitative⁷. C'est cette conception qui prévaut aujourd'hui, ce au dépens des deux premières. La prégnance du jugement d'efficacité marque donc la prévalence d'une certaine fonction du droit du travail et d'une certaine conception de l'emploi.

Contrairement à d'autres pays de la zone Euro, les réformes engagées par la France dans ce contexte n'ont donc pas été directement imposées par Bruxelles. L'influence des autorités européennes se fait en réalité beaucoup plus diffuse. Comme dans les autres pays européens, les contraintes budgétaires imposées dans le cadre de la nouvelle gouvernance économique européenne, avec notamment l'adoption du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'UEM et le Pacte européen pour la croissance et l'emploi, ont un impact important en France⁸. Et les récentes recommandations envisagées pour la période 2014-2015, en invitant la France à « réduire la charge fiscale sur le travail » et « à prendre des mesures supplémentaires pour lutter contre la rigidité du marché du travail »⁹, ne laissent pas augurer de nouvelles orientations.

L'attachement de la Commission européenne à une politique de flexicurité est connu. Définie comme étant « une stratégie intégrée visant à améliorer simultanément la flexibilité et la sécurité sur le marché du travail »¹⁰, cette approche met l'accent sur les « transitions », en facilitant la rupture des contrats de travail par les entreprises et en soutenant la mobilité des travailleurs tant dans leurs emplois qu'entre les emplois. Ce discours a sans conteste été entendu en France et continue de porter ses fruits. Si le concept de flexicurité n'apparaît jamais dans les textes¹¹, l'idée de « sécurisation » est privilégiée et le lexique de la sécurité s'avère omniprésent¹².

Sécurisation de l'emploi, sécurisation des parcours professionnels, sécurité juridique de l'employeur : autant d'occurrences du lexique de la « sécurité ». D'emblée, il peut être observé que ce lexique est rapporté indifféremment à l'employeur et au salarié, suggérant ainsi une symétrie dans la situation respective des deux parties au contrat de travail. Témoignent de cette

⁵ Art. L. 1233-3 du Code du travail.

⁶ La gestion prévisionnelle des emplois et des compétences fait l'objet d'une obligation triennale de négocier (art. L. 2241-4 du Code du travail).

⁷ Sur les dimensions individuelle et collective de l'emploi, voir F. GAUDU, « Les notions d'emploi en droit », *Dr. soc.* 1996, p. 569.

⁸ Pour plus de détails, voir M.-C. ESCANDE-VARNIOL, S. LAULOM, E. MAZUYER, P. VIELLE (coord.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Larcier, 2012.

⁹ COM (2014) 411 final, 2 juin 2014, *Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2014 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2014*.

¹⁰ COM (2007) 359 final, 27 juin 2007, *Vers des principes communs de flexicurité: Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité*.

¹¹ Voir M. SCHMITT, « L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi », *RDT* 2014, p. 454.

¹² F. FAVENNEC-HÉRY, *La sécurité juridique en droit du travail*, Lexis-Nexis, coll. « Actualités », 2014. Pour une critique de l'exigence de sécurité juridique, voir E. PESKINE et alii, « Protection de l'emploi et efficacité économique : un couple dans la crise », *Dr. ouvr.* 2012, p. 74.

symétrie les propos tenus par le Ministre de l'emploi lors d'une réunion de l'Association Française de Droit du Travail : « La sécurisation dans l'emploi des salariés va de pair avec la sécurité juridique de l'autre partie : les employeurs »¹³.

Cette symétrie rhétorique est trompeuse. L'exigence de sécurité juridique – ou l'exigence juridique de sécurité – des employeurs ne peut être mise sur le même plan que la sécurisation de l'emploi des salariés. Alors que la première s'avère essentiellement juridique – et se traduit par des mécanismes juridiques, lesquels, le plus souvent, tendent à tenir le juge à distance, la sécurisation de l'emploi désigne un objectif de politique économique, le plus souvent formulé en terme quantitatif. Plus encore, l'Accord National Interprofessionnel, signé en janvier 2013, semble faire de la sécurité des employeurs une condition de la sécurisation de l'emploi¹⁴. Ainsi, pour atteindre celui de sécurisation de l'emploi, il faut commencer par assurer la sécurité juridique des employeurs. L'objectif lointain de sécurisation de l'emploi se trouve servi par un moyen : la sécurité juridique des employeurs. Ce rapport instrumental entre les deux sécurités a son importance lorsqu'il s'agit d'envisager la mise en œuvre de l'exigence de sécurité. La réalisation de la sécurité juridique de l'employeur reste dans l'ordre du droit. Elle consiste en la réduction des délais de prescriptions, l'instauration de délai préfix, etc.¹⁵ Dépassant les frontières du droit, la réalisation de l'objectif de sécurisation de l'emploi reste, quant à elle, empreinte d'incertitude. Car il va alors s'agir d'apprécier les effets socio-économiques – extérieurs au droit donc – des mesures de sécurité juridique prises dans l'ordre du droit. Les exigences d'efficacité économique et de sécurité juridique se nourrissent l'une l'autre. C'est par leur truchement que se trouve justifiée une recherche des remèdes à la crise dans le droit du travail, alors même que l'origine de cette dernière se situe en dehors des relations du travail.

Si la France n'a donc pas directement subi d'injonctions européennes, elle n'en a pas moins entamé des réformes allant dans le sens des préconisations de Bruxelles, visant à développer un modèle de flexicurité à la française. Tel est le cas de la réforme majeure intervenue le 15 juin 2013 avec l'adoption de la loi de sécurisation de l'emploi, à la suite de la signature de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 visant à établir « un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés ». Ce modèle repose sur un ordonnancement renouvelé des relations du travail, au sein duquel le droit du travail et le droit de la protection sociale s'articulent de manière originale pour devenir un droit du marché du travail : un droit orienté vers une meilleure circulation et allocation de la main d'œuvre.

La loi de sécurisation de l'emploi vient ainsi développer l'auto-régulation de l'entreprise afin de garantir l'adaptation de celle-ci à son environnement économique, en mettant l'accent sur les procédures négociées (section 1). À cette réforme cardinale, se sont cependant ajoutées d'autres réformes visant une responsabilisation accrue des entreprises. Un certain nombre de ces législations (ou projet) touche à un point sensible : le croisement des légalités sociales et commerciales (section 2). La responsabilisation recherchée n'est pas uniquement celle des

¹³ Séance mensuelle de l'AFDT (25 mars 2013) au Palais de Justice de Paris.

¹⁴ Le raisonnement est le suivant. Il prend appui sur une hypothèse : les employeurs n'embauchent pas par crainte de ne pouvoir licencier. En effet, l'intervention du juge étant porteuse d'une remise en cause potentielle de leur décision, cette dernière est prise dans un environnement incertain et ne peut donc être adoptée rationnellement. Aussi, pour inverser cette tendance et relancer l'emploi, convient-il d'assurer la sécurité juridique de l'employeur. Dans cette perspective, améliorer la sécurité juridique des employeurs favorise la sécurisation de l'emploi. En ce sens, voir les références de la note n° 3.

¹⁵ M. GRÉVY et P. HENRIOT, « Le juge judiciaire, ce gêneur... », *RDT* 2013, p. 173.

entreprises, les salariés sont aussi mis à contribution, tenus désormais d'être « mobiles ». À travers l'exigence de sécurisation des parcours professionnels, c'est en effet un droit de la mobilité qui se dessine (section 3).

Section 1 : L'entreprise, un centre autorégulé

Le renforcement de la négociation à une échelle décentralisée constitue, depuis plusieurs années, l'horizon des évolutions souhaitées par certains partenaires sociaux et encouragées par le législateur. La réforme de la représentativité des syndicats de salariés, issue de la loi du 20 août 2008, ayant eu pour finalité d'asseoir plus solidement leur légitimité, le recours à la négociation collective s'avère désormais être privilégié pour résoudre les problèmes liés à l'emploi. Issue du dialogue social, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi contient en ce sens de nombreuses dispositions favorisant le recours à des procédures négociées au sein de l'entreprise et renforçant le rôle des représentants du personnel.

Conformément à la procédure prévue à l'article L.1 du Code du travail¹⁶, cette nouvelle législation fait suite à la négociation préalable menée par les partenaires sociaux ayant abouti à la signature de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 visant à établir « un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés »¹⁷. Paradoxalement, face à un marché du travail sclérosé et à une activité économique stagnante, les solutions sont recherchées à travers une autonomie croissante de l'entreprise libérée de la contrainte étatique mais encadrée par des garanties procédurales visant à assurer l'ajustement des droits à l'incertitude économique. De fait, les représentants du personnel sont invités à prendre leur part de responsabilité dans les choix affectant la situation des salariés dans l'entreprise puisqu'il s'agit ainsi de garantir « un rôle accru des salariés et de leurs représentants, tant dans les actions d'anticipation que d'adaptation, lorsque la situation de l'entreprise est objectivement difficile »¹⁸. Dans le sillage d'une tendance amorcée au début des années 1980, l'autonomie de l'entreprise est renforcée par le biais de l'émancipation de l'accord d'entreprise¹⁹, tant au regard des sources légales et des sources conventionnelles plus larges que de l'engagement contractuel individuel.

Nouveauté cependant du schéma ainsi dessiné, il s'agit désormais d'assurer par la négociation une « internalisation » par les acteurs des contraintes économiques de l'entreprise en leur garantissant une plus grande implication dans les choix ainsi opérés²⁰. En conséquence, les représentants des salariés se voient attribués des prérogatives étendues et l'accès à l'information

¹⁶ Rappelons qu'en vertu de l'article L.1 du Code du travail, tout projet de réforme intéressant directement les matières du droit du travail, à savoir les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle, doit faire l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales.

¹⁷ La négociation collective nationale, véritable « négociation légiférante », est ainsi étroitement associée à l'élaboration des réformes législatives. Voir J. FREYSSINET et M.-A. SOURIAU, « Peut-on faire confiance à la négociation interprofessionnelle ? », *RDT* 2013 p. 156 ; G. COUTURIER et J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi, le passage de l'accord à la loi*, Les rencontres sociales de la Sorbonne, vol. 1, Editions de l'IRJS, 2013.

¹⁸ Exposé des motifs de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi*.

¹⁹ Sur les évolutions liées à la loi du 14 juin 2013, voir E. PESKINE, « La célébration de l'accord collectif d'entreprise. Quelques enseignements de la loi relative à la sécurisation de l'emploi », *Dr. soc.* 2014, p. 438.

²⁰ A. LYON-CAEN et T. SACHS, « L'ADN d'une réforme », *RDT* 2013, p. 162.

économique devient un enjeu central quant à la qualité de ce dialogue social et à l'acceptation des décisions adoptées. Cette information économique est donc au cœur de l'implication des travailleurs (A) dans les choix opérés au niveau de l'entreprise. C'est d'elle également que dépendra la négociation sur l'emploi (B). Légitimes car négociées, ces solutions sont alors « sécurisées » par des mécanismes visant à « rationaliser les procédures de contentieux judiciaires »²¹(C).

A. L'implication des travailleurs

Créer de « nouveaux droits collectifs en faveur de la participation des salariés », tel est l'un des objectifs affichés par la loi relative à la sécurisation de l'emploi. Selon les termes de l'exposé des motifs de la loi, il s'agit d'améliorer la capacité des représentants des salariés à intervenir sur la stratégie de l'entreprise. La connaissance par les salariés de ces orientations stratégiques et de leurs conséquences sur leur emploi, leur carrière et leurs conditions de travail est recherchée car elle s'avère constituer une « condition de leur adhésion et de leur performance »²². Le dialogue sur cette stratégie est favorisé afin de garantir l'expression collective des salariés sur les choix de l'entreprise, sans pour autant leur permettre de véritablement peser sur ceux-ci.

Au cœur du schéma, initialement tracé par les partenaires sociaux, se situe l'enjeu d'une plus grande implication des travailleurs, laquelle s'opère par diverses modalités. Ainsi une nouvelle consultation obligatoire du Comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et une nouvelle modalité de partage de l'information stratégique de l'entreprise dans les domaines économiques et sociaux ont été créées par la loi de sécurisation de l'emploi (1). Le législateur a dans le même temps favorisé, conformément au dessein originel des signataires de l'ANI, une « meilleure association et information des salariés » à la stratégie de l'entreprise, en prévoyant la participation de représentants des salariés avec voix délibérative aux conseils d'administration (ou de surveillance) des grandes entreprises (2).

1. Les nouveaux modes d'implication des représentants élus des salariés

L'accès à une information économique de qualité est un élément central de l'implication des travailleurs, conditionnant la viabilité des solutions négociées au sein de l'entreprise. Cette information constitue même, selon les signataires de l'ANI, « l'une des conditions indispensables à l'effectivité d'un dialogue social de qualité notamment sur la répartition des richesses que produit l'entreprise »²³.

L'outil phare de ce partage de l'information, dans l'esprit des partenaires sociaux, est la création d'une *base de données économiques et sociales*. Le Code du travail français contient en effet de nombreuses obligations d'information pesant sur l'employeur à destination du comité d'entreprise. La grande diversité de ces informations et leur dispersion temporelle et matérielle

²¹ Titre V de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 *pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*.

²² Titre II de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 *pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*, p. 11.

²³ *Annexe sur l'information des IRP sur les options stratégiques de l'entreprise et la répartition de la valeur : base de données accessible aux représentants élus et syndicaux*, Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013.

constituaient autant d'obstacles à leur accès ainsi qu'à leur compréhension par les représentants des salariés. Cette nouvelle base de données a donc vocation à rassembler un ensemble d'informations, traditionnellement transmises de manière récurrente au comité d'entreprise, que l'employeur met désormais à disposition, en permanence, du comité d'entreprise et, à défaut, des délégués du personnel, afin de permettre une information plus intelligible et simplifiée dans les domaines économiques et sociaux.

Les domaines concernés sont d'une très grande diversité comme en témoigne la liste établie par le législateur, dont le contenu peut être aménagé par la négociation de branche, d'entreprise ou le cas échéant d'accord de groupe : « investissements, fonds propres et endettement ; ensemble des éléments de la rémunération des salariés et dirigeants ; activités sociales et culturelles ; rémunération des financeurs ; flux financiers à destination de l'entreprise, notamment aides publiques et crédits d'impôts ; sous-traitance ; le cas échéant, transferts commerciaux et financiers entre les entités du groupe »²⁴.

Cette base de données doit être mise à jour régulièrement et permettre notamment d'avoir une vision prospective en intégrant des perspectives sur les trois années suivant l'année en cours. Elle doit être mise en place au plus tard le 14 juin 2014 pour les entreprises d'au moins 300 salariés, et le 14 juin 2015 pour les entreprises de moins de 300 salariés²⁵.

Dans l'esprit des rédacteurs de l'ANI, cette base de données doit permettre la mise en contexte des résultats de l'entreprise et de sa situation économique et sociale, « *de mieux comprendre et partager les orientations stratégiques de l'entreprise* » et de présenter les impacts de ces orientations sur la répartition de la valeur créée entre les parties prenantes.

Cet enjeu d'un dialogue social renforcé est également présent dans l'élargissement des destinataires de cette information économique. En effet cette base de données est accessible en permanence non seulement aux membres du comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, mais aussi aux membres du comité central d'entreprise, du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et aux délégués syndicaux.

Que la représentation syndicale soit destinataire des mêmes informations que la représentation élue retient particulièrement l'attention, et ce à double titre. D'une part, d'un point de vue pratique, les délégués syndicaux seront éventuellement amenés à établir un « diagnostic » partagé avec l'employeur dans le cadre de la négociation sur le maintien de l'emploi (voir *infra* B, 2), voire à élaborer conjointement avec celui-ci le plan de sauvegarde de l'emploi (voir *infra* B, 1). D'autre part, et plus fondamentalement, cette mesure est révélatrice de la place qu'occupe aujourd'hui la négociation collective dans un domaine jusqu'ici réservé aux procédures d'information-consultation : les décisions relatives à l'emploi.

Cette base de données est également un élément central dans la nouvelle *consultation obligatoire du comité d'entreprise par l'employeur sur les orientations stratégiques de l'entreprise* (Article L. 2323-7-1 du Code du travail) introduite par la loi de sécurisation de l'emploi²⁶. Cette consultation

²⁴ Article L. 2323-7-2 du Code du travail créé par la Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi*. Voir également le décret d'application : Décret n° 2013-1305 du 27 décembre 2013 *relatif à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation comité d'entreprise et d'expertise*.

²⁵ Circulaire DGT 2014/1 du 18 mars 2014 *relative à la base de données économiques et sociales et aux délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise*.

²⁶ F. GÉA, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise. Bâtir une culture de la confiance ? », *Dr. soc.* 2013, p. 717.

a un double objet. Désormais, chaque année, le comité d'entreprise doit être consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise. De plus, il doit être également consulté sur les conséquences de ces orientations sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des contrats temporaires et à des stages.

Le comité émet un avis sur ces orientations et peut proposer des orientations alternatives. Cet avis est transmis à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, qui formule une réponse argumentée. Le comité en reçoit communication et peut y répondre.

L'idée des partenaires sociaux à l'origine de cette nouvelle obligation de consultation est de favoriser « l'adhésion » des salariés aux projets économiques de l'entreprise dès lors qu'ils ont la possibilité de s'exprimer collectivement, par l'intermédiaire du comité d'entreprise, sur les choix stratégiques et leurs conséquences. Paradoxalement la justification de cette procédure d'information-consultation ainsi créée ne réside donc pas dans la meilleure prise en compte, par l'employeur, des intérêts des salariés²⁷. La possibilité de formuler des orientations alternatives, de faire des contre-propositions, et le dialogue qui doit s'organiser à la suite de ces propositions constituent ainsi un élément central dans l'implication des travailleurs. Le comité d'entreprise n'est cependant pas titulaire d'un droit de veto sur ces questions, ce qui éloigne ce modèle de celui de la co-gestion à l'allemande, d'autant plus que la dualité de la représentation des salariés est conservée.

Ce dispositif se double également d'un renforcement de l'obligation de confidentialité à la charge des représentants des salariés désormais tenus d'une obligation de discrétion à l'égard des informations confidentielles, sous peine de sanctions disciplinaires.

Une autre voie a également été suivie en vue de renforcer l'implication des travailleurs mais celle-ci se révèle somme toute étroite tant les conditions exigées sont restrictives. Il s'agit de la présence de représentants des salariés dans les conseils d'administration des sociétés.

2. La mise en place de représentants des travailleurs dans les conseils d'administration des entreprises

La présence de représentants des salariés au sein des conseils d'administration des sociétés constitue une autre innovation de la loi de sécurisation de l'emploi. Si la présence de représentants du comité d'entreprise au sein des conseils d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes est obligatoire, ceux-ci n'ont cependant qu'une voix consultative. La possibilité de faire siéger avec voix délibérative des représentants des salariés au sein des organes de direction n'était par ailleurs que facultative (Article L. 225-27 et L. 225-79 du Code de commerce).

Les signataires de l'ANI du 11 janvier 2013 ont donc souhaité faire entendre l'expression collective des salariés en leur assurant obligatoirement une voix délibérative au sein de l'organe définissant la stratégie de l'entreprise. Ce dispositif a été repris dans la loi de sécurisation de l'emploi (Article L. 225-27-1 du Code de commerce). Il s'agit ainsi de favoriser la prise en compte du point de vue des salariés en imposant la présence d'administrateurs en qualité de représentants des salariés au sein des conseils d'administration ou de surveillance mais également de permettre par le biais de cette participation embryonnaire aux organes de décision une « internalisation » des contraintes pesant sur la société.

²⁷ Voir A. LYON-CAEN et T. SACHS, « L'ADN d'une réforme », *RDT* 2013, p. 162.

Toutes les sociétés ne sont cependant pas concernées et les critères fixés par la loi, conformément à la volonté des partenaires sociaux, sont particulièrement restrictifs²⁸. D'une part, pour les sociétés ayant leur siège social en France, seules celles ayant un effectif total de 5000 salariés « permanents », filiales directes et indirectes localisées en France comprises, sont soumises à cette obligation. Si ce seuil n'est pas atteint, il faut prendre en compte les effectifs de la société et de ses filiales directes et indirectes ayant leur siège social en France ou à l'étranger, le seuil étant alors de 10000 salariés « permanents ». Ces seuils d'effectifs doivent avoir été atteints pendant deux exercices consécutifs.

D'autre part, seules les sociétés anonymes (« SA ») et les sociétés en commandite par actions (« SCA ») sont concernées par le nouveau dispositif, et encore faut-il qu'elles soient dans l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise. En outre les filiales des sociétés-mères soumises à cette obligation ne sont pas tenues, elles, de faire siéger des représentants des salariés dans leurs conseils d'administration.

Quant au nombre de ces représentants, il est particulièrement faible. Ils sont au moins 2 dans les sociétés dont le nombre d'administrateurs est supérieur à 12 et au moins un s'il est égal ou inférieur à 12. Les entreprises disposeront de vingt-six mois pour mettre en place une telle représentation. Les modalités de désignation de ces représentants sont fixées par les statuts. Dans l'hypothèse d'une désignation résultant d'une modification des statuts, les associés disposent d'une liberté importante dans le choix des modalités puisqu'ils peuvent opter pour l'organisation d'élections, pour une désignation par une organisation syndicale représentative ou encore la désignation par le comité de groupe, le comité central d'entreprise, le comité d'entreprise...

Le renforcement de l'accès à l'information économique constitue donc l'axe cardinal de la réforme issue de la loi de sécurisation de l'emploi, mais il faut bien constater que la réflexion sur la construction de cette information n'est pas ou peu amorcée. Ce qui est d'autant plus regrettable que celle-ci sera également au cœur de la négociation d'entreprise sur l'emploi.

B. La négociation d'entreprise sur l'emploi

Telle que la négociation sur l'emploi a été conçue, il s'agit d'accroître les marges de manœuvre de l'entreprise afin de lui permettre de se réorganiser. Les nouvelles mesures relatives à la négociation collective sur l'emploi ont toutes pour objet ou pour effet de bouleverser le droit du licenciement économique collectif, soit qu'elles prévoient directement la possibilité de négocier le plan de sauvegarde de l'emploi (1), soit qu'elles organisent la conclusion d'accords collectifs au régime juridique dérogatoire évinçant l'application du droit des grands licenciements collectifs (2) et (3). La contrainte substantielle du dispositif légal se relâche au profit d'une auto-détermination négociée du contenu des garanties collectives au sein d'un cadre préétabli et conçu par le législateur dans l'objectif d'une « déjudiciarisation ».

1. La négociation sur les plans de sauvegarde de l'emploi

La réforme de 2013 apporte un bouleversement d'importance dans le droit du licenciement économique collectif²⁹. Elle revient en effet sur les choix opérés par la législation

²⁸ G. AUZÉRO, « La représentation obligatoire des salariés dans les conseils d'administration et de surveillance », *Dr. soc.* 2013, p. 740.

²⁹ G. COUTURIER, « Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs », *Dr. soc.* 2013, p. 814.

favorisant la concertation avec le comité d'entreprise en offrant à la négociation collective un rôle potentiellement central, celle-ci pouvant être désormais au cœur de l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE)³⁰.

Rappelons que l'élaboration d'un PSE est obligatoire pour les entreprises d'au moins 50 salariés procédant à des licenciements économiques d'au moins 10 salariés sur 30 jours. De nouvelles modalités d'élaboration du PSE sont cependant applicables depuis la loi du 14 juin 2013.

Désormais, le PSE peut être édicté soit unilatéralement par le chef d'entreprise soit être inclus dans un accord collectif (articles L. 1233-24-1 et L. 1233-24-4 du Code du travail). Edicté unilatéralement, il est soumis à la discussion des représentants du personnel et transmis à l'administration dans des délais légalement déterminés. Une fois définitivement arrêté ce PSE est transmis à l'administration pour homologation, laquelle devra intervenir dans les 21 jours.

La procédure sera différente si le contenu du PSE est déterminé par voie de négociation : l'ouverture de la négociation devra alors faire l'objet d'une information de la DIRECCTE³¹ puis une fois la négociation terminée, l'accord devra être transmis à l'administration pour validation dans les 15 jours qui suivent. Au cours de cette procédure, le CE devra être consulté sur « l'opération projetée et ses modalités d'application » (article L1233-30 I 1° du Code du travail) et rendre son avis dans un délai précis (2, 3 ou 4 mois selon le nombre de licenciements envisagés), sachant qu'en l'absence d'avis du comité d'entreprise dans ces délais, celui-ci est réputé avoir été consulté. L'objectif est ainsi d'éviter tout ralentissement de la procédure du fait des représentants élus du personnel ; l'exercice des prérogatives qui leur sont ainsi conférées est enserré dans des délais particulièrement étroits, limitant le droit à la participation des salariés, si bien que la constitutionnalité de cette disposition est discutée³².

Le texte ne semble pas établir de hiérarchie entre les deux modalités d'élaboration du PSE mais la négociation collective doit en principe être « encouragée ». Car c'est bien la négociation qu'entendent privilégier les partenaires sociaux relayés sur ce point par le législateur. La marge de manœuvre laissée à la négociation est grande et vise ainsi à privilégier, sous le contrôle de l'administration, une procédure de licenciement collectif « déjudiciarisée ». Les représentants élus du personnel, auparavant acteurs traditionnels de la procédure, sont ainsi relégués au second plan au profit des syndicats. Le rôle de l'administration est alors d'accompagner le processus. Les orientations du ministre du travail invitent en ce sens l'administration à « engager au plus tôt un dialogue avec les entreprises », faisant de celle-ci un « facilitateur du dialogue social » dans l'entreprise.

2. *Les accords de maintien de l'emploi*

La loi de sécurisation de l'emploi a également introduit un nouveau type d'accord : *les accords de maintien de l'emploi* (art. L. 5525-1 à 5125-7 du Code du travail). Désormais, en cas de « graves difficultés conjoncturelles » dans l'entreprise dont le diagnostic est établi avec les organisations syndicales représentatives, un accord d'entreprise pourra aménager, pour les

³⁰ Le plan de sauvegarde de l'emploi est un acte juridique dont la finalité est d'éviter les licenciements ou d'en limiter le nombre. Il contient un plan de reclassement visant à faciliter le reclassement des salariés dont le licenciement ne peut être évité et il prévoit des mesures de natures diverses (Article L. 1233-61 et s. du Code du travail).

³¹ Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

³² Voir P. LOKIEC, « Les impacts pratiques de la loi de sécurisation de l'emploi », *JCP G* 2014, p. 185.

salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération.

Au sacrifice consenti par les organisations syndicales représentatives au nom des salariés³³ répond en contrepartie l'engagement de maintien de l'emploi par l'employeur pendant la durée de l'accord qui ne peut excéder deux ans. Pendant sa durée, l'employeur ne peut donc procéder à aucune rupture du contrat de travail pour motif économique des salariés auxquels l'accord s'applique. Pour les signataires de l'ANI, il s'agissait ainsi de « trouver un nouvel équilibre, pour une durée limitée dans le temps, dans l'arbitrage global temps de travail / salaire / emploi, au bénéfice de l'emploi ». Les difficultés sont cependant envisagées à la seule échelle de l'entreprise et le diagnostic « partagé » ne tiendra compte que des difficultés conjoncturelles graves. C'est sur la base de ce diagnostic que l'accord de maintien de l'emploi sera alors négocié. A cet égard, l'ANI précisait que « la fixation des indicateurs destinés à évaluer la situation économique de l'entreprise relève de la responsabilité des partenaires sociaux de l'entreprise » et envisageait une analyse périodique de ces indicateurs.

L'innovation principale de cette négociation tient aux conséquences pour le salarié de la signature de l'accord. En droit français, l'accord collectif s'applique au contrat de travail sauf stipulations plus favorables du contrat (article L. 2254-1 du Code du travail). Par ailleurs la durée du travail et la rémunération font partie en principe des éléments du socle contractuel qui ne peuvent donc être modifiés sauf acceptation du salarié. Dans le cas des accords de maintien de l'emploi, le contrat de travail devrait selon les mécanismes traditionnels offrir « une résistance » à l'application de l'accord. Mais précisément l'application de la norme la plus favorable est mise à l'écart au profit d'une solution dérogatoire. Le salarié peut refuser l'application de cet accord à son contrat de travail, dans les conditions prévues par celui-ci. Mais dans ce cas, la loi indique qu'« il fait l'objet d'un licenciement individuel ayant un motif économique »³⁴.

A l'inverse, l'acceptation de l'accord emporte « suspension » des clauses contraires du contrat « pendant la durée de l'application de l'accord » (et non modification du contrat de travail au sens juridique strict mais la différence semble tout de même bien dérisoire pour le salarié en pratique).

Ainsi l'adaptation du contrat de travail au contexte économique difficile est réalisée au détriment des mécanismes juridiques traditionnellement applicables. En cas de refus de plusieurs salariés, leurs licenciements seront considérés comme autant de licenciements individuels n'imposant pas la mise en œuvre d'une procédure de licenciement collectif, ni de plan de sauvegarde de l'emploi le cas échéant. Les salariés dans cette situation ne bénéficient plus de la garantie collective de leurs droits qu'assurait la procédure des licenciements collectifs. La question est alors celle de la conventionalité du dispositif ainsi créé au regard de l'article 13 de la Convention internationale du travail n° 158 et de sa conformité à la directive 98/59/CE du 20

³³ L'accord ne peut avoir pour effet ni de diminuer la rémunération, horaire ou mensuelle, des salariés lorsque le taux horaire de celle-ci, à la date de conclusion de cet accord, est égal ou inférieur au taux horaire du salaire minimum interprofessionnel de croissance majoré de 20 %, ni de ramener la rémunération des autres salariés en dessous de ce seuil.

³⁴ Les signataires de l'ANI avaient indiqué plus radicalement que « la rupture du contrat qui en résulte s'analyse en un licenciement économique dont la cause réelle et sérieuse est attestée par l'accord », laissant ainsi entendre que la justification du licenciement ne pouvait être remise en cause par le juge à moins de remettre en cause le motif de l'accord.

juillet 1998³⁵. Il semblerait à cet égard peu probable que le juge tolère une telle mise à l'écart du droit des licenciements collectifs.

Quant aux modalités de la signature de l'accord, les conditions de validité sont dérogatoires par rapport aux autres accords puisqu'il doit être signé par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives 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, quel que soit le nombre de votants.

L'exigence majoritaire vise à consolider la légitimité des représentants des salariés signataires de l'accord, et elle participe de cette tendance croissante du recours aux techniques de la démocratie politique pour justifier les divisions de la collectivité de travail. Au nom de l'intérêt de l'entreprise et de l'adhésion majoritaire des salariés par l'intermédiaire de leurs représentants, l'accord permet de s'affranchir de « la parole donnée » logée dans le contrat de travail puisque ce dernier ne peut plus en pratique faire obstacle à son application (même si formellement l'acceptation ou le refus du salarié conditionne l'application de l'accord).

Seulement deux accords de maintien de l'emploi ont pourtant été signés en 2013 avec en outre un succès pour le moins mitigé³⁶, les entreprises ayant par ailleurs privilégié la signature d'accords donnant-donnant en dehors du cadre juridique des accords de maintien de l'emploi. Plusieurs incertitudes persistent cependant quant à la validité de ces accords donnant-donnant au sein desquels l'employeur obtient une augmentation du temps de travail à salaire constant des salariés contre un engagement de ne pas fermer d'établissements sur un site donné. Ces accords apparaissent alors moins contraignants puisque l'engagement pris par l'employeur n'est pas aussi ferme que celui de ne pas procéder à des licenciements pendant la durée de l'accord. L'avènement des accords de maintien de l'emploi avait pourtant précisément pour but de « sécuriser » cette négociation de concession³⁷.

3. *Les accords de mobilité*

Autre type d'accord issu de la loi de sécurisation de l'emploi et s'inscrivant dans une recherche d'adaptation des contrats de travail à l'évolution du contexte économique, l'accord de mobilité obéit à des règles procédurales singulières conçues elles aussi pour évincer le droit des licenciements économiques collectifs.

Selon l'exposé des motifs de la loi de sécurisation, le dispositif des accords de mobilité interne « vise à faire de la mobilité interne dans l'entreprise un instrument négocié et articulé avec la GPEC pour mettre en place des mesures collectives d'organisation du travail et d'évolution des salariés, en dehors de tout projet de licenciement ». En ce sens, il est prévu à l'article L. 2242-21 du Code du travail, la possibilité pour l'employeur d'engager une négociation portant sur les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Cette négociation sur la mobilité doit intervenir « dans le cadre de mesures collectives d'organisation courantes » et « sans projet de réduction d'effectifs ». Il s'agit ainsi de développer un droit de la mobilité détaché du contexte des restructurations et encadré par la négociation collective.

³⁵ G. COUTURIER, « Les accords de maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 2013, p. 813.

³⁶ Voir P. ADAM, « Le “prodigieux” accord de maintien de l'emploi. Escapade en Pays de Rouffach », *JSL* 2013, n° 1611, p. 7.

³⁷ G. COUTURIER, « Les accords de maintien de l'emploi », *Dr. soc.* 2013, p. 813.

Cette innovation repose sur une conception de la mobilité élargie puisqu'elle concerne tant la mobilité professionnelle (changement de poste) que la mobilité géographique (changement de lieu de travail) au sein de la même entreprise. Là encore c'est le dialogue social qui est favorisé puisque c'est par la négociation collective que la mobilité sera recherchée et l'organisation professionnelle de l'entreprise modifiée. La loi prévoit cependant que cette négociation détermine les limites imposées à cette mobilité au-delà de la zone géographique d'emploi du salarié dans le respect de sa vie personnelle et familiale ainsi que mesures d'accompagnement à la mobilité, en particulier les actions de formation ainsi que les aides à la mobilité géographique.

Une limite est fixée à la négociation puisque les stipulations de l'accord collectif conclu au titre de l'article L. 2242-21 et du présent article ne peuvent avoir pour effet d'entraîner une diminution du niveau de la rémunération ou de la classification personnelle du salarié et doivent garantir le maintien ou l'amélioration de sa qualification professionnelle.

Là encore le régime juridique de ces accords est doublement dérogatoire. D'une part, le droit de la modification du contrat de travail ne lui est pas applicable puisqu'il est prévu, par la loi, que les clauses du contrat de travail contraires à l'accord sont suspendues. Cependant, dans l'hypothèse où l'employeur souhaite mettre en œuvre une mesure individuelle de mobilité, il doit recueillir l'accord du salarié et respecter la procédure de la modification du contrat de travail pour motif économique.

D'autre part, en cas de refus d'un ou de plusieurs salariés, la loi indique que le licenciement consécutif « repose sur un motif économique » mais doit être prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique avec cependant application des mesures d'accompagnement et de reclassement prévues par l'accord (Article L2242-23). L'expression selon laquelle le licenciement « repose sur un motif économique » est particulièrement problématique³⁸. Signifie-t-elle que le licenciement est considéré comme justifié ? Le juge ne peut cependant être privé de la possibilité de contrôler la cause réelle et sérieuse du licenciement. Ou bien signifie-t-elle que le motif est économique par opposition au motif personnel ? Mais puisque la mobilité a été proposée dans un contexte de « mesures collectives d'organisation courante », quelle pourra être la justification invoquée à l'appui du motif économique du licenciement consécutif au refus du salarié ? Faudra-t-il considérer que la justification du licenciement sera fondée sur l'accord collectif dont l'application est refusée par le salarié ? Dans ce cas, il faut considérer que la loi a introduit une nouvelle cause justificative de licenciement à travers ces « mesures d'organisation courante »³⁹. C'est alors la question de la conformité de ce nouveau motif avec l'article 4 de la Convention 158 de l'OIT qui est posée puisque ce dernier exige une justification liée aux « nécessités de fonctionnement de l'entreprise ».

L'adaptation et la mobilité sont ainsi privilégiées au détriment des clauses plus favorables du contrat de travail du salarié et des garanties de la procédure du licenciement collectif et cela au nom des difficultés conjoncturelles ou des besoins gestionnaires de l'entreprise. L'ajustement économique des droits emporte un bouleversement de l'articulation normative traditionnelle des règles de droit du travail.

³⁸ F. FAVENNEC-HÉRY, « Accords de mobilité interne : un rendez-vous manqué ? », *JSL* 2013, n° 1592, p. 47.

³⁹ *Ibid.*

C. Le recul de la règle hétéronome

1. Le recul de la loi

Les réformes successives en droit du travail en France sont marquées par cet enjeu de renforcement de l'autonomie de l'entreprise afin de favoriser une détermination du droit applicable au plus près des intérêts concernés dans un contexte d'incertitude économique. La négociation ainsi consacrée est une négociation marchande où les intérêts économiques se rencontrent à l'ombre de la loi. Le législateur se contente dans de nombreux domaines de fournir des règles supplétives de volonté, ou, bien souvent, des règles procédurales fixant le cadre et les bornes (minimales) s'imposant aux partenaires sociaux. Cette transformation du rôle de la loi souligne ainsi l'idée d'une perte de maîtrise du législateur sur l'ordre marchand ouvrant sur la libre détermination des préférences des acteurs. Cette évolution bouleverse également les cadres traditionnels du droit du travail reléguant toujours un peu plus à la marge le principe de faveur, au profit désormais dans certains domaines d'une négociation majoritaire.

Par ailleurs, le bouleversement s'opère dans l'articulation des règles conventionnelles, la négociation d'entreprise étant plus que jamais privilégiée et la négociation de branche reléguée selon les domaines concernés à la suppléativité voire à la subsidiarité.

2. L'affaiblissement du juge judiciaire

La sécurisation de ces « procédures » est également recherchée à travers l'éviction du juge judiciaire laquelle s'opère par diverses modalités dont les leviers sont toujours à peu près identiques : favoriser le contrôle *a priori* par l'administration au détriment d'un contrôle *a posteriori* par le juge judiciaire (a), agir sur les délais de contestation (b), inciter financièrement le salarié à renoncer à saisir le juge et limiter les marges de manœuvre de celui-ci (c).

a. La résurgence de l'administration et du juge administratif

Le rôle de l'administration dans le domaine de la rupture du contrat de travail s'est considérablement accru depuis plusieurs années. Déjà en 2008 les partenaires sociaux, suivis par le législateur, ont souhaité s'en remettre à l'administration pour homologuer la rupture conventionnelle du contrat de travail par laquelle les parties peuvent convenir désormais d'un commun accord de mettre fin à la relation de travail en contrepartie du versement d'une indemnité conventionnelle au salarié (art. 1237-11 du Code du travail). Le contentieux concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève cependant de la compétence du conseil de prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif.

En revanche, depuis la loi de sécurisation de l'emploi, l'administration et le juge administratif font leur retour dans le contrôle des grands licenciements économiques. La méfiance à l'égard du juge judiciaire et la préférence pour une procédure « déjudiciarisée » expliquent en partie cette résurgence de l'autorisation administrative de licenciement (supprimée en 1986, elle portait à l'époque sur le motif économique, la régularité de la procédure et les mesures de reclassements). C'est sous de nouveaux traits que l'administration se voit attribuer un rôle désormais décisif dans la procédure des grands licenciements collectifs impliquant la mise en place d'un Plan de sauvegarde de l'emploi (licenciement d'au moins 10 salariés au plus sur une même période de 30 jours dans une entreprise d'au moins 50 salariés). A présent, tous les PSE doivent être soumis au contrôle puis à l'homologation ou à la validation (selon qu'ils sont

négociés ou établis par un document unilatéral) par l'administration du travail. L'objectif affiché est ainsi celui de la « déjudiciarisation » de la procédure, l'employeur ayant tout intérêt à suivre les recommandations de l'administration puisque celle-ci est en mesure de refuser d'avaliser le PSE⁴⁰.

Contrairement à l'ancienne autorisation administrative de licenciement, l'administration n'a cependant pas la possibilité de contrôler le motif économique du licenciement. Dans le cadre de la validation de l'accord déterminant le PSE, l'administration contrôle la conformité de l'accord quant aux dispositions légales relatives à son contenu et à sa conclusion ainsi que, notamment, la régularité de la procédure de consultation et d'information du CE. Dans la seconde hypothèse, celle de l'homologation du document édicté unilatéralement par l'employeur, l'administration va contrôler entre autre le respect des règles en matière de procédure de consultation ainsi que le respect des exigences légales quant au PSE. Le contrôle doit alors être un contrôle approfondi qui s'opère au regard des critères énumérés par le législateur : les moyens dont dispose l'entreprise, les mesures d'accompagnement prévues au regard de l'importance du projet de licenciement, les efforts de formation et d'adaptation.

Le contentieux s'en trouve ainsi un peu plus complexe. La déjudiciarisation s'opère au profit du juge administratif. Il y a unification du contentieux relatif au PSE, son contenu, ses modalités d'élaboration et la décision administrative de validation ou d'homologation. Le tribunal administratif est alors compétent en premier ressort et il doit statuer dans les trois mois (article L. 1235-7-1 du Code du travail). Si, à l'issue de ce délai, il ne s'est pas prononcé ou en cas d'appel, le litige est porté devant la cour administrative d'appel qui statue dans un délai de trois mois. Si, à l'issue de ce nouveau délai, elle ne s'est pas prononcée ou en cas de pourvoi en cassation, le litige est porté devant le Conseil d'Etat.

La question est alors celle de savoir dans quelle mesure est-il possible pour les représentants du personnel de saisir le juge en cours de procédure, tant que l'administration n'a pas validé ou homologué le processus ? Par ailleurs, le juge administratif ne pourrait-il pas s'estimer compétent pour statuer sur la validité du licenciement ? Le conseil de prud'hommes reste en principe compétent pour contrôler le motif du licenciement mais la porosité des frontières entre ces contrôles pourrait générer des difficultés.

Les premières évaluations des transformations apportées par la loi de sécurisation soulignent globalement le succès des procédures mises en œuvre : 5 % des 416 procédures initiées font l'objet d'un contentieux alors que près de 30 % des PSE donnaient lieu à contentieux avant l'entrée en vigueur de la loi de sécurisation de l'emploi⁴¹. Ces chiffres s'expliqueraient par le rôle joué en amont par l'administration adressant des injonctions à l'entreprise avec la perspective d'un refus d'homologation ou de validation. Par ailleurs, l'entreprise peut, en cas de refus d'homologation, présenter une nouvelle demande après modification du projet et consultation du comité d'entreprise⁴².

b. Les mesures qui restreignent l'accès au juge

La méfiance à l'égard du contentieux judiciaire est également palpable avec le raccourcissement des délais de prescription, délais encore un peu plus courts depuis la loi de

⁴⁰ F. GÉA, « Les grands licenciements collectifs dans l'ordre administratif », *RDT* 2013, p. 261.

⁴¹ Chiffres donnés par le Ministre du travail, *SSL* 2014, n° 1616, p. 2.

⁴² P. LOKIEC, « Les impacts pratiques de la loi de sécurisation de l'emploi », *JCP G* 2014, p. 185.

sécurisation de l'emploi⁴³. La volonté est d'accélérer le règlement des litiges, mais la réforme des délais par la loi de sécurisation de l'emploi a rendu l'ensemble particulièrement complexe. En effet, la loi réduit de cinq à trois ans la prescription des actions en paiement du salaire et elle limite à deux ans le délai de saisine du juge pour les actions relatives à l'exécution ou la rupture du contrat de travail. Ce délai de prescription ne s'applique pas aux actions en réparation d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution du contrat de travail et aux actions fondées sur une discrimination ou sur des faits de harcèlement sexuel ou moral. Ce délai ne fait pas non plus obstacle aux délais de prescription plus courts prévus par le Code du travail (notamment celui de douze mois pour contester un licenciement économique ou une rupture conventionnelle).

La loi fixe le point de départ de la prescription au « jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit ». Or la détermination de ce point de départ ne sera pas toujours évidente notamment dans l'hypothèse d'une action en requalification de contrats à durée déterminée⁴⁴.

c. Les mesures qui limitent l'office du juge

En droit français, la procédure devant le conseil de prud'hommes se découpe en une phase préalable de conciliation, puis en cas d'échec de celle-ci, d'une phase de jugement. La sécurisation des procédures voulue par les signataires de l'ANI s'appuie sur la création d'une indemnité forfaitaire de conciliation, dont le montant est fixé sur le fondement d'un barème établi par décret en fonction de l'ancienneté du salarié, afin de favoriser l'accord des parties en amont de la phase de jugement par le conseil de prud'hommes.

Ainsi, le salarié est incité à renoncer à son action judiciaire par le biais d'un « intéressement » financier. En effet, en contrepartie du versement de cette indemnité de conciliation fixée en fonction d'un barème et non en fonction du préjudice du salarié, l'accord « vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues par le présent chapitre ». Pour les signataires de l'ANI « cette indemnité forfaitaire vaut réparation de l'ensemble des préjudices liés à la rupture du contrat de travail ».

Limité à ce jour à la seule phase de conciliation, ce procédé fait resurgir le spectre d'une généralisation de la réparation forfaitaire dont il fut un temps question notamment dans le cadre de l'ANI du 11 janvier 2008. Il avait été prévu à l'époque une réflexion entre pouvoirs publics et partenaires sociaux quant à la fixation d'un plancher et d'un plafond du montant des dommages-intérêts alloués pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'objectif de cette « standardisation » de l'indemnisation est bien évidemment d'assurer une certaine prévisibilité à l'employeur et ainsi de lui permettre de calculer et d'anticiper les coûts encourus, conformément à la théorie économique de l'action rationnelle.

La loi de sécurisation de l'emploi favorise l'autorégulation de l'entreprise, en desserrant l'emprise exercée par la règle hétéronome. Ce faisant, le droit français laisse de plus en plus le soin aux protagonistes de l'entreprise de déterminer la répartition du risque économique. Ce

⁴³ M. GRÉVY et P. HENRIOT, « Le juge, ce gêneur », *RDT* 2013, p. 173.

⁴⁴ H. MASSE-DESSEN, « Quelques paradoxes sur la réduction des délais de prescription », *SSL* 2013, n° 1592, p. 92.

mouvement de fond se heurte toutefois à quelques rares vents contraires : des innovations juridiques qui visent à responsabiliser l'entreprise.

Section II. La recherche d'une responsabilisation de l'entreprise

Les évolutions récentes du droit français témoignent d'une volonté de responsabiliser les employeurs, en matière d'emploi principalement. Du reste, telle a été la ritournelle gouvernementale du début de l'année 2014, à travers la promotion du « Pacte de responsabilité et de solidarité ». Ce pacte⁴⁵ se traduit par la combinaison d'une politique d'offre (allègement de charges sociales et des impôts sur les sociétés, simplification de la réglementation) et une politique de redistribution à destination des ménages les plus modestes. Selon l'ambition du gouvernement, la logique de responsabilisation doit infiltrer le premier volet du pacte : en contrepartie des allègements dont elles bénéficient, les entreprises doivent prendre des engagements, notamment en matière d'emploi. La détermination de ces engagements est renvoyée à la négociation collective de branche. À ce titre, un premier accord a été signé le 9 juillet 2014 dans la branche de la chimie⁴⁶. Par cet accord, dont il est précisé qu'il constitue « une déclinaison » du Pacte de responsabilité, les entreprises de ce secteur s'engagent à « embaucher » 47000 salariés sur la période 2015-2017. Il peut s'agir aussi bien de contrats à durée indéterminée que de contrats à durée déterminée. Par ailleurs, les entreprises entendent encourager l'apprentissage. Enfin, est prévue la mise en œuvre du contrat de génération dans le secteur, lequel consiste à favoriser le maintien des emplois des salariés seniors (plus de 57 ans) et stimuler l'embauche de salariés jeunes (moins de 25 ans)⁴⁷. Si le gouvernement se félicite de la signature de cet accord, la prudence est de mise. D'une part, l'engagement des employeurs ne porte pas sur un volume de créations nettes d'emploi, mais sur un volume d'embauches. Aussi ne peut-on exclure qu'en définitive, l'emploi n'augmente pas dans ce secteur⁴⁸. D'autre part, une partie des engagements pris en contrepartie des baisses de charges sociales « générales » fait elle-même l'objet d'allègements spécifiques de charges sociales. Tel est le cas du contrat de génération. Enfin, reste entière la question de la sanction du non respect des engagements pris dans la convention collective de branche. Aux difficultés inhérentes à tout engagement conventionnel sur l'emploi⁴⁹, s'ajoute une complication due au décalage entre le niveau auquel est pris cet engagement sur l'emploi – la branche – et les bénéficiaires des aides dont cette engagement est la contrepartie – les entreprises du secteur de la chimie. Comment décliner au niveau des

⁴⁵ La loi qui contient le Pacte de responsabilité (loi rectificative des finances) a été adoptée fin juillet 2014.

⁴⁶ Un descriptif de l'accord est disponible à l'adresse suivante : <http://www.uic.fr/Actualites-et-publications/Actualites/Communication/Contreparties-au-pacte-de-responsabilite-et-de-solidarite-les-industries-chimiques-s-engagent-pour-l-emploi>

⁴⁷ Le contrat de génération (art. L. 5121-6 et s. du Code du travail), dont la mise en œuvre peut reposer sur la négociation collective dans les entreprises de plus de 300 salariés (art. L. 5121-10 et s. du Code du travail), est un dispositif d'allègements de charge pour inciter les employeurs à conserver l'emploi des seniors et à embaucher de jeunes salariés.

⁴⁸ C'est la principale critique formulée par les syndicats non signataires de l'accord.

⁴⁹ Sur la valeur juridique des engagements sur l'emploi, voir M.-A. SOURIAU, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité juridique », *Dr. soc.* 1997, p. 1061; F. GAUDU, « Le contrôle de l'exécution des engagements en matière d'emploi », *Dr. soc.* 1998, p. 367; A. LYON-CAEN, « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. soc.* 1998, p. 316. À propos de la valeur de l'engagement sur l'emploi dans le cadre des accords de maintien de l'emploi, voir F. FAVENNEC-HÉRY, « Les accords de maintien de l'emploi », *JCP S* 2014, 1186.

entreprises la non satisfaction des objectifs en matière d'emploi fixés au niveau de la branche ? Voilà qui affaiblit grandement l'idée de contrepartie, et par voie de conséquence, celle de Pacte de responsabilité.

Trois autres initiatives législatives méritent d'être relevées. La première, la plus aboutie, s'est concrétisée par l'introduction d'une obligation, pour l'employeur, de rechercher un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement *in bonis*⁵⁰. En encadrant la décision de fermeture prise par l'employeur, ce dispositif juridique tend à instituer la préservation de l'emploi comme un des paramètres de cette décision (A). La deuxième s'est traduite par l'adoption, le 10 juillet 2014, d'une loi visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale⁵¹. Responsabiliser les entreprises qui, en définitive, profitent du non-respect des règles du droit du travail par les autres acteurs de la chaîne de production (B). La troisième initiative, à l'état de proposition de loi, tend à instaurer un devoir de vigilance pour les sociétés-mères et les sociétés donneuses d'ordres, ce afin de les responsabiliser pour d'éventuels dommages commis dans les entreprises filiales ou sous-traitantes qui se trouvent dans leur sphère d'influence. La responsabilisation de l'entreprise repose moins ici sur un encadrement de l'exercice du pouvoir de direction économique que sur la neutralisation des techniques juridiques qui visent à limiter la responsabilité des différents maillons de la chaîne de production (C).

A. L'encadrement de la décision de fermer un établissement *in bonis*

1. L'obligation de rechercher un repreneur

Confronté à des décisions prises par certains groupes de fermer des filiales *in bonis* situées sur le territoire français, le législateur a pris l'initiative d'encadrer ce type de décision. Plus précisément, le législateur a cherché un moyen d'éviter les fermetures de site en créant les conditions d'une reprise éventuelle. Au terme d'une longue saga législative⁵², le Parlement a adopté, dans le cadre de la loi visant à reconquérir l'économie réelle, un dispositif qui retient l'attention à double titre. D'une part, lorsque le chef d'entreprise⁵³ envisage un projet de fermeture d'établissement, il doit entamer une procédure d'information-consultation du comité d'entreprise⁵⁴ qui participe de la recherche d'un repreneur. En ce domaine, le comité d'entreprise a un véritable rôle actif. Il suit le processus de négociation entre l'entreprise cédante et d'éventuels repreneurs, notamment en donnant son avis sur les offres reçues. De plus, il peut lui-même chercher un repreneur. Pour exercer sa mission, le comité d'entreprise est assisté d'un expert. Cet expert assure l'intelligence des informations dont le comité d'entreprise est

⁵⁰ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 *visant à reconquérir l'économie réelle*.

⁵¹ Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 *visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale*.

⁵² Pour un petit historique du nouveau dispositif, voir F. GÉA, « L'obligation de rechercher un repreneur en cas de fermeture de site », *Dr. soc.* 2013, p. 827.

⁵³ Le terme « chef d'entreprise » est ici utilisé à dessein, pour mieux souligner que l'objet de l'encadrement juridique, à savoir la décision de fermeture, émane moins de l'employeur – le co-contractant des salariés –, que de l'entrepreneur qui prend des décisions de gestion. C'est la raison pour laquelle, le dispositif voté par le Parlement et qui a fait l'objet d'une censure importante du Conseil constitutionnel (décision du 27 mars 2014, n° 2014-692 DC), mêlait largement légalité commerciale et légalité sociale. Cette ambition n'a pas résisté à la censure du Conseil constitutionnel. Sur ce point, voir *infra*, page suivante).

⁵⁴ Art. L. 1233-57-9 du Code du travail.

destinataire. A ce rôle classique de l'expert, s'ajoute une mission originale : celle « d'apporter son concours à la recherche du repreneur » et d'« élaborer un projet de reprise »⁵⁵. L'expert fait ici figure de véritable conseiller du comité d'entreprise, ne se limitant pas uniquement au rôle de sachant qui met en lumière les enjeux et les implications de la décision de l'employeur.

D'autre part, outre les obligations à l'égard des représentants des salariés, le chef d'entreprise doit prendre des initiatives à l'égard d'éventuels repreneurs⁵⁶. A cet égard, il est remarquable que le Code du travail contienne des dispositions qui encadrent les négociations commerciales entre le cessionnaire et les éventuels repreneurs. Ainsi, le chef d'entreprise doit informer des repreneurs potentiels ; il doit établir un document de présentation de l'établissement, procéder à l'évaluation des risques environnementaux, et plus encore donner accès aux repreneurs potentiels à toutes les informations. Une dernière obligation pèse sur le chef d'entreprise : celle de motiver le refus d'offres de reprises formulées par d'éventuels repreneurs. Le chef d'entreprise a l'obligation d'apporter une réponse motivée dans des délais de 2 à 4 mois au repreneur. Il y a là une véritable rupture avec la règle de libre rupture des pourparlers commerciaux.

2. *La sanction*

À quelles sanctions s'expose le chef d'entreprise qui ne respecte pas les obligations précédemment décrites ? Le législateur avait imaginé un dispositif rigoureux. Était prévue l'intervention possible du Tribunal de commerce, lequel, s'il était saisi, pouvait non seulement contrôler le caractère sérieux des offres de reprise⁵⁷, mais également la légitimité du refus du chef d'entreprise de consentir à une offre de reprise sérieuse⁵⁸. Le Conseil constitutionnel a jugé qu'un tel contrôle judiciaire autorisait une immixtion dans les choix de gestion du chef d'entreprise porteuse d'une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté d'entreprendre⁵⁹. Dans sa décision du 27 mars 2014, le Conseil constitutionnel a également censuré l'amende civile que le législateur avait instituée. Cette amende équivalente à vingt fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé devait être versée à la Banque Publique d'Investissement (BPI). Cette sanction obéissait ainsi à la logique du pollueur-payeur. Tout comme le contrôle du Tribunal de Commerce, le juge a estimé que cette amende portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. À la suite de cette censure, le législateur a instauré une nouvelle sanction. C'est à l'occasion du contrôle de la suffisance du plan de

⁵⁵ Art. L. 1233-57-17 du Code du travail.

⁵⁶ Art. L. 1233-57-14 du Code du travail.

⁵⁷ Le caractère sérieux des offres de reprise s'apprécie « notamment au regard de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement ».

⁵⁸ Il s'agissait des 2° et 3° du nouvel article L. 772-2 du Code de commerce. Ils ont été censurés.

⁵⁹ Pt 19-21 de la décision du Conseil constitutionnel du 27 mars précitée (n° 2014-692 DC). Pour une critique de cette décision, voir J.-P. CHAZAL, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », *D.* 2014, p. 1101. *Contra*, L. D'AVOUT, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *D.* 2014, p. 1287.

sauvegarde de l'emploi que l'administration et le juge administratif⁶⁰ peuvent contrôler si le chef d'entreprise a satisfait son obligation de rechercher un repreneur⁶¹.

Ce faisant, le législateur a ramené cette obligation dans le giron du droit du licenciement pour motif économique. Certains y voient un moyen de la rendre efficace⁶². Toutefois, cette sanction change la nature de l'obligation de chercher un repreneur. A l'origine, elle avait été conçue, par le législateur, moins comme une obligation pesant sur l'employeur que sur le chef d'entreprise. En témoignaient l'inscription de cette obligation dans le Code de commerce et l'amende civile encourue. Que l'ensemble du dispositif soit aujourd'hui inscrit dans le Code du travail – qui plus est dans le chapitre consacré au droit du licenciement pour motif économique – n'autorise plus une telle analyse. C'est bien l'employeur – compris comme le cocontractant du salarié –, celui qui projette de rompre le contrat de travail – et non pas l'entrepreneur – qui est aujourd'hui débiteur de l'obligation de rechercher un repreneur. Cette recherche fait dorénavant partie du volet social de la restructuration projetée : elle aurait pu – et telle était l'ambition initiale – encadré pleinement la décision de gestion elle-même.

B. La responsabilisation des sociétés donneuses d'ordre en matière de concurrence sociale déloyale

La loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale contient deux volets principaux.

Le premier a trait à l'encadrement du détachement de travailleur. Cette loi, dans le sillon du droit de l'Union européenne que le droit national a légèrement devancé, vise à donner une effectivité accrue aux règles sur le détachement de travailleurs à l'intérieur de l'Union⁶³. Ainsi que le souligne l'exposé des motifs de la proposition de loi, prévaut « la nécessité d'envisager dès à présent, au niveau national, des dispositions législatives euro-compatibles permettant de combattre efficacement ces fraudes organisées et de préserver notre économie et nos systèmes de protection sociale des conséquences désastreuses d'une concurrence déloyale résultant de politiques systématiques d'optimisation sociale ». La loi impose au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage qui a recours à un prestataire étranger de vérifier auprès de lui, avant le début du détachement, qu'il s'est bien acquitté de ses obligations de déclaration et de désignation⁶⁴.

Dans son second volet, le texte vise à responsabiliser les donneurs d'ordre vis-à-vis de leur sous-traitant, quel que soit le pays d'établissement de ce dernier⁶⁵. Lorsqu'il est informé d'une infraction commise par un sous-traitant direct ou indirect, le donneur d'ordre a un devoir

⁶⁰ Sur ce point, voir nos développements *supra*, p. 15.

⁶¹ Cette précision a été introduite par la loi relative à l'économie sociale et solidaire en passe d'être adoptée à la fin du mois de juillet 2014

⁶² R. DALMASSO, E. SERVERIN, « Recherche sécurité juridique désespérément », *JSL* 2013, n° 1603, p. 7.

⁶³ Sur les évolutions de la directive « détachement des travailleurs », voir E. LAFUMA, « L'analyse des projets de directive et de règlement sur le détachement des travailleurs », *Liaisons sociales Europe*, Les synthèses, mars 2012 ; S. ROBIN-OLIVIER, « Vers un nouveau régime du détachement des travailleurs », *RDT* 2014, p. 134 ; F. CHAMPEAUX, « De nouvelles dispositions contre le dumping social », *JSL* 2014, n° 1631.

⁶⁴ Art. L. 1262-2-1 du Code du travail ; art. L. 1262-4-1 et L. 1262-4-2 du Code du travail.

⁶⁵ Art. L. 4231-1 du Code du travail (conditions d'hébergement) ; art. L. 8281-1 du Code du travail.

d'enjoindre celui-ci de faire cesser la situation irrégulière. A défaut, le donneur d'ordre est passible d'une sanction. Soulignons d'emblée que le droit français contenait d'ores et déjà ce type d'obligation à l'égard du donneur d'ordre, notamment en matière de travail dissimulé⁶⁶. Le nouveau dispositif tend à élargir le domaine dans lequel le donneur d'ordre se trouve responsabilisé des agissements de son sous-traitant, direct ou indirect. Le nouvel article vise des irrégularités en matière de « libertés individuelles et collectives », de « discriminations et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes », de « protection de la maternité », de « [d']exercice du droit de grève », de « durée du travail », etc⁶⁷. Il est notable que cette responsabilisation du donneur d'ordre règne dorénavant sur toute la durée de l'exécution de la relation de travail entre le salarié et le sous-traitant direct ou indirect.

Loin d'être révolutionnaire, la loi du 16 juillet 2014 retient tout de même l'attention, ce au moins pour deux raisons. D'une part, le souci de rendre effectif les nouvelles règles s'est traduit par la mise en place d'un arsenal juridique qui favorise la réalisation du droit, aussi bien par la voie extrajudiciaire que la voie judiciaire. Le renforcement des moyens d'action de l'administration du travail est censé améliorer la réalisation non contentieuse de la responsabilisation du sous-traitant. Ainsi, à titre d'exemple, les inspecteurs du travail peuvent désormais obtenir copie immédiate des documents relatifs au détachement de salariés par une entreprise non établie en France. Ils auront, de plus, accès à de nouvelles informations, la loi imposant d'annexer les déclarations de détachement au registre unique du personnel de l'entreprise d'accueil et de mentionner dans le bilan social le nombre de salariés détachés et accueillis. Par ailleurs, sur le versant contentieux, l'action en justice des organisations syndicales représentatives se trouve facilitée. A titre d'illustration, celles-ci peuvent agir pour la défense des salariés détachés ou des salariés victimes de travail dissimulé, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, mais à condition qu'il ne s'y soit pas opposé⁶⁸.

D'autre part, l'ambition d'imputer au donneur d'ordre des obligations relatives aux agissements du sous-traitant direct ou indirect mérite d'être soulignée. L'objectif est de rendre responsable la société qui, en définitive, profite financièrement des irrégularités, lesquelles alimentent une baisse des prix des prestations proposées. Le fait que soit aussi bien visé le sous-traitant direct que le sous-traitant indirect participe de cette logique. Le bénéficiaire ultime de ce dumping ne peut se cacher derrière l'écran des personnes morales. Typique de cette logique est l'instauration d'une solidarité financière entre le donneur d'ordre et le(s) sous-traitant(s) en cas de non-respect, par le premier, de ses obligations d'injonction auprès des seconds ou d'information d'un agent de contrôle en matière de non-paiement partiel ou total du salaire minimum légal ou conventionnel⁶⁹. Semblable logique se trouve également dans la proposition de loi qui vise à instaurer un devoir de vigilance⁷⁰ des donneurs d'ordre ou des sociétés-mères⁷¹.

⁶⁶ Art. L. 8222-1 du Code du travail, lequel est issu de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

⁶⁷ Art. L. 8281-1 du Code du travail. Le texte vise « une infraction aux dispositions légales et aux stipulations conventionnelles applicables au salarié d'un sous-traitant direct ou indirect dans les matières suivantes ». Le terme « infraction » suscite la perplexité. En principe, celui-ci est réservé pour les irrégularités pénalement sanctionnées. Or, dans la liste qui suit, certains domaines – tels le non-respect des congés pour événements familiaux – ne font pas l'objet d'une incrimination.

⁶⁸ Art. L1265-1 du Code du travail.

⁶⁹ Art. L 3245-2 du Code du travail.

⁷⁰ Il est remarquable que le terme « vigilance » apparaît aussi bien dans la loi visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale que dans la proposition de loi instaurant un devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés

C. L'instauration d'un devoir de vigilance des sociétés – mères ou des sociétés donneuses d'ordre

Les entreprises transnationales peuvent-elles laisser sans réparation les dommages causés par leurs activités dans les pays du tiers-monde ? C'est à cette question, rendue impérieuse par l'effondrement du Rana Plaza, que répond une proposition de loi déposée par des députés en novembre 2013⁷². Dans le prolongement de textes internationaux et de règles de *soft law*, cette proposition de loi a l'ambition de responsabiliser les entreprises en cas de manquement à un devoir de vigilance dans le cadre de leurs activités économiques et commerciales. Décliné à la fois dans le code civil et le code de commerce, le devoir de vigilance consiste à prendre les mesures nécessaires et raisonnables en vue de prévenir ou empêcher la survenance d'un dommage ou d'un risque certain de dommage notamment sanitaire, environnemental ou constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux. Ce dommage doit être d'une certaine gravité que l'entreprise ne pouvait ignorer. Pour atténuer les difficultés probatoires auxquelles se trouvent aujourd'hui confrontées les victimes, le texte déposé à l'Assemblée Nationale instaure une présomption de faute de la société-mère ou de la société donneuse d'ordre. En cas de dommage, il lui appartient de prouver qu'elle a respecté son devoir de vigilance. Ainsi, le dispositif inscrit dans la proposition de loi contient un mécanisme original pour tenter d'atteindre l'entreprise qui, en définitive, impose les conditions de production conduisant à la production du dommage ou qui tire un profit de leur nivellement par le bas. L'objectif est d'essayer de dépasser l'ingénierie juridique utilisée par les multinationales pour organiser leur irresponsabilité.

A l'état de projet, ce texte retient néanmoins l'attention, et ce au moins pour deux raisons.

D'une part, le projet combine une logique de prévention et une logique d'indemnisation. Il est ainsi proposé d'introduire, dans le Code de commerce le devoir de vigilance proprement dit, éventuellement en spécifiant les actions que devraient mener les entreprises (*reporting*, possibilité de saisine des organes de direction etc.). Le volet d'indemnisation, quant à lui, prendrait place dans le code civil. Cette articulation est au cœur des préoccupations des promoteurs de cette proposition de loi. Il ne s'agit pas seulement d'introduire un nouveau chef de responsabilité permettant aux victimes d'obtenir une indemnisation une fois le dommage intervenu. Le texte entend être un levier pour orienter les conduites des acteurs en leur proposant des modèles pour l'action ; comme si la réalisation de l'objectif assigné à la règle ne pouvait reposer sur la seule peur de la sanction.

donneuses d'ordre. Toutefois, l'utilisation de ce terme ne convainc pas vraiment dans le premier texte cité. Obliger le donneur d'ordre à réagir lorsqu'il est informé d'une infraction commise par son sous-traitant ne relève pas de la vigilance. Cette dernière aurait pu consister à lui imposer de mettre en place des mesures qui visent à prévenir la commission d'infractions par son sous-traitant. Telle est précisément la logique du second texte mentionné. Sur ce point, voir *infra*, page suivante.

⁷¹ On remarquera que la loi visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale ne vise que le donneur d'ordre. Une interrogation surgit : pourquoi, alors même que l'influence qu'elles exercent sur leurs filiales est consubstantielle au rapport mère-fille, les sociétés-mères échappent-elles à l'attention du législateur en ce domaine ?

⁷² Plusieurs propositions de loi identiques, n° 1524 et n° 1519 du 6 novembre 2013, n° 1777 du 11 février 2014, ont été déposées par des groupes de députés. Elles sont principalement portées par D. AUROI, B. LE ROUX, Ph NOGUÈS et D. POTIER. Pour une analyse de cette proposition de loi, voir la controverse entre Ch. HANNOUN et S. SCHILLER, « Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre, *RDT* 2014, p. 441.

D'autre part, ce projet est remarquable par la place qu'il réserve aux droits fondamentaux. Ces derniers sont explicitement visés par le texte. Se trouve ainsi pleinement assumée l'invocation des droits fondamentaux dans les rapports entre personnes privées, ce pour un champ qui dépasse largement celui du droit du travail.

Les innovations françaises qui viennent d'être présentées ont en commun d'essayer de mettre à distance la nécessité, pour les dirigeants, de satisfaire les intérêts des seuls actionnaires. La loi pour la reconquête de l'économie réelle, comme la proposition de loi instaurant un devoir de vigilance des entreprises qui exercent une influence sur d'autres entreprises, visent à élargir le spectre des intérêts pris en compte dans l'organisation des groupes ou des réseaux d'entreprise et dans les décisions de gestion. La responsabilisation de l'employeur revient, en définitive, à mettre en question le modèle de gouvernement des entreprises reposant sur la seule satisfaction des intérêts des actionnaires.

Si les sanctions de « l'irresponsabilité » se heurtent encore à quelques obstacles, les réformes tendent, au moins, à ce que « l'entreprise », ne soit pas le bénéficiaire inerte des risques sociaux et sanitaires encourus par les travailleurs. Toutefois, la responsabilité de l'entreprise n'est pas la seule à être recherchée. Les salariés sont également concernés. L'objectif affiché d'une « sécurisation des parcours professionnels » dissimule en partie l'ambition d'obliger les salariés à développer leurs compétences et à s'adapter ainsi aux besoins du marché du travail.

Section III. La sécurisation des parcours professionnels

L'impératif qui imprègne une large part du droit du travail est d'assurer la transition professionnelle du chômeur à un emploi ou du salarié à un autre emploi. Dans cette voie, divers dispositifs législatifs en matière de formation professionnelle et de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences expriment une attente particulière à l'égard des demandeurs d'emploi et des salariés. De manière à assurer cette transition, il est attendu d'eux qu'ils soient mobiles, qu'ils se déplacent et développent leurs compétences, afin d'accéder à l'emploi (pour les chômeurs) ou de changer d'emploi (pour les salariés). Et cette transition professionnelle est envisagée, dans les textes législatifs et différents accords nationaux interprofessionnels (ANI), selon une expression très en vogue depuis le début de la crise économique : « la sécurisation des parcours professionnels »⁷³. Employée dans l'intitulé et le préambule de l'accord national interprofessionnel du 7 janvier 2009 relatif à la formation professionnelle⁷⁴, l'expression figurait déjà dans les revendications syndicales portées à l'occasion de la négociation de l'accord national interprofessionnel relatif à la modernisation du travail du 11 janvier 2008. Dans ce dernier texte, l'idée de sécurisation prend forme au travers de la notion de « carrière »⁷⁵, propre à la fonction publique, qui évoque la sécurité de l'emploi et une progression professionnelle régulière et prévisible.

⁷³ Sur cette notion, voir F. GUIOMARD, « La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion », *RDT* 2013, p. 616.

⁷⁴ ANI 7 janvier 2009, *sur le développement de la formation professionnelle tout au long de la vie professionnelle, la professionnalisation et la sécurisation des parcours professionnels*.

⁷⁵ Art. 6 ANI du 11 janvier 2008, *sur la modernisation du marché du travail*.

Mais une autre notion, présente dans le discours patronal⁷⁶ celle de « responsabilisation » du salarié ou du demandeur d'emploi, invite à analyser ces transitions professionnelles sous un autre angle. L'idée de responsabilisation s'exprime dans une communication de la Commission européenne⁷⁷ et aussi dans le préambule de l'accord du 7 janvier 2009 au travers d'affirmations selon lesquelles le salarié ou le demandeur d'emploi doit être « acteur de son évolution professionnelle »⁷⁸. Sous cet angle, l'implication du travailleur est vue comme une contrepartie des prestations dont il peut bénéficier afin de changer d'emploi ou d'en retrouver le chemin⁷⁹. Le terme de « responsabilisation », associé aux dispositifs qui tendent vers la finalité de l'emploi est évidemment loin d'être neutre. En droit, le mot responsabilité évoque l'idée d'une charge. La responsabilité est consubstantielle à une obligation, l'obligation contractuelle violée ou l'obligation de réparer le préjudice causé à autrui. Rapportée aux relations du travail, la « responsabilisation » suppose pour les demandeurs d'emplois et les salariés de « s'engager »⁸⁰ à développer leurs qualités professionnelles et à mettre en œuvre les compétences acquises.

« Sécurisation des parcours professionnels » et « responsabilisation » illustrent immédiatement deux façons de voir la transition professionnelle du chômeur à l'emploi ou du salarié à un autre emploi. La « sécurisation » exprime l'idée d'une évolution professionnelle stable, assurée et solide malgré les difficultés conjoncturelles, quand « la responsabilisation » impute au salarié l'inadaptation de ses compétences aux besoins de l'entreprise ou, au chômeur, son inadaptation aux besoins du marché.

Des dispositifs ont été créés ou modifiés depuis le début de la crise économique afin de faciliter la mobilité du salarié ou du demandeur d'emploi, sans que la part de « sécurisation » et celle de « responsabilisation » soient bien déterminées. Puisqu'il s'agit de fluidifier le passage d'une situation à une autre (passage d'un emploi à un autre, passage d'un emploi au chômage, passage du chômage à l'emploi), l'ensemble de ces dispositifs se caractérise par une articulation originale du droit du travail et du droit de la protection sociale. Trois d'entre eux retiennent particulièrement l'attention : la formation professionnelle (A), la portabilité des droits (B) et, précisément pour les salariés, la « mobilité volontaire sécurisée » (C).

⁷⁶ F. AVENTUR, « Les pratiques internationales en matière de compétences », in MEDEF, *Journées internationales de Deauville*, 1998, tome 2, p. 68.

⁷⁷ Communication du 27 juin 2007, COM (2007) 359, point 5.

⁷⁸ Sur ce point, voir N. MOIZARD, « Le salarié, acteur de l'évolution de sa compétence dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2008, p. 693.

⁷⁹ Sur cette idée « d'engagements réciproques » que renferme le concept de responsabilisation, voir notamment J.-D. REYNAUD, *Le management par les compétences : un essai d'analyse*, *Sociologie du travail*, 2001, p. 7.

⁸⁰ Pour les salariés, l'accord national interprofessionnel du 3 janvier 2008 relatif à la modernisation du travail, dispose notamment que « le bilan d'étape professionnel [aujourd'hui prévu à l'article L. 6315-1 du Code du travail] est destiné « à favoriser leur engagement dans le développement de leurs compétences et de leur qualification » (art. 6 § 3, nous soulignons). Pour les demandeurs d'emploi, ceux-ci sont titulaires de « droits » mais aussi débiteurs « d'obligations ». Une section du Code du travail français s'intitule, depuis la recodification opérée en 2007, « Droits et obligations du demandeur d'emploi ». À sa lecture, il apparaît immédiatement que les « obligations » du demandeur d'emploi, que nous étudierons plus en détail, sont quasiment les seules à être énumérées (voir sur ce point : L. CAMAJI, « Le demandeur d'emploi à la recherche de ses obligations », *Dr. soc.* 2011, p. 666).

A. La formation professionnelle

Le régime de la formation professionnelle a été profondément modifié par une loi du 4 mai 2004⁸¹. Depuis le début de la crise, la formation professionnelle a fait l'objet de réformes qui se réclament toutes de l'idée d'une « sécurisation des parcours professionnels ». Elles concernent les chômeurs (1) et les salariés (2).

1. La formation professionnelle du chômeur

Les devoirs et les droits du chômeur sont traditionnellement abordés au cours de la négociation collective relative à l'assurance chômage. Ils concernent au premier titre les demandeurs d'emploi indemnisés au titre de la perte de leur emploi. C'est dans ce cadre que l'aspect relatif aux devoirs des chômeurs a d'abord été accentué et que l'idée de responsabilisation s'est illustrée avec, d'abord, une convention du 1^{er} janvier 2001⁸². Cette convention a ouvert la voie à l'édition de devoirs précis du chômeur indemnisé. Puis cette direction a été suivie et les devoirs du chômeur ont été augmentés avec une loi du 1^{er} août 2008⁸³, qui ne concerne pas seulement les chômeurs indemnisés mais l'ensemble des demandeurs d'emploi (a).

De son côté, le thème de la formation professionnelle fait l'objet de négociations spécifiques qui intéressent classiquement les salariés et non les chômeurs. L'Accord national interprofessionnel du 7 janvier 2009 paraît à ce titre exemplaire en ce sens que la formation professionnelle des chômeurs a fait l'objet de dispositions particulières, reprises par la loi du 24 novembre 2009⁸⁴. Les dispositifs créés à cette occasion s'ajoutent à ceux issus de la négociation collective relative à l'assurance chômage (b).

a. Les devoirs du demandeur d'emploi

Les devoirs du demandeur d'emploi se sont accrus sous l'impulsion des vœux exprimés lors du Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 qui, sous le couvert de la promotion de « l'État social actif », invitaient à une activation des « dépenses passives » liées à l'indemnisation du chômage, lesquelles devaient servir à inciter les chômeurs à retrouver le chemin de l'emploi⁸⁵. Dans cette voie, la logique de responsabilisation du demandeur d'emploi trouve, en droit français, son illustration la plus nette avec la loi du 1^{er} août 2008⁸⁶, ce d'autant que les nouvelles contraintes qu'elle suscite concernent l'ensemble des demandeurs d'emploi, qu'ils soient indemnisés ou non. De cette loi, découle l'ensemble des droits et obligations des demandeurs d'emplois telles qu'on les rencontre en droit positif. Ces obligations sont au nombre

⁸¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 *relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*.

⁸² Convention du 1^{er} janvier 2001 *relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage*.

⁸³ Loi n° 2008-758 du 1^{er} août 2008 *relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi*.

⁸⁴ Sur ce point, voir F. GUIOMARD, « Accord sur la formation du 7 janvier 2009 : ébauche de sécurisation des parcours ou jeu de mistigri ? », *RDT* 2009, p. 235.

⁸⁵ M. BORGETTO, « L'activation de la solidarité : d'hier à aujourd'hui », *Dr. soc.* 2009, p. 1043.

⁸⁶ L. CAMAJI, « Le demandeur d'emploi à la recherche de ses obligations », *Dr. soc.* 2010, p. 666.

de quatre : élaborer un « projet personnalisé d'accès à l'emploi » (PPAE)⁸⁷ ; accomplir des « actes positifs et répétés en vue de retrouver un emploi »⁸⁸ ; ne pas refuser plus de deux « offres raisonnables d'emploi »⁸⁹ et, enfin, suivre les formations professionnelles lorsqu'elles correspondent aux termes du PPAE⁹⁰.

Le contrôle et la sanction de ces obligations sont assurés dans un cadre institutionnel qui se veut plus efficace. Une loi du 13 février 2008⁹¹ a en effet revu l'organisation des institutions chargées du placement des demandeurs d'emploi et de leur indemnisation. Les prérogatives auparavant distribuées entre trois institutions sont réunies entre les mains d'une seule : « Pôle Emploi ». Cette nouvelle institution concentre ainsi trois pouvoirs essentiels : celui de tenir la liste d'inscription des demandeurs d'emploi et de les radier, celui d'indemniser les chômeurs et celui de contrôler la recherche d'emploi. Le demandeur d'emploi est alors en relation avec un interlocuteur unique, doté de pouvoirs étendus, et habilité à le sanctionner. Et cette sanction se veut des plus dissuasives puisqu'elle consiste à radier une personne de la liste des demandeurs d'emploi et donc à suspendre ses moyens de subsistance. Durant la radiation, le demandeur d'emploi indemnisé au titre de l'assurance chômage ne percevra plus son allocation de retour à l'emploi. Le demandeur non indemnisé n'aura plus droit au secours de l'aide sociale, le « revenu de solidarité active », alloué aux personnes les plus démunies⁹².

Surtout, le consentement du demandeur d'emploi apparaît, dans la définition de son projet personnel et des formations qu'il peut suivre, d'une importance très secondaire. La première obligation qui pèse sur lui est de « participer à la définition et à la mise à jour de son projet personnalisé d'accès à l'emploi ». Ce projet est élaboré « conjointement » par le demandeur d'emploi et Pôle Emploi. Le document est alors présenté comme un instrument né d'une concertation entre ces deux acteurs. Il exprime les vœux du chômeur à partir desquels il est accompagné dans sa recherche d'emploi et en fonction duquel des formations professionnelles lui sont dispensées. Toutefois, dans le cadre de cette concertation, il n'est pas certain que le demandeur d'emploi, en cas de désaccord, ait le dernier mot. L'article R. 5411-14 du Code du travail dispose qu'à l'issue de son élaboration, le projet est « notifié » au demandeur d'emploi. Et cette disposition a pu être interprétée dans une circulaire ministérielle du 5 novembre 2008⁹³ comme signifiant que le PPAE devait être, en définitive, arrêté par l'institution elle-même suivant un contenu qui devait s'imposer au demandeur d'emploi. Le refus de signature par le demandeur

⁸⁷ Art. L. 5411-6 du Code du travail.

⁸⁸ Art. L. 5412-1 1° du Code du travail.

⁸⁹ Art. L. 5412-1 2° du Code du travail.

⁹⁰ Art. L. 5412-1 3 du Code du travail.

⁹¹ Loi n° 2008-126 du 13 février 2008, *relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi*.

⁹² Le revenu de solidarité active (RSA) qui a remplacé le revenu minimum d'insertion (RMI) est une allocation d'un montant de 499, 31 € par mois et par personne. Il a été institué par une loi du 1^{er} décembre 2008 (Loi n° 2008-1249 *généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion*). Contrairement au RMI, le RSA suppose pour son bénéficiaire l'obligation de rechercher un emploi (art. L. 262-28 du Code de l'action sociale et des familles). À cette fin, le bénéficiaire du RSA est « orienté » par le président du Conseil général vers l'institution aujourd'hui chargée du placement des personnes sans-emplois : Pôle Emploi. Il est alors inscrit sur la liste des demandeurs d'emplois et soumis aux obligations qui pèsent sur eux.

⁹³ Circ. DGEFP n° 208/18 du 5 novembre 2008 *relative à la mise en œuvre du projet personnalisé d'accès à l'emploi et à l'offre raisonnable d'emploi*.

d'emploi serait une violation de ses obligations. Celui-ci ne pourrait donc guère s'opposer au PPAE dans la version qui lui serait notifiée. La légalité de cette circulaire est certes douteuse, en ce sens qu'elle semble poser une obligation que la loi et le règlement ne signifient pas expressément⁹⁴ : seule l'élaboration du projet est, dans la loi, l'objet d'une obligation du demandeur d'emploi, et non son acceptation.

En toute hypothèse, une fois élaboré, le PPAE détermine la teneur des autres obligations du demandeur d'emploi. C'est en fonction de son contenu que les offres d'emploi seront considérées comme étant « raisonnables » ou pas – et donc si le chômeur peut ou non refuser d'y donner suite – et qu'une formation professionnelle décidée par Pôle emploi s'impose à lui, sauf « motif légitime ». La réinsertion professionnelle du chômeur est alors perçue, selon les dispositions de la loi du 1^{er} août 2008, sous un angle contraignant. La responsabilisation du demandeur d'emploi s'exprime ici avec netteté. Il endosse la responsabilité de son retour à l'emploi et la formation professionnelle n'apparaît pas comme un « droit » mais comme un acte à sa charge, dont la conséquence peut être la privation, au moins temporaire, de ses moyens de subsistance. La formation professionnelle du chômeur a été, dans l'ANI du 7 janvier 2009, envisagée sous un autre angle.

b. Les droits du chômeur en matière de formation

La formation professionnelle du chômeur est classiquement envisagée dans les accords collectifs relatifs à l'assurance chômage. Les chômeurs indemnisés peuvent bénéficier de formations rémunérées par une indemnisation spécifique⁹⁵ et les chômeurs non indemnisés peuvent bénéficier d'actions de formation préalable au recrutement. Ces formations sont de celles que le demandeur d'emploi a l'obligation de suivre lorsqu'elles sont prescrites dans le cadre de son projet personnel d'accès à l'emploi. Aux côtés de ces dispositifs, l'ANI du 7 janvier 2009, repris par une loi du 24 novembre 2009⁹⁶, en a créé un nouveau, qui s'adresse à tous les demandeurs d'emplois : « la préparation opérationnelle à l'emploi ». Cette préparation se décline en deux formules, l'une « individuelle » l'autre « collective », et figure aux articles L. 6326-1 à L. 6326-3 du Code du travail. Cette « préparation » consiste à former un ou plusieurs chômeurs en vue d'occuper un emploi correspondant à une offre déposée par une entreprise (formule individuelle) ou à des besoins identifiés par un accord collectif de branche (formule collective). Le demandeur d'emploi engagé dans cette préparation bénéficie d'une formation professionnelle en vue de son recrutement par une entreprise.

Aux termes de l'ANI du 7 janvier 2009, cette préparation repose sur le volontariat du demandeur d'emploi⁹⁷. À la lecture de ce texte, il ne semble pas que cette préparation puisse être imposée. Les demandeurs d'emploi sont censés se porter candidats à la préparation et une présélection s'opère parmi eux avant d'être choisis par l'entreprise d'accueil. Toutefois, cette dimension volontaire n'apparaît plus à la lecture de la loi du 24 novembre 2009. Les dispositions

⁹⁴ Sur ce point, voir L. CAMAJI, Le demandeur d'emploi à la recherche de ses obligations, *Dr. soc.* 2010, p. 666.

⁹⁵ Arrêté du 23 février 2006 portant agrément de la convention du 18 janvier 2006 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage, art. 1^{er}.

⁹⁶ Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009, relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

⁹⁷ Art. 21 de l'ANI du 7 janvier 2009 : « Ce demandeur d'emploi est présélectionné par Pôle emploi, volontaire et choisi par le futur employeur en fonction du profil de l'offre qu'il aura déposé » (nous soulignons).

relatives à cette préparation sont lapidaires et la question se pose de savoir si elle se distingue des formations qui peuvent être imposées au demandeur ou si, au contraire, elle s'inscrit dans le cadre de ses obligations de suivre les formations professionnelles en lien à son projet personnel d'accès à l'emploi. Une interprétation de ces dispositions à la lumière de l'ANI dont elles sont issues permettrait sans doute de réintégrer l'exigence d'une candidature volontaire des demandeurs d'emplois à la « préparation opérationnelle ». Par ailleurs, les partenaires sociaux ainsi que le législateur sont restés muets sur le sort du demandeur d'emploi à l'issue de la formation suivie dans ce cadre. L'entreprise ne semble pas être tenue de recruter le demandeur d'emploi qui aurait satisfait aux exigences de la formation dispensée. Le Code du travail se contente d'énumérer les contrats qui « peuvent » être conclus à l'issue de cette préparation⁹⁸.

Créé sous le label de la « sécurisation des parcours professionnels » ce dispositif ne semble donc pas apte à atteindre le résultat d'une transition professionnelle assurée, pour le demandeur d'emploi qui aurait développé ses compétences.

La formation professionnelle du salarié dispensée en vue de faciliter une transition vers un autre emploi mérite au même titre d'être examinée.

2. *La formation professionnelle du salarié*

Le droit de la formation professionnelle a été profondément réformé par une loi du 4 mai 2004⁹⁹. La formation professionnelle constitue une obligation de l'employeur en vue d'adapter les salariés à leur emploi¹⁰⁰. Mais, au-delà de cette dimension obligatoire, la formation professionnelle fait également l'objet d'incitations destinées à l'employeur (a). Parmi les diverses variétés d'action de formation, celle décidée pour le développement des compétences, retouchée par la loi du 24 novembre 2009, retient particulièrement l'attention. Son régime illustre les tensions qui peuvent exister entre cet impératif de sécurisation et l'idée de responsabilisation du salarié (b).

a. Les incitations à la formation professionnelle des salariés

La formation professionnelle du salarié comporte globalement deux dimensions, l'une obligatoire, l'autre incitative.

Sa dimension obligatoire s'illustre à l'occasion d'un licenciement pour motif économique ou d'un licenciement pour insuffisance professionnelle. Un employeur peut être condamné au versement de dommages et intérêts s'il n'a pas dispensé la formation permettant au salarié de conserver son emploi¹⁰¹.

⁹⁸ Art. L. 6321-1 du Code du travail (pour la formule individuelle de la préparation) ; art. L. 6321-3 al. 2 du Code du travail (pour la formule collective). Le Code du travail se réfère au contrat à durée indéterminée ainsi qu'aux contrats à durée déterminée, dont le « contrat de professionnalisation », qui ne peuvent être d'une durée inférieure à douze mois.

⁹⁹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 *relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*.

¹⁰⁰ Art. L. 6321-1 du Code du travail.

¹⁰¹ En cas de licenciement pour motif économique : Soc. 25 févr. 1992, *Bull. civ.* V, n° 122 ; en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle : Soc. 14 déc. 2005, pourvoi n° 05-41736, inédit.

En dehors de ces cas le départ du salarié en formation est rarement vu comme une obligation de l'employeur. Par exemple, le départ du salarié en « congé individuel de formation » peut être refusé par l'employeur s'il estime que l'absence du salarié est préjudiciable pour la bonne marche de l'entreprise¹⁰². Et les réformes récentes n'ont pas entendu aller à l'encontre de son accord. Les dispositions relatives au « compte personnel de formation », instauré par l'ANI du 11 janvier 2013 et repris par une loi du 5 mars 2014¹⁰³ peuvent l'attester. Ce « compte », dont est titulaire tout salarié et demandeur d'emploi, renferme les « droits acquis » du travailleur en matière de formation professionnelle, comptabilisés à hauteur de 20 heures par an. Celles-ci peuvent être mobilisées par le salarié, avec l'accord de son employeur, afin de suivre une formation professionnelle. L'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 prévoyait néanmoins que le consentement de l'employeur n'était pas nécessaire lorsque le salarié entendait utiliser ses droits pour bénéficier d'un congé individuel de formation¹⁰⁴. Cette faculté n'a toutefois pas été reprise par la loi. Le législateur n'a pas tenu à contraindre l'employeur à mener des actions de formation. La loi recourt davantage aux incitations.

L'autre dimension de la formation, incitative, se révèle en effet à l'analyse de la réforme du 5 mars 2014. Au lieu de procéder par voie d'obligations nouvelles, le législateur a préféré laisser à l'employeur la faculté de mener des actions de formation, quitte à être redevable d'une taxe versée aux organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA) en cas d'inertie. La dernière réforme du droit de la formation professionnelle, issue de la loi du 5 mars 2014¹⁰⁵, illustre bien cette dimension. Le nouvel article L. 6323-13 du Code du travail prévoit que, dans les entreprises d'au moins cinquante salariés et lorsqu'un salarié, depuis six ans, n'a bénéficié d'aucune action de formation, de « progression salariale ou professionnelle » ou de mesure qui lui permette de constater les compétences acquises¹⁰⁶, son compte personnel de formation est automatiquement crédité de 130 heures et l'employeur est redevable, auprès d'un OPCA, d'une contribution forfaitaire. Bien que le montant de cette contribution ne soit pas encore connu et que les conditions soient parfois floues (quelle « progression salariale ou professionnelle ? »), il est clair que le législateur n'a pas emprunté la voie de la contrainte pour obtenir de l'employeur la conduite que l'on attend de lui. Celui-ci ne craint pas une action en responsabilité civile parce qu'il n'a pris aucune mesure destinée à accroître les compétences de ses salariés. Il est simplement redevable d'une taxe et d'un crédit d'heures de formation – qui ne pourront être utilisées sans son consentement – en cas d'inaction. La formation professionnelle du salarié paraît donc dépendre du calcul coût-avantage réalisé par l'employeur. Au lieu de recourir aux modes d'influence classique de la règle de droit, la contrainte et la sanction, il est davantage question de laisser à l'employeur une option et de rendre plus avantageux à ses yeux le fait de mener des actions de formation.

¹⁰² Art. L. 6322-6 du Code du travail.

¹⁰³ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 *relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale* ; Art. L. 6323-1 du Code du travail.

¹⁰⁴ Art. 5 ANI du 11 janvier 2013.

¹⁰⁵ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, *relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale*.

¹⁰⁶ Précisément, le texte parle de deux des trois mesures prévues à l'article L. 6315-1 du Code du travail, à savoir : le suivi d'au moins une action de formation ; l'acquisition « des éléments de certification par la formation ou par une validation des acquis de son expérience ; le bénéfice d'une progression salariale ou professionnelle.

À l'inverse, il n'est pas certain que la marge de manœuvre du salarié soit si grande face aux formations destinées au développement de ses compétences, décidées par l'employeur.

b. La formation pour le développement des compétences

L'article L. 6321-1 alinéa 3 du Code du travail prévoit une faculté pour l'employeur de former ses salariés pour le développement de leurs compétences. Le régime de cette action de formation, issue de la loi du 4 mai 2004 et retouchée par la loi du 24 novembre 2009, est construit autour du seul objectif de faire accéder le salarié à un autre emploi que le sien. À reprendre les mots des partenaires sociaux, cette catégorie d'action « doit participer à l'évolution de la qualification professionnelle » du salarié¹⁰⁷. Il faut toutefois bien mesurer le degré de contraintes suscitées par cette action de formation à l'égard du salarié. Deux questions se posent. La première a trait à la capacité de refus du salarié face à la décision de l'employeur. La seconde concerne l'acquisition par le salarié des compétences nécessaires pour occuper un autre emploi. Il convient de déterminer si le salarié qui n'a pas acquis les compétences attendues à l'issue de sa formation peut, ou non, être sanctionné. En d'autres termes, il est question de savoir si l'absence d'adaptation du salarié aux besoins actuels ou futurs de l'entreprise peut lui être imputable.

Afin de mesurer la capacité de refus du salarié, il faut se référer à l'article L. 6321-7 du Code du travail. Selon cette disposition, le salarié ne commet pas de faute lorsqu'il refuse de suivre une action pour le développement des compétences lorsqu'elle a lieu en dehors de son temps de travail effectif. La solution paraît évidente et il n'était guère besoin d'une disposition légale pour rappeler que le salarié ne peut être sanctionné pour des actes qui se situent en dehors de l'exécution de son contrat de travail. Mais à l'inverse, lorsque la formation pour le développement des compétences se déroule pendant le temps de travail effectif, cette même disposition sous-entend que le salarié ne peut pas refuser de la suivre. Comme pour toute autre catégorie de formation, le salarié qui refuserait de suivre une action en vue du développement de ses compétences pendant son temps de travail effectif commettrait donc une faute¹⁰⁸.

L'autre question porte sur le point de savoir si le salarié qui ne développe pas ses compétences peut être sanctionné. Avant le départ du salarié en formation, l'article L. 6321-8 du Code du travail prévoit que « l'entreprise définit avec le salarié, avant son départ en formation, la nature des engagements auxquels elle souscrit dès lors que l'intéressé aura suivi avec assiduité la formation et satisfait aux évaluations prévues ». On a pu voir dans cette disposition l'exigence de conclure un accord synallagmatique, faisant naître des obligations réciproques entre l'employeur et le salarié. Pour une auteure, il faudrait en effet voir dans cet accord « un véritable engagement comportant des obligations réciproques des parties : obligation d'assiduité et d'évaluation pour le salarié, obligations en terme de prise en considération de la formation suivie par le salarié, pour l'employeur »¹⁰⁹. Sous cet angle, le salarié s'engage à satisfaire aux évaluations, ce qui suppose pour lui d'avoir acquis les compétences nécessaires afin d'occuper un autre emploi. L'interprétation est sans doute conforme à cette doctrine de la responsabilisation du salarié :

¹⁰⁷ Art. 8 §2 de l'Accord national interprofessionnel du 20 septembre 2003 *relatif à l'accès des salariés à la formation tout au long de la vie professionnelle*.

¹⁰⁸ Voir, notamment, Soc. 20 juin 2001, pourvoi n° 99-44378, inédit.

¹⁰⁹ F. FAVENNEC-HÉRY, « Temps de formation, temps de travail, quelques observations », *Dr. soc.* 2004, p. 497.

l'inadaptation du salarié aux besoins de l'entreprise lui serait imputable et pourrait justifier une sanction ou une mesure pour insuffisance professionnelle.

Une telle interprétation se heurte, toutefois, au régime du contrat de travail. Quand le salarié suit une formation pour le développement de ses compétences, il n'a pas encore consenti à une modification de son contrat, et précisément de sa qualification professionnelle. Avant son départ en formation, un « agent de maîtrise » n'a pas encore consenti à devenir « cadre ». Par conséquent, les qualités professionnelles du salarié sont toujours évaluées en fonction de sa qualification et non d'une autre. On ne saurait reprocher au salarié de ne pas présenter les qualités nécessaires à l'occupation d'un emploi auquel il n'a pas encore consenti. Ainsi, l'employeur peut-il s'attendre à ce que le salarié puisse occuper un autre emploi, d'une qualification supérieure au sien. Mais cette attente doit toujours composer avec l'intangibilité du contrat de travail. Dans cette hypothèse, la part de sécurisation du parcours professionnel du salarié ne provient pas tant de la loi que de l'existence du contrat.

L'analyse du droit de la formation professionnelle montre les faiblesses des dispositifs censés assurer la transition, sécurisée, du chômeur à l'emploi ou du salarié à un autre emploi. Pour autant, l'accompagnement du travailleur, malgré les difficultés rencontrées sur son parcours, prend forme au travers de la « portabilité » des droits.

B. La portabilité des droits

La perte de l'emploi n'entraîne pas la perte de tous les droits liés à la qualité de salarié. Certains droits sont « portables », en ce sens qu'un travailleur peut les conserver malgré ses changements de statut, salarié ou demandeur d'emploi. La portabilité des droits à la formation et des garanties en matière de protection sociale complémentaire avait été imaginée dans l'ANI du 11 janvier 2008¹¹⁰. Sous l'effet des réformes les plus récentes, elle concerne dorénavant plusieurs catégories de droits mais recouvre des mécanismes différents. Certains droits sont conservés parce qu'ils sont « rechargés » au titre d'une période d'activité salariée, comme les droits relatifs à l'assurance du chômage tendent à l'être depuis la loi relative à la sécurisation de l'emploi (1). D'autres droits sont provisoirement maintenus, comme les garanties collectives de prévoyance dont un chômeur pouvait bénéficier chez son précédent employeur (2). Certains droits, comme ceux relatifs à la formation professionnelle, sont définitivement acquis et sont « portés » par le travailleur tout le long de son parcours professionnel (3).

1. Les droits « rechargeables » à l'assurance chômage

Dans l'objectif affiché de « sécuriser les parcours professionnels », mais aussi d'inciter les chômeurs à exercer, de manière temporaire, une activité salariée, les partenaires sociaux ont imaginé l'existence de droits « rechargeables » à l'assurance chômage¹¹¹. Repris par la loi relative à la sécurisation de l'emploi¹¹², ce système est distinct des procédés jusqu'ici prévus dans les

¹¹⁰ Art. 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 *sur la modernisation du travail*.

¹¹¹ Art. 3 ANI du 11 janvier 2013.

¹¹² Art. 10 de la loi *relative à la sécurisation de l'emploi* ; art. L. 5422-2-1 du Code du travail.

conventions relatives à l'assurance chômage – reprise des droits et réadmission – qui permettent simplement de reprendre l'indemnisation du chômeur lorsque celle-ci a été interrompue¹¹³.

À la lecture de l'ANI dont il est issu, ce dispositif consiste, lorsqu'un chômeur retrouve un emploi et le perd, à conserver « toute ou partie de ses droits à allocations de chômage » qui n'avaient pas été « utilisés » avant sa reprise d'activité, et de les « ajouter » à ceux acquis au titre de l'emploi qu'il a temporairement occupé. Si le principe des « droits rechargeables » est bien inscrit dans la loi, ses modalités, elles, sont renvoyées à la négociation relative à l'assurance chômage dont le « déséquilibre financier » ne devait pas, selon les partenaires sociaux, être « aggravé ». Dans cette voie, les signataires de la convention relative à l'assurance chômage du 14 mai 2014 ont opté pour un allongement de la durée d'indemnisation sans augmentation de son montant. Une fois que la durée d'indemnisation liée au premier emploi est expirée, démarre une autre période d'indemnisation, dont le montant et la durée sont calculés en fonction de l'activité qui a été temporairement reprise. L'objectif de ne pas accroître, à court terme, le déficit de l'assurance chômage s'oppose ainsi à une hausse – même minimale – du montant de l'indemnisation, que l'on pouvait pourtant imaginer à la lecture de l'ANI du 11 janvier 2013 mais aussi de la loi relative à la sécurisation de l'emploi¹¹⁴.

La portabilité des garanties collectives de prévoyances et de santé ouvertes chez un précédent employeur, correspond à une réforme plus complexe mais dont les effets seront sans doute plus sensibles.

2. *La portabilité des garanties collectives de prévoyance et de santé*

La portabilité des droits en matière de protection sociale complémentaire s'inscrit, depuis l'ANI du 11 janvier 2013 et la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, dans le contexte d'une généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé pour les salariés du secteur privé, toutes branches professionnelles confondues. À cette fin, les organisations syndicales et patronales liées par un accord collectif devaient engager des négociations avant le 1^{er} juin 2013 afin de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas d'une couverture collective en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, d'accéder à une telle couverture¹¹⁵. Celle-ci doit être effective avant le 1^{er} janvier 2016. Le pari est ambitieux. Il s'agit d'étendre le bénéfice de prestations d'origine contractuelle et variables d'un groupe de sociétés à un autre ou d'une entreprise à une autre, de

¹¹³ Ch. WILLMANN, « Loi de sécurisation professionnelle et assurance chômage, l'essentiel et l'accessoire », *Dr. soc.* 2013, p. 772.

¹¹⁴ L'article L. 5422-2 1 du Code du travail dispose en effet que « les droits à l'allocation d'assurance non épuisés, issus de périodes antérieures d'indemnisation, sont pris en compte, en tout ou partie, dans le calcul de la durée *et du montant des droits lors de l'ouverture d'une nouvelle période d'indemnisation*, dans les conditions définies dans les accords relatifs à l'assurance chômage (...) » (nous soulignons).

¹¹⁵ Art. 1^{er} ANI du 11 janvier 2013 ; art. 1^{er} de la loi du 14 juin 2013 *relative à la sécurisation de l'emploi*. Pour les entreprises non couvertes par un accord organisant le remboursement complémentaire des frais de santé mais dotées d'un délégué syndical, la négociation doit avoir lieu à compter du 1^{er} juillet 2014. Pour les autres entreprises, la généralisation peut prendre la forme d'une décision unilatérale (art. L. 911-7 I du Code de la sécurité sociale).

manière à constituer un socle minimal de prestations complémentaires à celles dues, en vertu de la loi, au titre du régime général de sécurité sociale¹¹⁶.

La dimension contractuelle de ces régimes n'est toutefois pas éludée et ce, tant au niveau des rapports entre la branche et l'entreprise, que des aménagements qui peuvent être négociés ou décidés à ce dernier niveau. Au niveau des rapports entre la branche et l'entreprise, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, les dispositions de la loi relative à la sécurisation de l'emploi qui permettaient à l'accord de branche d'imposer aux entreprises le choix d'un organisme assureur ou mutualiste pour la mise en place des garanties complémentaires¹¹⁷. Selon le Conseil, liberté d'entreprendre et liberté contractuelle ne permettent pas d'imposer un cocontractant aux employeurs concernés. Généralisation n'est pas synonyme d'uniformisation. Au niveau de l'entreprise, la loi de sécurisation de l'emploi laisse ouvertes les possibilités de singulariser, à ce niveau, les conditions des garanties en question¹¹⁸. Par exemple, cette loi n'est pas revenue sur les dispositions réglementaires qui permettent, au sein d'un accord collectif, de subordonner le bénéfice des prestations complémentaires à une condition d'ancienneté, si bien qu'un accord pourrait encore exclure du bénéfice des prestations les salariés employés sous contrats à durée déterminée d'une durée inférieure ou égale à six mois¹¹⁹. Et cette restriction ne sera pas sans effet sur la « portabilité » des droits en question, en ce sens qu'un chômeur ne peut conserver ces garanties qu'autant que les droits à remboursements ont été « ouverts » chez le dernier employeur¹²⁰.

C'est dans ce cadre que la portabilité des droits en matière de prévoyance a été organisée par la loi relative à la sécurisation de l'emploi. Elle permet au chômeur de bénéficier, à titre gratuit et pendant un temps, des garanties de prévoyance ouvertes chez son précédent employeur. Celle-ci est toutefois triplement limitée. La première limite à cette portabilité vient d'être évoquée. Elle tient à la source des droits : la teneur des prestations et les conditions de leur maintien dépendra de ce qui aura été négocié ou décidé au sein de l'entreprise. En ce sens, cette portabilité ne se distingue guère du système imaginé dans l'ANI du 11 janvier 2008, qui prend appui sur l'entreprise et sa régulation interne afin de garantir à tous une protection sociale plus digne¹²¹. La seconde limite est temporelle. Un chômeur ne pourra bénéficier des prestations que pour une

¹¹⁶ Ce socle est défini à l'article L. 911-7 II du Code de la sécurité sociale. Il englobe la prise en charge partielle ou totale du forfait journalier supporté par les personnes admises dans des établissements hospitaliers ou médico-sociaux, les soins dentaires, et la participation de l'assuré aux tarifs servant de base au calcul des prestations prévues au titre du régime de base.

¹¹⁷ Cons. const., 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, n° 2013-672 DC. Sur ce point, voir J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Clauses de désignation de désignation en matière de prévoyance et de retraite, droit à la négociation collective et libertés économiques », *Dr. soc.* 2013, p. 880 ; D. ROUSSEAU et D. RIGAUD, « Généralisation de la prévoyance complémentaire, Loi et Constitution », *Dr. soc.* 2013, p. 680.

¹¹⁸ M. DEL SOL, « Généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé des salariés : éléments de controverse », *Dr. soc.* 2014, p. 165.

¹¹⁹ Décret n° 2021-25 du 9 janvier 2012 *relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire*. Ce décret a été récemment modifié par un décret du 8 juillet 2014, mais celui-ci n'est pas revenu sur cette faculté d'exclusion (voir l'article R. 242-1-2 du Code de la sécurité sociale).

¹²⁰ Art. 911-8 2° du Code de la sécurité sociale.

¹²¹ Sur ce point, voir A.-S. GINON et F. GUIOMARD, « Les nouvelles formes de mutualisation, Réflexion sur la portabilité des droits issue de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 », *Dr. soc.* 2009, p. 1054

durée maximale de douze mois¹²². La troisième limite a trait à la cause de la rupture du contrat de travail : ne pourront bénéficier du maintien de ses garanties les chômeurs licenciés pour faute lourde¹²³. La loi rajoute ainsi aux sanctions de ce comportement, la perte des droits relatifs à la protection sociale complémentaire.

La portabilité des droits à la formation professionnelle, telle qu'elle vient d'être réaménagée, est de plus ample portée.

3. *La portabilité des droits à la formation*

La portabilité des droits à la formation avait été organisée par l'ANI du 7 janvier 2009 et la loi 24 du novembre 2009. Elle concernait le « droit individuel à la formation », que le salarié conservait malgré la perte de son emploi et dont il pouvait réclamer le bénéfice auprès d'un nouvel employeur durant une période déterminée. Le droit individuel à la formation vient d'être remplacé par le « compte personnel de formation » institué par la loi du 5 mars 2014¹²⁴. Au travers de cet instrument, la portabilité des droits à la formation, comptabilisés en heures, a gagné en étendue. Tout travailleur conserve les droits acquis en qualité de salarié malgré les périodes de chômage et ce, jusqu'à la cessation de son activité¹²⁵. L'idée de « sécurisation des parcours professionnels » s'exprime ici de la façon la plus claire. Le droit à la formation est attaché à la personne du travailleur et non à son statut¹²⁶. Il résiste à l'épreuve du temps et survit aux accidents de parcours. Dans cette voie, le compte personnel de formation joue dans deux hypothèses : la portabilité des droits, de l'emploi à la perte de l'emploi (a), et la portabilité des droits, d'un emploi à un autre emploi (b).

a. La portabilité des droits, de l'emploi à la perte de l'emploi

Les demandeurs d'emplois peuvent utiliser les heures inscrites dans leur compte personnel pour suivre une formation professionnelle¹²⁷. *A priori*, il n'est toutefois pas tenu de puiser dans ces heures pour assurer les formations décidées par Pôle Emploi. Du moins, rien ne le contraint en ce sens. Au contraire, l'article L. 6323-2 du Code du travail précise que « le refus du titulaire du compte de le mobiliser ne constitue pas une faute ». En revanche, la question demeure de savoir si, à l'inverse, le demandeur d'emploi pourrait suivre une formation professionnelle en utilisant son compte personnel, sans requérir l'accord des services de l'emploi. Une autre disposition, l'article L. 6323-22 du Code du travail, le laisse penser. Selon cette disposition, lorsque le demandeur d'emploi bénéficie d'heures inscrites sur son compte, « son projet est réputé validé au titre du projet personnalisé d'accès à l'emploi ». Si la formation suivie est réputée

¹²² Les partenaires sociaux avaient prévu une fourchette allant de neuf à douze mois (art. 1^{er} de l'ANI du 11 janvier 2013), le législateur a retenu la durée la plus longue.

¹²³ Art. L. 911-8 du Code de la sécurité sociale.

¹²⁴ Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 *relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale* ; Art. L. 6323-1 et suivants du Code du travail.

¹²⁵ Art. L. 6323-1 al. 3 du Code du travail.

¹²⁶ Idée qui avait largement été développée dans un rapport réalisé pour la Commission européenne : A. SUPPIOT (dir.), *Au-delà de l'emploi : transformation du travail et devenir du travail en Europe*, rapport pour la Commission des communautés européennes, Flammarion, 1999.

¹²⁷ Art. L. 6323-21 du Code du travail.

conforme au contenu de son projet personnalisé, dont l'objet est précisément de faciliter le retour à l'emploi, il faut en conclure que la formation souhaitée par un chômeur ne saurait faire l'objet d'une opposition de la part des services de l'emploi. Le demandeur d'emploi ne serait plus seulement soumis à une obligation de formation, il serait doté d'un authentique droit subjectif dont il n'aurait pas à justifier l'usage.

b. La portabilité des droits, d'un emploi à un autre emploi

À la différence de la portabilité du droit individuel à la formation, la portabilité des droits inscrits dans le compte personnel n'est assorti d'aucune limite temporelle. Les heures de formation comptabilisées peuvent donc être utilisées auprès de tout nouvel employeur, et ce jusqu'à la retraite du salarié. Pour autant, l'usage des heures de formation inscrites sur le compte nécessite toujours l'accord de l'employeur sauf dans l'hypothèse où le salarié souhaiterait suivre une formation professionnelle en dehors de son temps de travail effectif¹²⁸. Nous l'avons vu, la loi du 5 mars 2014 n'a pas repris les dispositions de l'ANI du 11 janvier 2013 relatives au compte personnel de formation, qui permettaient à un salarié d'accéder de droit à un congé individuel de formation, sans opposition de son employeur¹²⁹. La portabilité des droits à la formation ne va pas jusqu'à donner au salarié le rôle du seul « acteur » de son évolution professionnelle.

Un dernier dispositif destiné à faciliter la mobilité professionnelle du salarié, d'un emploi à un autre emploi, mérite enfin d'être signalé : la mobilité volontaire sécurisée.

C. La mobilité volontaire sécurisée

Il y a, globalement, deux façons de comprendre la « mobilité du salarié ». Elle peut être comprise, d'abord, comme la conséquence d'un acte de gestion du personnel, c'est-à-dire d'une décision de l'employeur par laquelle il entendrait déplacer un salarié ou lui faire changer d'emploi. La mobilité peut désigner, ensuite, une qualité du salarié. On dira par exemple d'un salarié qu'il est « mobile » parce qu'il est plus apte qu'un autre à se déplacer ou à changer d'emploi. En cette seconde acception, la mobilité désigne une qualité attendue du salarié : qu'il se déplace et qu'il développe, de lui-même, ses compétences. Et à cette acception de la mobilité comme qualité attendue, correspond une catégorie particulière de disposition, présente dans l'ANI du 11 janvier 2013 et dans la loi relative à la sécurisation de l'emploi : *les facilitations*. Ce concept de facilitation, proposé par un théoricien italien du droit¹³⁰, désigne les dispositions qui lèvent les obstacles empêchant une personne d'accomplir les actes que l'on attend d'elle. C'est à cette catégorie particulière de disposition qu'appartiennent celles relatives à la mobilité volontaire sécurisée.

Dans l'optique de laisser aux salariés la possibilité de développer leurs compétences en toute sécurité¹³¹, les partenaires sociaux ont imaginé, à l'occasion de la négociation de l'ANI du 11 janvier 2013, ce dispositif original de mobilité qui permet au salarié de travailler au service d'un

¹²⁸ Art. L. 6323-17 du Code du travail.

¹²⁹ Art. 5 ANI du 11 janvier 2013, voir *supra* p. 30.

¹³⁰ N. BOBBIO (trad. D. SOLDINI), *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, Dalloz, 2012, p. 55 et s.

¹³¹ Art. 7 ANI du 11 janvier 2013.

autre employeur, pour une durée déterminée, sans rompre le contrat de travail qui le lie à son employeur d'origine. Cette faculté est ouverte, selon le nouvel article L. 1222-12 du Code du travail, pour les salariés justifiant d'une ancienneté de vingt-quatre mois dans des entreprises ou groupes d'entreprises d'au moins 300 salariés, avec l'accord de leur employeur. Durant cette période de mobilité, le contrat de travail est suspendu et le salarié bénéficie d'une garantie de retour dans son entreprise d'origine pendant ou à l'issue de la période de mobilité.

Ce nouveau dispositif mérite d'être analysé à l'aune de la finalité qui lui est assignée. Destinée à faciliter le développement des compétences du salarié, cette mobilité demeure à son initiative, même si la loi ne le précise pas (1). Par ailleurs, la loi du 14 juin 2013 entrevoit l'hypothèse où l'employeur refuserait, par deux fois, les demandes de mobilité de son salarié. Celui-ci pourrait alors accéder « de droit » à son congé individuel de formation. Il est bien question, ici, de facilitations : il s'agit de lever un obstacle, l'accord de l'employeur, empêchant le salarié de développer ses compétences. La portée de ces facilitations mérite examen (2).

1. *L'initiative de la mobilité*

L'article L. 1222-12 du Code du travail ne précise pas clairement qui peut prendre l'initiative de cette mobilité, à savoir si seul le salarié peut en faire la demande ou si l'employeur pourrait, également, en prendre l'initiative. Le cas échéant, ce dispositif de mobilité externe pourrait être utilisé par l'employeur afin de gérer temporairement des hypothèses de sureffectif de l'entreprise¹³². La mobilité volontaire sécurisée pourrait alors servir à faciliter la gestion du personnel. Puisque le contrat de travail est suspendu durant la période de mobilité, l'employeur serait temporairement libéré des obligations qui lui incombent vis-à-vis de ce salarié. En réalité, il semble que cette proposition qui tend à faire de ce nouveau dispositif un instrument de gestion, se heurte à un problème qui tient à la qualification juridique d'une mobilité externe à l'initiative de l'employeur. Il semble que dans cette hypothèse on s'écarte du dispositif prévu par la loi, puisqu'il ne serait plus question de mobilité volontaire sécurisée, mais d'une mise à disposition.

Cette différence de qualification juridique, entre mise à disposition et mobilité volontaire est importante puisque les règles applicables à la mise à disposition du salarié sont différentes de celles qui s'appliquent en cas de mobilité volontaire du salarié. En cas de mobilité volontaire le contrat de travail est suspendu alors qu'en cas de mise à disposition, l'article L. 8241-1 du Code du travail dispose que le contrat de travail n'est ni rompu ni suspendu, ce qui entraîne des conséquences notamment sur le plan des relations collectives. Dans le cas d'une mise à disposition, le salarié bénéficie des dispositions de la convention collective applicable dans son entreprise d'origine. Dans le cas d'une mobilité volontaire, le contrat avec l'employeur d'origine est suspendu et un nouveau contrat est conclu avec l'entreprise d'accueil. Le salarié relève alors de la convention collective applicable dans son entreprise d'accueil et non de celle applicable dans son entreprise d'origine.

La question relative à l'initiative est d'importance puisqu'elle détermine la qualification juridique de la mobilité, et donc son régime. Et il ne semble pas que le nouveau dispositif de mobilité fasse exception aux règles, d'ordre public, relatives à la mise à disposition. Il faut alors voir ce nouveau dispositif comme un dispositif destiné à faciliter la mobilité du salarié et non à

¹³² Voir S. TOURNAUX., « Le chemin tortueux de la mobilité volontaire sécurisée », *Dr. soc.* 2013, p. 713.

faciliter la gestion du personnel. Mais à cette fin, encore faut-il mesurer la portée des dispositions qui lèvent les obstacles empêchant le salarié de développer, de lui-même, ses compétences.

2. *Les facilitations au développement des compétences*

Aucune mobilité du salarié n'est possible sans le consentement de son employeur. Toutefois, le Code du travail prévoit une mesure qui permet au salarié de développer ses compétences quand son employeur lui oppose deux refus consécutifs à ses demandes. Dans ce cas, selon l'article L. 1222-12 du Code du travail, le salarié accède « de droit » au congé individuel de formation, sans que l'on puisse lui opposer certaines conditions qui pèsent, en temps normal, sur l'accès à ce congé. L'article L. 1222-12 prévoit que la condition d'ancienneté de l'article L. 6322-4 et les dispositions de l'article L. 6322-7 du Code du travail ne peuvent être opposées au salarié afin de lui empêcher d'accéder à son congé de formation. Voilà un exemple typique de facilitations. Il s'agit de lever les obstacles juridiques, constitués par les articles L. 6322-4 et L. 6322-7 du Code du travail, afin de permettre au salarié de développer ses compétences quand son employeur lui refuse ses demandes de mobilité. Il suffit toutefois de consulter les dispositions concernées pour s'apercevoir de la faiblesse de ces facilitations.

L'article L. 6322-4 du Code du travail renvoie à une disposition réglementaire qui soumet, en temps normal, l'accès au congé de formation à une condition d'ancienneté de vingt-quatre mois dont douze mois dans l'entreprise. Voilà donc l'obstacle que lève la loi afin que le salarié accède au congé de formation quand ses demandes de mobilité volontaire lui ont été refusées : on ne peut lui opposer cette condition d'ancienneté de vingt-quatre mois dont douze dans l'entreprise. Or, à l'origine, si le salarié a pu valablement formuler une demande de mobilité volontaire, c'est qu'il justifie déjà de vingt-quatre mois d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe d'entreprises... La loi lève un obstacle quasi-inexistant¹³³.

Autre obstacle levé par la loi, l'employeur ne peut opposer au salarié les dispositions de l'article L. 6322-7 du Code du travail. Cette disposition permet à l'employeur dans les établissements de plus de deux cents salariés, de différer le départ en congé de formation. Mais il faut alors comprendre que, dans les établissements de moins de deux cents salariés, ce qui couvre un très large spectre, l'employeur conserve cette faculté de différer le congé lorsqu'il refuse la mobilité volontaire qui lui a été demandée. La loi ne lève ici qu'une petite barrière s'opposant au développement, par le salarié, de ses compétences.

Mais surtout, l'article L. 1222-12 ne concerne pas la restriction principale que l'employeur peut opposer à l'accès au congé individuel de formation et qui résulte de l'article L. 6322-6 du Code du travail. Selon cette disposition, l'employeur peut s'opposer à ce que le salarié bénéficie de son congé individuel de formation s'il estime que son absence serait préjudiciable à la marche de l'entreprise. Cette disposition n'étant pas concernée par l'article L. 1222-12, l'employeur peut toujours s'opposer au départ en congé individuel en formation quand il estime que l'intérêt de l'entreprise s'y oppose.

¹³³ Cette disposition ne lève l'obstacle de l'ancienneté que dans une hypothèse très résiduelle : celle du salarié qui justifierait de vingt-quatre mois au sein du groupe d'entreprises mais de moins de douze mois dans l'une des entreprises du groupe.

Les facilitations destinées à lever les obstacles empêchant le salarié de développer ses compétences paraissent de faible portée. Il n'est donc pas certain que ce type de dispositif destiné à inciter le salarié à être mobile, lui permette d'accomplir les actes que l'on attend de lui.

Conclusion

Le droit du travail français fait l'objet d'un procès qui ne devrait pas être le sien. Depuis le début de la crise, partenaires sociaux et législateurs l'ont lourdement modifié afin d'y trouver les remèdes d'un mal dont il n'est pas la cause. À cette fin, deux missions lui sont dorénavant assignées, qui transparaissent de l'ensemble des réformes analysées : le droit du travail doit « responsabiliser » les acteurs et « sécuriser » l'emploi et les parcours professionnels.

« Responsabiliser », d'abord. La responsabilisation de l'entreprise s'exprime avec clarté lorsque le législateur fait peser de nouvelles obligations sur le pouvoir, sous forme de devoir de vigilance, d'une obligation de rechercher le repreneur d'un établissement *in bonis* à l'occasion de sa fermeture ou, encore, d'engagements en matière d'emplois. Vouée à prévenir les risques sociaux et sanitaires que le pouvoir fait peser sur les salariés, cette charge devrait être aussi lourde que le pouvoir serait grand. En ce sens, les réformes récentes ont le mérite d'aller rechercher la responsabilité du détenteur véritable du pouvoir (un donneur d'ordre, une société mère) par-delà les montages juridiques qui lui permettent de se cacher derrière une autre personne morale. L'analyse de ces réformes montre cependant que des contreparties sont parfois allouées aux entreprises « responsables » mais, qu'à l'inverse, les sanctions de l'irresponsabilité ne sont sans doute pas à la hauteur des risques qu'il s'agit d'enrayer.

En revanche, le pouvoir peut compter sur la responsabilisation d'autres acteurs, salariés, représentants du personnel et syndicats. Les premiers sont censés s'engager dans la voie de la mobilité. Il est attendu d'eux qu'ils se déplacent et développent leurs compétences de manière à s'adapter aux changements de l'organisation productive. La menace du licenciement plane sur le salarié qui n'est pas mobile, tout comme la suspension de ses moyens de subsistance guette le chômeur qui ne s'implique pas suffisamment dans sa recherche d'emploi. De leur côté, les représentants du personnel sont impliqués dans la prise des décisions. Leur « adhésion » aux choix de gestion est assurée par un accès étendu à l'information sans, pour autant, qu'ils pèsent sur la décision finalement arrêtée. La présence de représentants des travailleurs dotés de voix délibératives dans les instances décisionnaires de certaines sociétés commerciales est à ce titre innovante, mais les critères prévus par la loi relative à la sécurisation de l'emploi sont à ce point restrictifs que l'on peut douter de son effectivité. Enfin, l'implication des syndicats dans l'exercice du pouvoir se manifeste de la manière la plus nette au travers d'accords collectifs destinés à gérer les mobilités au sein de l'entreprise (accords de mobilité interne), maintenir l'emploi en contrepartie d'une détérioration flagrante des droits des salariés (accords de maintien de l'emploi) ou associer les syndicats aux licenciements pour motifs économiques (accord collectif relatif à la sauvegarde de l'emploi).

Vue dans toutes ses dimensions, la « responsabilisation » tend à faire assumer la charge du pouvoir à ceux qui y sont soumis ou à leurs représentants.

« Sécuriser », ensuite. Mais sécuriser quoi ? La sécurisation est systématiquement associée, dans le langage du droit, à l'emploi ou aux « parcours professionnels ». Elle correspond alors à de belles visées, la réduction du chômage (sécurisation de l'emploi) et l'assurance d'une évolution professionnelle stable malgré les difficultés conjoncturelles, pour le demandeur d'emploi comme pour le salarié (sécurisation des parcours). À cette fin, sont créés des dispositifs plus ou moins ambitieux de « portabilité » des droits, de formation professionnelle ou de « mobilité volontaire sécurisée ». Mais la sécurisation poursuit également une autre finalité, que l'on imagine moins facile à inscrire dans l'intitulé d'une loi ou d'un accord collectif : placer le pouvoir à l'abri du droit. Au travers des nouveaux accords collectifs de gestion – accord de

mobilité interne, accord de maintien de l'emploi ou accord relatif à la sauvegarde de l'emploi – le pouvoir est promis à s'exercer dans un cadre juridique plus souple, moins contraignant, que s'il s'exprimait par voie unilatérale. Il bénéficie d'une légitimité accrue par la signature de syndicats ayant réuni un pourcentage plus ou moins important des suffrages aux dernières élections professionnelles. Et à ce titre, les décisions prises dans le cadre de ces accords, la décision de licencier au premier titre, sont soumises à un contrôle plus lâche et sont plus difficiles à contester. Le juge judiciaire est même évincé au profit d'un contrôle administratif de la décision. Le pouvoir profite ainsi d'un recul de la loi au profit de la négociation collective et de l'affaiblissement du juge judiciaire. Dernière illustration de cette tendance, les délais de prescription pour agir contre les décisions de l'employeur ont été réduits.

En fait de « sécurisation » de l'emploi ou des parcours professionnels dont se réclament partenaires sociaux et législateurs, il semble davantage question de sécuriser l'exercice du pouvoir.

Ainsi, à bien les regarder de près, « sécurité », « flexicurité », « sécurisation », « responsabilisation », sont autant de notions qui, en dernière analyse, tendent vers les mêmes résultats : l'avènement d'un droit du marché du travail et la libération du pouvoir patronal.