

1163 Les articulations des contentieux

Françoise FAVENNEC-HÉRY,
professeur à l'université Paris II Panthéon – Assas
Laurent MARQUET DE VASSELOT,
avocat associé, CMS Francis Lefebvre avocats,
professeur associé à l'université Paris II Panthéon
– Assas



La dispersion du contentieux social entre juridictions civile, pénale, commerciale et administrative est un fait. Elle rend l'articulation des actions en justice difficile : individuels ou collectifs, à l'initiative du syndicat ou du particulier, les contentieux se chevauchent, les décisions peuvent se contredire. La pluralité des compétences et le principe de la séparation des pouvoirs engendrent une concurrence entre juge judiciaire, administration et juge administratif. Le recours au bloc de compétences comme la coopération entre juges tentent d'y remédier.

1 - Justice des pauvres, pauvre justice, la justice sociale telle que décrite par Pierre Joxe¹ va-t-elle connaître avec les lois du 24 mars 2019, une profonde mutation ?

Les différents rapports (Marshall, Lacabarats et plus récemment Agostini et Molfessis², ont dressé le même constat : l'éclatement du contentieux aboutit à une errance procédurale inacceptable, l'accès au juge n'étant pas garanti lorsque le justiciable désorienté ne sait pas vers quelle juridiction se tourner. Les plus ambitieux rêvaient d'une juridiction sociale unique et au premier chef, le Président Laroque qui affirmait en 1954 la nécessité d'une juridiction sociale autonome. 60 ans plus tard le rapport Marshall préconisait la création d'un tribunal social regroupant deux sections (travail et protection sociale) sous la présidence d'un magistrat professionnel.

Le fonctionnement déficient de la justice sociale fait en effet, l'objet de condamnations internationales (au titre des délais déraisonnables) et parmi les critiques est notamment stigmatisée la dispersion du contentieux entre juridictions civiles et administratives ainsi qu'au sein de l'ordre judiciaire.

2 - Le mal gagne : le constat dressé par le rapport Agostini – Molfessis de l'état du système judiciaire en son ensemble est sans nuance : nous sommes proches de l'embolie et parmi ce vaste chantier, est préconisée une réforme en profondeur des juridictions de première instance par le biais d'une centralisation des juridictions au sein des tribunaux judiciaires : fusion des TGI et des TI puis éventuellement plus tard, intégration des conseils de prud'hommes.

Ndlr : cette étude est issue de l'intervention des auteurs au colloque organisé le 5 avril 2019 au Sénat, sous la présidence de Jean-Guy Huglo et Denis Piveteau, par le Laboratoire de droit social de l'université Panthéon-Assas (Paris II), sur le thème « Les contentieux du travail ».

- ¹ Pierre Joxe, *Soif de justice – Au secours des juridictions sociales* : Fayard, coll. Documents, 2014.
- ² Rapport au Min. Justice, F. Agostini et N. Molfessis, *Chantiers de la Justice, Amélioration et simplification de la procédure civile*, janv. 2018, accessible sur le site justice.gouv.fr.

Deux lois adoptées et publiées au Journal Officiel du 24 mars 2019 opèrent réforme de la justice et réorganisation des juridictions. Les tribunaux judiciaires pourront être spécialisés dans certaines matières civiles. Le greffe du conseil des prud'hommes sera progressivement transféré à cette instance unique. Le contentieux électoral se trouvera impacté.

Comme le précise le rapport annexé à la loi, « il est devenu nécessaire de repenser l'organisation des juridictions tant la répartition des contentieux, notamment en première instance est devenue illisible pour le citoyen ».

Après la loi sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle fusionnant les contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale. Voilà instaurée la grande maison du droit regroupant les différents contentieux de première instance. Fini le rêve d'une juridiction sociale, spécifique !

La période est donc au regroupement des juridictions, à l'unification des procédures, aux économies d'échelle. La réforme est incontestablement de nature structurelle. Sera-t-elle susceptible de canaliser les contentieux, d'endiguer la multiplicité des actions, de résoudre les conflits de compétence propres au droit social ? À voir.

3 - Sans même évoquer le volet du contrat international, le contentieux social se caractérise en effet par sa dispersion. La question est connue :

- multiplicité des juges civil, pénal, commercial, administratif, constitutionnel, communautaire...
- multiplicité des acteurs : salariés, syndicats, représentants élus, représentants des salariés, entremètement des compétences.

Autant de sources de conflits, de contrariétés de décision, d'interprétations divergentes, de concepts contradictoires dans une discipline qui est, par essence, transversale : publique – privée ; individuelle – collective ; nationale – européenne – unioniste. La diversité est dans ses gènes.

Autant de stratégies judiciaires qui usant des opportunités procédurales, tentent parfois d'ouvrir de nouvelles voies de droit, parfois d'opérer des résistances. Imbroglie juridique !

Et pourtant, tout n'est pas si noir dans ce constat. À la dispersion des contentieux, à la concurrence des actions en justice, à l'enchevêtrement des compétences, répondent des combinaisons fructueuses.

Sur le plan institutionnel pensons à la technique de la question préjudicielle : La coopération entre juridictions internes et Cour de justice de l'Union européenne permet à la Cour de cassation, de trancher de nombreuses affaires complexes à la lumière des textes européens. Le droit social communautaire serait-il ce qu'il est sans la combinaison du rôle du juge national et du juge communautaire et inversement ?

Pensons aussi, grâce à la QPC, à la construction d'un droit constitutionnel du travail par le rôle conjugué des juges judiciaire, administratif et constitutionnel. Ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'État ne se contentent d'un rôle de passeur : ils participent à la constitutionnalisation du droit du travail. Ne mésestimons pas non plus la procédure de demande d'avis tant au plan national auprès de la Cour de cassation qu'au plan international auprès de la CEDH.

Malgré tout, la dimension collective de la matière conduit à une pluralité d'actions en justice difficiles à coordonner. La dimension transversale de la discipline génère une concurrence des juridictions. Articulation des actions en justice (1), articulation des compétences (2) tels seront les deux axes qui permettent de mesurer l'harmonisation des contentieux du social.

1. L'articulation des actions en justice

4 - Contentieux protéiformes. – Les contentieux du travail sont protéiformes car, au-delà de la relation contractuelle de travail liant l'employeur au salarié, susceptible à ce titre de générer un contentieux par essence individuel, le collaborateur fait partie au sein de l'entreprise d'une collectivité de travail, source potentielle d'un contentieux collectif, ce qui soulève la question de l'articulation du contentieux individuel et du contentieux collectif.

Les principes de l'articulation des actions apparaissent soumis à des règles établies (A) mais quelques illustrations exemplaires du contentieux né dans le domaine de la gestion de l'emploi, des salaires et de l'organisation du travail révèlent la réalité des difficultés rencontrées (B).

A. - Articulation des actions individuelles et des actions collectives : principes

1° Principes d'articulation

5 - Principes. – La première question est celle des principes et des règles qui gouvernent l'articulation du contentieux collectif et du contentieux individuel. La répartition des compétences entre le conseil de prud'hommes (CPH) et le tribunal de grande instance (TGI) apparaît obéir à des règles simples. Aux termes de l'article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire « *Le tribunal de grande instance connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction* ». Le Code du travail retient la compétence exclusive du CPH pour connaître des différends nés à l'occasion du contrat de travail en ce qu'il « *régle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient* » (C. trav., art. L. 1411-1). Ces règles de compétence sont d'ordre public, et c'est la nature du litige qui commande l'articulation des contentieux.

2° Prétention individuelle et droit individuel

6 - Individuel et collectif. – Le caractère individuel ou collectif de l'action s'apprécie essentiellement à l'aune des deux paramètres que sont d'une part l'existence d'une prétention dont le caractère est in-

trinsèquement personnel et d'autre part la demande de reconnaissance d'un droit qui par nature est individuel. Il en résulte deux conséquences : 1) la juxtaposition d'intérêts individuels n'est en principe pas créatrice d'un intérêt collectif qui constituerait un obstacle à la reconnaissance de la compétence du conseil de prud'hommes ; 2) les conséquences éventuelles, sur le plan collectif, de décisions de justice issues d'actions individuelles ne transforment pas ces demandes pour leur donner une nature collective commandant la compétence du TGI.

3° Attraction de la compétence prud'homale

7 - Compétence prud'homale. – La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation révèle que l'attraction de la compétence prud'homale reste très forte. Ainsi, relèvent de la compétence exclusive du conseil de prud'hommes : « l'action en paiement de salaire peu important qu'elle émane de plusieurs salariés, voire de la totalité d'entre eux, même s'ils soulèvent un problème de portée générale intéressant l'ensemble des salariés de l'entreprise »³, les demandes par lesquelles des salariés réclament « à titre personnel le paiement de l'application d'une disposition de la convention collective « peu important le fait que sa demande puisse avoir des répercussions pratiques étendues à d'autre »⁴.

Au regard de ces règles de principe, les sujets relatifs à l'articulation des contentieux naissent le plus souvent de l'action en justice des organisations syndicales. Cette action soulève de réels problèmes d'articulation des contentieux.

4° Défense de l'intérêt collectif et action collective

8 - Action en justice des organisations syndicales. – Le Code procédure civile permet que l'action soit ouverte « *à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès d'une prétention* » (CPC, art. 31) alors que le Code du travail reconnaît aux organisations syndicales le droit d'agir dans un intérêt collectif : « *Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* » (C. trav., art. L. 2132-3).

Cette disposition légale, qui donne qualité à agir au syndicat agissant dans l'intérêt collectif de la profession qu'il représente, découle de la liberté syndicale consacrée par l'article 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 2 de la Convention internationale du travail n° 87, et ne constitue pas une atteinte à la liberté personnelle des salariés ni à leur droit d'agir en justice⁵.

9 - Intérêt collectif de la profession. – L'aptitude des organisations syndicales à agir en justice devant le TGI dans l'intérêt collectif de la profession est largement admise par la jurisprudence. Elle a, à titre d'exemple, été reconnue pour une demande de condamnation de la société à procéder à des augmentations générales, en ce qu'elle reste au niveau du principe et n'a pas pour objet le paiement de sommes déterminées à des salariés déterminés⁶.

10 - Droit attaché à la personne. – À l'inverse, l'action relative à l'existence et au calcul d'heures supplémentaires d'un salarié ne ré-

3. Cass. soc., 16 oct. 1984, n° 83-42.272.

4. Cass. soc., 27 mars 2001, n° 99-41.671.

5. Cass. soc. 5 juin 2013, n° 12-27.478 ; Bull. civ. V, n° 147.

6. Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 04-14.771, pour une demande de constitution « d'une réserve spéciale de participation d'un certain montant ainsi qu'à sa répartition entre les salariés de l'entreprise et non à la constitution de droits déterminés au profit de salariés nommément désignés », de sorte que « le syndicat ne défendait pas en son nom propre les intérêts individuels des salariés » (Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340 : *JurisData* n° 2007-038665).

vèle nullement l'atteinte à un intérêt collectif de la profession⁷ ; le litige relatif au manquement de l'employeur à son obligation de reclassement individuel ne porte pas atteinte à ces mêmes intérêts⁸ ; l'action d'un syndicat intentée devant le TGI en vue de faire reconnaître la qualité de co-employeur d'une société à l'égard des salariés d'une autre société est irrecevable car « la reconnaissance d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié »⁹ ; à l'identique l'action en contestation du transfert d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne du salarié¹⁰.

Un dernier exemple afférent aux litiges relatifs au forfait-jours illustre parfaitement l'articulation des contentieux individuels et collectifs : si un syndicat est recevable à faire constater l'irrégularité de la mise en œuvre des dispositions conventionnelles relatives à la convention de forfait pour qu'elle soit déclarée inopposable aux salariés, il est en revanche irrecevable à solliciter la régularisation par l'employeur de la situation des salariés en procédant au calcul des heures de travail effectivement réalisées¹¹.

11 - Égalité de traitement. – Si la distinction entre le contentieux collectif porté par une organisation syndicale pour défendre l'intérêt collectif de la profession et le contentieux individuel porté par un salarié semble *a priori* bien nette, des évolutions récentes pourraient perturber cette articulation. Tel est le cas en ce qui concerne la jurisprudence sur le contentieux de l'égalité de traitement. La Cour de cassation a jugé que la demande d'un syndicat tendant à ce qu'il soit ordonné à l'employeur de régulariser, au regard d'une prime de « temps repas », la situation des salariés, était recevable au motif que « l'action du syndicat, qui ne tendait pas au paiement de sommes déterminées à des personnes nommément désignées, mais à l'application du principe d'égalité de traitement, relevait de la défense de l'intérêt collectif de la profession »¹². Cette solution a pu surprendre dans la mesure où elle conduit *in fine* au paiement aux salariés de sommes déterminées. Certains auteurs ont pu se montrer très critiques en y voyant un élargissement excessif de l'action syndicale, contraire à la jurisprudence constitutionnelle et en décelant « des actions de substitution extralégales libérées de toutes contraintes par l'effet d'une lecture extensive de l'article L. 2132-3 »¹³. En réalité, la recevabilité de l'action d'une organisation syndicale apparaît désormais acquise dès lors que n'est pas demandé le paiement de sommes déterminées à des salariés nommément désignés. Néanmoins, la frontière entre le collectif et l'individuel est moins bien dessinée qu'il y paraît ainsi que quelques exemples issus de contentieux emblématiques le montrent avec évidence.

B. - Articulation des contentieux individuels et des contentieux collectifs : illustrations

1° Contentieux du recours au travail précaire

12 - Des contentieux individuels au contentieux collectif. – Le contentieux du recours au contrat de travail à durée déterminée ou au contrat de travail temporaire est exemplaire. Dans ce domaine, une multitude de contentieux individuels initiés devant le CPH peuvent-ils justifier l'action collective devant le TGI ?

7. Cass. soc., 25 mai 1993, n° 90-45.002.

8. Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-44.175 ; Bull. civ. V, n° 261.

9. Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 05-16.492 ; *JurisData* n° 2008-042398 ; *JCP S* 2008, 1277, note J.-Y. Kerbourc'h.

10. Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22.014 ; Bull. civ. V, n° 226. – Cass. soc., 3 oct. 2018, n° 17-19.422.

11. Cass. soc., 14 déc. 2016, n° 15-20.812 ; *JurisData* n° 2016-026941 ; *JCP S* 2017, 1045, note B. Gauriau.

12. Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27.689 ; Bull. civ. V, n° 36.

13. *JCP S* 2013, 1398, note J.-B. Cottin et A. Martinon.

13 - Articulation des contentieux du travail précaire. – L'exemple issu d'un contentieux mené à l'encontre de La Poste dans le domaine de la gestion de l'emploi est très révélateur des questions que soulève le régime de l'articulation. La Poste recourt à du personnel de droit privé depuis la loi 2 juillet 1990, ce principalement sous contrat de travail à durée indéterminée, mais également sous contrat de travail à durée déterminée ou sous contrat de travail temporaire. Le recours à la main-d'œuvre dite « précaire » a alors pu être considéré comme excessif ou utilisé de façon abusive. Quand bien même La Poste, investie d'une responsabilité sociale, avait signé des accords collectifs pour lutter contre la précarité de l'emploi de certains agents contractuels et que le taux d'emploi de cette main d'œuvre précaire s'élevait à moins de 3 % au sein de cette entreprise contre 11 % au niveau national, de multiples contentieux en requalification, individuels par nature, ont été initiés. Une organisation syndicale a cru pouvoir déduire de certaines condamnations que La Poste aurait eu recours de façon massive, systématique et illicite au travail précaire. C'est partant de cette appréciation que s'est posée la question de l'articulation entre le contentieux individuel et le contentieux collectif. La Poste a ainsi été assignée devant le TGI dans le cadre d'une action collective dont la demande était la suivante : « faire interdiction à La Poste, sous astreinte de 20 000 euros par infraction constatée, de recourir au contrat de travail à durée déterminée ainsi qu'au travail temporaire en violation du droit applicable ». C'était l'exemple même de l'action collective procédant de contentieux individuels. La demande reposait en réalité sur une pétition de principe, le caractère prétendument abusif sur le plan général du recours à la main d'œuvre précaire, et sur des décisions de justice individuelles versées aux débats. L'articulation des actions soulève de nombreuses questions. La condition tenant à l'existence d'un litige est-elle satisfaite ? Cela pose la question de savoir si d'une pluralité de litiges individuels naît *de jure* un litige collectif. En effet, la recevabilité d'une demande est commandée par l'existence d'un litige, ce qui résulte notamment des articles 4 et 12 du Code de procédure civile. Une question analogue est posée en ce qui concerne l'existence nécessaire au procès d'une prétention. L'exigence d'une prétention procède en effet de l'article 53 du Code de procédure civile. La demande présentée visant à ce que, pour l'avenir, il soit fait application de la loi, ne semble pas caractériser la prétention légalement requise. Enfin et surtout, il est nécessaire que l'atteinte à un intérêt collectif soit caractérisée. L'action collective consécutive à des contentieux individuels peut être jugée recevable lorsqu'elle intervient dans le cadre d'un litige qui soulève une question de principe dont la solution est susceptible d'avoir des conséquences sur l'ensemble de la profession. Mais c'est donc à la condition, selon les juges du fond, qu'elle ait vocation à trancher une question de principe.

14 - Question de principe. – Deux exemples en matière de contentieux collectif relatif au recours au travail précaire peuvent à cet égard être cités. Dans la première affaire ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 22 mars 1991¹⁴, la question de principe concernant le recours au travail précaire était celle de savoir si la circonstance spécifique tenant aux contraintes concernant les vols à la demande en « charters » autorisait ou non le recours au contrat de travail à durée déterminée. Dans la seconde affaire ayant donné lieu à un arrêt de la même cour, rendu le 28 mars 2007¹⁵, la question de principe était celle de savoir si la circonstance spécifique tenant au lancement de nouveaux modèles automobiles relevait de l'activité normale de l'entreprise de construction automobile, excluant ainsi tout recours à la main d'œuvre précaire, ou si, au

14. CA Versailles, 3^e ch., 22 mars 1991, RG n° 89/4265, SA *Aéromaritime c/ Syndicat national du personnel navigant commercial*.

15. CA Versailles, 14^e ch., 28 mars 2007, RG n° 06/7198, *Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT c/ SA Peugeot Citroën automobiles*.

contraire, un tel lancement était susceptible d'engendrer un surcroît d'activités lié aux impératifs de production permettant le lancement et la commercialisation d'un nouveau modèle. Dans les deux affaires, était donc caractérisé un secteur d'activité spécifique (le transport aérien dans un cas, l'industrie automobile dans l'autre), une situation particulière (le vol à la demande dans un cas, le lancement d'un nouveau modèle dans l'autre), ce dont il résultait pour le juge la nécessité, au regard de la législation sur le travail précaire, de trancher une question de principe afférente au caractère licite du recours à cette main d'œuvre précaire.

Une telle question de principe n'apparaissait dans le contentieux de la main d'œuvre précaire au sein de La Poste : elle suppose un litige, des prétentions, des faits et la demande de qualification. Le TGI de Paris a ainsi pu juger¹⁶ qu'une telle question ne se posait pas, que la référence à des causes déjà jugées était inopérante ce dont notamment il se déduisait le caractère irrecevable de la demande : « que la violation par un employeur des dispositions légales relatives aux contrats de travail à durée déterminée ou au travail temporaire, est susceptible de constituer une atteinte à l'intérêt collectif de la profession concernée par cette violation ; Mais attendu qu'une demande tendant à voir rappeler à l'employeur les dispositions légales et son obligation de les respecter sans que le tribunal soit saisi de faits particuliers lui permettant de se prononcer *in concreto*, après avoir analysé et qualifié lesdits faits, sur la violation invoquée, présente un caractère général et n'est pas recevable ; Que le tribunal ne peut statuer par voie de disposition générale, par référence à des causes déjà jugées, mais doit se déterminer d'après les circonstances particulières dont il a à connaître ; Que si une juridiction peut trancher, à la demande d'un syndicat, une question de principe sur le recours aux contrats de travail à durée déterminée ou aux missions temporaires, pour pourvoir des emplois dans des situations déterminées, encore faut-il qu'elle soit saisie d'un litige opposant les parties sur le point de savoir si tel type d'emploi au sein de l'entreprise peut être pourvu par un contrat à durée déterminée ou une mission temporaire ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ; Qu'en conséquence les demandes tendant, de manière générale, à voir faire injonction à La Poste de respecter le droit applicable et à lui interdire de recourir au contrat de travail à durée déterminée ainsi qu'au travail temporaire en violation du droit applicable pour pourvoir des emplois durables et permanents, sont irrecevables (...) ».

L'articulation des actions individuelles et collectives s'opère ainsi avec discernement.

2° Contentieux de l'égalité de traitement en matière de salaire

15 - Un autre exemple peut être donné et concerne le contentieux de l'égalité de traitement en matière de salaire.

16 - Articulation du contentieux de l'égalité de traitement en matière de salaire. - Le contentieux dit du « Complément Poste » a donné lieu à une large publicité et de nombreux commentaires¹⁷. Le Complément Poste est un élément de rémunération initialement attribué à des agents publics. Par une décision à caractère réglementaire, le montant de cet élément de rémunération a varié selon les agents publics en fonction de leur situation propre (conditions de travail, historique de carrière, etc.). L'entreprise a décidé de faire bénéficier les salariés de cet élément de salaire. C'est en se référant à la situation des agents recrutés dans les années 1970-1980, dont le Complément Poste était plus élevé que celui dont ils bénéficiaient, que des salariés ont saisi les juridictions prud'homales sur le fondement du principe « à travail égal, salaire égal ». Plusieurs milliers de procé-

dures individuelles ont été introduites. La Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts dont certains revêtaient un caractère de principe. De ces multiples contentieux individuels et procédures sérielles pouvait-il naître à bon droit un contentieux collectif ? Certaines fédérations syndicales l'ont pensé et ont agi devant le TGI. Elles sollicitaient que La Poste soit condamnée à une régularisation de salaire de l'ensemble des agents contractuels de droit privé, soit plus de 105 000 collaborateurs, demandant au juge : « d'ordonner à La Poste de procéder à la régularisation des Compléments Poste de l'ensemble des agents contractuels de droit privé qu'elle emploie et a employés pour l'avenir et sur la période non couverte par la prescription quinquennale afin qu'ils soient concordants avec les Compléments Poste les plus élevés perçus par les agents de droit public de mêmes niveaux et fonctions, sous astreinte de 30 000 euros par jour de retard passé un mois à compter de la signification de l'arrêt à intervenir ».

17 - Recevabilité de l'action. - Ce litige ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris¹⁸ est l'illustration même des questions d'articulation entre le contentieux individuel et le contentieux collectif. Le juge a tout d'abord admis la recevabilité de l'action sur le fondement de l'intérêt collectif : « l'action, qui vise à obtenir généralement de l'employeur le respect du principe d'égalité de traitement entre les salariés contractuels de droit privé, d'une part, et les agents de droit public, d'autre part, principe qui ne serait pas respecté et ce au détriment des premiers nommés, ne tend pas à la constitution de droits déterminés au profit de salariés nommément désignés, mais à l'application d'une règle générale au profit d'une catégorie de personnel, et présente donc un caractère collectif, et non pas individuel. Il importe encore peu, à cet égard, qu'il ne soit pas seulement demandé au juge de constater l'inégalité de traitement alléguée, mais qu'il soit également sollicité que soit ordonné à l'employeur de procéder à la régularisation de la situation au profit des agents concernés. Il n'est, certes, pas contestable que, s'il était fait droit à une telle demande, il appartiendrait à l'employeur de procéder au paiement de sommes d'argent à chacun des salariés concernés, sommes qu'il lui incomberait de calculer sur la base des principes d'ordre général qui seraient déterminés dans le cadre du présent litige, et que l'établissement de ce décompte individuel se ferait sous l'éventuel contrôle, à l'initiative de tel ou tel salarié qui ne s'estimerait pas rempli de ses droits, de la juridiction du travail. Pour autant, la décision qui serait rendue dans le cadre du présent litige n'emporterait pas, par elle-même, le paiement de sommes déterminées à des salariés nommément désignés. Engagée par des syndicats professionnels, elle conserve un caractère collectif, exclusif de la compétence du conseil de prud'hommes. Le tribunal de grande instance, juridiction de droit commun, était donc compétent pour en connaître ».

18 - Bien-fondé de l'action. - La voie de la recevabilité est donc largement ouverte dans le cadre de l'action collective car si la demande avait été fondée, la décision aurait bien emporté le paiement de salaires aux salariés concernés. Ce bien-fondé n'a toutefois pas été reconnu : « Les fédérations appelantes, sur lesquelles repose la charge de la preuve de l'inégalité de traitement qu'elles allèguent, ne démontrent donc pas que l'allocation du complément Poste au sein de La Poste serait généralement empreinte d'une inégalité de traitement entre les agents de droit public et les agents de droit privé. Elles ne contestent pas, par ailleurs, qu'ainsi qu'il résulte des pièces produites aux débats, la situation des agents de droit public au regard du complément Poste est elle-même caractérisée par une grande diversité. Or, le seul fait, à le supposer démontré, que les agents de droit privé recevraient un complément Poste moins important que certains agents de droit public occupant les mêmes fonctions, et ayant été recrutés à une époque similaire, mais situés dans les secteurs hauts des champs de normalité, ne serait pas, en soi, contraire au principe

16. TGI Paris, 1^{re} ch., section sociale, 6 juill. 2010, Fédération CFTC des Postes et des télécommunications c/ La Poste.

17. O. Dutheillet de Lamothe, *L'appréciation in concreto du principe d'égalité : l'exemple du Complément Poste* : RJS 2016, p. 111.

18. CA Paris, pôle 6, ch. 2, 18 juin 2015, n° 14/05613.

d'égalité de traitement, seul un déséquilibre entre la moyenne des compléments Poste perçus par les agents de droit public avec les compléments Poste perçus par les agents de droit privé pouvant caractériser un manquement à ce principe. Elles ne démontrent pas la réalité d'un tel déséquilibre général ».

L'exigence est donc réelle quant à l'examen du bien-fondé de l'action collective dans le contentieux de l'égalité de traitement en imposant que soit caractérisée une situation « généralement empreinte d'une inégalité de traitement » ce qu'une multitude de contentieux individuels est, à elle seule, insuffisante à établir. Mais l'évolution de la loi peut également affecter cette articulation. Il en est ainsi des règles qui gouvernent le contentieux de l'accord collectif.

3° Contentieux de l'accord collectif : du collectif à l'individuel ?

19 - Délai de recours contre l'accord collectif. – L'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 relative au renforcement de la négociation collective a entendu encadrer le recours en contestation de la légalité d'un accord collectif, en limitant à 2 mois le délai de recours, ce dans un objectif de sécurisation.

20 - Exception d'illégalité au plan individuel. – Il demeure cependant possible, dans le cadre d'un contentieux individuel, de contester la légalité d'un accord collectif par la voie de l'exception d'illégalité, ce que le Conseil constitutionnel a confirmé dans sa décision du 21 mars 2018¹⁹ : « En dernier lieu, l'article L. 2262-14 ne prive pas les salariés de la possibilité de contester, sans condition de délai, par la voie de l'exception, l'illégalité d'une clause de convention ou d'accord collectif, à l'occasion d'un litige individuel la mettant en œuvre ». Le contentieux individuel reste donc plein et entier, avec le risque d'éparpillement des actions et des décisions, et de contrariété de jurisprudence, de telle sorte la sécurisation juridique visée n'est pas pleinement assurée. Le droit légal de la présomption pouvait également affecter l'articulation des contentieux entre le juge des référés et le juge du fond.

4° Contentieux du travail de nuit : présomption de légalité et compétence du juge des référés.

21 - Articulation entre le juge des référés et le juge du fond. – L'exemple du contentieux du travail de nuit illustre parfaitement les difficultés d'une bonne articulation entre le contentieux devant le juge des référés et le contentieux devant le juge du fond. Ainsi, la cour d'appel de Paris a interdit par un arrêt du 7 septembre 2018 à la société Monoprix l'emploi de salariés après 21 heures²⁰. Cet arrêt soulève ainsi la question de l'articulation des compétences entre juge des référés et juge du fond au regard du principe de présomption de légalité de l'accord collectif²¹. Cette présomption²² affecte-t-elle l'articulation des compétences et plus précisément efface-t-elle celle du juge des référés ? L'arrêt de la cour d'appel y apporte une réponse négative.

Le juge des référés a interdit l'ouverture des magasins jusqu'à 22 heures au motif notamment que la continuité de l'activité économique de l'entreprise n'est manifestement pas mise en cause. Or, c'est sur le fondement du principe constitutionnel de participation des partenaires sociaux à la détermination collective des conditions de

travail ainsi que de participation à la gestion des entreprises que le législateur a délégué sa compétence aux organisations syndicales, légitimes du fait de leur audience électorale, à incarner l'intérêt collectif, en signant des accords majoritaires, justifiant notamment le recours au travail de nuit.

22 - Délégation législative et présomption. – Le mécanisme de la délégation législative et le jeu de la présomption ne devraient pas conduire le juge des référés à pouvoir considérer que les dispositions mêmes d'un accord collectif constituent en soi un trouble manifestement illicite. La question de l'articulation des compétences entre le juge des référés et le juge du fond pose sans doute plus généralement la délicate question de l'étendue du contrôle de la norme conventionnelle par le juge en un temps où l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale appelle des réserves.²³ Mais la question de l'articulation des compétences est protéiforme et soulève d'autres questions, de la dispersion des contentieux à leur réunification.

2. L'articulation des compétences

23 - Le droit du travail engendre des contentieux éclatés selon leur objet. Des questions connexes mais non identiques sont posées à des juridictions différentes. Quelle articulation peut-on opérer ? Il ne suffit pas de faire appel aux règles traditionnelles du droit judiciaire privé telles que le juge de l'action est juge de l'exception, l'exception de connexité, les prorogations légales de compétence. Il faut opérer des tentatives de réunification.

A. - La dispersion des contentieux

24 - La question est transverse : conseil de prud'hommes, tribunal de grande instance, tribunal d'instance (avant la réforme), tribunal de commerce, juridiction pénale et administrative... La dispersion tient soit à une concurrence entre juges, soit au principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives.

1° La concurrence entre juges

25 - Elle peut être réglée par attribution légale de compétence à telle ou telle juridiction. Ainsi en est-il du TGI pour les actions relatives à la participation et l'intéressement : « les litiges relatifs au présent titre²⁴ relèvent du TGI » (*C. trav., art. R. 3326-1*). Mais la simplicité n'est qu'apparente : si les contestations sur le montant des salaires et le calcul de la valeur ajoutée sont réglées par les procédures stipulées par les accords de participation ou par les juridictions compétentes en matière d'impôt direct, les litiges individuels avec l'employeur sur le montant et les modalités de versement des droits à participation sont de la compétence du conseil de prud'hommes²⁵. Il en est de même des contentieux portant sur les inventions de salariés de la compétence du TGI²⁶ : les demandes individuelles d'une rémunération supplémentaire pour invention ressortissent à la compétence du conseil de prud'hommes : « ayant constaté que le salarié sollicitait le bénéfice de la rémunération supplémentaire pour invention en revendiquant l'application de l'article 75 de la convention collective Syntec, ce qui n'impliquait l'examen ni de l'existence ou de la méconnaissance d'un droit attaché à un brevet, non plus que d'un

19. *Cons. const.* 21 mars 2018, n° 2018-761 DC : JO 31 mars 2018.

20. *CA Paris*, pôle 6, ch. 1, 7 sept. 2018, n° 17/16450 : *Bull. Joly Trav.* 2018, n° 4, p. 253, note L. Marquet de Vasselot.

21. Présomption accueillie par la jurisprudence (*CA Nîmes*, 22 sept. 2016, n° 15/05048. – *Cass. soc.*, 30 mai 2018, n° 16-26.394 et en un même sens : *CA Montpellier*, 11 janv. 2018, n° 16/02448).

22. « Cette convention ou cet accord collectif est présumé négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L. 3122-1 » (*C. trav., art. L. 3122-15*).

23. Présomption de légalité des accords collectifs : *Cass. soc.*, 3 avr. 2019, n° 17-11.970 : *JurisData* n° 2019-004923 : *JCP S* 2019, 1134, note G. Loiseau ; *JCP S* 2019, 1135, note J. Cavallini ; *JCP G* 2019, 519, note G. Vachet et *JCP G* 2019, 520, note J. Daniel ; *SSL* 2019, n° 1858, article O. Dutheillet de Lamothé et L. Marquet de Vasselot.

24. Participation aux résultats de l'entreprise.

25. *Cass. soc.*, 28 févr. 2018, n° 16-13.682 : *JurisData* n° 2018-002715 ; *JCP S* 2018, note S. Brissy.

26. L'article L. 615-17 du Code de la propriété intellectuelle pose le principe d'une compétence exclusive des TGI.

droit patrimonial sur un logiciel ou sa documentation, la cour d'appel en a exactement déduit que cette demande ressortissait à la compétence de la juridiction prud'homale »²⁷.

Un autre exemple de difficulté nous est fourni par le contentieux des AT-MP. Le licenciement faisant suite à une inaptitude consécutive à un accident du travail est traité par le conseil de prud'hommes statuant sur le bien-fondé de la rupture du contrat de travail. Il ne pourra en revanche juger de l'indemnisation des préjudices résultant de l'accident du travail comme la perte d'emploi ou les droits à la retraite.²⁸

La connexité des litiges permet d'asseoir la compétence prud'homale dès lors que la demande est liée à l'exécution du contrat de travail. Les actions en responsabilité extracontractuelle des salariés d'une filiale contre la société mère en offrent une illustration : en l'absence de contrat de travail, de telles demandes relèvent de la compétence du TGI²⁹. Dès lors que la question du coemploi est agitée, le conseil de prud'hommes retrouve son exclusivité.

26 - La concurrence entre juges peut aussi être réglée par répartition, la compétence d'une juridiction n'excluant pas celle d'une autre instance. Il en est ainsi des voies civiles et pénales. Le principe selon lequel « *le criminel tient le civil en l'état* » devrait conduire le juge civil saisi à surseoir à statuer tant que le tribunal répressif ne s'est pas prononcé. Mais la loi du 5 mars 2007³⁰ rend ce sursis à statuer facultatif³¹. La règle est la poursuite de l'instance prud'homale, l'exception le sursis à statuer. Peut se développer un contentieux parallèle, disciplinaire par exemple devant le conseil de prud'hommes alors qu'une action pénale est en cours relative aux mêmes faits.

27 - La Cour de cassation a rappelé le 13 décembre 2017³² que la procédure disciplinaire étant indépendante de la procédure pénale, ne méconnaît pas le principe de la présomption d'innocence l'employeur qui prononce une sanction disciplinaire pour des faits identiques à ceux visés par la procédure pénale. L'employeur qui entend se prévaloir, à l'appui d'un licenciement pour faute, de faits pour lesquels le salarié est poursuivi, n'est pas tenu d'attendre l'issue de la procédure pénale pour notifier ledit licenciement³³.

Indépendance des procédures mais pas indépendance des résultats. En effet, lorsque la décision pénale définitive est rendue, elle a l'autorité de la chose jugée. Une condamnation établissant la matérialité des faits interdit au juge prud'homal de douter de l'existence d'une cause réelle et sérieuse ; il restera libre en revanche de qualifier la faute. Une décision de relaxe n'exclura pas forcément l'existence d'une cause réelle et sérieuse : tout dépendra du motif de la relaxe. Il y a donc un risque à courir.

2° La séparation des pouvoirs

28 - Est principalement concerné le contentieux de la protection des salariés protégés. Plusieurs croisements sont envisageables : tribunal administratif, conseil de prud'hommes, juge pénal, pôle social

du TGI en cas d'inaptitude, tribunal de commerce³⁴... Le changement tient en la centralité d'une décision administrative : celle d'autorisation ou du refus d'autorisation du licenciement du salarié, prise par l'inspecteur du travail.

Le principe à valeur constitutionnelle de la séparation des pouvoirs résultant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 fonde le dualisme juridictionnel. Est conférée une compétence exclusive au juge administratif, sauf exception...

a) Compétence centrale de l'administration

29 - Relèvent de la compétence de l'administration, donc du **juge administratif** :

– la régularité de la procédure de licenciement, y compris conventionnelle, la cause du licenciement³⁵ : des salariés protégés avaient formulé une demande de dommages et intérêts devant le conseil de prud'hommes, l'employeur n'ayant pas mis en place des IRP qui auraient pu être consultés sur leur licenciement ; sont irrecevables de telles actions tendant en réalité à contester la régularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise et la cause économique du licenciement ;

– le contrôle du statut du salarié protégé ainsi que la qualification de contrat de travail qui ne peut être remise en cause devant le juge judiciaire dès lors qu'il y a eu autorisation administrative de rupture³⁶. La question est cependant discutée³⁷ dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise : la demande d'autorisation de transfert « n'interdit pas à la juridiction prud'homale de statuer sur la demande de requalification du contrat en contrat de travail à durée indéterminée formée par le salarié qui relève de la seule compétence de la juridiction judiciaire »³⁸.

b) Compétence judiciaire

30 - Relèvent de la compétence du juge judiciaire :

– la décision de réintégration du salarié par le juge des référés ;
– le droit à des indemnités de rupture lorsque le salarié a été licencié sans autorisation ou avec un refus d'autorisation ;

Plus largement, sont de son ressort les éléments extérieurs au contrôle de l'autorité administrative, antérieurs ou postérieurs au licenciement et notamment l'existence d'une situation de coemploi. Plus curieusement, la Cour de cassation a retenu la compétence du juge-commissaire ayant autorisé un licenciement pour apprécier le caractère économique du licenciement du salarié protégé. La régularité de l'ordonnance ne peut être discutée devant l'administration³⁹.

31 - D'autres hypothèses s'avèrent plus complexes. Il en est ainsi du **licenciement d'un salarié protégé pour inaptitude physique**.

27. Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-25.067 : *JurisData* n° 2018-007113 ; *JCP S* 2018, 1206.

28. Cass. soc., 3 mai 2018, n° 17-10.306, n° 16-26.850, n° 16-18.116 et n° 14-20.214 : *JurisData* n° 2018-007108 ; *JCP S* 2018, 1213, note A. Bugada.

29. Cass. 2^e civ., 13 juin 2018, n° 16-25.873 à n° 16-25.883 : *JurisData* n° 2018-010187 ; *JCP S* 2018, 1291, note A. Bugada.

30. M. d'Allende, *Les incidences de la loi du 5 mars 2007 tendant à l'équilibre de la procédure pénale en matière prud'homale* : *JCP S* 2007, 1873.

31. Dès lors que l'action civile ne tend pas à la réparation du dommage causé par l'infraction.

32. Cass. soc., 13 déc. 2017, n° 16-17.193 : *JurisData* n° 2017-025677 ; *JCP S* 2017, 1060, note F. Duquesne ; J. Porta et T. Sachs, *Comment concilier le pouvoir disciplinaire de l'employeur avec la présomption d'innocence* : *RDT* 2018, p. 416.

33. Cass. soc., 26 janv. 2012, n° 11-10.479 : *JurisData* n° 2012-001012 ; *RJS* 2012, n° 324.

34. En cas de prononcé d'un licenciement par le juge commissaire.

35. « Attendu qu'en l'état d'une autorisation administrative accordée à l'employeur de licencier les salariés protégés concernés, le juge judiciaire ne peut, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, apprécier ni le caractère réel et sérieux des motifs retenus pour justifier le licenciement ni la régularité de la consultation du comité d'entreprise sur le projet de licenciement collectif » (Cass. soc., 20 sept 2018, n° 17-11.602 : *JCP S* 2018, 1382, note J.-Y. Kerbourc'h ; *Revue proc. Coll.* 2019, comm. 21, obs. D. Jacotot).

36. Cass. soc., 3 mars 2010, n° 08-40.895 : *JurisData* n° 2010-001108 ; *JCP S* 2010, 1221, note J.-Y. Kerbourc'h.

37. V. Cass. soc., 30 nov. 2004 : la Cour de cassation avait jugé que l'autorisation administrative de licenciement ne prive pas le juge judiciaire du pouvoir de vérifier l'existence d'un contrat de travail.

38. Cass. soc., 24 janv. 2018, n° 16-13.589 : *JurisData* n° 2018-000646 ; *JCP S* 2018, 1092, note A. Bugada : l'inspecteur avait rendu une décision de refus d'autorisation de transfert au motif que celui-ci ne disposait d'aucun contrat de travail en cours au jour de la demande Le salarié pouvait cependant assigner l'employeur afin de faire reconnaître l'existence d'un CDI.

39. Cass. soc., 23 mars 2016, n° 14-22.950 et n° 14-22.960, n° 14-22.961 : *JurisData* n° 2016-005078.

L'administration, en principe, ne contrôle pas la cause de l'inaptitude mais uniquement ses effets. Une action est donc ouverte devant le juge judiciaire relative à la cause de l'inaptitude. Pour le Conseil d'État, « il appartient à l'inspecteur du travail et le cas échéant au ministre, de rechercher sous le contrôle du juge si cette inaptitude est telle qu'elle justifie le licenciement envisagé compte tenu des caractéristiques de l'emploi exercé à la date à laquelle elle est constatée, de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail, des exigences propres à l'exécution normale du mandat (...). Si l'administration doit ainsi vérifier que l'inaptitude physique du salarié est réelle et justifie son licenciement, il ne lui appartient pas de **rechercher la cause de cette inaptitude, y compris** dans le cas où la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral dont l'effet (...) serait la nullité de la rupture du contrat de travail ; que la décision de l'inspecteur du travail ne fait pas obstacle à ce que le salarié, s'il s'y estime fondé, fasse valoir devant les juridictions compétentes, les droits résultant de l'origine de l'inaptitude lorsqu'il l'attribue à un manquement de l'employeur »⁴⁰.

En écho la Cour de cassation répond : « il appartient à l'administration du travail de vérifier que celle-ci est réelle et justifie son licenciement ; qu'il ne lui appartient pas en revanche, dans l'exercice de ce contrôle de rechercher la cause de cette inaptitude y compris dans le cas où la cause de la faute invoquée résulte d'un harcèlement moral. ». Et d'en déduire que le juge judiciaire ne peut se prononcer sur une demande de résiliation judiciaire postérieure au prononcé du licenciement sans violer le principe de la séparation des pouvoirs⁴¹.

Mais en revanche, le salarié peut faire valoir devant les juridictions judiciaires tous les droits résultant de l'origine de l'inaptitude et demander des dommages et intérêts au titre de l'absence de cause réelle et sérieuse. Cette jurisprudence concordante des deux cours laisse subsister plusieurs interrogations. Toutes les causes d'inaptitude peuvent-elles être envisagées devant le juge judiciaire ou est-ce cantonné au cas de manquement à l'obligation de sécurité ? De plus, si le juge judiciaire statue sur le lien entre harcèlement moral et inaptitude, il devrait pouvoir prononcer la nullité du licenciement. Mais il paraîtrait incohérent d'admettre un licenciement autorisé par l'administration mais nul ! Quoi qu'il en soit, l'articulation des deux compétences administrative et judiciaire peut engendrer un licenciement autorisé par l'administration mais sans cause réelle et sérieuse !

L'annulation d'une décision d'autorisation du licenciement d'un IRP pour motif de légalité externe offre une seconde illustration des difficultés de coordination des deux ordres de juridiction. Si le licenciement sans autorisation laisse la voie libre au juge judiciaire⁴², qu'en est-il du licenciement ayant fait l'objet d'une autorisation annulée⁴³ ? Pour la Cour de cassation, si l'annulation se fonde sur un motif de légalité interne, le conseil de prud'hommes ne peut apprécier la cause réelle et sérieuse et allouer des dommages et intérêts sur ce fondement. Si, en revanche, elle tient à une irrégularité formelle telle l'absence d'enquête contradictoire, le juge judiciaire retrouve sa compétence pour apprécier la cause réelle et sérieuse. Le licenciement sans autorisation administrative peut être fondé sur une cause réelle et sérieuse. La division des contentieux trouve ici sa limite.

40. CE 20 nov. 2013, n° 340591. – CE 27 nov. 2013, n° 12-20.301.

41. Cass. soc., 17 oct. 2018, n° 17-17.985 ; JCP S 2018, 1391, note C. Leborgne-Ingelaere.

42. Le pouvoir de prononcer soit la réintégration soit, à défaut, des dommages intérêts pour méconnaissance du statut protecteur puis des dommages et intérêts pour réparation du préjudice subi.

43. Cass. soc., 4 juill. 2018, n° 16-26.860 et n° 16-26.138 : JurisData n° 2018-011789 ; JCP S 2018, 1280, note J.-Y. Kerbourc'h.

B. - La réunification des contentieux

32 - Il existe des tempéraments au principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives. La technique du bloc de compétences permet d'attirer dans telle ou telle sphère des éléments qui n'en relèvent pas naturellement soit au profit du juge judiciaire, soit à celui du juge administratif. Parallèlement, peuvent être relevés de nombreux mécanismes de coopération entre juridictions.

1° Le bloc de compétences

33 - Pour éviter les lenteurs inhérentes au sursis à statuer, le législateur fait appel au bloc de compétences⁴⁴.

a) Au profit du juge administratif

34 - Le contentieux le plus illustratif est celui des grands licenciements collectifs pour motif économique. Au centre du débat, l'article L. 1235-7-1 du Code du travail aux contours finement ciselés : « *l'accord collectif, le document unilatéral, le contenu du PSE, les décisions d'injonction de l'administration, la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation* ». Le Conseil d'État et la Cour de cassation distinguent ce qui relève du pouvoir de l'administration⁴⁵ et ce qui ressortit au contrôle du juge judiciaire en suivant une ligne directrice : le juge administratif doit trancher toute question qui commande la légalité de la décision d'homologation ou de validation même si cela soulève une question de droit privé.

35 - Certains domaines sont bien circonscrits. – Pour reprendre une distinction proposée par Denis Piveteau⁴⁶, certaines questions sont obligatoirement du domaine de l'administration. Il en est ainsi de la **procédure d'information et de consultation précédant la décision administrative** : la possibilité pour l'expert-comptable du comité social et économique d'accéder aux informations⁴⁷ et plus largement la formulation par le comité social et économique d'avis en connaissance de cause relèvent de son contrôle. Était également visée la procédure de consultation du CHSCT lorsque l'opération « *modifie de manière importante les conditions de santé, de sécurité et les conditions de travail des salariés, de ceux qui restent* ». Tel n'est pas le cas d'une liquidation judiciaire sans reprise d'activité, l'ensemble des postes de travail de cette entreprise devant être supprimés. La consultation du CHSCT n'est alors pas un élément de la procédure à contrôler par l'administration car la cession est totale⁴⁸. De même fait partie du contrôle de l'administration, le respect par l'employeur de l'obligation de recherche d'un repreneur en cas de projet de fermeture d'un

44. T. confl., 17 oct. 2011, n° 3828 et n° 3829, SCEA Chéneau : JurisData n° 2011-023427 : relatif à l'applicabilité de dispositions conventionnelles. Compétence du juge administratif s'il apparaît manifestement ou clairement, au vu d'une jurisprudence bien établie, que le juge administratif pourrait accueillir le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions conventionnelles.

45. La compétence administrative ne vaut cependant que pour les entreprises d'au moins 50 salariés et non en cas de mise en place volontaire d'un PSE.

46. D. Piveteau, *Des frontières encore à préciser pour le juge du PSE* : SSL 2019, n° 1846.

47. Cass. soc., 28 mars 2018, préc. : l'expert-comptable avait demandé indirectement à ce qu'il soit enjoint par l'administration à l'employeur de fournir des documents complémentaires ; la Cour de cassation décide que « *les décisions prises à ce titre ainsi que la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision d'homologation relevant de la compétence en premier ressort du TA à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux* ».

48. CE, 13 févr. 2019, n° 404556 : JurisData n° 2019-001987 ; JCP S 2019, act. 87. Il n'était pas soutenu qu'avant l'achèvement de cette opération, les conditions de santé des salariés à licencier étaient susceptibles d'être affectés par l'opération.

établissement⁴⁹. L'administration homologue le document unilatéral après avoir vérifié les obligations relatives à une telle recherche. Le juge judiciaire doit se déclarer incompétent sur ce point.⁵⁰ Si le PSE est fixé par accord, la validité de l'accord et la compétence de ceux qui l'ont conclu⁵¹ sont vérifiées par la Direccte.

Relève également du pouvoir de l'administration, le contenu du PSE, son caractère suffisant et notamment le plan de reclassement y compris l'obligation de reclassement externe prévue par un accord de branche⁵², les catégories professionnelles, la pondération des critères d'ordre en cas de PSE unilatéral⁵³, l'existence des modalités de suivi du PSE.

36 - D'autres domaines relèvent facultativement du contrôle de la Direccte : s'ils figurent dans la procédure ou dans le PSE, ils sont contrôlés par l'administration. C'est le deuxième cercle : il peut s'agir des modalités de consultation du comité social et économique sur le suivi de mise en œuvre du PSE⁵⁴ ou des critères d'ordre des licenciements secondaires⁵⁵. Si, en principe les critères d'ordre ne sont pas nécessaires dans cette hypothèse, et qu'est ouverte la voie à un éventuel contentieux judiciaire⁵⁶, lorsque, en revanche, le document établissant le PSE met en place des critères gouvernant les propositions de modification de contrat de travail, l'administration doit les vérifier ; le contentieux qui s'ensuivra sera de la compétence du tribunal administratif.⁵⁷

À l'inverse, ressortit à la compétence du conseil de prud'hommes, la cause économique du licenciement, l'obligation individuelle de reclassement à condition que cette appréciation ne méconnaisse pas l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative⁵⁸, l'application individuelle des critères d'ordre des licenciements⁵⁹, les conséquences d'une absence de PSE, l'exécution des mesures contenues dans le PSE.

37 - D'autres domaines suscitent en revanche de fortes interrogations. Il s'agit de questions annexes à l'opération pour laquelle le PSE est établi.

Il en est ainsi du respect par l'employeur de son obligation de sécurité lors de l'opération ayant donné lieu à l'élaboration d'un PSE homologué ou validé. Un syndicat peut-il obtenir devant le TGI une interruption de la procédure pour manquement à l'obligation de sécurité au regard des risques psychosociaux attachés à la réorganisation ? La cour d'appel de Versailles a écarté le contrôle administratif de l'existence de risques psychosociaux et retenu la com-

pétence du juge judiciaire, décision réitérée depuis⁶⁰ ; la CAA de Nancy⁶¹ a décliné la compétence du juge administratif. Et pourtant, il est fréquent que les Direccte, dans le cadre de lettres d'observation, demandent à l'entreprise d'évaluer a priori les conséquences de la réorganisation sur les conditions de travail des salariés.

L'autre exemple est celui des licenciements intervenus en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail à l'occasion d'une restructuration. La décision même implicite de validation ou d'homologation de l'administration couvre-t-elle, la validité des licenciements intervenus dans ce contexte ?

La cour d'appel administrative de Paris a exclu la compétence de l'administration sur ce point, estimant qu'un tel contrôle confinait à une appréciation du motif économique⁶². La cour d'appel administrative de Versailles a écarté ce moyen⁶³ ce qui, aux dires de S. Brotons, président de chambre cour d'appel administrative de Versailles « laisse ouverte une voie de droit nouvelle permettant le contrôle au fond dans les plans de sauvegarde de l'emploi ».

En faveur d'un contrôle administratif, il peut être soutenu que la succession dans un bref délai, d'une opération de fusion acquisition et d'une opération de licenciement collectif peut révéler un abus de droit lequel vicieraient la procédure et le PSE. La décision administrative porte donc indirectement, sur un PSE intervenu dans des circonstances frauduleuses ou du moins contraire à l'article L. 1224-1 du Code du travail. Ceci exclurait un contrôle du juge judiciaire.

De plus, le licenciement intervenu en violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail est « sans effet »⁶⁴. Le prononcé d'une telle sanction ferait tomber l'intégralité de la procédure de licenciement collectif. Comment un PSE pourrait-il s'appliquer aux salariés concernés ? Une telle sanction emporte des conséquences radicales non seulement sur la cause de la rupture mais encore sur l'ensemble du processus de licenciement. Sous cet angle, il ne saurait relever de la compétence judiciaire. Enfin et surtout, l'appel à la technique du bloc de compétences a eu pour objectif de mettre fin aux querelles de compétence. Réintroduire à tous propos la possibilité d'obtenir devant le TGI, la suspension de la procédure de licenciement collectif, ruinerait l'objectif même de la loi de sécurisation de l'emploi.

b) Au profit du juge judiciaire

38 - Il est fait appel au mécanisme du bloc de compétence dans le cadre de la rupture conventionnelle du contrat de travail et dans celui des élections professionnelles.

39 - S'agissant de la rupture conventionnelle, le juge judiciaire bénéficie d'une compétence exclusive (*C. trav., art. L 1237-14*) pour tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation à l'exclusion de tout autre recours contentieux. Mais il ne peut en revanche homologuer la rupture conventionnelle.

40 - S'agissant du contentieux des élections professionnelles et des désignations, deux techniques sont utilisées : la compétence d'attribution et le bloc de compétence.

La compétence d'attribution au tribunal (bientôt tribunal judiciaire)⁶⁵ a un champ large (*C. trav., art. L 2314-32*) : désignation des délégués syndicaux et de représentants de section syndicale, contestations préélectorales sur l'organisation, régularité des élections... Il en est ainsi du nombre et du périmètre des établissements déterminés soit par l'accord collectif d'entreprise, soit par accord conclu entre l'employeur et le CSE.

49. Sur le fondement de l'article L. 1233-57 du Code du travail.

50. *Cass. soc.*, 16 janv. 2019, n° 17-20.969 : *JurisData* n° 2019-000305 ; *JCP S* 2019, 1052, note Th. Meiers.

51. Caractère majoritaire de l'accord, qualité des syndicats signataires.

52. *CE*, 13 avr. 2018 : *SSL* 2018, n° 1818.

53. *CE*, 30 mai 2016, n° 387798 : *JurisData* n° 2016-010487. – *CE 1^{er} déc. 2017*, n° 387886 : *JurisData* n° 2017-001809 contrôle de la conformité des critères et de leurs règles de pondération aux dispositions législatives et conventionnelles applicables.

54. *CE*, 7 févr. 2018, n° 403989 : *JurisData* n° 2018-001429 ; *JCP S* 2018, note J.-Y. Kerbourc'h ; *JCP S* 2018, 1086, note S. Poncet et F. Renaud.

55. C'est-à-dire de ceux des salariés refusant la modification de leur contrat de travail

56. Par exemple lorsqu'est invoquée une discrimination.

57. *CE*, 10 oct. 2018, n° 395280 : *JurisData* n° 2018-017456.

58. Si le juge judiciaire demeure compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, cette appréciation ne peut méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative ayant homologué le document élaboré par l'employeur par lequel a été fixé le contenu du plan de reclassement intégré au PSE (*Cass. soc.*, 21 nov. 2018, n° 17-16.766 et n° 17-16.767 : *JurisData* n° 2018-020718 ; *JCP S* 2018, 1418, note A. Bugada).

59. *CE*, 1^{er} févr. 2017, n° 387886 : *JurisData* n° 2017-001809.

60. *CA Versailles*, 1^{er} déc. 2015, n° 15/01203. – *CA Versailles*, 18 janv. 2018, n° 17/06280.

61. *CAA Nancy*, 16 oct 2014, n° 14NC01417.

62. *CAA Paris*, 14 avr. 2016, n° 16PA 00295.

63. *CAA Versailles*, 20 févr. 2018, n° 17 VE 03486.

64. *Cass. soc.*, 17 déc. 2006 : *RJS* 2007, n° 18.

65. *Cass. soc.*, 17 déc. 2006, précité note 64.

Qu'en est-il de la contestation portant sur ces accords eux-mêmes : TGI ou TI ? Si cette division a lieu par décision unilatérale de l'employeur, la fixation du nombre et du périmètre des établissements distincts est opérée par l'administration. Pour ne pas réintroduire un difficile partage de compétence en matière préélectorale, source de complexité⁶⁶, l'ordonnance n° 2017-1718 du 22 septembre 2017 a introduit un véritable bloc de compétence : la décision administrative ne peut faire l'objet que d'un recours devant le juge judiciaire à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux (*C. trav.*, art. L. 2313-5).

Le juge judiciaire ne pourra pas annuler la décision administrative mais il statuera sur le fond⁶⁷. Le recours au bloc de compétence bien que non exempt de critiques permet d'éviter certains errements.

2° La réunification par la coopération

41 - Au seul plan national, la volonté de réunification des contentieux inspire à la fois la jurisprudence du tribunal des conflits, la pratique des hauts magistrats et le législateur.

a) Tempérament à la question préjudicielle

42 - Le tribunal des conflits a décidé que le juge administratif peut exceptionnellement se prononcer sur la validité ou la licéité d'un acte de droit privé et, inversement, le juge judiciaire se prononce sur la validité d'un acte administratif « lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal »⁶⁸.

Illustre la mise en œuvre de ce principe la reprise, par le Conseil d'État, de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la présomption de justification des différences de traitement instaurées par voie d'accord collectif⁶⁹. Dans deux affaires, le Conseil d'État, saisi d'un recours en annulation contre deux arrêtés d'extension de conventions collectives de branche⁷⁰, s'en est tenu scrupuleusement aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation. Il a estimé que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de convention ou d'accord collectif étaient présumées justifiées de sorte qu'il appartenait à celui qui les contestait de démontrer qu'elles étaient étrangères à toute considération de nature professionnelle. Cette solution, rendue au nom de l'exigence de bonne administration de la justice constitue un symbole fort de la coopération entre les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire.

b) La coopération entre le Conseil d'État et la Cour de cassation

43 - Les dernières années de jurisprudence, depuis la loi de sécurisation de l'emploi, ont été le théâtre d'un travail de fond entre le Conseil d'État et la Cour de cassation sur l'harmonisation de leurs jurisprudences respectives. Cette coopération donne lieu à des échanges très fructueux qui ont permis d'harmoniser, dans l'intérêt du justiciable, la position des deux hautes juridictions dans des do-

maines où leurs compétences s'enchevêtrent. Une illustration en est donnée avec l'adoption d'une notion proche du groupe de sociétés⁷¹.

Mais l'on ne doit avoir une vision irénique du dialogue des juges ; l'harmonisation est parfois difficile. Quelques exemples récents en attestent : lorsqu'il s'est prononcé pour la première fois sur la question de la définition des catégories professionnelles, le Conseil d'État, soucieux de maintenir une certaine cohérence avec la jurisprudence de la Cour de cassation, s'est aligné sur la solution de principe que cette dernière avait dégagée auparavant⁷². Mais cette solution étant critiquée, le Conseil a défini strictement les contours du contrôle que doit exercer l'administration sur la définition des catégories professionnelles retenue par l'employeur. La cohésion n'est plus totale⁷³.

44 - De même s'agissant des modalités de prise en compte de l'audience des syndicats catégoriels dans la signature d'un accord portant PSE, le Conseil d'État, ⁷⁴ s'est subtilement écarté de la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, sans pour autant la remettre en cause. Sa position est différente de la Cour de cassation mais il a cantonné sa solution aux accords collectifs portant PSE, préservant la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

On ne peut que constater que ce dialogue entre les deux hautes juridictions administrative et judiciaire est particulièrement bénéfique à la sécurité juridique et, par conséquent, aux justiciables.

3° La question prioritaire de constitutionnalité

45 - La question prioritaire de constitutionnalité illustre le dialogue entre les juges du fond et le Conseil constitutionnel. Le recours à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en matière sociale tend à se développer qu'il s'agisse de contentieux relatif à certaines cotisations de sécurité sociale ou de dispositions de droit du travail. La QPC constitue un outil précieux à disposition des acteurs du contentieux. Elle fait du juge de droit commun un juge constitutionnel, puisqu'il apprécie le caractère sérieux de la question.

D'autres exemples pourraient illustrer cette collaboration entre juges et au premier chef la technique de la question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne⁷⁵ ou la demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme,⁷⁶ illustration d'un dialogue entre cette dernière et les systèmes judiciaires natio-

66. Ceci fragilisait les résultats des élections compte tenu du principe de la séparation des pouvoirs.

67. V. Cass. soc., 1^{er} déc. 2017 : RJS 2017, n° 278.

68. T. confl., 17 oct. 2011, n° C3828. – CE, 23 mars 2012, n° 331805.

69. CE, 15 mars 2017, n° 389559 : JurisData n° 2017-005139. – CE, 17 mars 2017, n° 396835 : JurisData n° 2017-005176.

70. Le premier arrêté était relatif à l'extension de la CCN de la production cinématographique du 19 janvier 2012 ; le second arrêté portait sur l'extension d'un accord du 25 sept 2015 et un avenant du même jour conclu dans la branche du personnel des prestataires de services dans le domaine du secteur tertiaires

71. Cass. soc., 16 nov. 2016, n° 14-30.063, n° 15-19.927 et n° 15-19.939. – CE, 7 févr. 2018, n° 397900 et n° 406905. – CE, 24 oct. 2018, n° 397900 : JurisData n° 2018-018542.

72. Ainsi, le Conseil d'État a jugé qu'il « appartient à l'administration de vérifier que les catégories professionnelles regroupent, chacune, l'ensemble des salariés qui exercent au sein de l'entreprise des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune » (CE, 30 mai 2016, n° 387798 : JurisData n° 2016-010487).

73. Dans une série d'arrêtés du 7 février 2018, le Conseil d'État a jugé qu'il y a lieu pour définir des catégories professionnelles de tenir compte des « acquis de l'expérience professionnelle ». Ces arrêtés définissent les contours du contrôle que doit exercer l'administration, celui-ci s'apparentant désormais à un contrôle restreint. Cette limitation du contrôle laisse à l'employeur une certaine marge de manœuvre pour définir les catégories professionnelles (CE, 7 févr. 2018, n° 403001 : JurisData n° 2018-001709. – CE, 7 févr. 2018, n° 399838 : JurisData n° 2018-001442. – CE, 7 févr. 2018, n° 407718 : JurisData n° 2018-001432. – CE, 7 févr. 2018, n° 409978 et n° 410027 : JurisData n° 2018-001713. – S. Poncet et F. Renaud, *Catégories professionnelles : précisions sur le contrôle opéré par l'Administration et le juge administratif* : JCP S 2018, 1086).

74. CE, 5 mai 2017, n° 389620 : JurisData n° 2017-008247.

75. La question du port de signes religieux en entreprise en est une illustration (CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/15 : JurisData n° 2017-005471. – Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13-19.855 : JurisData n° 2015-007514 ; JCP S 2015, 1224, note B. Bossu. Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855 : JurisData n° 2017-023284).

76. Protocole n° 16 à la CEDH signé le 2 octobre 2013 et ratifié par la France en application de la loi n° 2018-237 du 3 avril 2018, en vigueur depuis le 1^{er} août 2018. Ce protocole permet au Conseil constitutionnel, au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'adresser à la Cour européenne des droits de l'homme des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe

naux. La pluralité des contentieux tient à la fonctionnalité du droit du travail qui tend à réguler d'une part les rapports de travail, d'autre part les relations professionnelles. La richesse de la matière ne doit pas faire oublier l'idéal de justice rappelé dans la charte des droits fondamentaux de l'UE. L'articulation des contentieux doit tendre à garan-

relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

tir le respect de l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable* ».

MOTS-CLÉS : *Contentieux du travail - Procédure - Juridictions du travail - Articulation*

JURISCLASSEUR : *Travail Traité, Fasc. 80-10, par Jérémy Vidal*