

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)
DROIT-ECONOMIE-SCIENCES SOCIALES

THESE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)
DROIT-ECONOMIE-SCIENCES SOCIALES

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

François SEBE

le mardi 10 décembre 2013

Essai sur l'effectivité du droit de la représentation collective dans l'entreprise



Université Panthéon-Assas

Directeur de thèse

Monsieur Bernard Teyssié

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Président honoraire de l'Université

Membres du jury

Monsieur Bernard Bossu

Professeur à l'Université de Lille II, Doyen de la faculté de Droit

Monsieur Jean-François Cesaro

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame Christine Neau-Leduc

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Bernard Teyssié

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Président honoraire de l'Université



L'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Droit – économie – Sciences sociales
n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans la
présente thèse. Ces opinions doivent être
considérées comme propres à son auteur.



A Priscille,

*A ma famille,
Mes parents, et grands-parents,*

A Bernard Teyssié,

Remerciements

Que soient ici remerciés

Monsieur le professeur Bernard Teyssié, son aide précieuse et ses conseils avisés, son écoute et sa disponibilité ont grandement contribué à la réalisation de ce travail.

Le Cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre qui m'a accueilli dans le cadre de ma convention CIFRE et tout particulièrement Maîtres Laurent Marquet de Vasselot, Vincent Duval et Natacha Menotti.

Mes parents. Leur soutien et leurs conseils ont guidés mes choix depuis longtemps. Mes frères et sœurs, mes beaux-parents, beaux-frères et belles-sœurs ne sauraient être oubliés.

Lydie. Son soutien, ses conseils et ses relectures ont permis l'achèvement de ce travail.

Catherine Lebret pour sa disponibilité et son appui.

Ceux qui m'ont précédé : Vincent, Laura, Benjamin, Anne-Lyse, Morgane, Coralie, Cécile.

Ceux qui me succèdent : Emeline, Anne-Victoria, André-Franck, Florian, Etienne, Geoffrey, Clément, Pierre, Luc, Philippe, Victoria, Amélie, Samuel, Sophie, Emilie, Astrid, Alexandre, Maurice.

Ceux qui m'ont accompagné et tout particulièrement Charles, Grégoire, Damien, Matthieu, Aurélie et Edouard. Leur convivialité, leur sympathie et leur soutien furent précieux.

Mes amis, Coraline, Timothée, Claire-Marie, Pierre, Pauline, Charles, Thibault, Pauline, et tous nos amis. Leur présence fût essentielle.

Priscille. Sans sa présence, son soutien, et sa compréhension, rien n'aurait été possible.

A chacun de vous, merci.



Principales abréviations

aff.	Affaire
AJ Pén.	Actualité juridique Pénal
AJDA	Actualité juridique droit administratif
al.	alinéa
AN	Assemblée nationale
art.	article
Arch. Pol. Crim.	Archives de politique criminelle
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CDRH	Les cahiers du DRH
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Civ. 1 ^{re}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CLCE	Cahiers Lamy du CE
comm.	commentaire



Concl.	Conclusion
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén.	Code pénal
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
C. trav.	Code du travail
D.	Décret
D.,	Recueil Dalloz
DGT	Direction générale du travail
Dir.	Directive
sous dir.	sous la direction de
Doc. fr.	Documentation française
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. social	Droit social
éd.	édition
fasc.	fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
infra.	Voir plus bas
IR	Informations rapides
JCl.	JurisClasseur
JCP	JurisClasseur Périodique (semaine juridique)
JCP E	JurisClasseur Périodique (semaine juridique)



	édition entreprises et affaires
JCP G	JurisClasseur Périodique (semaine juridique) édition générale
JCP S	JurisClasseur Périodique (semaine juridique) édition sociale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
L.	Loi
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Liais. Sociales	Liaisons sociales
LPA	Les Petites Affiches
n°	numéro
Obs.	Observation
Ord.	Ordonnance
Op. cit.	précité
p.	page
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDT	Revue de droit du travail
Rec. Lebon	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Réd.	Rédaction
Règl.	Règlement
Rev. Soc.	Revue des sociétés
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle
RFAS	Revue française des affaire sociales
RJS	Revue de jurisprudence sociale



RPDS	Revue pratique de droit social
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suivants
S.	Sirey
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
SSL	Semaine sociale Lamy
supra.	Voir plus haut
t.	Tome
vol.	volume

Sommaire

INTRODUCTION	1
PARTIE I - L’EFFECTIVITE DU DROIT DE LA REPRESENTATION COLLECTIVE ASSUREE PAR LA VOIE PENALE : LA TRADITION	28
Titre I Une identification effective des responsables.....	29
Chapitre I L’appréhension de l’intention.....	30
Chapitre II L’imputation de la responsabilité.....	68
Titre II Un traitement effectif des responsabilités	185
Chapitre I L’exercice des poursuites	186
Chapitre II Le prononcé des sanctions.....	264
PARTIE II - L’EFFECTIVITE DU DROIT DE LA REPRESENTATION COLLECTIVE ASSUREE PAR LA VOIE EXTRA-PENALE : L’INNOVATION	298
Titre I L’effectivité assurée sans recours au juge	299
Chapitre I Une effectivité assurée par le jeu de la négociation	300
Chapitre II Une effectivité assurée hors le jeu de la négociation	345
Titre II L’effectivité assurée par recours au juge.....	388
Chapitre I L’effectivité assurée par le juge de l’urgence.....	389
Chapitre II L’effectivité assurée par le juge du fond	398
CONCLUSION GENERALE	403
BIBLIOGRAPHIE	406
INDEX	443
TABLE DES MATIERES	452



Introduction

« *C'est une belle harmonie quand le faire et le dire vont ensemble*¹ »

1. Une quête. « Une norme juridique, (...), est efficace² si elle est suivie, c'est-à-dire si les sujets de l'ordre juridique manifestent un comportement qui évite la sanction ; ou si, dans le cas d'un comportement conditionnant la sanction, la norme juridique est appliquée c'est-à-dire si la sanction prescrite par la norme juridique est effectivement ordonnée et exécutée par les organes compétents³ ». La quête de l'effectivité du droit de la représentation collective commande l'appréhension des responsables de son application, des organes de contrôle, des modes de prévention et de la palette des sanctions.

2. L'effectivité. Saisir le phénomène d'effectivité induit d'identifier au préalable ce qu'il recouvre. Parce qu' « en droit la précision des concepts est un facteur premier d'effectivité⁴ », ce terme doit être défini avec précision. Le terme effectivité n'est guère défini par les dictionnaires de la langue française⁵. Toutefois, il peut être appréhendé à

¹ Michel de Montaigne, Essais, Livre II, Chapitre XXXI, De la cholere, Paris, Hector Bossange, 1828, p. 141.

² Ces termes sont souvent employés l'un pour l'autre (H. KELSEN, Théorie pure du droit, trad. par Ch. EISENMANN, LGDJ, 1999).

³ H. KELSEN, « Une théorie réaliste et la théorie pure du droit », Remarques sur « On law and justice d'Alf Ross », trad. SOMMEREGGER, G. et E. MILLARD, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, cité in E. SERVERIN, « Des fonctions économiques des tribunaux », Economie et Institutions, 2004, n°4, p. 99.

⁴ J.-C. JAVILLIER, « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in Tendances du droit du travail français contemporain : études offertes à G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1978, p. 101.

⁵ Non défini par les dictionnaires de la langue française (à l'exception du Petit Larousse qui retient la définition suivante : « *caractère effectif d'un raisonnement* » (Le Petit Larousse illustré, 2009, p. 351), le terme d'effectivité se retrouve davantage en sociologie (J. CARBONNIER, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, L'Année sociologique, LVII, 1958, p. 3) et en théorie du droit (Ph. AUVERGNON, Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail, in L'effectivité du droit du travail. A quelles conditions ?, ss dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 27).



la lumière de la définition de l'adjectif « effectif » à partir duquel il est formé⁶. Est effectif « ce qui existe réellement, ce qui est une réalité⁷ ». Le doyen CORNU retient une formulation analogue : est effectif « ce qui a été réalisé, qui correspond à la réalité⁸ ». Une norme juridique est effective à condition qu'elle existe dans la réalité, qu'elle soit réellement appliquée dans les faits⁹.

3. Une distinction. Il est devenu usuel de distinguer l'effectivité de l'efficacité¹⁰. L'effectivité s'entend davantage « du degré d'utilisation réelle du moyen » alors que l'efficacité s'entend « du degré de réalisation de l'objectif¹¹ ». L'effectivité peut ainsi se définir comme « le degré de réalisation [ou d'utilisation], dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit¹² ». L'efficacité d'une règle vise son « aptitude à procurer le résultat en vue duquel il a été conçu et fabriqué¹³ ». Ces deux notions, pourtant distinctes, sont étroitement liées¹⁴. L'efficacité induit l'effectivité ; l'inverse n'est pas nécessairement vrai : une règle de droit peut être effective et efficace ou effective et inefficace. Dès lors, l'effectivité est « la condition, non suffisante mais nécessaire, de l'efficacité¹⁵ ». Témoigne de ces liaisons, la définition de l'effectivité

⁶ En ce sens Y. LEROY, L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail, Thèse, LGDJ, coll. Droit social, 2011, n°8, p.7.

⁷ Dictionnaire de la langue française, Le petit Robert, 2008.

⁸ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 2007.

⁹ L'expression est empruntée à : Y. LEROY, L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail, Thèse, LGDJ, coll. Droit social, 2011.

¹⁰ L'effectivité peut être aussi distinguée de l'efficience, laquelle s'entend en philosophie de « la capacité d'une cause suffisamment forte ou puissante pour produire un effet » (www.cnrtl.fr). Par extension, l'efficience, en économie, revêt « un sens propre lorsqu'il qualifie un moyen qui atteint le résultat souhaité au moindre coût » (A.-L. SIBONY, Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, Thèse, préf. G. CANIVET, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008, n°113, p. 88, note 184).

¹¹ J.-F. PERRIN, Pour une théorie de la connaissance juridique, Droz, Genève, 1979, p. 91 et s., cité par C. OUERDANE-AUBERT de VINCELLES, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Thèse Paris II, éd., 2002, n°3, p. 4 ; Y. LEQUETTE, De l'efficacité des clauses de Hardship, in Mél. *Liber Amicorum* Ch. LARROUMET, Economica, 2010, p. 269.

¹² P. LASCOUMES, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993 – Il s'agit ici d'un rapport quantitatif (statistique) de conformité qui consiste « à mesurer l'écart entre normes et pratiques ou, si l'on préfère, entre le droit et le fait » (A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », D. 1992, Ch. p. 263).

¹³ A. JEAMMAUD, Le concept d'effectivité du droit, ss dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 50. Dans le même sens, l'effectivité d'une règle juridique s'entend du « degré de conformité des actions ou des situations sociales au modèle qu'elle signifie » (J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, Droit du travail, Dalloz, 2004, 22^{ème} éd., n°43, p. 60).

¹⁴ Ph. CONTE, « Effectivité », « inefficacité », « sous-effectivité », « surefficacité »... : variations pour droit pénal, in Mél. P. CATALA, Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Litec, 2001, p. 269.

¹⁵ Ph. AUVERGNON, Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail, in L'effectivité du droit du travail. A quelles conditions ?, ss dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 27.



retenue par le doyen CORNU : « caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement¹⁶ » ; l'effectivité est assimilée¹⁷ à l'efficacité¹⁸. C'est en référence à cette définition que le choix du terme effectivité a été opéré.

4. Une dualité de sources. L'approche kelsenienne de l'effectivité de la norme conduit à considérer tant les comportements et les écarts éventuels entre les normes et la pratique¹⁹ que les institutions chargées d'assurer l'application de la loi, ainsi que « la clarté de la règle [et] son degré d'accessibilité²⁰ ». De ces considérations découlent les deux sources « traditionnelles » de l'ineffectivité. La première tient à l'insuffisance du contrôle et des sanctions. Or, spécialement en droit du travail²¹, la question des sanctions est « centrale dans un débat sur [son] effectivité²² ». Il s'agit en outre de s'intéresser tant à l'efficacité des organes de contrôle qu'au respect des normes par les acteurs de l'entreprise. La seconde source d'ineffectivité tient à la complexité ou à l'insécurité dont les règles de droit du travail sont porteuses²³. Au-delà des débats sur la

¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007.

¹⁷ A. JEAMMAUD, *Le concept d'effectivité du droit*, sous dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 49.

¹⁸ Ces termes sont souvent employés l'un pour l'autre (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par Ch. EISENMANN, LGDJ, 1999).

¹⁹ La question de l'effectivité du droit conduit « à se préoccuper de son adéquation avec les comportements sociaux et des écarts éventuels (comme autant de manifestations d'ineffectivité) entre les normes juridiques et la réalité sociale qu'elles sont censées régir entre le droit et l'expérience » (J. COMMAILLE, « Effectivité », *Dictionnaire de la culture juridique*, ss dir. D. ALLAND, S. RIALS, 2004, PUF, LAMY, p. 583). L'effectivité d'une règle de droit s'entend « dans un premier sens, d'un rapport quantitatif, de conformité des situations ou opérations concrètes qu'elle vise au modèle que constitue cette norme. (...) Dans un second sens, elle est un rapport de conformité totale ou un degré très élevé de conformité ». Mais il s'agit davantage de mesurer « l'écart entre normes et pratiques, ou, si l'on préfère, entre le droit et le fait » (A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992, chron. p. 263).

²⁰ J. COMMAILLE, *op. cit.*, 2004, PUF, LAMY, p. 583

²¹ Sur la notion d'effectivité en droit du travail : Y. LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Thèse, LGDJ, coll. Droit social, 2011.

²² Ph. AUVERGNON, *Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail*, in *L'effectivité du droit du travail. A quelles conditions ?*, sous dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 27.

²³ Sur l'évolution du cadre des institutions représentatives du personnel : B. TEYSSIE, J.-F. CESARO, A. MARTINON, « Du CHSCT à la commission santé sécurité du comité d'entreprise », *JCP S*, 2011, 1291 ; F. FAVENNEC-HERY, « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », *Dr. social*, 2013, p. 250 ; F. MOREL, S. NIEL, « Faisons enfin évoluer le droit des institutions représentatives du personnel », *SSL*, 2012, n°1536, p. 5 ; D. BOULMIER, « Les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : de l'interaction à la fusion (?) », *JSL*, 2011, n°309 (1^{ère} partie), p. 4 et n°310 (2^{ème} partie), p. 4 ; M. GRIGNARD, « Les instances de représentation du personnel : quelle évolution ? », *Dr. social*, 2013, p. 258. Sur l'obésité, la complexité et l'insécurité du droit du travail : J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF-THEMIS, 6^{ème} éd, 1975, p. 19 ; B. TEYSSIE, « Propos autour d'un autodafé », *Dr. social*, 1986, p. 560. Voir également l'étude particulièrement étoffée et les références de : Y. LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Thèse, LGDJ, coll. Droit social, 2011, Partie I, Titre I, Chapitre II.



nécessité de faire évoluer le droit de la représentation du personnel, ce droit a vocation à être appliqué tel qu'il a été bâti²⁴. Dès lors, il s'agit moins de s'interroger sur la nature des évolutions à apporter, s'agissant notamment du cadre de la représentation du personnel, que d'identifier les voies permettant de garantir son effectivité.

5. Droit de la représentation collective. Selon le professeur SUPIOT, la notion de « représentation collective » recouvre tant la représentation syndicale que la représentation élue²⁵. Ces deux formes de représentation « instituent²⁶ » des collectivités de travailleurs qui n'ont pas d'existence juridique en dehors d'elles²⁷. Ce concept ne s'accorde pas à la définition juridique « classique » de la représentation. La représentation du personnel n'a pas pour objet « de procéder à des actes juridiques au nom d'un sujet de droit existant²⁸ ». Le législateur lui attribue, en revanche, des fonctions variées, conduisant à « une grande spécificité du concept de représentation en droit du travail²⁹ » au regard du droit privé³⁰ ou du droit public. Les instances de représentation du personnel élues ont pour objet « l'expression collective des salariés³¹ » dans l'entreprise. L'exercice de leurs prérogatives relève tant du domaine économique ou social que de celui de la santé, de l'hygiène et de la sécurité. Les syndicats et les délégués syndicaux sont chargés de la défense des droits et des intérêts des salariés. Le droit de la représentation collective embrasse l'ensemble des règles légales ou conventionnelles³² relatives au fonctionnement et aux attributions des instances élues ou désignées. Son effectivité est liée à l'existence de sanctions, notamment, pénales ; la norme pénale étant « l'adjuvant des règles de droit du

²⁴ J. BESSIERE, Rapport sur l'inspection du travail, Doc. Française, 2005, p.3.

²⁵ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, PUF, 1994, p. 142.

²⁶ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, PUF, 1994, p. 142.

²⁷ G. BORENFREUND, La représentation des salariés et l'idée de représentation, Dr. Social 1991, p. 685.

²⁸ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, PUF, 1994, p. 142.

²⁹ A. SUPIOT, Critique du droit du travail, PUF, 1994, p. 142.

³⁰ Sur les significations de la notion de représentation : Ph. DIDIER, De la représentation en droit privé, LGDJ, 2000, n°2, p. 2.

³¹ C. trav., art. L. 2323-1.

³² Longtemps débattue, la question de savoir si le non-respect des dispositions conventionnelles relative au fonctionnement ou aux attributions des instances de représentation du personnel relève du champ matériel du délit d'entrave a été réglée par les lois Auroux de 1982. Le Code du travail précise désormais que « lorsqu'en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif étendu déroge à des dispositions législatives ou réglementaires, les infractions aux stipulations dérogatoires sont passibles des sanctions qu'entraînerait la violation des dispositions législatives ou réglementaires en cause » (C. trav., art. L. 2263-1). Adde, P. CHAUVEL, « Interprétation déclarative de la loi pénale et droit pénal du travail », Dr. social, 1983, p. 659 ; A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n°614 et s., p. 390.



travail³³ ». La discrimination³⁴ vise à réprimer les actes de discrimination syndicale³⁵ ; le délit d'entrave³⁶ s'attache davantage à sanctionner les atteintes à l'organisation, au fonctionnement ou aux attributions des instances de représentation du personnel³⁷. Né au lendemain de la Libération, le délit d'entrave s'est développé au fur et à mesure du déploiement du droit de la représentation collective. Il règne « sans partage sur la matière des relations collectives du travail³⁸ ». Identifier les voies permettant d'assurer l'effectivité du droit de la représentation collective dans l'entreprise suppose d'en appréhender au préalable les enjeux (I), de se confronter aux débats qu'il suscite (II), et d'en esquisser les réponses qui peuvent y être apportées (III).

I. Des enjeux

6. Une photographie. L'enquête « relations professionnelles et négociations d'entreprise », publiée par la DARES, atteste du renforcement de la présence des institutions représentatives du personnel dans les entreprises depuis le début des années 2000. En 2004-2005, 77% des établissements de 20 salariés ou plus contre 74% en 1998-1999 sont dotés d'au moins une instance de représentation du personnel³⁹. Ces établissements emploient 90% des salariés du champ étudié⁴⁰. En outre, 72% des établissements de 20 salariés et plus satisfont à l'obligation légale d'élection de délégués du personnel ou d'une délégation unique du personnel. Enfin, des comités

³³ J.-F. CESARO, La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail, Dr. social, 2005, p. 135 ; En ce sens : Y. GAUDEMET, Les limites des pouvoirs de l'inspection du travail, Dr. social, 1984, p. 447 : « La législation sociale est presque toute entière assortie de sanctions pénales ».

³⁴ C. trav., art. L. 2146-2.

³⁵ Sur la discrimination syndicale : V. MANIGOT, Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise. Réflexions sur un risque, Thèse, LexisNexis, 2012.

³⁶ C. trav., art. L. 2328-1 (Comité d'entreprise) ; C. trav., art. L.2316-1 (Délégué du personnel) ; C. trav., art. L. 2146-2 (l'exercice du droit syndical) ; C. trav., art. L. 4742-1 (CHSCT) ; C. trav., art. L. 2335-1 (Comité de groupe) ; C. trav., art. L. 2346-1 (Comité d'entreprise européen). A ces cas de bases, doivent être ajoutés : les articles L. 1443-3 (Entrave à l'exercice des fonctions prud'homales), L. 2437-1 (la non-présentation du bilan social d'entreprise), et R. 4121-3 (absence de mise à disposition du document unique) du Code du travail.

³⁷ L'expression est empruntée à P. MORVAN, Le droit pénal des institutions représentatives du personnel, Dr. social, 2000, p. 987.

³⁸ A. COEURET, E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », Rev. sc. crim., 2000, p. 28.

³⁹ Source : DARES, 2007, Enquête REPONSE (Relations professionnelles et Négociations d'entreprise) Ministère du Travail, www.travail-emploi.gouv.fr). Une nouvelle enquête REPONSE (2010 à 2011) est en cours de publication (Communication Ministère du Travail, 27 mars 2012).

⁴⁰ Le champ de l'enquête REPONSE porte sur les établissements d'au moins 20 salariés du secteur marchand non agricole.



d'entreprise ou d'établissement sont présents dans 81 % des établissements de 50 salariés et plus du secteur marchand non agricole, et même dans 90% des établissements de plus de 100 salariés⁴¹. Toutefois, la tenue d'élections n'est pas systématique, notamment dans les établissements de petite taille. Ainsi, un tiers des établissements de 20 à 50 salariés ne disposent d'aucune instance de représentation. Parmi les explications plausibles de la relative faiblesse de la représentation, peuvent être invoquées l'absence ou le nombre insuffisant de candidats mais aussi la réticence de certaines directions d'entreprises à organiser une représentation formelle du personnel. Enfin, lorsqu'elle existe, près de la moitié des établissements (46%) peinent à procéder au renouvellement des instances mises en place.

L'enquête de la DARES souligne en outre que lorsqu'elles existent, seules une minorité des instances de représentation du personnel se réunissent douze fois par an. Pour autant, leur activité est loin d'être inexistante : dans neuf établissements sur dix, le comité d'entreprise est réuni au moins six fois par an ; il en est de même dans sept établissements sur dix pour les délégués du personnel. De surcroît, la majorité des instances de représentation du personnel disposent d'un local indépendant aménagé et peuvent recourir aisément à des outils de communication⁴². Schématiquement présentée, la photographie permet de témoigner de la place des instances de représentation du personnel dans les entreprises françaises et de l'existence des moyens « vitaux » accordés à la quasi-totalité d'entre elles. Toutefois, cette photographie ne permet pas d'appréhender de manière précise les obstacles ou les manquements. L'étude statistique de l'action des autorités administratives et judiciaires est de nature à la compléter.

7. Un état des lieux. En 2011⁴³, près de 360 000 interventions de l'inspection du travail ont été effectuées. Ce chiffre est en baisse de près de 3% par rapport à l'année 2010. Ces interventions prennent plusieurs formes. Les contrôles (220 000) en représentent près des deux tiers. Viennent ensuite les enquêtes (120 000), les réunions en entreprise (15 200) et les missions de conciliation (200). Neuf interventions sur dix

⁴¹ Source : DARES, 2007, précité.

⁴² Dans la quasi-totalité des établissements, les instances de représentation bénéficient de panneaux d'affichage. Dans les grandes entreprises, ils peuvent recourir à des outils de communication « plus modernes » qu'ils s'agissent du courrier électronique, de l'intranet ou de l'internet.

⁴³ L'inspection du travail en France en 2011, Rapp. Min. Trav., nov. 2012, p. 3.



donnent lieu à des suites, lesquelles constatent dans 75% des cas au moins une infraction. Ces suites se traduisent en pratique par des lettres d'observations (226 000), des décisions de chantier, des mises en demeure (6500) ou des procès-verbaux (7000). Près de 1,5 million de références à la réglementation, toutes pratiques professionnelles confondues, ont été enregistrées en 2011. Le thème « santé-sécurité » représente les deux tiers des références en observations et près de la moitié de celles des procès-verbaux. Celui de la « représentation du personnel » ne vient qu'en troisième position (140 000 références) ; au sein de ce thème, un peu moins de la moitié (62 316) des suites constatent au moins une infraction. Lorsqu'elles donnent lieu à des « suites à interventions⁴⁴ », les infractions ont trait à la mise en place et au fonctionnement des délégués du personnel, puis du CHSCT, du comité d'entreprise et enfin à la protection des salariés protégés et à l'exercice du droit syndical. Les observations représentent près de 98 % de ces « suites à interventions ». La pratique des procès-verbaux demeure marginale (1015).

Au niveau national a été mis en place, depuis 2007, l'Observatoire des suites pénales, qui a pour but de recenser l'ensemble des procès-verbaux dressés et transmis à la justice depuis le 1^{er} janvier 2004 et d'en suivre les résultats, par une mise à jour permanente des suites données tant par les parquets que par les juridictions. L'OSP permet d'avoir des données précises et fiables sur la réalité de l'action pénale. Un tableau récapitulatif des suites judiciaires des procédures transmises à la justice depuis 2004 fait apparaître que la plupart des procédures ouvertes en 2011 n'ont pas de suites connues au printemps 2012. Sur près de 8 000 procès-verbaux déposés en 2011, 2924 ont des suites connues et 5059 ne connaissent pas de suites. Ces chiffres se justifient, selon le Ministère du Travail, en partie par « le temps judiciaire⁴⁵ ».

L'étude des réponses judiciaires aux procès-verbaux transmis en 2006 et 2007, quelle que soit la date de cette réponse, est plus instructive⁴⁶ ... bien que le recours à des pourcentages traduise nécessairement une représentation biaisée de la réalité.

⁴⁴ L'inspection du travail en France en 2011, Rapp. Min. Trav., nov. 2012, p. 3.

⁴⁵ L'inspection du travail en France en 2011, Rapp. Min. Trav., Nov. 2012, p. 99.

⁴⁶ L'inspection du travail en France en 2011, Rapp. Min. Trav., Nov. 2012, annexes, n° II C Verbalisation 2011 et suites judiciaires en 2006 et 2007.



Rapportés au nombre de procès-verbaux, ils révèlent la faiblesse du nombre de ceux ayant donné lieu non seulement à une suite judiciaire⁴⁷ mais aussi à une sanction pénale.

L'analyse des années les plus récentes (2006 et 2007) démontre que le taux de réponse⁴⁸ est supérieur à 60 % : 62 % en 2006 (3163 pour 5092 procès-verbaux dressés), 64 % en 2007 (3950 pour 6160 procès-verbaux dressés)⁴⁹. En ce qui concerne les classements sans suites, bien qu'ils restent inférieurs aux poursuites, ils demeurent significatifs. Ils représentent respectivement 23% (724) et 21 % (834) des décisions. Parmi les suites judiciaires en matière de santé et de sécurité au travail (1191 en 2006 et 1593 en 2007), les classements sans suite totalisent 22% (262) en 2006 et 19% (304) en 2007. Quant à la rubrique « représentation du personnel » (132 en 2006 et 140 en 2007), les classements sans suite représentent 34% (45) en 2006 et 30% (42) en 2007. Les poursuites représentent en moyenne 45 % des décisions des parquets en 2006 (1431) et 37 % en 2007 (1476). En matière de représentation du personnel, elles ne totalisent que 31% en 2006 (40) et 30% (33) en 2007. Enfin, les procédures alternatives aux poursuites représentent 14% (429) en 2006 et 21% (835) en 2007 des décisions du parquet. En matière de représentation du personnel, elles ne totalisent que 16% (21) en 2006 et 25% (35) en 2007 des décisions du ministère public.

Les jugements rendus sur la base des procédures transmises en 2006 (1121⁵⁰) et 2007 (1243), quelle que soit la date du jugement, font apparaître une forte proportion de condamnations (89 % et 90 %) et des relaxes à hauteur de 11 % et 10 % ; mais ces chiffres doivent être rapportés au nombre de procédures transmises. La part des jugements relatifs à la représentation du personnel est infime et ne représente que 2% des jugements prononcés en 2006 (30) et 2007 (25) en droit pénal du travail. Les jugements prononcés portent davantage sur l'hygiène et la sécurité (404 (36%) en 2006

⁴⁷ Pour faciliter la lecture et démontrer cette faiblesse, il nous faut d'emblée préciser que le chiffre placé entre parenthèses correspond au nombre de procès-verbaux.

⁴⁸ Le taux de réponse correspond ici aux procès-verbaux ayant connu une suite, peu important qu'il s'agisse d'un classement sans suite, de la mise en œuvre d'une alternative aux poursuites ou de l'engagement des poursuites. Sont exclues les suites non renseignées et les dessaisissements.

⁴⁹ En 2006, 5092 procès-verbaux ont été dressés et en 2007, 6160 procès-verbaux ont été dressés.

⁵⁰ Pour faciliter la lecture et démontrer cette faiblesse, il nous faut d'emblée préciser que le chiffre placé entre parenthèses correspond au nombre de jugements.



et 535 (43%) en 2007) et sur les obligations générales : 490 (43%) en 2006 et 497 (39%) en 2007⁵¹.

Quant à la nature de la sanction, pour ces deux années, dans plus de 70 % des cas, il s'agit de peines d'amende. Lorsqu'elles sont prononcées, les peines de prison sont très majoritairement assorties d'un sursis. En matière de représentation du personnel, les peines d'amende représentent 90% (27) des peines prononcées en 2006 et 84% (21) en 2007. Les peines de prison assorties d'une amende représentent 10% (3) des peines prononcées en 2006. Aucune peine de prison n'a été infligée en 2007. En revanche, la même année, les dispenses de peine représentent 4% (1) et les condamnations « sans précisions » représentent 12% (3). Les relaxes se situent à hauteur de 3% en 2007 et de 7% en 2006 de ce type de décision en droit pénal du travail.

Enfin, l'étude des condamnations inscrites au casier judiciaire atteste de la faiblesse du quantum de la peine. De 2008 à 2011, le montant moyen des amendes prononcées au titre du délit d'entrave était respectivement de 1993€, 1685€, 1847€ et 2168€. Le maximum de 3750€ n'est que rarement atteint ; une constante augmentation du quantum moyen de l'amende peut toutefois être observée depuis 2009⁵². Quant aux peines d'emprisonnement ferme prononcées en 2004 (1), 2005 (3), et 2007 (1), leur durée était comprise entre un et trois mois⁵³. Depuis 2008, entre une et cinq peines d'emprisonnement avec sursis simple sont prononcées chaque année⁵⁴.

8. Enseignements. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de ces statistiques. La part des observations parmi les suites contenant au moins une infraction en matière de représentation du personnel atteste de la prééminence de la fonction de conseil de l'inspection du travail. Par ailleurs, la réponse pénale apportée par le ministère public aux infractions en ce domaine est perceptible mais nettement insuffisante⁵⁵. Si l'on peut

⁵¹ L'inspection du travail en France en 2011, Rapp. Min. Trav., Nov. 2012, annexes, n° II C 1 à 7 Verbalisation 2011 et suites judiciaires en 2006 et 2007.

⁵² Sources : Les condamnations inscrites au casier judiciaire (années consultées : 2008 à 2011), www.justice.gouv.fr.

⁵³ Sources : Les condamnations inscrites au casier judiciaire de 2004 à 2010, www.justice.gouv.fr.

⁵⁴ Sources : Les condamnations inscrites au casier judiciaire (années consultées : 2008 à 2011), www.justice.gouv.fr.

⁵⁵ Près de 8 000 procédures ont été transmises à la justice par l'inspection du travail en 2011 (contre 7 500 en 2010). L'augmentation est due à l'amélioration régulière de l'utilisation de l'observatoire des suites



noter un accroissement certain des poursuites et des alternatives aux poursuites, les classements sans suites demeurent nombreux. Enfin, outre que le nombre de jugements prononcés est insignifiant, le juge se contente souvent de prononcer les peines de référence sans recourir au prononcé d'éventuelles peines complémentaires. L'ensemble de ces constatations contribue à souligner le degré d'ineffectivité qui affecte le droit de la représentation collective. Lui serait-il consubstantiel ?

9. Un droit empreint d'ineffectivité. Précédé de balbutiements, d'expériences et de tentatives multiples auxquels une attention limitée sera portée, le droit de la représentation collective est né, avant tout, « dans l'ambiance tourmentée de la Libération⁵⁶ ». Les premiers pas législatifs dans ce domaine ont été précédés d'initiatives prises au XIX^{ème} siècle par certains chefs d'entreprise, nourris de catholicisme social, qui, en vue d'instituer une représentation du personnel, ont créé des conseils d'usine. Les premiers textes instituèrent les délégués ouvriers mineurs et créèrent des conseils dans certaines entreprises. Ces balbutiements législatifs ont conduit à l'institution, en 1917, des délégués d'atelier dans les usines d'armement. Au lendemain de la première guerre mondiale, et à l'aube de la seconde, la nécessité « d'endiguer le flot d'idées sociales nouvelles⁵⁷ », les grandes grèves de 1936 et les accords qui s'en suivirent ont conduit à la naissance des délégués ouvriers. Ces derniers ont retrouvé vie « après l'éclipse née du second conflit mondial, avec la loi du 16 avril 1946, sous le label général de délégués du personnel⁵⁸ ». L'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise et la loi relative à l'élection des délégués du personnel traduisent « un changement radical dans les rapports de travail⁵⁹ ». Le comité d'entreprise est né sur un fond de lutte des classes et sur un compromis : « compromis entre réformes structurelles et préoccupations conjoncturelles, compromis entre aspirations sociales et souci d'efficacité économique, compromis encore, mais cette fois

pénales. S'agissant des thèmes de la verbalisation 2011, la santé et la sécurité au travail représente 2 847 procès-verbaux et la représentation du personnel 296 procès-verbaux.

⁵⁶ L'expression est empruntée à J.-H. ROBERT, « La répression », *Dr. social*, 2000, p. 953.

⁵⁷ M. COHEN, L. MILET, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 39.

⁵⁸ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n°193, p. 103.

⁵⁹ N. CATALA, *L'entreprise*, in *Traité de droit du travail*, ss dir. G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1980, n°438, p. 477.



intra-syndical, sur les formes de la représentation⁶⁰ ». Si, dans les premiers mois, l'ordonnance a connu un succès relatif, la volonté du législateur, en 1946, d'accroître non seulement le champ d'application matériel mais aussi les pouvoirs du comité d'entreprise laissait « [augurer] a priori de sérieuses résistances⁶¹ », résultant du comportement tant des employeurs que des organisations syndicales⁶². A l'état de grâce de courte durée au cours duquel plus de la moitié des entreprises assujetties se dotèrent d'un comité d'entreprise, succéda un état de léthargie profonde dès la fin de l'année 1947.

L'ineffectivité du droit de la représentation collective résulterait de l'absence de prise en compte par les représentants du personnel de l'intérêt économique de l'entreprise. Entre 1945 et 1947, à l'heure de la reconstruction, le droit des comités d'entreprise a connu un succès relatif lié notamment à l'inquiétude partagée par les entreprises et par les organisations syndicales tenant à l'amélioration de la productivité et du rendement de l'entreprise. Dès la fin des années quarante, les institutions représentatives du personnel, sous l'impulsion des organisations syndicales, ont délaissé cette préoccupation. D'un côté, lesdites organisations excluaient d'« entrer dans la logique d'une institution soupçonnée d'être le cheval de Troie de la collaboration de classes⁶³ » et dénonçaient, à juste titre, les résistances d'employeurs « préoccupé[s] de garder intacte [leur] autorité et [leur] pouvoir de décision⁶⁴ ». De l'autre, leur comportement était loin d'être exemplaire : il n'est pas certain que les syndicats aient toujours « souhaité le développement d'attributions qui les associaient à la gestion de l'entreprise, ni que les membres du comité aient toujours eu la volonté d'aller au-delà du plus simple, qui est

⁶⁰ J.-P. LE CROM, « La naissance des comités d'entreprise : une réforme par la loi ? », Travail et Emploi, DARES, févr., 1995, p. 65.

⁶¹ J. LE GOFF, Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, PUR, 2004, p. 367.

⁶² Sur ce point voir l'enquête menée par la revue Droit Social en 1950 : « L'expérience des Comités d'entreprises », Dr. social, 1950, p. 15, spéc., 92 et s.

⁶³ J. LE GOFF, Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, PUR, 2004, p. 369.

⁶⁴ La revue poursuit : « Les comités rencontrent souvent le refus formel du président d'examiner les questions ayant trait à la marche générale de l'entreprise », Revue des comités d'entreprise « Défense de l'institution des comités et des délégués », juin-juillet 1952, n°51-52, p.10 cité in J. LE GOFF, Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, PUR, 2004, p. 368.



aussi, sauf exception, le plus attendu du personnel : la gestion des œuvres sociales⁶⁵». Ces résistances se sont traduites par un faible degré d'activité des comités d'entreprise de la fin des années quarante au milieu des années soixante. Un bilan établi en 1969 fait ainsi état de manquements divers à la charge tant des employeurs que des élus⁶⁶ : l'information sur la marche générale de l'entreprise n'est pas assurée de manière systématique, les membres du comité n'estiment pas nécessaire de solliciter des renseignements complémentaires ou de formuler un avis sur les éléments de gestion.

10. Une ambiguïté. Enfin, l'ineffectivité du droit de la représentation collective, et spécialement du droit des comités d'entreprise, résulterait indirectement de la nature même de l'instance. Le comité d'entreprise est resté un organe dont le pouvoir en matière économique est quasi exclusivement consultatif. Cette nature résulte d'un « non-choix » du législateur dès la naissance de l'institution. Le législateur est resté « à mi-chemin entre deux conceptions différentes de la réforme et [il a] voulu développer [ensemble] le contrôle ouvrier et organiser la cogestion⁶⁷ ». Cette ambiguïté sur la nature même de l'instance n'a pas contribué à inciter les entreprises à une stricte application des règles du droit des comités d'entreprise. Le caractère purement consultatif les a conduits à se confiner « dans un attentisme habile qui les plaçait à l'abri d'un développement trop encombrant de la nouvelle institution tout en sauvegardant les apparences d'une observation, sinon de l'esprit, tout au moins de la lettre de la loi⁶⁸ ». Il faut attendre la modernisation économique des années 1960 pour percevoir un accroissement du nombre de comités d'entreprise. Mais cet accroissement est moins dû à une évolution des conceptions qu'à l'effet incitatif de dispositions légales imposant la

⁶⁵ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n°194, p. 104. ; J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PUR, 2004, p. 369.

⁶⁶ P. BOIS, « Les comité d'entreprise, un espoir longtemps déçu peut-il renaître ? », *Dr. social*, 1969, p. 92.

⁶⁷ D. PEPY, « Les comités d'entreprise : l'ordonnance du 23 février 1945 », *Dr. social*, 1945, p. 57. L'exposé des motifs de l'ordonnance du 22 février 1945 est évocateur : « Ces comités ne sont pas dans le domaine économique des organes de décision. Il a semblé indispensable de laisser au chef d'entreprise qui a, devant la nation la responsabilité de l'affaire qu'il dirige, une autorité correspondant à la responsabilité de l'affaire qu'il dirige, une autorité correspondant à sa responsabilité. Les comités d'entreprise seront donc consultatifs, sauf en ce qui concerne la gestion des œuvres sociales de l'entreprise (...). Ainsi, l'autorité de la direction sera tenue intacte et en même temps, par l'intermédiaire de ses représentants, le personnel pourra être étroitement associé à la marche générale de l'entreprise ».

⁶⁸ P. BOIS, « Les comité d'entreprise, un espoir longtemps déçu peut-il renaître ? », *Dr. social*, 1969, p. 89.



consultation obligatoire du comité sur la formation professionnelle⁶⁹ ou ouvrant à l'employeur la possibilité de négocier un accord de participation⁷⁰.

11. L'impression de « l'historien qui examine le droit des comités d'entreprise tel qu'il apparaît (...) est celle d'une forte continuité⁷¹ ». Certes, le comité d'entreprise a vu ses moyens et ses attributions croître d'année en année au point de devenir l'interlocuteur privilégié de l'employeur dans l'entreprise sans toutefois que ces évolutions n'aient emporté de modification de sa « nature même⁷² ». Les lois du 28 octobre 1982⁷³ et du 14 juin 2013⁷⁴, « porteuses d'une esquisse de cogestion⁷⁵ », sont toutefois de nature à tempérer cette impression.

12. Affinités. Au-delà, si le comité d'entreprise reste l'institution centrale dans l'entreprise, les interactions avec les autres instances élues ou désignées sont nombreuses. De ce point de vue, le comité d'entreprise a moins d'affinités avec les délégués du personnel⁷⁶, le comité de groupe⁷⁷ ou le comité d'entreprise européen⁷⁸ qu'avec le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Méconnu, perçu comme « une instance essentiellement technique⁷⁹ », le CHSCT s'est révélé au travers de la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment depuis que lui a été reconnue la personnalité juridique⁸⁰. Les contentieux relatifs à l'étendue de ses missions⁸¹ ou au

⁶⁹ L. n°71-575, 16 juill. 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, art. 19.

⁷⁰ Ord. n°67-720, 17 août 1967, relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises.

⁷¹ J.-P. LE CROM, « La naissance des comités d'entreprise : une réforme par la loi ? », Travail et Emploi, DARES, févr., 1995, p. 75.

⁷² J.-P. LE CROM, « La naissance des comités d'entreprise : une réforme par la loi ? », Travail et Emploi, DARES, févr., 1995, p. 76.

⁷³ L. n°82-915, 28 oct. 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

⁷⁴ L. n°2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi.

⁷⁵ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n°194, p. 104. – B. TEYSSIE, « Vers un nouveau droit du travail ? A propos de la loi du 14 juin 2013 », JCP S, 2013, 1257.

⁷⁶ C. trav., art. L. 2311-1 et s.

⁷⁷ C. trav., art. L. 2331-1 et s.

⁷⁸ C. trav., art. L. 2341-1. Voir B. TEYSSIE, Droit européen du travail, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2013, n°869 et s., p. 379 ; B. KRIEF, Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2011, n°21, p. 24.

⁷⁹ J.-B. COTTIN, Le CHSCT, Lamy, 2^{ème} éd., 2012, n°1 2, p. 23.

⁸⁰ Pour une approche historique du CHSCT : J.-B. COTTIN, Le CHSCT, Lamy, 2^{ème} éd., 2012, n° 1, p. 13 ; E. MILLION-ROUSSEAU, La représentation du personnel en matière de santé et de sécurité, Thèse, Paris 2, n°4, p. 3.

⁸¹ Le CHSCT est appelé à intervenir dans les dispositifs d'évaluation des salariés (TGI Paris, ord. réf., 22 janv. 2008, CE et CHSCT de Right Management et a. c/ SAS Right Management) ou dans les opérations



bénéfice d'une mesure d'expertise⁸² ont « eu un impact sur l'appréhension de l'institution⁸³ ». Toutefois, aux difficultés d'application qui lui sont propres, s'ajoutent celles liées à l'articulation du rôle des différentes instances de représentation du personnel, et aux coûts engendrés par la gestion de celles-ci. Enfin, les instances élues ne constituent qu'un instrument parmi d'autres pour assurer l'association des salariés à la marche de l'entreprise. Le droit de la représentation collective met en œuvre d'autres instruments en favorisant notamment la négociation collective d'entreprise ou la participation des salariés aux organes de direction. Au demeurant, l'ensemble s'organise et se déploie « alors même que le dispositif de base ne connaît pas toujours un taux d'application satisfaisant⁸⁴ ». La démultiplication des instances de représentation du personnel n'est pas sans emporter des conséquences sur l'entreprise.

13. Enjeux économiques. Au cœur des préoccupations de l'entreprise, le droit de la représentation du personnel l'est assurément. En témoignent de nombreux rapports⁸⁵ qui soulignent que le caractère complexe et coûteux de la norme sociale conduit un certain nombre d'employeurs à refuser de franchir certains seuils. Les études de l'INSEE attestent de cette difficulté. Ainsi, le nombre d'entreprises de dix salariés est deux fois moins important que celui des entreprises de neuf salariés ; un constat identique peut être opéré pour les entreprises de cinquante salariés dont le nombre est deux fois moins important que celui des entreprises de quarante-neuf salariés⁸⁶. Au total, au 1^{er} janvier 2013, les entreprises de moins de cinquante salariés représentaient environ 99% des entreprises françaises.

d'externalisation, de réorganisation ou de restructuration (CA Paris, 13 mai 2009, n° 08/23442 ; CA Bordeaux, 10 janv. 2011, n° 09/04046 ; CA Paris, 10 janv. 2011, n° 10/16642 ; Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-68161, inédit).

⁸² Cass. soc., 15 janv. 2013, n° 11-27.679 : Bull. Civ., 2013, n° en cours, JCP S, 2013, 1103, note L. DAUXERRE ; Cass. soc., 12 sept. 2013, n° 13-12.200 : Bull. Civ., 2013, n° en cours, JCP S, 2013, 1424, note L. DAUXERRE.

⁸³ J.-B. COTTIN, *Le CHSCT*, 2^{ème} éd., 2012, n°13, p. 27.

⁸⁴ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 194, p. 104.

⁸⁵ M. de VIRVILLE, « Pour un Code du travail plus efficace », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004 ; J. ATTALI, Rapport de la commission pour la libération de la croissance, 1^{er} janv. 2008 ; J. BARTHELEMY, G. CETTE « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique », Rapport au Conseil d'Analyse Economique, 2010 ; L. GALLOIS, *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Rapport au Premier Ministre, 5 nov. 2012.

⁸⁶ Source : Insee, REE (Répertoire des Entreprises et des Établissements - Sirene) : Entreprises selon le nombre de salariés et l'activité en 2012, www.insee.fr.



Cet « effet de seuil » résulte de la complexité de la réglementation de la représentation du personnel. Les causes de cette complexité sont multiples et régulièrement rappelées : superposition des instances, concurrence des attributions, difficultés liées à l'articulation des consultations, instrumentalisation du droit du travail⁸⁷. S'y ajoute « l'obésité » du droit de la représentation collective : 470 articles y sont consacrés dans la partie législative du Code du travail, d'autres leurs font cortège dans la partie réglementaire ; la jurisprudence particulièrement fournie en cette matière aggrave parfois la difficulté. Le rapport « Pour un Code du travail plus efficace » constatait que le droit de la représentation collective étant devenu d'une telle complexité et d'une telle densité, que « rares sont les entreprises assurées de respecter intégralement les prescriptions applicables en la matière⁸⁸ »... ce qui freine la mise en place des instances de représentation du personnel dans les petites et moyennes entreprises⁸⁹.

14. L'entreprise est par ailleurs confrontée au coût de la représentation du personnel. Le passage de quarante-neuf à cinquante salariés implique « actuellement l'application de trente-quatre législations et réglementations supplémentaires dont le coût représente 4% de la masse salariale⁹⁰ ». S'agissant du droit de la représentation collective, il est des coûts directs, liés au paiement de subventions, aux frais de fonctionnement ou à l'organisation des élections. Il est des coûts indirects inhérents aux contentieux ou aux retards dans la mise en œuvre des décisions de l'entreprise. Selon certains, le coût et la complexité de la norme sociale justifieraient « qu'on procède à certaines violations pour préserver les intérêts essentiels de l'entreprise et des travailleurs⁹¹ ».

⁸⁷ « Dépendant, dans une certaine mesure, de la conjoncture, le droit du travail subit une instrumentalisation dans le cadre de politiques publiques qui ne peut qu'accroître son instabilité ». (J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2004, n°44, p. 59).

⁸⁸ « Pour un Code du travail plus efficace », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, M. de VIRVILLE, 15 janv. 2004, p. 42.

⁸⁹ Centre d'Analyse Stratégique, Document de travail transmis aux partenaires sociaux le 15 octobre 2009 pour nourrir les débats sur les négociations sur la modernisation du dialogue social, Liaisons Sociales, Bref, 2009, n°15471, p. 2.

⁹⁰ Rapport de la commission pour la libération de la croissance, J. ATTALI, 1^{er} janv. 2008, p. 48.

⁹¹ Ph. AUVERGNON, « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », in *L'effectivité du droit du travail. A quelles conditions ?*, sous dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 32. Dans le même sens : « Le non accomplissement fréquent d'une norme peut simplement témoigner du fait qu'elle est onéreuse, qu'elle impose des obligations représentant pour ses destinataires un sacrifice important, voire démesuré, et que dès lors les conséquences de sa violation sont jugées préférables aux effets de son application » (A.-M. FERNANDES, « Réflexions sur l'effectivité en droit du travail à partir du cas portugais, in *L'effectivité*



14 bis. S'il est certain que ce sombre constat ne favorise pas une application effective du droit de la représentation collective et nécessite de le rendre plus simple et plus efficient, il n'en demeure pas moins que les acteurs de l'entreprise doivent aussi « surmonter les défiances qui les séparent trop souvent et renoncer à des postures dépassées⁹² » qui engendrent nombre de contentieux. En outre, l'incapacité du législateur et des partenaires sociaux à entreprendre une réforme d'ampleur ne doit pas conduire à l'inapplication du droit de la représentation collective. Sa complexité et son coût pourraient justifier, en revanche, une application négociée, en fonction notamment de la taille de l'entreprise ou de la nature de son activité, et une certaine mesure dans les décisions ou, le cas échéant, les sanctions prononcées par les organes de contrôle. L'application du droit de la représentation collective doit se faire à la lumière de l'intérêt économique de l'entreprise, lequel doit être au cœur des décisions des organes de contrôle.

II. Des débats

15. **La sanction pénale** joue « un rôle particulièrement important, qui illustre à quel point l'ordre public est intéressé à l'application des prescriptions du droit du travail, mais aussi la confiance limitée que fait le législateur aux sanctions civiles⁹³ ». Le droit du travail s'inscrit dans « une forte tradition répressive⁹⁴ ». A jailli un authentique droit pénal du travail destiné à accroître l'effectivité du droit du travail⁹⁵. Le droit de la représentation collective n'échappe pas à la sanction pénale, le délit d'entrave sanctionnant l'inobservation de règles de fond et de forme en cette matière. Reste que l'inflation des dispositions pénales protégeant tant des valeurs essentielles que des valeurs accessoires est de nature à affaiblir la sanction pénale elle-même, et plus largement, le droit du travail. Dès lors, « cette floraison pénale est-elle socialement

du droit du travail. A quelles conditions ? », sous dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p.108).

⁹² Pacte pour la compétitivité de l'industrie française, Rapport au Premier Ministre, L. GALLOIS, 5 nov. 2012, p. 56.

⁹³ J. RIVERO, J. SAVATIER, Droit du travail, Thémis-PUF, 13^{ème} éd., 1993, p. 44. A cet égard, la sanction civile suppose une action en justice du « créancier-salarié » lequel reste peu enclin à agir durant la durée de son contrat par crainte de représailles.

⁹⁴ A. LYON-CAEN, « Sur les fonctions du droit pénal dans les relations de travail », Dr. social, 1984, p. 447.

⁹⁵ J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », Dr. social, 1975, p. 375.



pertinente ?⁹⁶ ». L'étude sommaire des systèmes répressifs étrangers en droit du travail (A) est de nature à enrichir le débat national (B).

A. Droits d'ailleurs

16. Dualité. Deux systèmes peuvent être distingués : le système mixte et le système unique de répression⁹⁷. La plupart des pays ayant opté pour ce dernier⁹⁸ ont choisi la voie répressive judiciaire (1°). A l'opposé, l'Allemagne, la Belgique, la Grèce, le Suède, la Suisse, la Pologne, l'Espagne⁹⁹ et le Portugal ont adopté un système mixte (2°).

1°. Le système unique de répression

17. Nature des sanctions. La plupart des pays étrangers recourent, à l'instar de la France, à la sanction pénale prononcée par une juridiction répressive. Ces systèmes sont qualifiés de « système de sanctions entièrement judiciaire¹⁰⁰ ». La nature des sanctions pénales diverge peu selon les pays. Les règles de droit du travail sont notamment assorties de peines d'emprisonnement, de peines d'amende, de la publication de la décision de justice, de l'interdiction de concourir à des marchés publics¹⁰¹.

18. Danemark¹⁰². Comme en France, les inspecteurs du travail sont chargés d'opérer les constatations dans le cadre de leurs activités de surveillance et, le cas échéant, de consigner par écrit les griefs, les preuves, l'identité des personnes poursuivies ; ils doivent procéder à une estimation de l'amende pour chaque infraction

⁹⁶ B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », Dr. social, 2000, p. 940.

⁹⁷ La distinction est empruntée à : J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p.46.

⁹⁸ A l'exception du Pérou

⁹⁹ Proposées par l'inspection du travail, les sanctions sont prononcées par une autorité administrative et peuvent être contestées par l'employeur devant le juge.

¹⁰⁰ P. PREVOSTEAU, Conceptions et mutations de l'inspection du travail, Thèse, Paris 2, 1997, Dactylo., p. 77.

¹⁰¹ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995. - P. PREVOSTEAU, Conceptions et mutations de l'inspection du travail, Thèse, Paris 2, 1997, Dactylo., p. 76.

¹⁰² Le Danemark, à l'image de nombreux pays d'Europe du nord tels que le Royaume-Uni, l'Irlande, les Pays-Bas, a adopté un système d'inspection du travail spécialisé consacré exclusivement au domaine de l'hygiène et de la sécurité. L'étude de ce système répressif n'en conserve pas moins un intérêt certain s'agissant de la prise en considération par la législation danoise du caractère économique de l'infraction dans la définition de la sanction pénale.



commise. La plainte est ensuite déposée auprès du commissaire de police chargé des fonctions du ministère public. Ce dernier a la possibilité d'interrompre l'action judiciaire en fixant lui-même une amende libératoire. Déterminé par le ministère public, son montant varie en fonction de la nature et de la gravité de l'infraction. L'auteur de l'infraction dispose d'un délai de dix à vingt jours pour l'acquitter¹⁰³. A défaut de paiement ou si la nature et la gravité de l'infraction le justifient, les poursuites pénales peuvent être mises en œuvres : la législation danoise, à l'instar de la législation hollandaise¹⁰⁴, prend en considération « le caractère économique de l'infraction commise¹⁰⁵ » dans la définition des sanctions pénales. En témoigne le recours à l'emprisonnement administratif « caractérisé par un allègement des conditions d'incarcération¹⁰⁶ ». De même, parmi les sanctions accessoires, le juge a la possibilité de prononcer une majoration de l'amende « pour tenir compte des profits indûment réalisés¹⁰⁷ ».

19. Italie¹⁰⁸. Les inspecteurs du travail italiens disposent de pouvoirs identiques de constatation des infractions. Une fois établi, le constat est remis au directeur de province lequel a 48 heures pour le transmettre au procureur, lequel dispose du pouvoir d'engager ou non les poursuites¹⁰⁹. La possibilité est offerte à l'auteur de l'infraction d'informer le procureur de sa volonté de payer une amende avant que le juge n'ait rendu son jugement. Il revient au procureur d'apprécier, en fonction de la nature et de la gravité de l'infraction, s'il y a lieu de recourir à cette mesure alternative aux poursuites. Cette procédure présente des similitudes avec l'amende de composition versée au

¹⁰³ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, p. 34.

¹⁰⁴ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, p. 225.

¹⁰⁵ J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 48.

¹⁰⁶ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, p. 37.

¹⁰⁷ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, p. 38.

¹⁰⁸ L'Italie, à l'image de nombreux pays d'Europe du sud (Espagne, Portugal, Grèce, etc.), a adopté un système d'inspection qui relève d'un modèle généraliste. A cet égard, les solutions retenues par la loi italienne en matière d'hygiène et de sécurité peuvent être étendues à l'ensemble du droit du travail italien (J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 51).

¹⁰⁹ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, p. 175.



Trésor public retenue par le Code de procédure pénale français. Elle en diffère, toutefois, en ce qui concerne son champ d'application. Si l'oblation italienne est applicable dans tous les domaines, l'amende de composition française est limitée à certains délits¹¹⁰. Le cas échéant, une sanction pénale pourra être prononcée par le juge¹¹¹.

20. Pérou. Si la très grande majorité des Etats recourt à un système de répression judiciaire, le Pérou connaît un système unique de répression administrative. Au sein du ministère du Travail péruvien, une direction technique est chargée de contrôler et de faire appliquer la législation du travail et de gérer un fonds des amendes administratives¹¹². Si l'inspecteur du travail péruvien peut imposer aux employeurs de se conformer à la législation du travail, il ne peut en revanche prononcer de sanctions administratives. Ces dernières peuvent l'être, après le dépôt d'un rapport de l'inspecteur, par son supérieur hiérarchique¹¹³.

2°. Le système mixte de répression

21. Etendue. La Belgique, l'Allemagne, la Grèce, la Suède, la Suisse, la Pologne, l'Espagne et le Portugal ont adopté un système mixte de répression. Une distinction doit être opérée entre les régimes combinés et les régimes subsidiaires de répression. Parmi les pays référencés, seule la Belgique a institué un régime subsidiaire. Lorsqu'une infraction est constatée, l'engagement de la procédure permettant d'infliger des amendes administratives dépend de l'engagement ou non par le représentant du ministère public de poursuites pénales¹¹⁴. Les autres pays référencés ont recours à un système associant les sanctions administratives et les sanctions pénales. Mises en œuvre

¹¹⁰ C. proc. pén., art. 41-2.

¹¹¹ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, p. 177.

¹¹² J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 58.

¹¹³ J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 59.

¹¹⁴ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, p. 13. Voir infra Partie II, Titre I, Chapitre II.



par l'administration du travail de manière générale, les sanctions administratives constituent un élément clé de son action¹¹⁵.

22. Motivation. A l'exception du Portugal et de l'Espagne, pour lesquels le recours à la répression administrative résulte davantage de leur histoire nationale¹¹⁶, ce sont les défaillances des systèmes de poursuites pénales qui ont conduit ces pays à recourir à un système de poursuites administratives. Ainsi, la lenteur de la procédure, l'inertie des autorités directrices de l'action publique ou la faiblesse des sanctions prononcées sont autant de justifications avancées par les Etats pour recourir à ces sanctions¹¹⁷. A cet égard, le système de poursuites pénales français fait face aux mêmes défaillances.

B. Droit d'ici

23. Inefficacité. Depuis les années 1970, le constat de l'ineffectivité du droit du travail est largement partagé. Parmi les facteurs d'ineffectivité, la question du droit pénal du travail a dominé les débats¹¹⁸. D'aucuns considèrent que « la menace de sanctions civiles, voire pénales, ne suffit pas toujours à vaincre la résistance¹¹⁹ » d'un employeur. De surcroît, l'inspection du travail « qui veille au respect des lois et exerce une magistrature de persuasion, est parfois impuissante¹²⁰ ». Encore aujourd'hui, la question de l'effectivité du droit du travail est liée à celle du droit pénal du travail. Pour de nombreux auteurs, l'amélioration du droit pénal du travail serait de nature à garantir

¹¹⁵ Pour une présentation des systèmes répressifs des pays référencés : Voir infra Partie II, Titre I, Chapitre II.

¹¹⁶ Les régimes autoritaires de Franco et de Salazar ont privilégié le recours à une forte répression administrative.

¹¹⁷ J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 59.

¹¹⁸ J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », Dr. social, 1975, p. 375 ; Ph. AUVERGNON, « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », Dr. social, 1996, p. 603.

¹¹⁹ G.-H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN, Droit du travail, Dalloz, 6^{ème} éd., 1973, p. 34.

¹²⁰ G.-H. CAMERLYNCK, G. LYON-CAEN, Droit du travail, Dalloz, 6^{ème} éd., 1973, p. 34.



l'effectivité du droit du travail¹²¹, ce qui conduit à se retourner vers l'inspection du travail¹²².

23 bis. Au-delà de la question des moyens matériels et humains¹²³ qui a, en tout ou partie, été résolue par l'adoption du plan de modernisation de l'inspection du travail¹²⁴, l'inefficacité de ses contrôles tient à l'appréhension, par les inspecteurs, du procès-verbal trop souvent perçu comme un « constat d'échec¹²⁵ ». Cette appréhension est accentuée par la crainte d'un désaveu symbolisé par le classement sans suite opéré par le ministère public¹²⁶. L'ineffectivité résulte aussi de la qualité des procès-verbaux et de la lenteur de leur transmission au ministère public¹²⁷, surtout en raison du « filtrage » opéré par le directeur d'unité territoriale. Reste que le nombre de procès-verbaux dressés par rapport au nombre d'infractions constatées est extrêmement faible. Enfin, l'inspection du travail connaît, depuis l'adoption du plan de modernisation de 2006, de profondes mutations. Outre la création de nombreux postes, le ministère du travail a entendu se doter d'une véritable politique du travail en déterminant des priorités de contrôle. L'objectif est d'accroître l'effectivité du droit et l'efficacité des contrôles. Certains changements organisationnels sont perceptibles. Ils ont donné lieu à la définition d'une politique du travail articulée autour de dix-huit objectifs. Leur trop

¹²¹ B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social* 2000, p. 962 - Th. KAPP, J-P. TERRIER, P. RAMACKERS, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 2ème éd., 2013, p. 39 ; Ph. AUVERGNON, *Etude sur les sanctions et mesures correctives de l'inspection du travail : le cas de la France*, Rapport BIT, avr. 2011, p. 2.

¹²² Ph. AUVERGNON, « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », *Dr. social*, 1996, p. 603. - l'ineffectivité du droit existant résulte moins de son inefficacité que de celles (inefficacité) des institutions qui en contrôlent son application (Ph. AUVERGNON, *Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail*, in *L'effectivité du droit du travail. A quelles conditions ?*, sous dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 31. Voir aussi A. JEAMMAUD, E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992, chron. p. 265).

¹²³ J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. social*, 1975, p. 375 ; V. VIEILLE, « Inspecter le travail ou veiller à l'application du droit du travail : une mission impossible ? », *Dr. social*, 2006, p. 670.

¹²⁴ Trois séries de réformes depuis 2006 sont menées par le Ministère du Travail : 1) Le plan de modernisation et de développement de l'inspection du travail ; 2) Les rapports de l'inspection du travail de 2006 à 2010 (La documentation française) ; 3) L'instruction de la DGT n° 2011-01 du 18 janvier 2011 relative à l'évaluation des actions engagées au niveau régional dans le cadre du PMDIT et de la fusion des services d'inspection du travail (BOMT, 28 févr. 2011, n° 2).

¹²⁵ Ch. LAZERGUES, « La constatation de l'infraction et les poursuites pénales », *Dr. social*, 1984, p. 484.

¹²⁶ B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social*, 2000, p. 959.

¹²⁷ J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. social*, 1975, p. 375.



grand nombre demeure néanmoins un « facteur de dispersion¹²⁸ ». La politique du travail peine à trouver sa place, les inspecteurs du travail restant profondément attachés à leur indépendance. Toutefois, l'ineffectivité du droit du travail, et singulièrement du droit de la représentation collective, ne résulte pas du seul comportement de l'inspection du travail. Elle résulte aussi de l'inaction du ministère public, laquelle se traduit en pratique par un fort taux de classement sans suite et un faible nombre de condamnations¹²⁹. A l'exception de certaines infractions relatives à la santé et à la sécurité dans l'entreprise et à celles relatives au travail illégal, les infractions en droit du travail ne sont pas prioritaires pour le ministère public¹³⁰. Ardemment souhaitée, la définition d'une véritable politique pénale du travail¹³¹ est restée lettre morte¹³². Mais au-delà de la faiblesse des taux de poursuite et de condamnation et de l'inefficacité des organes de contrôle, « l'insuffisance des sanctions prévues et la faiblesse des peines prononcées sont présentées comme autant de facteurs supplémentaires d'ineffectivité du droit pénal du travail, ce qui pose la question de la place de la sanction pénale en droit du travail¹³³ ».

24. Inadéquation. A la logique tendant à l'aggravation des sanctions pénales existantes s'oppose celle visant à procéder à une dépénalisation d'ampleur. D'aucuns¹³⁴ considèrent que l'effectivité du droit du travail ne peut être assurée qu'en procédant à une aggravation des sanctions pénales. La faiblesse de la répression constitue « une

¹²⁸ M. SAPIN, Réunion des DIRECCTE, 27 juin 2013, <http://www.sud-travail-affaires-sociales.org>.

¹²⁹ Toutefois, il faut « se garder d'interpréter cette disproportion entre faits constatés et faits sanctionnés comme une preuve d'ineffectivité du droit » (E. SERVERIN, « L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal », *Dr. social*, 1994, p.657).

¹³⁰ B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social*, 2000, p. 959.

¹³¹ Ph. AUVERGNON, « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », *Dr. social*, 1996, p. 603.

¹³² Th. KAPP, J.-P. TERRIER, P. RAMACKERS, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013, p. 25.

¹³³ Y. LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, Thèse, LGDJ, coll. Droit social, 2011, n°49, p. 40.

¹³⁴ J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. social*, 1975, p. 375 ; J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, LGDJ, 1978, p. 43 ; C. CHETCUTI, « Réflexions sur l'inspection du travail », *Dr. social*, 1976, p. 31 ; J. MICHEL, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, Tome I et II, La Documentation Française, 2004 ; C.-E. TRIOMPHE, *Mutation du travail, transformations de l'action publique et effectivité du droit : les défis de l'inspection du travail française*, in *L'effectivité du droit du travail, A quelles conditions ?*, sous dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 1^{ère} éd., 2007, p. 228.



véritable incitation à l'ineffectivité¹³⁵ ». La nature de la sanction, la faiblesse de son quantum, l'imputation du paiement de l'amende sur les frais généraux¹³⁶, d'une part, et la pratique de la délégation de pouvoirs, largement admise par les juges du fond (au mépris des conditions strictes posées par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹³⁷), l'enthousiasme du juge à mettre en œuvre la responsabilité de la personne morale, d'autre part, sont autant d'arguments, plus ou moins convaincants, avancés par les partisans d'une aggravation de la sanction pénale en droit du travail. Pour ces auteurs, la sanction civile et la sanction administrative sont à proscrire en ce qu'elles ne contribuent « qu'insuffisamment à l'amélioration de l'effectivité du droit¹³⁸ ». La seule sanction pénale, « nécessaire¹³⁹ » et « essentielle¹⁴⁰ », serait de nature à garantir l'effectivité du droit du travail¹⁴¹. Le recours à la voie pénale serait, en outre, justifié par la volonté de protéger les salariés « en raison de leur faiblesse économique vis-à-vis des chefs d'entreprise¹⁴² ».

Pour d'autres, la sanction pénale étant banalisée et déconsidérée, seule une dépénalisation d'ampleur est de nature à renforcer l'effectivité du droit du travail. Ainsi, selon ces auteurs¹⁴³, la prolifération des sanctions pénales emporte extinction de tout effet préventif et dissuasif¹⁴⁴ et banalise les poursuites¹⁴⁵. En témoigne notamment le

¹³⁵ L'expression est empruntée à : Y. LEROY, L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail, Thèse, LGDJ, coll. Droit social, 2011, n° 51, p. 40.

¹³⁶ Doc. Ass. Nat., n°2343, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 mai 1972, p. 12.

¹³⁷ C. CHETCUTI, « Réflexions sur l'inspection du travail », Dr. social, 1976, p. 31 ; A. COEURET, « La nouvelle donne en matière de responsabilité », Dr. social, 1994, p. 634.

¹³⁸ B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », Dr. social, 2000, p. 959.

¹³⁹ A. LYON-CAEN, « Sur les fonctions du droit pénal dans les relations de travail », Dr. social, 1984, p. 438.

¹⁴⁰ Y. LEROY, L'effectivité du droit au travers d'un questionnaire en droit du travail, Thèse, LGDJ, coll. Droit social, 2011, n° 51, p. 40.

¹⁴¹ P. RENNES, « Après un colloque... Réflexions sur quelques idées reçues », Dr. ouvrier, 1985, p. 47.

¹⁴² M. COHEN, « Les tendances actuelles du droit pénal du travail », Dr. ouvrier, 1981, p. 438. « Il serait dangereux de vouloir trop tôt se dépouiller du seul moyen de rendre effectives les mesures de protection que le législateur a instituées au profit des travailleurs » (R. MERLE, A VITU, Droit pénal spécial, Cujas, 1983, t. I, p. 865).

¹⁴³ J.-F. CESARO, « La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail », Dr. social, 2005, p. 135. ; B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », Dr. social, 2000, p. 940.

¹⁴⁴ Le rapport VIRVILLE considère que « si le nombre de sanctions susceptibles d'être prononcées est très élevé, les sanctions réellement infligées sont rares. (...) Il s'est ainsi créé progressivement un décalage entre le droit et la réalité qui habitue les acteurs à prendre des accommodements avec les règles voire à ne pas les appliquer. (...) Banalisée et déconsidérée, la sanction pénale perd son effet dissuasif » (M. de VIRVILLE, « Pour un Code du travail plus efficace », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004, p. 23).

¹⁴⁵ B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », Dr. social, 2000, p. 940.



refus de l'inspection du travail de dresser un procès-verbal pour les infractions de faible gravité en raison notamment de la disproportion existant entre la faute et la sanction prévue¹⁴⁶. De surcroît, la banalisation de la sanction pénale est accrue par la méconnaissance du principe d'intentionnalité qui conduit le juge à condamner l'employeur sans se soucier du but recherché. Enfin, la sanction pénale n'est plus dissuasive : le chef d'une entreprise familiale « redoute la sanction, mais il l'assume comme une fatalité¹⁴⁷ » ; de même le chef d'une grande entreprise sera à l'abri de toute poursuite grâce à une délégation de pouvoirs ou parce que la responsabilité pénale sera imputée à la personne morale.

24 bis. Par le passé, le large recours à la sanction pénale était justifié tant par le caractère novateur des dispositions à mettre en application que par leur contrariété aux intérêts pécuniaires de ceux qui devaient les observer¹⁴⁸. Aujourd'hui, « le droit social n'est plus un enfant sans défense qui a besoin d'un réseau serré d'incriminations destinées à dissuader ceux qui pourraient lui vouloir du mal ; il est devenu adulte et c'est en assurant par des sanctions efficaces, mais non pénales, l'observation des détails de la réglementation qu'il édicte, qu'il ferait preuve de la maturité que ceux qui le servent attendent de lui¹⁴⁹ ». La maturité du droit du travail commande que le champ du droit pénal soit revu. A cet égard, les partisans de la dépénalisation s'entendent sur la nécessité de cantonner la sanction pénale aux infractions qui portent une atteinte délibérée à des normes fondamentales¹⁵⁰. La sanction pénale réprimerait les comportements les plus graves¹⁵¹, c'est-à-dire les infractions qui mettent en cause la santé, la sécurité ou l'intégrité des salariés, mais aussi les atteintes portées à leurs droits fondamentaux parmi lesquels le droit syndical et le droit des instances de représentation

¹⁴⁶ M. de VIRVILLE, « Pour un Code du travail plus efficace », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004, p. 23.

¹⁴⁷ B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », Dr. social, 2000, p. 940.

¹⁴⁸ G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in Etudes de droit du travail offertes à André BRUN, Librairie sociale et économique, 1974, p. 319.

¹⁴⁹ G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in Etudes de droit du travail offertes à André BRUN, Librairie sociale et économique, 1974, p. 336.

¹⁵⁰ « Le droit répressif correspond à ce qui est le cœur, le centre de la conscience commune » (E. DURKHEIM, De la division du travail social, 1893, PUF, 1998, p. 81).

¹⁵¹ Pour une liste des infractions qui sortiraient du champ pénal : J.-F. CESARO, « La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail », Dr. social, 2005, p. 135.



du personnel¹⁵². Pour le surplus, c'est-à-dire pour les infractions ne relevant plus du champ pénal, des sanctions d'ordre administratif ou civil seraient appelées à se substituer aux actuelles sanctions pénales¹⁵³.

III. Des réponses

25. Un préalable. De la sanction pénale, le champ d'action doit être strictement délimité. Faisons nôtre la distinction retenue par les partisans d'une dépenalisation partielle du droit du travail. Cette distinction cantonne la sanction pénale aux infractions portant une atteinte aux droits fondamentaux. Garantie par les alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution de 1946, nul ne saurait contester la valeur constitutionnelle du droit de la représentation collective. Toutefois, la valeur fondamentale de ce droit ne concerne-t-elle pas davantage la mise en place et l'exercice des attributions des instances élues ou désignées de représentation du personnel que leurs conditions de fonctionnement ? Ce droit tend, en effet, à assurer aux salariés la possibilité « de participer par l'intermédiaire de [leurs] délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises¹⁵⁴ ». Les thèmes ouverts à cette « participation » visent moins le fonctionnement des instances de représentation du personnel que leurs attributions. La réalisation de l'objectif, à savoir l'information ou la consultation d'une instance élue, prime sur la forme de cette information ou de cette consultation. Au regard d'une telle distinction, la sanction pénale réprimerait les comportements les plus graves, c'est-à-dire les infractions d'entrave relatives aux

¹⁵² Ph. LANGLOIS, « La simplification du droit du travail », in Institut de l'entreprise, *Réflexions sur la simplification du droit du travail*, www.institut-entreprise.fr, p. 30 et 52 ; M. de VIRVILLE, « Pour un Code du travail plus efficace », Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004, p. 23 ; B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », *Dr. social*, 2000, p. 940 ; B. TEYSSIE, « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », *Dr. social*, 2005, p. 128 ; J.-F. CESARO, « La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail », *Dr. social*, 2005, p. 135 ; D. LARGER, « La conscience commune en droit du travail (encore quelques mots sur l'ineffectivité...) », *Dr. social*, 1983, p. 107. ; A. COEURET, E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 36 ; J. MICHEL, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 271 et s. ; G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal », in *Etudes de droit du travail offertes à André BRUN*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 319.

¹⁵³ « Le souci d'ineffectivité, qui inspire assurément les incriminations pénales (...) pourrait stimuler l'invention de sanctions administratives » (J. PELISSIER, G. AUZERO, A. JEAMMAUD, *Droit du travail* Dalloz, 22ème éd., 2004, n°43, p. 59) ; B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », *Dr. social*, 2000, p. 940. ; J.-H. ROBERT, « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », *AJDA*, 2001, p. 90 et s. ; A. COEURET, E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 36.

¹⁵⁴ Constitution 4 oct. 1958, Préambule de la Constitution de 1946, al. 8.



prérogatives¹⁵⁵ ou celles qui affectent la mise en place des institutions représentatives du personnel et des instances syndicales dans l'entreprise¹⁵⁶. Pour le surplus, c'est-à-dire pour les infractions qui se rapportent aux aspects procéduraux du fonctionnement des instances de représentation du personnel¹⁵⁷, des sanctions d'un autre ordre seraient appelées à se substituer aux sanctions pénales¹⁵⁸.

26. Des questions. La question des sanctions apparaît centrale dans un débat sur l'effectivité du droit de la représentation collective. L'étude des outils répressifs commande de poursuivre plus avant sur la place de la sanction pénale. L'application du principe d'intentionnalité ne serait-elle pas de nature à éviter les effets de la banalisation de la sanction pénale ? Ne faut-il pas revoir la ligne de partage des responsabilités dans l'entreprise à la lumière des fonctions occupées par chacun des acteurs ? Une prise de conscience de l'importance du droit de la représentation collective dans l'entreprise par les organes de contrôle ne doit-elle pas être mieux assurée ? L'appréhension renouvelée du champ d'application de la voie pénale ne doit-elle pas être accompagnée d'une revalorisation du quantum des peines et de la recherche de sanctions innovantes permettant d'accroître chez l'ensemble des acteurs de l'entreprise la perception du risque pénal ? Au-delà de la voie répressive, d'autres voies ne mériteraient-elles pas d'être exploitées ? Le caractère collectif du droit du travail n'est-elle pas de nature à servir son effectivité ? L'appréhension du droit de la représentation collective par ses acteurs, moyennant notamment la conclusion d'un accord collectif, ne permet-il pas de favoriser la prévention des conflits et des contentieux qui peuvent en résulter ? Ce droit

¹⁵⁵ P. MORVAN, «Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », *Dr. social*, 2000, p. 967 ; J. LARGUIER, A.-M. LARGUIER, « Le délit d'entrave aux fonctions des représentants du personnel », *Dr. social*, 1967, p. 550 ; J. DUTERTRE, « Le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical dans les entreprises », *Dr. social*, 1972, p. 222 ; A. COEURET, « Entrave et discrimination », *Dr. ouvrier*, déc. 1987, p. 447 ; N. ALVAREZ-PUJANA, « Le délit d'entrave ou d'atteinte au fonctionnement des institutions représentatives du personnel et à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *Dr. ouvrier*, 1990, p. 77 ; A. TESSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », *RJS*, 2004, p. 863.

¹⁵⁶ *C. trav.*, art. L. 2242-1.

¹⁵⁷ A titre d'exemple : l'établissement de l'ordre du jour des réunions, la transmission dans les délais impartis de l'ensemble des documents utiles à l'information et à la consultation. Pour une classification des délits d'entrave : P. MORVAN, «Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », *Dr. social*, 2000, p. 967.

¹⁵⁸ J. PELISSIER, G. AUZERO, A. JEAMMAUD, *Droit du travail Dalloz*, 22ème éd., 2004, n°43, p. 59 ; B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », *Dr. social*, 2000, p. 940 ; J.-H. ROBERT, « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », *AJDA*, 2001, p. 90 et s. ; A. COEURET, E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 36.



ne gagnerait-il pas en effectivité si l'intérêt économique de l'entreprise était une préoccupation partagée des élus, des entreprises et des organes de contrôle ? A cet égard, comment l'administration du travail peut-elle faire évoluer positivement les pratiques de l'employeur en vue de rendre plus effective l'application du droit du travail, singulièrement du droit de la représentation du personnel ? Enfin, dans quelle mesure la réduction du champ d'application de la voie pénale ne restreint-elle pas la place de la sanction civile dans le droit de la représentation collective ? La voie pénale est importante (**Partie 1**) mais elle n'est plus que l'une des composantes d'un orchestre au sein duquel une place doit être attribuée à la voie extra-pénale (**Partie 2**). A chacune de jouer sa partition.



Partie I - L'effectivité du droit de la représentation collective assurée par la voie pénale : la tradition

27. Le juge répressif a vocation à donner application aux dispositions composant le droit pénal du travail¹⁵⁹. Eu égard notamment à la complexité des normes en vigueur et des choix de politique pénale du ministère public, cette voie est loin de garantir l'effectivité de la réglementation sociale. A la vérité, l'assurer est d'abord l'affaire de l'employeur et des représentants du personnel ; elle ne relève qu'au second degré de l'administration du travail et des juges. Les uns doivent faire vivre au quotidien le droit de la représentation du personnel... sous la menace de la sanction pénale (**Titre I**). Les autres contrôlent le respect de la norme et en sanctionnent la violation (**Titre II**). Assurer l'effectivité du droit de la représentation collective suppose l'effort de tous et au-delà, dans certains cas, une évolution profonde des regards, des pratiques et des normes.

¹⁵⁹ Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », *Dr. social*, 1987, p. 510.



Titre I - Une identification effective des responsables

28. Caractéristiques. Le délit d'entrave est « tentaculaire¹⁶⁰ » et impersonnel. Tentaculaire car il mêle l'essentiel et l'accessoire. Les éléments de réflexion relatifs à la place du droit pénal dans le droit de la représentation du personnel ont conduit à distinguer les entraves au fonctionnement des instances élues ou désignées de celles mises à l'exercice de leurs attributions¹⁶¹. Afin d'éviter toute banalisation de la sanction pénale, il importe qu'elle soit réservée aux entraves mises au déploiement des missions des représentants du personnel et ce de manière intentionnelle. L'auteur de l'entrave doit avoir voulu le résultat (**Chapitre I**). Assurer, l'effectivité du droit de la représentation collective suppose en outre que la sanction affecte directement la personne physique auteur du délit, ce qui induit une appréciation stricte des conditions de mises en œuvre de la responsabilité des personnes morales (**Chapitre II**).

¹⁶⁰ P. MORVAN, « Le droit pénal des institutions représentatives du personnel », Dr. social, 2000, p. 987.

¹⁶¹ Sur la place du droit pénal dans le droit du travail et spécialement du droit de la représentation collective : Voir supra : n°25.



Chapitre I - L'appréhension de l'intention

29. Le délit d'entrave est une infraction intentionnelle¹⁶². Mais si, naguère, les juges du fond¹⁶³ exigeaient un dol spécial, donc « l'intention dans laquelle les agissements ont été commis et qui s'ajoute au dol général¹⁶⁴ », la Cour de cassation se contente d'un dol général, soit « le fait d'accomplir les agissements matériels incriminés par la loi en connaissance de cette incrimination¹⁶⁵ ». La volonté consciente de l'agent d'enfreindre la loi pénale et d'en assumer les conséquences et le caractère volontaire de l'acte ou de l'omission suffisent à caractériser l'intention¹⁶⁶. Retenant une appréciation in abstracto, le juge raisonne en fonction de ce que la personne poursuivie « devait savoir ou ne pouvait pas ne pas savoir¹⁶⁷ ». La simple constatation du caractère volontaire de l'action ou de l'omission suffit¹⁶⁸.

30. Cette construction jurisprudentielle permet une application étendue du délit d'entrave, ternie par le manque d'équité qui la caractérise, la Cour de cassation n'hésitant pas à admettre que l'élément intentionnel se déduit de simples « faits constatés¹⁶⁹ », « de l'infraction constatée¹⁷⁰ », « d'une omission¹⁷¹ ». Elle opère un renversement de la charge de la preuve au détriment de la personne poursuivie... moyennant quoi si les employeurs sont nombreux à redouter la sanction pénale, ils

¹⁶² « L'article 24 de l'ordonnance du 22 février 1945 organisant les comités d'entreprise le prévoyait expressément dans sa rédaction initiale et la suppression de l'adverbe « intentionnellement » opérée par la loi du 5 juillet 1972 a simplement visé à harmoniser ce texte avec les incriminations analogues à l'exclusion d'un quelconque changement dans la nature de l'infraction » A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 651, p. 412.

¹⁶³ Alger, 3 juill. 1948 : JCP G, 1949, II, 4699 ; T. corr. Seine, 23 déc. 1948 : JCP G, 1949, II, 4779, note S. DURETESTE ; Douai, 10 juill. 1952 : D. 1953, p. 72 ; Montpellier, 8 déc. 1953 : D. 1954, p. 195.

¹⁶⁴ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2007.

¹⁶⁵ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2007.

¹⁶⁶ Cass. crim., 15 fév. 1994 : JCP G, 1994, IV, n° 1209 ; Cass. crim., 17 fév. 1998 : Dr. ouvrier 1998, p. 429.

¹⁶⁷ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 652, p. 413.

¹⁶⁸ Cass. crim., 22 mars 1994, n° 93-82312 : RJS, 1994, n° 881 ; Cass. crim., 6 fév. 2007, n° 06-82744, inédit.

¹⁶⁹ Cass. crim., 10 fév. 1972, n° 71-90395 : Bull. crim., 1972, n° 56 : « que le caractère intentionnel de cette entrave se déduit nécessairement des faits constatés ».

¹⁷⁰ Cass. crim., 28 oct. 1980, n° 85-90717, inédit.

¹⁷¹ Cass. crim., 29 juin 1982, n° 81-93572 : Bull. crim., 1982, n° 179 ; Cass. crim., 28 nov. 1989, n° 89-82015 : Bull. crim., 1989, n° 452.



l'assument comme une fatalité¹⁷². Exposés au prononcé d'une peine même en l'absence de toute intention de nuire, ils ont le sentiment de ne pouvoir échapper à la mise en cause de leur responsabilité. Rendre sa place à l'élément intentionnel serait nécessaire (**Section I**). L'intention de nuire doit être caractérisée (**Section II**).

Section I - L'appréhension générale de l'intention

31. La conception civiliste du dol implique l'intention de nuire¹⁷³ (§I). Tel n'est pas le cas, en revanche, en matière pénale. L'élément moral peut être déduit de la seule constatation que l'infraction a été volontairement réalisée (§II). L'appréhension de l'intention n'obéit pas aux mêmes canons (§III).

§I. Le dol en droit civil

32. Il n'est de dol « qu'intentionnel, impliquant le dessein de nuire à l'autre partie¹⁷⁴ ». Du droit romain (I) au Code civil de 1804 (II), l'intention de nuire en a invariablement constitué un élément clé.

I. L'élément intentionnel du dol à travers les âges

33. Droit romain. Le droit romain distinguait le bonus dolus du malus dolus. Le bonus dolus ne pouvait être réprimé en lui-même. Il s'agit de « l'habileté dans les affaires, de la capacité à tirer parti de certaines situations sans appréciation morale¹⁷⁵ ». Le malus dolus pouvait en revanche faire l'objet d'une sanction. Il se caractérise par

¹⁷² B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », Dr. social, 2000, p. 940.

¹⁷³ Un parallèle peut être établi avec le droit pénal. Le dol est mis en parallèle par de nombreux auteurs avec l'infraction d'escroquerie. (C. pén., art. 313-1). Le Code pénal emploie le terme de manœuvres frauduleuses (J. CARBONNIER, Droit civil. Vol. II, (Les biens. Les obligations), PUF, 2004, Collection Quadriges, n° 957, p. 1992 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 502, p.250; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil : Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, n° 211, p. 198).

¹⁷⁴ J. CARBONNIER, Droit civil. Vol. II, (Les biens. Les obligations), PUF, 2004, Collection Quadriges, n° 957, p. 1992.

¹⁷⁵ Carcaterra cité in D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 514.



« l'utilisation avec mauvaise foi (avec la conscience de nuire) de manœuvres entraînant l'une des parties à contracter malgré elle¹⁷⁶ ». Le dol est considéré comme un délit en droit romain. Un élément matériel et un élément intentionnel sont les deux caractéristiques déterminantes du *dolus malus*¹⁷⁷. Seul l'élément intentionnel retient notre attention. Ulpien mettait déjà en valeur le lien entre le dol et l'erreur, lien qui subsiste encore de nos jours. Ainsi, commet un dol celui qui « manœuvre, simule en vue de tromper l'autre¹⁷⁸ ». L'idée de tromperie, d'intention de nuire existe dès le droit romain et constitue un caractère déterminant du délit.

34. Droit savant. Les romanistes ou glossateurs ont créé une distinction retenue par l'ensemble de la doctrine, au fondement de notre ancien droit : il faut distinguer « le *dolus* dans *causam contractui*, manœuvres dont l'effet a été véritablement de déterminer le consentement au contrat, du *dolus incidens* sans lequel la victime aurait quand même contracté mais sans doute à des conditions meilleures pour elle¹⁷⁹ ». Cette distinction apparaît dans les premiers écrits savants comme la *Summa Trecensis* ou *Lo Codi*. Elle sera reprise par Durand au XIV^e siècle et par Masuer¹⁸⁰.

35. Droit canonique. Si les canonistes n'élaborent pas une théorie du dol, ils s'accordent pour « réprover, dans tous les actes juridiques, l'usage de manœuvres dolosives¹⁸¹ ». Au XIII^e siècle, Saint Thomas enseignait qu'il n'y a pas d'acte de volonté, c'est-à-dire de consentement, sans un acte ou un mouvement de l'intelligence de l'homme¹⁸². Le consentement contractuel n'est pas tant « un résultat qu'un processus, une opération intellectuelle mettant en œuvre les facultés mentales et

¹⁷⁶ Labéon, cité in D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, *Economica*, 2^{ème} éd., 2012, p. 516.

¹⁷⁷ « Or, la définition de Labéon, que l'on peut considérer comme authentiquement classique, énumère dans un ordre croissant de gravité les différents comportements qui donnent lieu à *l'actio doli* : la *calliditas ad circumvenendum* (habileté grâce à laquelle une partie tire profit de l'erreur ou de l'ignorance de l'autre), la *fallacia ad fallendum* (mensonge qui induit l'autre partie) et la *machination ad decipiendum* qui suppose des manœuvres, une mise en scène en vue tromper » (D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, *Economica*, 2^{ème} éd., 2012, p. 516).

¹⁷⁸ Ulpien, D. 2. 14. 7. 9 cité in D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, *Economica*, 2^{ème} éd., 2012, p. 517.

¹⁷⁹ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, *Economica*, 2^{ème} éd., 2012, p. 522.

¹⁸⁰ Cité in D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, *Economica*, 2^{ème} éd., 2012, p. 520.

¹⁸¹ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, *Economica*, 2^{ème} éd., 2012, p. 521 - Pour Saint Ambroise, « en toute chose il faut d'abstenir du dol » (*generaliter in omnibus, dolus abesse debet*) (D. DEROUSSIN, op. cit, p. 520).

¹⁸² Saint Thomas, Les Sentences de Lombard (IV, 30, *qu.* 1) (cf. D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, *Economica*, 2^{ème} éd., 2012, p. 521).



psychologiques de l'homme¹⁸³ ». L'auteur poursuit et tire de cet enseignement plusieurs conséquences relatives aux capacités intellectuelles de contracter et à l'absence « de fausses représentations de la réalité, qu'elles soient spontanées (erreur) ou non (dol), ou par la contrainte (la violence)¹⁸⁴ » venant altérer l'acte de volonté.

36. Coutume. Les droits coutumiers médiévaux s'intéressent non seulement « à l'authenticité mais aussi à l'intégrité du consentement¹⁸⁵ ». Après le droit romain, ils accordent au juge le pouvoir de sanctionner l'acte juridique empreint de dol ou de violence par exemple. Le droit coutumier retient, sous la plume de Beaumanoir¹⁸⁶, la notion de « tricherie ». Ce n'est qu'au XIV^e siècle que le terme « dol », issu du droit romain, s'y substitue. L'élément moral est très présent dans le droit coutumier. Beaumanoir définit la tricherie comme « tout mensonge commis intentionnellement (« à escient ») dans le but de nuire à autrui (« pour autrui grever ») lors même que son auteur n'en tire pas profit¹⁸⁷ ». L'intention occupe une place prépondérante chez Beaumanoir. Est conférée au dol une coloration morale¹⁸⁸.

37. Ancien droit. Dans l'ancien droit, Domat définit le dol comme « toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre en toute sorte d'engagement, soit volontaire, soit involontaire, il est défendu d'user de l'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi et de toute manière de nuire et de faire du tort¹⁸⁹ ». L'idée de volonté de tromper, de nuire à autrui est très présente. Le dol est vu comme un délit qui suppose à la fois un élément moral, c'est-à-dire l'intention de nuire, de tromper l'autre, et un élément matériel. Cette analyse est présente chez Pothier pour qui le dol est constitué par des manœuvres d'une certaine gravité¹⁹⁰.

¹⁸³ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 521.

¹⁸⁴ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 521.

¹⁸⁵ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 523.

¹⁸⁶ Ph. de BEAUMANOIR, Coutumes de Beauvaisis, cité in D. DEROUSSIN, Histoire du Droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 526.

¹⁸⁷ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 527.

¹⁸⁸ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 527.

¹⁸⁹ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 534.

¹⁹⁰ « Il n'y a que ce qui blesse ouvertement la bonne foi qui soit, dans ce fort, regardé comme un vrai dol, suffisant pour donner lieu à la rescision du contrat tel que toutes les manœuvres et tous les mauvais artifices qu'une partie aurait employé pour engager l'autre à contracter ; et ces manœuvres doivent être pleinement justifiées » (R.-J. POTHIER, Traité sur différentes matières civiles, (Traité des obligations, Traité du contrat de vente), Paris, 1781, n° 28 et s.).



II. L'élément intentionnel du dol depuis 1804

38. Le Code civil. Les auteurs du Code civil considèrent le dol comme un vice du consentement et une cause de nullité au même titre que l'erreur et la violence. Défini à l'article 1116 du Code civil, le dol est constitué « lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté¹⁹¹ ». Il a été « la cause du contrat¹⁹² ». Conjugué à un élément matériel d'une certaine gravité, l'élément moral est déterminant. Sont accomplis des actes positifs, des « manœuvres », visant à tromper l'autre au moment de contracter. Il peut s'agir de machinations, artifices, manipulations. Au juge est laissée une plus grande liberté pour l'appréciation des faits¹⁹³, en tenant compte de la personnalité de la victime et de l'effet, sur elle, des manœuvres accomplies.

39. Un délit. Les conditions de « nécessaire gravité de l'acte, [et d'] exigence d'un lien de causalité entre les manœuvres et le consentement émis » rappellent la conception romaine du dol. Le Code civil fait émerger à côté de l'engagement contractuel un engagement délictuel. La loi enjoint de réparer le préjudice résultant du dol. La victime dispose de deux actions, l'une contractuelle, l'autre légale (délictuelle).

40. Jurisprudence. Pour de nombreux auteurs du XIXe siècle, le dol est surtout caractérisé par l'intention de nuire, un « but malhonnête¹⁹⁴ ». Dès lors qu'elle développe chez le cocontractant l'idée de contracter, est caractérisé un dol principal ; le dol incident permet seulement d'engager la responsabilité civile du cocontractant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La jurisprudence retient cette distinction : l'annulation du contrat est prononcée par le juge lorsque le dol a été déterminant du

¹⁹¹ C. Civ., art. 1116.

¹⁹² Notamment FAVART et FENET cité in D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 545.

¹⁹³ FAVART remarque que « la loi, qui ne peut désigner tous les cas n'en doit désigner aucun : elle laisse aux tribunaux le soin de peser la gravité des circonstances et de juger de l'effet qu'elles ont dû produire sur tel ou tel individu » (cité in D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 545). Le juge bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation.

¹⁹⁴ C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon. Traité des contrats, Paris, 1879, I, n° 175. Le terme de malhonnêteté se retrouve aussi chez le Doyen CARBONNIER « Le mot évoque une idée générale de malhonnêteté » (voir : J. CARBONNIER, Droit civil. Vol. II, (Les biens. Les obligations), PUF, 2004, Collection Quadrige, n° 957, p. 1992) ; voir aussi Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, Droit des obligations, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2012, n° 530, p. 414.



consentement (dol principal)¹⁹⁵. Seuls des dommages-intérêts sont accordés en cas de dol incident¹⁹⁶. Le caractère principal ou incident du dol s'apprécie, comme en matière de violence, *in concreto*¹⁹⁷. La solution a été consacrée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations rédigé sous la direction du Professeur CATALA. Le nouvel article 1111-1, al. 2 proposerait d'apprécier le caractère déterminant « eu égard aux personnes et aux circonstances ». Le dol suppose qu'une erreur soit provoquée mais la Cour de cassation n'assimile pas pour autant l'erreur au dol : « cette mise en relation signifie seulement que le dol suppose l'intention de tromper¹⁹⁸ ».

41. Preuve. Le dol ne se présume pas ; il doit être prouvé par tous moyens¹⁹⁹. La charge de la preuve repose sur la victime, c'est-à-dire sur la personne qui prétend avoir été trompée²⁰⁰. Des difficultés probatoires ont pu être relevées en matière de réticence dolosive. Selon, la Cour de cassation, le fait de ne rien dire, de ne pas renseigner son cocontractant sur certains éléments du contrat n'est pas constitutif d'un dol²⁰¹. L'infléchissement de l'analyse de la Cour de cassation a été progressif. Elle décide que le silence de l'une des parties est parfois facteur de dol²⁰². Ce dernier peut naître du silence d'une partie dissimulant à son partenaire un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait dissuadé de contracter²⁰³. Au début des années 1980, la Cour achève cette construction²⁰⁴ en retenant « l'existence d'un dol à l'encontre du cocontractant qui n'a pas suffisamment attiré l'attention de l'autre partie sur des éléments d'ordre juridique, censés connus ou en tout cas susceptibles de l'être²⁰⁵ ». La réticence dolosive n'échappe

¹⁹⁵ Cass. req., 9 nov. 1910, S. 1911, 1, 88.

¹⁹⁶ Cass. req., 14 juill. 1862, S. 1862, 1, 849.

¹⁹⁷ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 551.

¹⁹⁸ D. DEROUSSIN, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^{ème} éd., 2012, p. 551.

¹⁹⁹ C. civ., art. 1116, al. 2.

²⁰⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 508, p. 254.

²⁰¹ Cass. civ., 30 mai 1927 : D. hebdomadaire, 1927.416 ; Cass. com., 1^{er} avr. 1952 : D., 1952, 685, note J. COPPER-ROYER - « Qui ne parle pas ne trompe pas » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil : Les obligations, I. L'acte juridique, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, n° 212, p. 199).

²⁰² Cass. com., 21 avr. 1959 : Bull. civ., 1959, n° 178, p. 162 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mai 1958 : Bull. civ., 1958, n° 251, p. 198.

²⁰³ Cass. civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971 : Bull. civ., 1971, n° 38, p. 25 ; RTD civ., 1971, p. 839, obs. Y. LOUSSOUARN.

²⁰⁴ Cet ensemble jurisprudentiel a largement contribué à la création de l'obligation précontractuelle d'information ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 fév. 1981 : D. 1984, 457, note J. GHESTIN.

²⁰⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 233, p. 243.



pas à l'exigence d'apporter la preuve de l'intention de nuire. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 juin 2005, a rappelé que « le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci²⁰⁶ ». L'avant-projet de réforme du droit des obligations rédigé sous la direction du Professeur CATALA consacrait cette jurisprudence retenant qu'un dol est caractérisé par suite de la dissimulation intentionnelle par un contractant d'un fait qui, s'il avait été connu de son partenaire, l'aurait dissuadé de contracter, au moins aux conditions convenues²⁰⁷.

§II. Le dol en droit pénal

42. L'article L. 121-3 du Code pénal, dont il n'existait pas d'équivalent dans le Code de 1810, dispose qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre²⁰⁸ ». De la lecture de ce texte, deux enseignements peuvent être tirés. Il consacre en premier lieu le principe selon lequel la matérialité d'un crime ou d'un délit est subordonnée à l'existence d'une intention. Une infraction suppose non seulement un comportement, qualifié d'élément matériel, mais également « une attitude intellectuelle, un état d'esprit, une psychologie particulière, que l'on appelle l'élément intellectuel de l'infraction²⁰⁹ ». Le second enseignement vient tempérer le premier en ce que le Code

²⁰⁶ Cass. com., 28 juin 2005 : Bull. civ. 2005, n° 140; RTD civ., 2005.591, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D. 2005. 2838, obs. S. AMARANI-MEKHI ; D. 2006. 2774, note P. CHAUVEL. Il n'en a pas toujours été ainsi. La Cour de cassation avait procédé pendant un temps à une simplification dans l'appréciation de l'élément intentionnel. La première chambre civile de la Cour de cassation avait jugé à l'occasion d'un contrat de cautionnement conclu entre une banque créancière et une caution, que le silence gardé par la banque sur la situation irrémédiablement compromise du débiteur était constitutif d'une réticence dolosive sans avoir établi l'élément intentionnel. Sans pour autant disparaître, l'élément intentionnel était présumé du seul fait du manquement à l'obligation précontractuelle d'information (Cass. civ.1^{ère}, 13 mai 2003 : RTD civ., 2003, p. 700, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; R. DESGORCES, note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 2003 : JCP G, 2003, p. 1625 ; J. GHESTIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2003 : JCP G, 2003, p. 1823 ; E MAZUYER, note sous arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 2003 : D. 2004, 262). Cette simplification est largement critiquable car elle constitue « une présomption d'intention dolosive. (...) Il est vrai que la preuve de l'intention de tromper est une preuve difficile à rapporter, notamment pour le particulier face au professionnel. Cela n'autorise pas, cependant, à évacuer purement et simplement tout débat sur l'existence ou non d'une intention de tromper le cocontractant » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil : Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, n° 213-1, p. 203).

²⁰⁷ Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, P. CATALA, Rapport au Garde des Sceaux, Ministère de la Justice, Documentation Française, 2006.

²⁰⁸ C. pén., art. 121-3.

²⁰⁹ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 463, p. 423.



pénal prévoit une série d'infractions non intentionnelles. Une distinction émerge entre les infractions selon que l'intention en constitue ou non un élément déterminant²¹⁰. Le principe d'intentionnalité mérite attention (I) avant que ne soit étudiée son application (II).

I. Le principe d'intentionnalité

43. L'affirmation du principe d'intentionnalité des crimes et délits par le Code pénal²¹¹ (A) exclut en théorie les délits « matériels », où l'infraction est constituée même en l'absence de toute faute d'imprudence ou de négligence²¹² (B).

A. L'adoption d'une conception abstraite de l'intention

44. Notion. La notion d'intention coupable²¹³ n'est pas légalement définie²¹⁴. Elle apparaît comme « une résolution intime d'agir dans un certain sens, [comme une] donnée psychologique qui, en fonction du but qui la qualifie, est souvent retenue comme élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique²¹⁵ ». L'intention criminelle traduit « l'état psychologique de celui qui commet volontairement un fait qu'il sait

²¹⁰ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, op. cit., n° 463, p. 423.

²¹¹ Les crimes sont toujours des infractions intentionnelles et les délits le sont par principe, mais le législateur peut retenir des dispositions contraires (C. pén., art. 121-3).

²¹² La commission matérielle des faits incriminés suffisait à caractériser l'intention sans qu'il fût nécessaire de démontrer l'intention, l'imprudence ou la négligence de leur auteur. Ces auteurs précisent que « ces délits étaient fréquents dans des matières techniques (chasse, eaux et forêts, environnement, transport, urbanisme, contributions indirectes, législation du travail), réglementés par d'autres codes que le Code pénal ou par des lois non codifiées » (F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 469, p. 429). Le caractère matériel de ces crimes et délits a été supprimé par la loi du 16 décembre 1992 (Loi n° 92-1336 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur, art. 339). Ces délits sont devenus des infractions pour lesquelles la preuve de la négligence ou de l'imprudence ou d'une mise en danger délibérée doit être apportée.

²¹³ I. MOINE-DUPOUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, p. 2144.

²¹⁴ « L'intention, pas plus que la faute d'ailleurs, n'est nullement définie par le législateur et le mot lui-même n'est que très rarement utilisé » ou encore « il reste que l'intention n'est nullement définie et que l'article L. 121-3, déjà deux fois modifié, est loin d'être un modèle de clarté » (J. PRADEL, A. VARINARD, Les grands arrêts du droit pénal général, t.1, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n° 39, p. 533). Il appartient au juge désormais d'établir la réalité de l'intention ou de la non-intention. Il lui revient d'aménager un débat contradictoire sur l'élément intentionnel. Le juge doit en principe apprécier les faits non plus in abstracto mais in concreto en tenant compte de la psychologie de l'auteur.

²¹⁵ G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 2007.



prohibé²¹⁶». L'existence de l'intention se déduit-elle de « la seule constatation objective que l'action ou l'omission constitutive de l'infraction a été volontairement réalisée ou au contraire devra-t-on scruter la psychologie du délinquant²¹⁷ ? ». La Cour de cassation opte pour la première solution : l'intention est caractérisée par la seule connaissance du caractère délictuel de l'action ou de l'omission²¹⁸. Est rejeté le critère tiré de la volonté de commettre l'infraction : la Cour renonce à scruter la psychologie du délinquant, donc à s'interroger, à ce stade, sur les mobiles²¹⁹. La Chambre criminelle considère l'intention comme « l'exercice d'une volonté consciente de l'illégalité de l'acte commis²²⁰ », ce qui conduit à retenir une approche abstraite²²¹ du principe d'intentionnalité. La difficulté est que cette jurisprudence ne caractérise nullement l'intention. L'élément moral doit être appréhendé comme une véritable condition et doit être chaque fois vérifié. En son absence, elle n'est pas consommée²²². Est refusée la conception réaliste, dégagée par les positivistes²²³, selon laquelle l'acte n'est punissable que s'il a été voulu dans un but contraire à l'ordre social, l'élément intentionnel impliquant une volonté déterminée par un motif ou un mobile.

45. Connaissance et volonté. Pour la Cour de cassation, l'intention est constituée de la conscience ou de la volonté de commettre l'infraction et de la connaissance du caractère illicite de l'acte²²⁴. Or, ces éléments sont des préalables indispensables mais insuffisants, selon nous, pour caractériser l'intention²²⁵. Doit être ajoutée la conscience

²¹⁶ G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 2007.

²¹⁷ J. PRADEL, A. VARINARD, obs. sous Cass. crim., 18 juill. 1973, Les grands arrêts de droit pénal général, t.1, Dalloz 8^{ème} éd., 2012, n° 39, p. 534.

²¹⁸ « La seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique la part de son auteur l'intention coupable exigé par l'article. 121-3, al. 1^{er} du Code pénal » (Cass. crim., 25 mai 1994 : Bull. crim., 1994, n° 203 ; Y. MAYAUD « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle » D. 1997, 37).

²¹⁹ Cass. crim., 18 juill. 1973, J. PRADEL, A. VARINARD, Les grands arrêts de droit pénal général, t.1, Dalloz 8^{ème} éd., 2012, n° 39, p. 534.

²²⁰ Cass. crim., 22 juill. 1926 : S., 1928, I, 73.

²²¹ L'intention réside « dans la volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi ; c'est la conscience chez le coupable d'enfreindre la loi » (E. GARÇON, Code pénal annoté, 1^{ère} éd. art. I, n° 77). La majorité de la doctrine s'est accordée sur une définition analogue de l'élément intentionnel lequel peut se définir comme « la volonté de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi pénale » (R. GARRAUD, Traité de Droit pénal, t. 1, 297 et suiv. cité in P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », JCP 1950, I, n° 876).

²²² I MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144.

²²³ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 272, p. 244.

²²⁴ P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », JCP G, 1950, I, n° 876.

²²⁵ I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144.



de commettre l'infraction, l'intention résidant dans « l'attitude psychologique qui conduit à l'infraction et l'accompagne²²⁶ ». Cette attitude psychologique n'est autre que la volonté laquelle peut se définir comme le choix fait par un agent²²⁷. Or, l'acte volontaire est « l'acte conscient, non imposé²²⁸ ».

B. Une suppression théorique de l'infraction matérielle

46. Présomptions.... La suppression de l'infraction matérielle reste dans un certain nombre de cas bien théorique. La circulaire du ministère de la Justice du 14 mai 1993 considérait « qu'en dépit de son importance théorique la suppression des délits matériels ne devrait pas sensiblement diminuer la répression, même si elle constitue incontestablement une mesure plus douce²²⁹ ». Des présomptions de faute ou de responsabilité pèsent parfois sur les dirigeants ou certains professionnels. Un dol général parfois suffit. L'existence de l'élément intentionnel résulte de la seule constatation de l'élément matériel.

47. ...légalés. Les présomptions établies dispensent le ministère public d'apporter la preuve de l'intention ou de la négligence. Selon la Cour de cassation²³⁰, elles ne portent pas atteinte à la présomption d'innocence²³¹ protégée par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La présomption d'innocence ne fait pas obstacle aux présomptions de fait ou de droit instituées en matière pénale, dès lors qu'elles prennent en compte « la gravité de l'enjeu et laissent entiers les droits de la défense²³² ». Cette analyse trouve un appui majeur dans une décision de la Cour

²²⁶ I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144.

²²⁷ I. MOINE-DUPUIS, op. cit., D. 2001, 2144 : « Il paraît bien que cet agent ait eu, à l'origine, la liberté de choisir, c'est-à-dire la possibilité d'agir différemment, pour que l'acte répréhensible soit réputé volontaire (...) ».

²²⁸ P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », JCP G, 1950, I, n° 876. La définition usuelle traduit cette idée. L'intention est un « fait de se proposer un certain but ; dessein ferme et prémédité ; décision, désir, volonté », (Dictionnaire de la langue française, Le Petit Robert, éd. 2008).

²²⁹ Circ. 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à son entrée en vigueur.

²³⁰ Cass. crim., 17 déc. 1991 : Bull. crim., 1991, n° 481 et 23 févr. 2000 : Bull. crim., 2000, n° 85.

²³¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 6.2 : « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

²³² Cass. crim., 10 fév. 1992 : Bull. crim. n° 62, il s'agissait d'un texte du Code des douanes.



européenne des droits de l'Homme²³³ et un relais dans une décision du Conseil constitutionnel qui en admet la légalité à titre exceptionnel « dès lors que [les présomptions de culpabilité] ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité²³⁴ ».

48. ...prétoriennes. A côté des présomptions légales, il est place pour des présomptions d'origine jurisprudentielle. La Cour de cassation admet en certaines matières l'existence de présomptions de fait parfois extrêmement puissantes qui ne laissent que peu d'échappatoires à la personne qu'elles désignent comme responsable. Ces présomptions visent essentiellement les dirigeants et les professionnels et trouvent à s'appliquer aux infractions qualifiées naguère de « matérielles²³⁵ ». Exemple en est fourni par l'obligation de sécurité de résultat. L'employeur est présumé responsable des manquements aux règles de sécurité²³⁶. La présomption apparaît souvent, en pratique, comme irréfragable²³⁷. En présence d'un dol général, c'est-à-dire de la simple conscience de commettre des agissements contraires à la loi pénale, l'intention est établie par la simple commission de l'élément matériel²³⁸. Reste à l'auteur à tenter de s'exonérer en apportant la preuve d'une erreur de droit²³⁹ ou de fait.

II. L'application du principe d'intentionnalité

49. L'application du principe d'intentionnalité n'est pas uniforme. Elle comporte des degrés divers. Le dol général (A) doit être distingué du dol spécial (B) et du dol aggravé (C).

²³³ CEDH, 7 oct. 1988, Salabiaku, Berger, n° 55, Rev. sc. crim., 1989, p. 167.

²³⁴ Cons. Const. n° 99-411 DC du 16 juin 1999, JO 19 juin, p. 9018.

²³⁵ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 469-3, p. 432.

²³⁶ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 496, p. 306.

²³⁷ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 469-3, p. 432.

²³⁸ « En matière d'hygiène et de sécurité du travail, le simple constat qu'une prescription obligatoire n'a pas été respectée suffit en principe à caractériser l'élément moral en même temps que l'élément matériel de l'infraction. Aucune intention coupable n'est par conséquent requise au titre de l'élément moral de l'infraction » (A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 496, p. 306).

²³⁹ C. pén., art. 122-3 « N'est pas pénalement responsable, la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ».



A. Le dol général

50. Définition. Le dol général consiste en « la volonté de commettre un acte en ayant conscience de violer la loi pénale²⁴⁰ ». Conscience et volonté suffisent à caractériser l'intention de commettre une infraction. En leur absence, il n'y pas d'infraction. Ainsi, lorsque l'auteur de l'acte commet une erreur de fait, il se méprend sur la nature de ce dernier²⁴¹.

51. La preuve. Il revient au ministère public de caractériser l'infraction sur le plan matériel, moral et intellectuel. L'élément moral se déduit « le plus souvent de la nature même du comportement matériel²⁴² ». Il résulte de « la nature même du délit et n'a pas besoin d'être affirmé par le juge ». Cette appréciation suscite un renversement de la charge de la preuve. Il revient à la personne poursuivie d'apporter la preuve de l'absence de dol en application du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi. Ici se dessine la distinction entre erreur de droit et erreur de fait : la première n'a pas pour effet de supprimer le dol ; la seconde emporte cette conséquence.

52. Depuis 1994, la Cour de cassation considère que la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire suffit à caractériser l'élément intentionnel exigé par l'article 121-3 du Code pénal²⁴³. Cette jurisprudence entend « contourner les difficultés résultant de la suppression des délits matériels, est en définitive contestable car le dol général suppose, outre la conscience de violer la loi, la volonté de commettre cette violation²⁴⁴ ». Elle s'inscrit dans un courant identique à celui, maintenant inapplicable, visant à simplifier la preuve de l'intention en matière de réticence dolosive. Cette simplification était largement critiquable car elle

²⁴⁰ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 471, p. 435.

²⁴¹ Cass. crim., 4 mai. 1995 : D. 1996, Somm. 56, obs. A. ROBERT : en l'espèce l'auteur de l'infraction se croyait à tort propriétaire de la chose dont il s'était emparé.

²⁴² F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 473, p. 436.

²⁴³ Cass. crim., 25 mai 1994 : Bull. crim., 1994, n° 203 ; Cass. crim., 12 juill. 1994 : Bull. crim., 1994, n° 280, Dr. pén., 1994, comm. n° 237, JCP E, 1995, 87, note E. JOLY-SIBUET, Y. REINHARD ; Cass. crim., 10 janv. 1996 : Dr. pén., 1996, comm., n° 89 ; Cass. crim., 7 janv. 2003 : Bull. crim., 2003, n° 1 ; Cass., Crim., 14 janv. 2004 : Bull. crim., 2004, n° 11, Dr. pén., 2004, n° 50 ; Cass. crim., 28 juin 2005 : Bull. crim., 2005, n° 196 ; D., 2005, IR, p. 2178 ; Rev. sc. crim., 2005, p. 839 ; D., 2006, 561, note O. FARDOUX.

²⁴⁴ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 473, p. 436 ; C. MARSAT « L'inconscience n'est pas de nature à exonérer le prévenu de sa responsabilité pénale », Dr. pén., 2000, chron. 27.



créait une présomption d'intention dolosive. Si rapporter la preuve de l'intention de tromper est un exercice difficile, notamment pour le particulier face au professionnel, cette difficulté n'autorise pas « à évacuer purement et simplement tout débat sur l'existence ou non d'une intention de tromper le cocontractant²⁴⁵ ». En droit pénal, si la preuve de l'élément intentionnel ou intellectuel est particulièrement difficile à apporter pour le ministère public, la solution de facilité retenue par la Cour de cassation est largement contestable. En déduisant de l'élément matériel l'élément moral, elle va à l'encontre des dispositions de l'article 121-3 du Code pénal. Elle évacue le débat relatif à l'existence ou non de l'intention, de la volonté et de la conscience de commettre une infraction.

B. Le dol spécial

53. Le dol spécial suppose un élément intentionnel caractérisé, au-delà de « la simple volonté de commettre, en sachant qu'il est interdit, tel ou tel comportement²⁴⁶ ». Il réside dans l'intention d'atteindre un résultat prohibé par la loi pénale²⁴⁷.

54. La question de savoir si une infraction suppose un dol spécial est souvent réglée par la jurisprudence : celle nécessitant que soit atteint un certain résultat impliquant la preuve d'un dol spécial²⁴⁸.

55. Le dol spécial résulte souvent de la nature même de l'infraction : le juge n'a pas besoin de démontrer son existence²⁴⁹. Mais, lorsqu'une ambiguïté affecte l'élément matériel de l'infraction, le juge doit apporter la preuve de l'intention²⁵⁰, à moins que la loi ait établi une présomption d'existence d'un tel dol²⁵¹.

²⁴⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil : Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, n° 213-1, p. 203.

²⁴⁶ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 474, p. 437.

²⁴⁷ L'exemple le plus marquant en matière pénale est celui du meurtre. Le dol spécial dans le meurtre réside dans l'intention de tuer la victime (*Animus necandi* - Cass. crim., 8 janv. 1991 : Bull. crim., n° 14 ; D. 1992, 115, note M. CANTIN CUMYN).

²⁴⁸ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 474, p. 437.

²⁴⁹ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 476, p. 440.

²⁵⁰ Cass. crim., 22 mai 1989, n° 89-81397, inédit.

²⁵¹ La loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 dispose que la diffamation « est réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire de son auteur ».



C. Le dol aggravé

56. Le dol général ou spécial ne saurait être confondu avec les mobiles définis comme les raisons pour lesquelles l'infraction a été commise²⁵². Par principe le mobile n'est pas pris en compte par les juges. Il est juridiquement indifférent²⁵³, la loi pénale ne pouvant pas tenir compte des situations et circonstances particulières. Ce principe souffre néanmoins d'exceptions, multipliées avec l'entrée du nouveau Code pénal²⁵⁴. Le législateur a notamment recours au mobile pour définir l'élément intellectuel d'une infraction intentionnelle, et ce en vue d'aggraver la peine en raison d'un « dol aggravé ».

§III. L'appréhension souhaitée de l'intention

57. **Critique.** La définition juridique de l'intention retenue par la doctrine et par la Cour de cassation est incomplète au regard de l'étymologie de ce terme, né du latin *intentio* qui veut dire « tendre à ». L'intention suppose un résultat et la volonté d'atteindre ce dernier. Dans le sens usuel, elle est essentiellement « un projet qui oriente vers un but déterminé : un résultat précis et recherché, désiré, poursuivi. L'acte qui révèle cette intention tendra vers ce résultat qui est sa cause, sa raison d'être²⁵⁵ ». La définition juridique de l'intention ne tient pas compte de la notion de résultat. L'intention correspond à la volonté consciente, c'est-à-dire à la définition d'un dol général alors que la définition usuelle du terme tendrait vers le dol spécial.

²⁵² F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit Pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 477, p. 441.

²⁵³ Sur l'affirmation maintes fois répétée en jurisprudence cf. les ex. cités par J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts de droit pénal général*, t.1, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n° 39, p. 534; Cass. crim., 8 déc. 1998, n° 97-83318 : Dr. pén., 1999, n° 67 : « Toute appropriation de la chose d'autrui, contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur, caractérise la soustraction frauduleuse constitutive de vol, quels que soient le mobile qui a inspiré son auteur et l'utilisation du bien appréhendé ». « La Chambre estime qu'il y a bien intention pénale même à défaut de toute volonté appropriative les documents devaient être détruits » (I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144).

²⁵⁴ Exemple est fourni de la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien commise au préjudice d'un témoin (C. pén., art. 322-3, 4°) ; actes de terrorisme (C. pén., art. 421-3) ; génocide ou crime contre l'humanité (C. pén., art. 211-1).

²⁵⁵ P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », JCP G, 1950, I, 876.



58. Une nouvelle définition. Un acte intentionnel est « un acte conscient que je pouvais m'abstenir de faire, que j'accomplis en vue d'un résultat précis que je recherche²⁵⁶ ». L'intention n'est retenue que dans les cas où la loi pénale réprime l'acte en fonction d'un résultat et non dans les cas où seul l'acte est prohibé. Or, « l'intention c'est la volonté du résultat »²⁵⁷. Cette définition implique que soit retenue une conception réaliste de l'intention. Elle n'est pas une volonté abstraite mais une volonté déterminée par un motif ou un mobile. Il appartient au juge d'une part d'identifier la volonté de commettre l'infraction telle qu'elle est déterminée par la loi et de s'interroger sur la psychologie de son auteur. Les tribunaux doivent identifier les motifs qui ont conduit l'individu à enfreindre la loi. Cette conception suppose que soient prouvées la connaissance du texte répressif, la volonté du résultat et l'intention de nuire. Au demeurant, cette analyse était déjà présente dans certaines coutumes du Moyen-Age. A cet égard, « la primitivité de la règle pourrait bien être une garantie d'exactitude²⁵⁸ ».

59. Inversion. Le propos précédent induit d'inverser les rapports dol général et dol spécial et de définir « l'intention par le dol spécial sauf dispositions exceptionnelles réclamant un dol général²⁵⁹ ». La notion de dol général serait utilisée pour les infractions dans lesquelles aucun résultat n'est incriminé alors que, si l'infraction est caractérisée par un acte et un résultat, un dol spécial est nécessaire, imposant au juge d'établir la connaissance et la volonté du résultat et, le cas échéant, l'intention de nuire.

60. Effets. Retenir une telle approche est conforme au Code pénal et garantit davantage de cohérence avec le principe « d'intentionnalité ». Elle est en outre conforme au sens usuel et à l'étymologie du terme « intention » et peut servir de base d'une politique pénale plus juste, dans la ligne tracée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il décide que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'un acte. En matière délictuelle, l'élément moral, intentionnel ou non, est requis²⁶⁰.

²⁵⁶ P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », JCP G, 1950, I, n° 876.

²⁵⁷ E. WAGNER, « La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine », Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 7.

²⁵⁸ E. WAGNER, *op. cit.*, Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 7.

²⁵⁹ E. WAGNER, *op. cit.*, Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 235.

²⁶⁰ Cons. Const. 16 juin 1999, n° 99-411, loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, Rec. p. 75 ; D. 1999, p. 589, note Y. MAYAUD.



Section II - L'appréhension spéciale de l'intention

61. En matière d'entrave, l'intention se déduit nécessairement des faits constatés. Mais le chef d'entreprise a-t-il toujours, pour autant, l'intention de commettre une entrave ? Ne pouvons-nous pas distinguer une entrave voulue, donc condamnable, d'une entrave subie ? La réponse dépend avant tout des solutions retenues par la Cour de cassation laquelle se contente de la seule présence de l'élément matériel (§I). Accorder une place prépondérante à l'intention serait cependant pertinent (§II).

§I. L'élément matériel suffisant

62. «Le caractère intentionnel se déduit nécessairement des faits constatés²⁶¹ », « l'élément intentionnel se déduit nécessairement du caractère volontaire des agissements constatés²⁶² », telles sont les formules laconiques employées par la Cour de cassation afin de donner un semblant de substance à l'intention en matière d'entrave²⁶³. Pour la Cour, il s'agit d'accroître l'efficacité de la répression au détriment des règles du droit pénal, en particulier du principe d'intentionnalité (I) et de la possibilité de démontrer sa bonne foi, la présomption d'intentionnalité étant, en effet, quasi irréfragable (II).

I. Une application a minima de l'article 121-3 du Code pénal

63. **Une infraction matérielle.** Le Code pénal affirme le principe « d'intentionnalité » de toute infraction. La règle vaut pour le délit d'entrave²⁶⁴. Mais, la détermination du contenu de l'intention a donné lieu à débat entre les juges du fond et la

²⁶¹ Cass. crim., 10 fév. 1972, n° 71-90395 : Bull. crim., 1972, n° 56.

²⁶² Cass. crim., 13 fév. 1990, n° 89-81592, inédit.

²⁶³ M. COHEN, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 1150 ; J. DUTERTRE, « Le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical dans les entreprises », Dr. social 1972, p. 221 ; J. LARGUIER et A.-M. LARGUIER, « Le délit d'entrave aux fonctions des représentants du personnel », Dr. social, 1967, p. 550. Pour une critique de l'application de la notion d'intention en droit pénal : voir I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, p. 2144 ; Voir P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », JCP G, 1950, 876.

²⁶⁴ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 607, p. 387. Cass. crim., 9 déc. 2003, n° 02-87125 : M. RICHEVAUX, note sous arrêt, Dr. ouvrier, mai 2004, p. 243.



Cour de cassation. Cette controverse, éteinte en 1951²⁶⁵, demeure alimentée par des décisions de quelques juridictions²⁶⁶. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, le 17 mars 2006, a relaxé un employeur poursuivi du chef d'entrave pour avoir omis de saisir l'inspecteur du travail dans le délai d'un mois avant l'arrivée du terme du contrat de travail à durée déterminée d'un délégué syndical. Il n'était pas établi que l'employeur ait eu la volonté manifeste de mettre un terme au lien contractuel. Or, pour la Cour de cassation, l'élément intentionnel du délit se déduit « non du but recherché par l'intéressé, mais du caractère volontaire du manquement constaté²⁶⁷ ». Nul n'est besoin de caractériser l'intention²⁶⁸.

64. « Assurer une répression efficace » pourrait être le leitmotiv des tribunaux qui procèdent désormais à une appréciation in abstracto du dol général. Les juges apprécient les faits non en fonction de la personnalité du délinquant, mais par référence au critère du « bon père de famille », c'est-à-dire « en fonction de ce que celui-ci devait savoir ou ne pouvait pas ne pas savoir²⁶⁹ ». Une telle appréciation a pour conséquence d'assimiler le délit d'entrave à une infraction contraventionnelle puisque la constatation de l'entrave suffit à établir la faute : cette infraction est désormais « ouvertement une infraction matérielle²⁷⁰ ».

65. Critique. L'interprétation précédente va à l'encontre du principe d'intentionnalité affirmé par le « nouveau » Code pénal. Ce dernier entendait mettre un terme aux crimes non intentionnels et aux délits matériels. Néanmoins, la suppression

²⁶⁵ Cass. crim., 1^{er} févr. 1951 : JCP G, 1951, 6333, note G. B. ; Cass. crim., 2 août 1951 : Bull. crim., 1951, n° 246 ; Cass. crim., 10 nov. 1953 : Bull. crim., 1953, n° 202 ; Cass. crim., 26 mai 1961 : Bull. crim., 1961, n° 273 ; Cass. crim., 31 janv. 1974 : Bull. crim., 1974, n° 52 ; Cass. crim., 15 fév. 1994 : JCP 1994, 1209.

²⁶⁶ Cass. crim., 8 oct. 2002, n° 02-81177, inédit ; Cass. crim., 6 fév. 2007, n° 06-82601 : Bull. crim., 2007, n° 29 ; RJS, 2007, n° 621.

²⁶⁷ Cass. crim., 6 fév. 2007, n° 06-82601 : Bull. crim., 2007, n° 29 ; RJS, 2007, n° 621.

²⁶⁸ « La tendance jurisprudentielle est donc de se contenter d'une appréciation purement objective des faits laquelle découle de la culpabilité de l'auteur des faits. La preuve de l'intention se déduit de celle des faits matériels » (M. BENILLOUCHE, La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité, Rev. sc. crim., 2005, p. 529).

²⁶⁹ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 651, p. 412.

²⁷⁰ E. WAGNER, « La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine », Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 201. En ce sens voir M. COHEN, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 1146 ; J. DUTERTRE, « Le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical dans les entreprises », Dr. social, 1972, p. 221 ; J. LARGUIER et A.-M. LARGUIER, « Le délit d'entrave aux fonctions des représentants du personnel », Dr. social, 1967, p. 550.



des « délits matériels » est restée théorique²⁷¹ tant en matière d'entrave, où la Cour de cassation a maintenu son interprétation, que dans d'autres domaines de la législation du travail, notamment le travail dissimulé²⁷².

II. Une présomption quasi irréfragable

66. Le législateur ne peut en principe établir de présomption d'intention. L'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁷³ l'exclut en matière pénale. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel admettent leur légalité mais commandent de les enserrer dans des limites raisonnables et de veiller au respect des principes fondamentaux²⁷⁴. En matière d'entrave, a été posée une présomption quasi irréfragable d'intentionnalité d'origine prétorienne²⁷⁵. Seul un fait justificatif (A) ou une cause d'irresponsabilité (B) peuvent assurer l'exonération du prévenu.

A. Les faits justificatifs

67. Notion. Un fait justificatif est « de nature à excuser un acte, à disculper l'auteur d'un dommage en écartant l'imputabilité ou l'illicéité d'un fait constituant ainsi une cause d'irresponsabilité pénale²⁷⁶ ». En d'autres termes, il constitue une permission de

²⁷¹ Cass. crim., 6 fév. 2007, n° 06-82601 : Bull. crim., 2007, n° 29; RJS, 2007, n° 621 ; Cass. crim., 22 nov. 2005, n° 04-87451 : Bull. crim., 2005, n° 307 ; Voir en ce sens A. COEURET, « La nouvelle donne en matière de responsabilité », Dr. social, 1994, p. 629 : « On ne peut mieux dire que le constat de la faute se trouve très largement contenu dans celui de l'inaccomplissement des prescriptions légales ou réglementaires, parce que les débiteurs de l'obligation ne pouvaient pas ne pas connaître ces prescriptions. Il ne s'agit pas d'une présomption de faute, mais d'une présomption de connaissance de la loi y compris dans la dimension extra-pénale ».

²⁷² L'analyse est identique en matière de travail dissimulé voir en ce sens A. MARTINON, note sous Cass. soc., 20 févr. 2008, n° 06-44964 : Bull. crim., 2008, n° 42 ; JCP S, 2008, 1235 ; A. MARTINON, note sous Cass. soc., 17 juin. 2008, n° 07-87518 : Bull. crim., 2008, n° 155 ; JCP S, 2008, 1552 ; A. MARTINON, note sous Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 07-45622, inédit : JCP S, 2009, 1520 ; A. MARTINON, note sous Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-82691, inédit : JCP S, 2010, 1030.

²⁷³ « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi » (DDHC, art. 9).

²⁷⁴ CEDH 7 oct. 1988, Salabaku c/ France, n° 10519/83 - Cons. Const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs; M. BENILLOUCHE, La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction: plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité, Rev. sc. crim., 2005, p. 529.

²⁷⁵ Cass. crim., 10 fév. 1972, n° 71-90395 : Bull. crim., 1972, n° 56.

²⁷⁶ G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 2007.



la loi d'adopter, dans des cas déterminés, une conduite exceptionnelle qui, dans d'autres circonstances, serait constitutive d'une infraction. Il n'y a de faits justificatifs que ceux prévus par la loi : la légitime défense, l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime²⁷⁷.

68. En matière d'entrave, le fait justificatif peut résider, dans certaines circonstances, dans la mise à pied d'un représentant du personnel laquelle lui interdit d'exercer pour un temps son activité professionnelle dans l'entreprise. Une mise à pied, à caractère conservatoire, est concevable lorsqu'un représentant du personnel a commis une faute grave, en attendant le résultat de la procédure d'autorisation engagée auprès de l'administration du travail²⁷⁸. Un comportement fautif peut aussi justifier le prononcé d'une mise à pied disciplinaire, laquelle ne nécessite pas l'autorisation de l'inspection du travail²⁷⁹. Qu'il s'agisse de mise à pied disciplinaire ou conservatoire, le contrat de travail est suspendu ; mais tel n'est pas le cas du mandat²⁸⁰.

69. L'état de nécessité peut justifier qu'une personne, pour sauvegarder ses intérêts ou ceux d'autrui, commette une infraction. Il se distingue de la contrainte. Dans le premier cas l'intéressé peut choisir entre agir ou ne pas agir. Encore faut-il qu'il se trouve face à un danger actuel ou imminent²⁸¹ non créé par lui²⁸². L'action ou l'omission constituait « l'unique moyen de conjurer le danger²⁸³ ».

²⁷⁷ C. pén. 122-4 et 122-5 - Entrent aussi dans cette catégorie, les infractions à la durée du travail, au repos hebdomadaire en cas de travaux urgents dont l'exécution immédiate est nécessaire pour organiser des mesures de sauvetage, pour prévenir des accidents imminents ou réparer des accidents survenus au matériel ou aux bâtiments (C. trav., art. L. 3132-4).

²⁷⁸ C. trav., art. L. 2421-3, al. 4 ; R. 2421-6 et R. 2421-14. A défaut, le délit d'entrave est constitué (Cass. crim., 24 mars 1955 : D. 55, 501, rapp. M. PATIN, Dr. social, 1956, p. 27, rapp. M. PATIN, JCP G, 1956, 9445 note J. BRETHER de la GRESSAYE ; Cass. crim., 11 juin 1974 : Bull. crim., n° 214, JCP 1974, 173 ; pour une application plus récente : Cass. soc., 20 mai 2008, n° 06-86580 : inédit).

²⁷⁹ L'employeur retrouve ses pleins pouvoirs disciplinaires, excepté l'interdiction de sanctionner le représentant du personnel en raison de prises d'initiatives ou de la tenue de certains propos liés à l'exercice de son mandat. La sanction ne doit pas être prise en considération des fonctions représentatives (Cass. crim., 3 mai 1979 : Bull. crim., 1979, n° 382 ; Cass. crim., 8 nov. 1982 : D., 1983. I. R 127).

²⁸⁰ Cass. soc., 23 juin 1999 : RJS, 8-9/99, n° 1090 ; B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 976, p. 517 ; Cass. soc., 23 juin 1999 : RJS, 8-9/99, n° 1090.

²⁸¹ Cass. crim., 25 juin 1958 : D. 1958, 693, obs. M.-A. LEGAL ; Cass. crim., 21 nov. 1974 : Bull. crim., 1974, n° 345, JCP G, 1975, 18143, note P. MAISTRE DU CHAMBON.

²⁸² Cass. crim., 22 sept. 1999 : Bull. crim., 1999, n° 193, Rev. sc. crim., 2000, p. 385, obs. B. BOULOC.

²⁸³ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 431, p. 359. Sur les conditions applicables : TGI Paris, 24 nov. 1980, D. 1982, 101, note D. MAYER ; Cass. crim., 22 mai 1997 : Bull. crim., 1997, n° 201.



70. L'état de nécessité n'a pas été retenu comme fait justificatif en un cas où l'employeur prétextait de difficultés d'exploitation pour justifier l'arrêt d'un atelier duquel dépendaient les délégués irrégulièrement licenciés²⁸⁴. Il ne l'a pas non plus été en un cas où l'employeur avait consulté le jour même le comité d'entreprise sur une fermeture temporaire de l'entreprise en raison de grèves tournantes²⁸⁵. Il l'a été, en revanche, au profit de l'employeur qui avait consulté le comité d'entreprise sans respecter le délai de trois jours devant en principe séparer la convocation de la réunion et sa tenue parce qu'il devait fermer d'urgence l'établissement pour des raisons de sécurité²⁸⁶. De même, lorsqu'au cours d'une grève, un employeur décide de placer les salariés en chômage technique sans consulter le comité d'entreprise, l'état de nécessité est reconnu s'il apparaît qu'il était placé dans une situation telle qu'il ne pouvait continuer à faire fonctionner l'entreprise occupée et donc paralysée²⁸⁷.

B. Les causes d'irresponsabilité

71. Deux facteurs peuvent avoir un impact sur l'imputabilité : l'état des facultés intellectuelles en raison de leur insuffisance tenant à l'âge ou à certains troubles²⁸⁸ ; la présence d'une cause d'irresponsabilité laquelle doit être distinguée de l'erreur (1°), de la contrainte et de la force majeure (2°).

1°. L'erreur

72. Notion. Aux termes de l'article 122-3 du Code pénal, « n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ». Ce texte, né en 1994, trouve son origine dans le fait que la loi se doit d'être claire, accessible et lisible.

73. L'erreur est très rarement retenue. Elle ne l'a été ainsi qu'une seule fois par la Cour de cassation. Un entrepreneur était poursuivi pour avoir, en violation de l'article L.

²⁸⁴ CA de Nîmes, 26 août 1968, JCP, 1969, IV, 13.

²⁸⁵ Cass. crim., 8 fév. 1979 : Dr. ouvrier, 1980, p. 36, note N. ALVAREZ.

²⁸⁶ Cass. crim., 16 mars 1982 : Sté Meyart, inédit.

²⁸⁷ Cass. crim., 30 oct. 1984, n° 83-94370 : Bull. crim., 1984, n° 330.

²⁸⁸ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 442 et s., p. 366.



212-7 du Code du travail, toléré, à douze reprises en un mois, une prolongation excessive de la durée de travail effectif de ses salariés. L'entrepreneur n'avait fait qu'appliquer les clauses d'un accord professionnel élaboré sous le patronage d'un médiateur et faisant référence au Code du travail. L'auteur de l'infraction soutenait que les stipulations de cet accord ne pouvaient être moins favorables pour les travailleurs que les prescriptions légales. La Cour de cassation reconnaît l'erreur de droit : cette dernière résultait « d'une information erronée fournie par l'Administration, représentée aux négociations préalables à la signature de l'accord illicite²⁸⁹ ».

74. L'appréciation faussée de la règle de droit conduit au divorce de « l'acte apparent et [de] l'intention réelle²⁹⁰ ». L'erreur sera prise en considération à condition qu'elle révèle un défaut d'intention. Encore faut-il distinguer l'erreur de droit de l'erreur de fait.

a. Erreur de droit

75. Notion. L'erreur de droit résulte de l'ignorance ou du défaut de compréhension des dispositions légales en dépit de la maxime « nemo legem ignorare censetur²⁹¹ qui interdit à l'auteur d'une infraction « d'échapper à la répression en arguant de son ignorance des textes applicables²⁹² ». Cette présomption de connaissance du droit, véritable « fiction juridique²⁹³ » est souvent perçue²⁹⁴ comme un gage d'efficacité du système répressif²⁹⁵. Si le législateur informe les citoyens de la nature des

²⁸⁹ Cass. crim., 24 nov. 1998, n° 97-85378 : JCP G, 1999, 10208, note M.-A. HOUTMANN; Dr. pén., 2000, comm. 22.

²⁹⁰ P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », JCP, éd. G, I, 876.

²⁹¹ Cass. crim., 24 fév. 1820 : Bull. crim., n° 33.

²⁹² F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 674-1, p. 649.

²⁹³ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 675, p. 649.

²⁹⁴ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 674-1, p. 649 ; M.-L. RASSAT, Droit Pénal général, 2^{ème} éd., 2006, n° 305, p. 355.

²⁹⁵ F. ROUSSEAU, L'imputation dans la responsabilité pénale, Thèse, Dalloz, 2009, n° 32, p. 43 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 674-1 et s., p. 649 ; M.-L. RASSAT, Droit Pénal général, 2^{ème} éd., 2006, n° 305, p. 355. Le Doyen CARBONNIER a recours aux termes de « stockage législatif » qui accentue toujours selon ses propres termes, « le caractère artificiel de la présomption de connaissance ». (« La maxime nul n'est censé ignorer la loi » en droit français, in Journées de la société de législation comparée, 1984, France, Grèce, RFA, URSS, Pays Nordiques, Italie) Revue trimestrielle de droit comparé, 1984, p. 321).



comportements interdits²⁹⁶, « en échange il leur impose l'obligation de se renseigner avant d'agir²⁹⁷ ».

76. Conditions. Au-delà des dispositions relatives à la charge de la preuve, l'erreur de droit suppose la réunion de certaines conditions : elle porte sur une règle ; elle présente un caractère d'inévitabilité ; son auteur a véritablement cru en la légitimité de l'acte.

77. Charge de la preuve. Il revient à l'auteur de l'infraction de démontrer que les conditions de recevabilité de l'erreur de droit sont remplies. L'auteur doit « justifier²⁹⁸ » qu'il a commis une telle erreur. Cette précision apparaît superfétatoire. Dès lors qu'une cause d'irresponsabilité pénale est invoquée, l'auteur doit en apporter la preuve sans que le législateur ait besoin de le rappeler. Toutefois, cette précision peut être analysée comme une manière « d'insister sur la force de la présomption de connaissance de la loi qui doit être combattue²⁹⁹ ». Elle a contribué à l'élaboration d'une approche très restrictive de l'erreur de droit par la Cour de cassation. En découlent deux conséquences procédurales : la Chambre criminelle a interdit aux juridictions de fond de relever d'office l'article 122-3 du Code pénal³⁰⁰ ; elle interdit d'invoquer ce texte devant elle pour la première fois³⁰¹.

78. Erreur sur une règle de droit. L'erreur doit porter sur une règle de droit³⁰². La présomption de connaissance du droit s'applique à tous les textes quels qu'ils soient. Il est apparu rapidement après l'adoption du Code pénal et au regard de l'inflation normative, que l'erreur de droit serait invoquée le plus souvent dans des matières techniques : l'urbanisme, l'environnement, la fiscalité, les transports, les douanes, et les

²⁹⁶ F. ROUSSEAU, L'imputation dans la responsabilité pénale, Thèse, Dalloz, 2009, n° 32, p. 43.

²⁹⁷ R. MERLE, A. VITU, Traité de Droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 583, p. 735.

²⁹⁸ C. pén., art., 122-3.

²⁹⁹ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 674-1, p. 649.

³⁰⁰ Seule la personne poursuivie était fondée à invoquer une erreur de droit – Cass. Crim., 15 nov. 1995: Bull. crim., n° 350, JCP G, 1996, 3950, obs. M. VERON ; Cass. crim., 28 juin 2005: Bull. crim., n° 136, D. 2006, p. 561, note O. FARDOUX.

³⁰¹ Cass. crim., 27 mars 1996 : Bull. crim., n° 136 ; Rev. sc. crim., 1997, 101, obs. BOULOIR.

³⁰² C'est ce qui la distingue de l'erreur de fait.



relations de travail. En cette matière, l'erreur est davantage invoquée par l'employeur³⁰³, le Code du travail s'apparentant à un millefeuille complexe, difficile à appliquer auquel doit faire face un chef d'entreprise souvent juridiquement peu armé. Le bénéfice de l'erreur sur le droit a été accordé, à plusieurs reprises, par les juges. L'employeur avait, par exemple, pu légitimement croire que la consultation préalable du comité d'entreprise lors de départs négociés n'était pas obligatoire³⁰⁴. De même, le non respect de dispositions relatives au temps de travail a pu être justifié en raison d'une erreur de droit³⁰⁵. Cette même erreur a été retenue par la Cour d'appel de Paris³⁰⁶ au profit d'un salarié qui avait subtilisé des documents pour assurer la défense de ses intérêts. Il est vrai que des divergences d'appréciation existaient à ce moment-là au sein même de la Cour de cassation entre la chambre criminelle³⁰⁷ (qui condamne le « vol de documents ») et la chambre sociale³⁰⁸ (qui admet qu'un salarié puisse produire en justice, pour la défense de ses intérêts, des documents dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions). Le salarié pouvait donc légitimement penser qu'il ne commettait pas un acte pénalement répréhensible³⁰⁹.

79. Caractère inévitable de l'erreur. L'erreur de droit est opérante à condition que l'auteur de l'infraction démontre que, malgré ses efforts, il n'a pu connaître la loi³¹⁰. Le défaut d'intention du chef d'entreprise ne pourrait ainsi se déduire de son ignorance des textes relatifs à la représentation du personnel. L'erreur de droit doit être

³⁰³ J. FRAYSSE-CAZALIS : JO Sénat CR, 1^{er} mai 1989, p. 654.

³⁰⁴ CA Reims, 1^{er} avr. 1994, Gaz. Pal., 1994. I. somm. 316.

³⁰⁵ Cass. crim., 24 nov. 1998 : JCP G, 1999, 10208, note M.-A. HOUTMANN ; Droit pén. 2000, comm. 22.

³⁰⁶ CA de Paris, 12^{ème} CH B, 9 nov. 2000.

³⁰⁷ Cass. crim., 16 mars 1999 : D. 2000, somm., p. 120, obs. M. SEGONDS ; Cass. crim., 8 déc. 1998 : D. 2000, somm., p. 87, obs. S. FROSSARD.

³⁰⁸ Cass. soc., 2 déc. 1998 : D. 1999, 431, note H. GABA et D. 2000, somm. p. 87, obs. S. FROSSARD.

³⁰⁹ Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80254 : Bull. crim., 2004, n° 113, RJS, 2004, n° 887. La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'est rangée du côté de la Chambre sociale. La Chambre criminelle n'a pas retenu le raisonnement des juridictions du fond qui invoquaient l'erreur de droit. La Chambre criminelle estime que l'erreur de droit ne peut être caractérisée car elle n'est pas invincible. Le prévenu n'était pas en mesure de l'éviter. Pour fonder sa décision, la chambre criminelle privilégie les droits de la défense.

³¹⁰ F. ROUSSEAU, L'imputation dans la responsabilité pénale, Thèse, Dalloz, 2009, n° 48, p. 55.



invincible. L'auteur de l'acte n'était pas en mesure de l'éviter que ce soit en se renseignant lui-même ou auprès de quelque autorité administrative ou judiciaire³¹¹.

80. L'invincibilité de la règle de droit est difficile à prouver quel que soit le domaine concerné³¹². L'employeur ne saurait « se retrancher derrière les difficultés de lecture ou d'interprétation des textes³¹³ ». L'erreur de droit fut en revanche admise en un cas où une information erronée avait été délivrée par l'administration³¹⁴.

81. Le caractère invincible de l'erreur doit-il être apprécié *in abstracto*, par référence à la notion de « bon père de famille », ou *in concreto*, en tenant compte de la situation personnelle de l'individu concerné, de son niveau social, de ses connaissances juridiques ? Retenir cette dernière solution aurait pour conséquence de créer une distorsion entre personnes de niveau social différent³¹⁵. Une « analyse mixte », tenant compte pour partie de « la situation personnelle du prévenu et de la nature et de la complexité de la règle de droit dont l'ignorance est alléguée³¹⁶ », est donc privilégiée. L'erreur de droit est admise dès lors que l'auteur de l'acte a cru en sa légitimité, « ce qui constitue l'aspect subjectif³¹⁷ ». Une croyance partielle ne suffit pas³¹⁸. Si l'erreur de droit est admise, une « non responsabilité » pénale en résulte³¹⁹. Il est place, en revanche, pour un engagement de la responsabilité civile³²⁰.

b. Erreur de fait

³¹¹ M. COHEN, *Droit des comités d'entreprises et des comités de groupe*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 1150 ; Cass. crim., 1^{er} déc. 1981, n° 81-90377, inédit ; Cass. crim., 18 oct. 1983, n° 82-93209 : Bull. crim., 1983, n° 256 ; Cass. crim., 23 oct. 2007, n° 06-86458, Bull. crim., 2007, n° 249.

³¹² Sur l'ouverture d'un supermarché sans autorisation : Cass. crim., 19 mars 1997 : Bull. crim., n° 115 ; Rev. sc. crim., 1997, p. 827 ; Sur l'avertissement sanitaire général sur les paquets de cigarette : Cass. Crim. 13 mai 2003 : Bull. crim., n° 96.

³¹³ Y. MAYAUD, *Responsables et responsabilité*, Dr. social, 2000, p. 941.

³¹⁴ Cass. crim., 24 nov. 1998, n° 97-85378 : JCP G, 1999, 10208, note M.-A. HOUTMANN ; Dr. pén., 2000, comm. 22.

³¹⁵ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 687, p. 662.

³¹⁶ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 687, p. 662.

³¹⁷ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, n° 688, p. 664.

³¹⁸ Cass. Crim. 14 déc. 1999 : Bull. crim., n° 306.

³¹⁹ C. pén., art. 122-3 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit Pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 691, p. 666.

³²⁰ La maxime « *nemo legem ignorare censetur* » reçoit application en droit civil et son caractère irréfragable demeure.



82. L'erreur de fait rarement invoquée, porte sur la matérialité des faits. L'auteur du délit ne se rend pas compte qu'il réalise « les opérations dont la description figure dans la loi pénale car il ignore ou il se représente faussement certains aspects pourtant réels de son activité³²¹ ».

2°. La contrainte et la force majeure

83. N'engage pas sa responsabilité pénale, la personne qui agit sous l'empire de la force majeure ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister³²². L'une et l'autre présentent des caractéristiques communes. Les juges les utilisent indifféremment³²³.

84. Conditions. Invoquée par l'auteur d'une infraction afin de s'exonérer de sa responsabilité, la force majeure doit résulter d'un événement indépendant de sa volonté, avoir un caractère imprévisible, inévitable, être exclusive de toute faute³²⁴. La contrainte peut être physique (force naturelle ou force humaine) ou morale (menaces). Elle doit résulter d'un événement indépendant de la volonté de l'auteur de l'infraction : incendie, inondation, sinistre causé par les travaux d'un chantier limitrophe. L'événement ne doit pas non plus être prévisible. S'il l'était, l'employeur aurait pu prendre les dispositions nécessaires afin d'éviter la commission de l'infraction. Il doit être inévitable : il était absolument impossible de se conformer à la loi. Un incendie affectant une partie de l'entreprise n'emporte pas une telle impossibilité³²⁵. Enfin, la force majeure et la contrainte doivent être exclusives de toute faute de l'intéressé, par exemple en matière de sécurité.

85. Aperçu. Les hypothèses dans lesquelles la contrainte ou la force majeure ont pu emporter la relaxe de l'employeur sont rares : convocation du comité d'entreprise sans respecter le délai de trois jours séparant normalement la convocation de la réunion pour

³²¹ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 665, p. 420.

³²² C. pén., art. 122-3.

³²³ En ce sens voir F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 672, p. 646.

³²⁴ Cass. crim., 27 déc. 1957 : Bull. crim., 1957, n° 877 ; Cass. crim., 8 juill. 1971 : D. 1971, 625 ; Cass. crim., 30 oct. 1984, n° 83-94370 : Bull. crim., 1984, n° 330 ; Cass. crim., 9 déc. 1986 : Bull. crim., 1986, n° 638 ; Cass. crim. 25 sept. 2007, n° 06-84599 : Bull. crim., 2007, n° 222 ; Cass. crim., 16 sept. 2008, n° 07-83420, inédit.

³²⁵ Cass. crim., 27 déc. 1957 : Bull. crim., 1957, n° 877.



le consulter sur la fermeture de l'établissement en raison de risques d'accidents du travail³²⁶ ; tenue, pendant les congés payés, d'une réunion extraordinaire du comité central d'entreprise à une autre date que celle souhaitée par lui en raison de l'urgence³²⁷. En revanche, un empêchement personnel conduisant le chef d'entreprise à ne pas réunir le comité³²⁸, des difficultés à établir l'ordre du jour³²⁹, des agissements du salarié antérieurs au refus d'autorisation de licenciement et écartés par l'autorité administrative³³⁰ ne sauraient constituer des faits justificatifs.

86. Les conditions très strictes d'application des différentes causes d'irresponsabilité ont largement contribué à rendre la présomption « d'intentionnalité » quasi irréfragable, de sorte que le chef d'entreprise rencontre de réelles difficultés à prouver que l'entrave n'a pas été commise intentionnellement³³¹. Cependant, supprimer cette présomption reviendrait à annihiler le délit d'entrave, la charge de la preuve étant fort lourde pour le ministère public. Elever le degré « d'intentionnalité » permettrait une répression plus juste, conforme aux principes du droit pénal.

§II. Un élément moral déterminant

87. Un équilibre. Le seul fait pour l'employeur de ne pas informer ou consulter une institution représentative du personnel suffit à caractériser le délit d'entrave sans qu'il soit besoin d'apporter la preuve de l'intention. N'est pas posée la question de savoir si un chef d'entreprise doit être sanctionné alors même qu'il se trouvait dans l'impossibilité matérielle de respecter les attributions des représentants du personnel. Une distinction doit cependant être opérée entre l'entrave subie et l'entrave voulue³³² afin de parvenir à un juste équilibre entre la nécessité de se conformer au principe « d'intentionnalité » et la nécessité de garantir l'efficacité de la répression, ce qui suppose de recourir à une nouvelle méthode d'appréhension de l'intention.

³²⁶ Cass. crim., 6 févr. 1979, n° 77-91923 : Bull. crim., 1979, n° 56.

³²⁷ Cass. crim., 16 mars 1981, n° 81-90999 : Bull. crim., 1981, n° 77.

³²⁸ Cass. crim., 26 févr. 1979, n° 80-93003, inédit.

³²⁹ Cass. crim., 3 févr. 1981, n° 80-90025, inédit.

³³⁰ Cass. crim., 18 juill. 1990, n° 88-86545, inédit.

³³¹ En ce sens B. TEYSSIE, Sur le droit pénal du travail, Dr. social, 2000, p. 940.

³³² M. BAILLY, Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail, Thèse, PUAM, 2011, n° 149.



L'entrave étant une infraction intentionnelle³³³, sa répression ne peut être décidée qu'en fonction d'un résultat recherché (la tentative) ou atteint (délict consommé)³³⁴. Un dol spécial (I) et un mobile (II) sont requis.

I. La nécessité d'un dol spécial

88. Le dol spécial est constitué de la volonté d'accomplir un acte que l'on sait défendu par la loi et de la volonté de nuire à autrui, en l'occurrence en empêchant les institutions représentatives du personnel d'exercer pleinement leurs missions³³⁵. Sont visés « le fait de porter ou de tenter de porter atteinte³³⁶ » ou « le fait d'apporter³³⁷ ».

89. Infléchissement jurisprudentiel. Commettre le délict d'entrave suppose d'avoir la volonté d'empêcher les représentants du personnel d'exercer leurs attributions. Le juge se doit de vérifier si l'employeur entendait réellement entraver l'exercice de leurs fonctions par un défaut d'information et de consultation. Deux arrêts anciens de la chambre criminelle de la Cour de cassation, sans pour autant retenir le dol spécial, témoignent d'un léger infléchissement de la doctrine de la Cour en matière d'entrave. Du premier, il ressort que les tribunaux correctionnels ne peuvent pas condamner un employeur poursuivi pour délict d'entrave sans se prononcer sur l'existence de l'élément intentionnel de l'infraction³³⁸. Le second a retenu que « les juges du fond doivent (...) rechercher, lorsqu'ils sont invités à le faire, si des circonstances exceptionnelles n'ont pas empêché ladite consultation, l'élément intentionnel se trouvant alors exclu³³⁹ ». En l'espèce, l'employeur avait placé le personnel en chômage technique en raison de l'occupation de l'entreprise par les grévistes, ces derniers paralysant totalement

³³³ Cass., Crim. 1^{er} déc. 1981 : Dr. ouvrier, 1982, p. 280.

³³⁴ P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », JCP G, 1950, I, 876.

³³⁵ M. BAILLY, Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail, Thèse, PUAM, 2011, n° 151.

³³⁶ C. trav., art. L. 2316-1.

³³⁷ C. trav., art. L. 2328-1.

³³⁸ Cass. crim., 20 mars 1984, n° 83-93403 : Bull. crim., 1984, n° 118.

³³⁹ Cass. crim., 30 oct. 1984, n° 83-94370 : Bull. Crim., 1984, n° 330 : D. 1985 inf. Rap. P. 126 ; M. COHEN, Droit des comités d'entreprises et des comités de groupe, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009, p. 1106.



l'activité. L'employeur n'avait pas procédé à l'information du comité d'entreprise rendue impossible par le mouvement de grève³⁴⁰.

90. Perspective. Un arrêt plus récent du 8 octobre 2002 offre une perspective intéressante³⁴¹. En l'espèce, un syndicat reprochait à l'employeur de ne pas avoir organisé les élections des délégués du personnel ni constitué de comité d'établissement. Le directeur des ressources humaines était cité à comparaître devant le tribunal correctionnel. L'élément matériel de l'infraction était incontestable. L'entreprise et ses établissements ne comportaient pas de délégués du personnel et de comités d'établissement, de sorte que la violation de la loi ne faisait aucun doute. Par conséquent, au regard de la doctrine classique, l'infraction était réalisée. Cependant, contre toute attente, la Cour de cassation fait sienne la décision des juges d'appel qui écartent le délit d'entrave, le prévenu n'ayant pas pensé porter atteinte au fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel. Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre. Ne se contentant pas d'un dol général, la Cour de cassation exige un dol spécial. Or, si la violation de la loi est effective, le prévenu n'a pas voulu le résultat ; il n'a pas « pensé porter atteinte au fonctionnement de la représentation du personnel ». Est posée, dans le prolongement de l'analyse précédente, la question du recours aux mobiles.

II. La nécessité de recourir aux mobiles

91. A l'instar du droit civil qui apprécie la faute intentionnelle *in concreto*³⁴², le droit pénal tend de plus en plus vers une « subjectivisation » de la faute³⁴³. Il tient compte de la personnalité de l'auteur de l'acte et de la situation particulière dans laquelle il a été

³⁴⁰ Sur les conflits collectifs voir M. BAILLY, Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail, Thèse, PUAM, 2011.

³⁴¹ Cass. crim., 8 oct. 2002, n° 02-81177 : note sous arrêt F. DUQUESNE, Dr. social, 2003, p. 143.

³⁴² Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrenois, 5^{ème} éd., 2011, n° 53, p. 30.

³⁴³ De nombreux textes tendent à « une subjectivisation » de l'élément intentionnel de l'infraction. Ainsi, les lois n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence et n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels ont « substitué une appréciation *in concreto* à une appréciation *in abstracto* de l'élément moral » (M. BENILLOUCHE, La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité, Rev. sc. crim., 2005, p. 529).



commis. Cette « subjectivisation » est révélée par le recours aux mobiles (A). Mais de quelle manière l'appréhender ? Le droit civil suggère des perspectives appropriées (B).

A. Le recours au mobile légal

92. Selon JOSSERAND, le droit ne constitue pas « un bréviaire de formules et de rites ; il est devenu une science sociale, un organisme vivant, l'affirmation et le triomphe de la volonté : il n'existe et il ne vaut que dans la mesure et en fonction de cette volonté. Le droit tend de plus en plus à cette subjectivisation, à cette individualisation³⁴⁴ ». Le droit pénal (1°) et le droit pénal du travail, au travers du délit d'entrave, (2°) ne sont pas restés étrangers à cette démarche.

1°. La « subjectivisation » en droit pénal

93. Le droit pénal est passé de l'indifférence au mobile (a) à sa prise en considération (b). Mais selon quelle méthode pour l'apprécier (c) ?

a. Indifférence au mobile

94. Définition. Le mobile « pousse » l'individu à agir de telle ou telle manière. Il constitue le « motif qui détermine la volonté de l'auteur d'un acte et le décide à agir³⁴⁵ ». Il est « l'élément immédiat qui détermine l'action ; c'est l'impulsion individuelle qui provoque chez l'agent, la réaction répréhensible. Essentiellement variables et divers, les mobiles sont l'expression des tendances, des passions, des sentiments de l'individu³⁴⁶ ». Certains ne peuvent être considérés comme légitimes : jalousie, vengeance, haine, envie. D'autres peuvent l'être : droit général à l'information invoqué par les journalistes, droits de la défense³⁴⁷.

³⁴⁴ L. JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Dalloz, rééd. 2006, n° 118, p. 157.

³⁴⁵ Le nouveau petit Robert de la Langue française, éd. 2008.

³⁴⁶ P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », JCP G, 1950, I, n° 876.

³⁴⁷ Cass. crim., 8 déc. 1998 : Bull. Crim. n° 336 ; Cass. crim., 11 mai 2004 : Bull. crim., n° 113 ; Cass. soc., 30 juin 2004 : Bull. Crim. n° 187.



95. Problématique. L'existence de l'intention se déduit-elle de la seule constatation objective que l'acte constitutif de l'infraction a été volontairement réalisé ou faut-il « scruter la psychologie du délinquant³⁴⁸ ? ». Peut-on recourir aux mobiles pour « caractériser » l'intention ? Doit-on s'en tenir à une appréciation in abstracto de celle-ci ? Mais « est-on prêt à aller dans le détail de la conscience de l'interdit et [à] peser tous les éléments psychologiques, sociaux, économiques, familiaux, affectifs, qui influent sur cette conscience, individu par individu ? Est-on prêt à renoncer au concept de français moyen ? Est-on prêt à faire de chaque délinquant, un être unique, original, à écouter et à comprendre³⁴⁹ ? »

96. Controverse. Pour la doctrine classique, l'intention se distingue du mobile : « l'intention est une volonté abstraite³⁵⁰ ». L'élément moral requis pour les crimes et les délits réside dans la volonté de l'agent de commettre l'infraction, dans « la conscience d'enfreindre les prohibitions légales³⁵¹ », sans qu'il n'y ait lieu de rechercher dans chaque cas les raisons qui ont poussé l'auteur de l'infraction à agir, les sentiments qui l'ont animé, les facteurs économiques et sociaux qui s'exerçaient.

97. Pour la doctrine positiviste, l'intention se confond avec le mobile. Seul le mobile pouvait révéler l'état dangereux. Selon les promoteurs de la doctrine de la défense sociale, de ne pas retenir les mobiles exclut toute véritable prise en compte de la psychologie de l'auteur de l'infraction³⁵².

98. Arrêt Lahore. Par l'arrêt « Lahore », rendu en 1977, la Cour de cassation réaffirme un principe fondamental mais critiquable selon lequel : « l'intention ne résidant pas dans les mobiles, ils ne sauraient, quels qu'ils soient, exclure la

³⁴⁸ Cass. crim., 8 févr. 1977, n° 76.91772, J. PRADEL, A. VARINARD, Les Grands Arrêts du Droit Pénal Général, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n° 39, p. 532.

³⁴⁹ E. WAGNER, « La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine », Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 108.

³⁵⁰ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 273, p. 245.

³⁵¹ E. GARÇON, Code pénal annoté, 1^{ère} éd., art. I, n° 77.

³⁵² B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 274, p. 245.



culpabilité³⁵³ ». La Cour manifeste son attachement à la doctrine classique. Peu importe ce qui a conduit l'auteur de l'acte à avoir tel comportement.

99. Un principe. De l'arrêt « Lahore » est né un principe : celui de l'indifférence des mobiles³⁵⁴. La règle s'explique, selon une doctrine classique, par le caractère général et abstrait de la loi. Cette dernière ne saurait prévoir les circonstances de chaque espèce, sous peine d'une extrême complexité. D'autres auteurs invoquent les difficultés liées à la connaissance des mobiles qui pourraient empêcher les juges de « condamner l'auteur d'un comportement matériel incriminé parce qu'il n'aurait pas été possible de démontrer que cette personne avait agi avec l'un des mobiles exigés par la loi³⁵⁵ ». Mais le propos n'est guère recevable eu égard aux fonctions du procès et à la nécessité de tenir compte des mobiles pour déterminer le quantum de la peine.

100. Les « fonctions essentielles³⁵⁶ » du procès pénal et plus largement du droit pénal, sont au nombre de trois. Dans sa fonction répressive, le droit pénal sanctionne, dans l'intérêt général, des comportements dangereux ou inacceptables. La loi pénale tend à la répression. La peine a une fonction rétributive et utilitaire³⁵⁷.

³⁵³ Cass. crim., 8 févr. 1977, n° 76-91772 : Bull. crim., 1977, n° 52 ; J. PRADEL, A. VARINARD, Les Grands arrêts du droit pénal général, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n° 39, p. 532.

³⁵⁴ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 477, p. 441.

³⁵⁵ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 477, p. 441 ; en ce sens I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144 ; E. WAGNER, « La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine », Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 214 et 282.

³⁵⁶ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 47, p. 21.

³⁵⁷ L'article 707 du Code de procédure pénale propose les principes directeurs de la peine : « L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive.

A cette fin, les peines sont aménagées avant leur mise à exécution ou en cours d'exécution si la personnalité et la situation matérielle, familiale et sociale du condamné ou leur évolution le permettent. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire ». La peine a pour fonction de prévenir la récidive et d'assurer la réinsertion du délinquant. Ce sens moderne se retrouve aussi dans le Code pénal qui tend, en matière d'application des peines, à l'individualisation de la sanction pénale, c'est-à-dire à la prise en considération tant de la gravité de l'acte que de la personnalité de son auteur lors du prononcé de la peine. Cela renvoie à l'idée selon laquelle la peine doit être plus juste. Ce mouvement pourrait s'inscrire dans l'Ecole néo-classique du XIX^e siècle pour qui « tout le droit pénal doit être fondé sur l'idée que la société ne peut punir « ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile ». L'exigence de justice doit conduire à individualiser la peine en fonction de la situation personnelle du condamné. L'exigence d'utilité impose que la peine n'ait pas simplement un but répressif mais qu'elle ait également « une fonction perfectionnelle, qu'elle permette au condamné de s'amender » (F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 49, p. 21).



101. La fonction expressive du droit pénal tient en ce qu'il est l'expression des valeurs essentielles d'une société, susceptibles d'évoluer au fil du temps traduction d'une morale collective intéressant la personne humaine, les biens, l'Etat et sa sûreté.

102. La fonction protectrice du droit pénal renvoie à son objet immédiat : assurer la protection de la société. En même temps qu'il est répressif, le droit pénal est aussi soucieux des libertés individuelles. L'objectif du jugement est de rappeler qu'il existe des moyens que la société prohibe. Nos « actes ne sont pas des pions poussés par un sujet extérieur au monde³⁵⁸ ». Le jugement constitue un rappel à la réalité, non un simple enregistrement des faits³⁵⁹.

103. L'indifférence des mobiles ne joue pas lorsqu'il s'agit de déterminer le quantum des peines³⁶⁰. Les juges du fond en tiennent compte pour déterminer leur nature et leur montant. Droit à l'information, droits de la défense, pitié, le juge « s'en soucie lorsqu'il recherche, dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation, la peine méritée par l'agent³⁶¹ ».

104. Le réalisme du droit pénal. Les mobiles constituent « un ensemble vaste, confus partiellement inavoué ou impalpable, donc difficilement utilisable³⁶² ». Il n'en demeure pas moins qu'en ne recourant pas aux mobiles, « l'acte vu par le droit est souvent amputé, vide de sens, face à la loi si lourde de sens³⁶³ ». Les actes d'une personne trouvent leur justification dans les buts qu'elle s'est elle-même fixée ou vers lesquels elle tend et dans son action au sein de la société³⁶⁴.

³⁵⁸ I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144.

³⁵⁹ I. MOINE-DUPUIS, *op. cit.*, D. 2001, 2144.

³⁶⁰ « Les mobiles ne peuvent être retenus par les juges du fond autrement que pour l'application de la peine » (Cass. crim., 13 mai 1992, n° 91-83204 ; Cass., crim. 3 sept. 1996 : Bull. crim., n° 311).

³⁶¹ E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 862, p. 587.

³⁶² I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144 ; voir en ce sens E. WAGNER, « La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine », Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 214 et 282.

³⁶³ I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144.

³⁶⁴ « Vivre implique l'enchaînement situation/réaction ; il faut « jouer les coups » les uns après les autres, et l'infraction comme tout acte n'est qu'un maillon de cette chaîne (on ne peut l'isoler de l'existence). L'intention signifie que l'agent prend une position déterminée par rapport à sa situation présente, sa volonté tendue vers un but. Il se projette au-delà de son geste immédiat vers une situation révélant une prise de position par rapport à sa vie sociale, sans laquelle l'activité humaine n'a pas de sens » (I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144).



105. L'infraction et son auteur sont un « tout » suggéré par le caractère nécessairement réaliste du droit pénal³⁶⁵. Une place doit donc être accordée aux mobiles : il n'y a pas « d'analyse réelle de la volonté sans recours à ce qui a poussé le délinquant à agir³⁶⁶ ». Le droit ne peut se contenter de décrire « l'envers d'un devoir faire voire celui d'un devoir être³⁶⁷ ». Le droit est reconstruction appuyée sur le réel³⁶⁸.

b. Prise en considération du mobile

106. Le législateur a admis dans des cas de plus en plus nombreux la prise en compte des mobiles. Ainsi, la loi du 28 juillet 1894 réprimait les charges anarchistes dès lors qu'elles avaient été commises « dans un but de propagande anarchiste³⁶⁹ ». La loi du 12 février 1924 retenait une approche identique en matière d'atteinte au crédit de l'Etat laquelle supposait d'avoir agi « dans un but de spéculation ou de dépréciation de la monnaie³⁷⁰ ». De même, les actes de terrorisme sont réprimés dès lors qu'ils ont été commis afin de troubler gravement l'ordre public³⁷¹. Le recours aux mobiles en d'autres circonstances permet de caractériser une circonstance aggravante.

107. Risque. De nombreuses voix se sont élevées contre le recours au mobile craignant la subjectivité de la part des juges³⁷² : « l'image des Cours d'assises acquittant, en raison d'un mobile, un individu ayant pourtant juridiquement commis une

³⁶⁵ E. WAGNER, « La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine », Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 11.

³⁶⁶ I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144 ; E. WAGNER, « La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine », Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 282.

³⁶⁷ I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144.

³⁶⁸ Selon I. MOINE-DUPUIS, « cette reconstruction doit s'appuyer au moins au départ sur le réel » (I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, 2144).

³⁶⁹ L. du 28 juillet 1894, art. 1 et 2.

³⁷⁰ L. du 12 février 1924.

³⁷¹ C. pén., art. 421-1.

³⁷² E. MONTEIRO, « Le Concept de harcèlement moral dans le Code pénal et le Code du travail », Rev. sc. crim., 2003, p. 277.



infraction qui hante les classiques³⁷³ ». La loi est là pour déterminer les mobiles acceptables³⁷⁴.

c. Appréciation du mobile

108. Mobile légal. Par essence, le dol spécial suppose un mobile. Toute considération d'un résultat implique « psychologiquement la considération d'un mobile. Le résultat n'est que l'expression matérielle du mobile³⁷⁵ ». Le dol spécial introduirait des mobiles d'origine légale qui font ainsi partie de la définition de l'infraction. Le mobile et la volonté sont liés au dol spécial. La volonté du résultat n'est rien d'autre qu'un mobile³⁷⁶.

2°. La « subjectivisation » dans le délit d'entrave

109. Refus de principe. Le mobile est juridiquement indifférent³⁷⁷ à la constitution de l'infraction d'entrave³⁷⁸. En revanche, il peut être retenu au stade de la détermination de la peine³⁷⁹. L'élément intentionnel de l'infraction se déduit du caractère volontaire des agissements constatés quels qu'en soient les mobiles³⁸⁰. Ainsi en est-il lorsque l'employeur refuse de communiquer un rapport à l'expert-comptable désigné par le comité d'entreprise parce qu'il considère que ses conclusions sont contestables et que sa diffusion va accroître les craintes des salariés et « alourdir » un climat social déjà tendu.

³⁷³ E. WAGNER, « La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine », Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 243.

³⁷⁴ E. WAGNER, op. cit., Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p.195 et p. 243 : « S'il y a une dérogation au principe de l'exclusion du mobile, cette dérogation n'est pas inquiétante puisqu'étant une dérogation, elle ne peut être que d'origine légale, donc limitée ».

³⁷⁵ E. WAGNER, op. cit., Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 243.

³⁷⁶ E. WAGNER, op. cit., Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 243.

³⁷⁷ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 477, p. 441.

³⁷⁸ Cass. crim., 22 mars 1994, n° 93-82312 : RJS, 1994, n° 881 ; Cass. crim., 6 fév. 2007, n° 06-82744 : RJS, 2007, n° 634 : « alors que l'élément intentionnel du délit se déduit non du but recherché par l'intéressé, mais du caractère volontaire du manquement constaté », Voir O. GOUEL, « Délit d'entrave : quelles attitudes pour le CE ? », Cahiers Lamy du CE 2007, n° 66, p. 2 ; Cass. crim., 10 fév. 1972, n° 71-90395 : Bull. crim., 1972, n° 56.

³⁷⁹ Cass. crim. 13 mai 1992, n° 91-83204 ; Cass. crim. 3 sept. 1996, n° 94-85046 : Bull. crim., 1996, n° 311.

³⁸⁰ Cass. crim., 23 avr. 1992, n° 90-84031 : Bull. crim., n° 180 ; N. ALVAREZ-PUJANA, Chroniques jurisprudentielles, Dr. ouvrier, 1993, p. 33.



110. Prémices d'un recours - première étape. La chambre criminelle de la Cour de cassation a adouci quelque peu sa position en admettant en 1984 que « les juges du fond doivent néanmoins, rechercher, lorsqu'ils sont invités à le faire, si des circonstances exceptionnelles n'ont pas empêché [la] consultation, l'élément intentionnel de l'infraction se trouvant alors exclu³⁸¹ ». En l'espèce, l'employeur avait décidé de placer les salariés au chômage technique en raison d'un mouvement de grève accompagné d'une occupation des locaux provoquant une paralysie de la production, ce qui aurait dû donner lieu à information et consultation du comité d'entreprise. Leur absence est justifiée par des circonstances exceptionnelles ; l'intention de commettre le délit n'était pas caractérisée.

111. S'appuyant sur l'arrêt précédent, Maxime BAILLY propose au juge pénal de « considérer de manière plus pragmatique l'existence réelle ou supposée de l'infraction au regard de divers éléments objectifs³⁸² ». Le juge pourrait ainsi tenir compte de la qualité des relations sociales dans l'entreprise, du comportement des représentants du personnel, de la tenue des registres des réclamations des délégués du personnel, de la qualité des procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise, du refus de trouver une solution amiable au conflit³⁸³. Il faut tenir « une analyse tenant compte du contexte dans lequel l'infraction a pu être commise³⁸⁴ ».

112. Deuxième étape. Un arrêt du 8 octobre 2002 offre une perspective intéressante en ce qui concerne le recours au mobile³⁸⁵. En l'espèce, un syndicat reprochait à l'employeur de ne pas avoir organisé les élections des délégués du personnel ni constitué de comité d'établissement, ce qui était exact. Cependant, la Cour de cassation approuve les juges d'appel d'avoir écarté le délit d'entrave, le prévenu n'ayant pas pensé porter atteinte au fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel. Si la violation de la loi est effective, le prévenu n'a pas voulu le résultat : il ne pensait pas « porter atteinte au fonctionnement de la représentation du personnel ». En effet, un accord signé par l'ensemble des organisations syndicales présentes dans

³⁸¹ Cass. crim., 30 oct. 1984, n° 83-94370 : Bull. crim., 1984, n° 330.

³⁸² M. BAILLY, Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail, Thèse, PUAM, 2011, n° 154.

³⁸³ M. BAILLY, Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail, Thèse, PUAM, 2011, n° 155.

³⁸⁴ M. BAILLY, Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail, Thèse, PUAM, 2011, n° 154.

³⁸⁵ Cass. crim., 8 oct. 2002, n° 02-81177 : Dr. social 2003, p. 143, note F. DUQUESNE.



l'entreprise prévoyait la mise en place d'un comité social d'établissement qui exerçait les fonctions et responsabilités dévolues au comité d'établissement légal, y compris la gestion des activités sociales et culturelles. Les membres de ce comité siégeaient au sein du comité central d'entreprise légalement institué. L'employeur n'entendait donc nullement porter atteinte au fonctionnement régulier des institutions représentatives du personnel. Il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir mis en place un comité d'établissement³⁸⁶. La Cour de cassation tient compte d'éléments factuels, concrets et subjectifs, reconnaissant implicitement la possibilité de recourir aux mobiles.

113. Troisième étape : le mobile légal. En matière de délit d'entrave, le mobile légal pourrait se définir comme « l'empêchement pour les institutions représentatives du personnel d'exercer pleinement leurs missions³⁸⁷ ». Les juges du fond doivent s'interroger sur l'existence du résultat (les institutions représentatives du personnel ont-elles été empêchées d'exercer leurs missions, notamment par un manque d'information ou un défaut de consultation ?) et sur la volonté ou non de parvenir à ce résultat (l'auteur de l'infraction l'a-t-il voulu ?). Une question de méthode, alors, surgit.

B. L'appréhension du mobile par le juge

114. Comment apprécier les mobiles ? Quel mobile retenir ? L'auteur de l'entrave a-t-il voulu le résultat³⁸⁸ ? Cette volonté s'apparenterait au « mobile » déterminant (ou à la cause) du droit des obligations. Les principes dégagés doivent permettre de déterminer une méthode d'appréciation applicable au droit pénal et singulièrement au délit d'entrave.

115. En droit pénal. Il est concevable de tenir compte d'un mobile légal et unique défini pour chaque infraction : la volonté du résultat³⁸⁹, définie texte par texte ; « tout

³⁸⁶ Cass. crim., 8 oct. 2002, n° 02-81177 : Dr. social 2003, p. 143, note F. DUQUESNE.

³⁸⁷ M. BAILLY, Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail, Thèse, PUAM, 2011, n° 151.

³⁸⁸ M. BAILLY, Essai sur le droit pénal des conflits collectifs du travail, Thèse, PUAM, 2011, n° 151 : « Exiger un dol spécial en particulier dans le cadre des conflits collectifs de travail, serait pertinent ».

³⁸⁹ L. JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Dalloz, rééd. 2006, n° 8, p. 10 et n° 1, p. 1 : Sur la place de la volonté, L. JOSSERAND nous invite à « aller plus avant dans le domaine de la volonté *lato sensu* ; il faut s'inquiéter des résultats que l'agent attendait de son acte, du but qu'il se proposait d'atteindre ; il faut pénétrer jusqu'à son intention, c'est-à-dire à quoi tendait sa volonté ».



autre mobile sera indifférent³⁹⁰ ». Cette volonté correspondrait au mobile déterminant du droit des obligations. Dès lors qu'un individu commet un acte répréhensible, l'infraction, n'est constituée que si son auteur a voulu le résultat.

116. Le juge ne saurait se contenter de déduire du résultat la volonté de l'auteur de commettre l'infraction. Il doit rechercher la raison pour laquelle le résultat a été voulu, donc « sonder les consciences³⁹¹ ». Une méthode d'appréciation mixte doit être retenue : le juge apprécie objectivement l'existence du résultat de l'action ou de l'omission constatée mais subjectivement les éléments permettant de caractériser la volonté de son auteur. Sa décision pourrait être cassée pour défaut de motivation. Retenir un dol spécial, recourir au mobile légal et retenir une méthode d'appréciation mixte sont trois éléments qui permettront de rendre une place prépondérante à l'élément moral de l'infraction.

117. Une méthode d'appréciation mixte. Le résultat du délit d'entrave s'apprécie différemment selon qu'il faut appréhender l'existence du résultat ou la volonté de nuire. Une méthode d'appréciation mixte est adéquate. D'inspiration civiliste, cette méthode trouve à s'appliquer en matière contractuelle³⁹². L'existence de la cause repose sur une analyse objective mais sa licéité s'apprécie à la lumière d'une analyse subjective : « ce qui est objectivement licite n'en est pas moins nul lorsqu'on ne l'a accompli que pour atteindre une fin illicite³⁹³ ». Un schéma quasi identique peut trouver à s'appliquer en matière d'entrave : ce qui est objectivement illicite, n'en est pas moins justifiable si l'acte (ou l'abstention) fut accompli sans avoir l'intention de nuire.

Pour L. JOSSERAND, « ces trois notions de volonté, de mobile et de but représentent vraiment le *substratum* du droit et offrent un caractère d'indivisibilité en ce sens que la première assure la liaison entre les deux autres : le mobile tend vers le but par l'intermédiaire et sous l'action de la volonté qui s'emploie à cette effet : pas de mobiles sans but, pas de but qui ne soit postulé par un mobile et dont la réalisation n'implique un effort de volonté ».

³⁹⁰ E. WAGNER, « La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine », Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976, p. 242.

³⁹¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil : Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, n° 265, p. 259 ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, in Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n° 156, § 5, p. 98.

³⁹² Elle trouve aussi à s'appliquer en matière d'erreur de droit : les juges « tiennent pour partie compte de la situation personnelle du prévenu, mais au regard de la nature et de la complexité de la règle de droit dont l'ignorance est alléguée » (F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 687, p. 670).

³⁹³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil : Les obligations, 1. L'acte juridique, Sirey, 15^{ème} éd., 2012, n° 265, p. 259.



118. L'existence du résultat s'apprécie objectivement : il s'agit de la cause la plus proche, commune à tout délit d'entrave, empêchant les représentants du personnel d'exercer leurs missions. L'intention de nuire s'apprécie subjectivement : sont recherchés les éléments qui ont conduit l'auteur à vouloir le résultat, ce qui suppose d'appréhender concrètement la situation qui y a conduit. Une telle méthode d'appréciation permet d'accentuer le mouvement de « subjectivisation » du droit pénal amorcé dans d'autres domaines que celui de l'entrave, et notamment en matière de harcèlement moral.

119. Conclusion. La méconnaissance du principe « d'intentionnalité » conduit à condamner l'employeur sans se soucier du but recherché. La « ré-affirmation » de ce principe, l'exigence d'un dol spécial, le recours au mobile légal et à une nouvelle méthode d'appréciation ont pour objet de restituer un sens à l'élément moral. De telles avancées conduisent à restreindre le champ offert à la voie pénale. Elle ne serait ouverte qu'aux seules entraves mises aux attributions des instances de représentation du personnel assorties d'une intention de nuire caractérisée. Pour le surplus, il est des sanctions plus efficaces.



Chapitre II - L'imputation de la responsabilité

120. Entre enchantement et désenchantement. Face au risque de poursuite au titre du délit d'entrave le déséquilibre est manifeste entre les membres des instances de représentation du personnel et l'employeur³⁹⁴. Les éventuels agissements répréhensibles des premiers ne donnent généralement pas lieu à poursuites³⁹⁵. Tel n'est pas le cas en ce qui concerne le chef d'entreprise. Il ne doit pas trop attendre de la délégation de pouvoirs : la sanction pénale le menace alors même que l'effectivité du droit de la représentation du personnel est le fruit d'une responsabilité partagé entre l'employeur, son délégataire, et les membres élus ou désignés des instances de représentation du personnel (**Section I**). La personne morale pourrait-elle constituer l'écran de nature à exonérer le chef d'entreprise de sa responsabilité ? Rien n'est moins sûr, l'engagement de la responsabilité des personnes morales étant enfermé dans de strictes conditions (**Section II**).

³⁹⁴ A. COEURET, « La responsabilité pénale des personnes morales pour accident du travail », *Dr. social*, 1996, p. 158.

³⁹⁵ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », *RJS*, 2004, p. 863.



Section I - L'imputation de la responsabilité aux personnes physiques

121. Principe de personnalité. Selon l'article 121-1 du Code pénal « nul n'est responsable que de son propre fait ». La responsabilité est « à la mesure de la participation personnelle du mis en cause à la réalisation des faits qui lui sont reprochés³⁹⁶ ». Sera engagée la responsabilité de tous ceux qui ont personnellement réalisé l'infraction ou, pour le moins, y ont pris une part active. Les responsabilités en cause ne sont pas « exclusives les unes des autres³⁹⁷ ».

122. Auteur, coauteur, complice. L'auteur matériel est celui qui accomplit le ou les actes constitutifs de l'infraction³⁹⁸. S'ils sont accomplis par plusieurs individus, ils en sont coauteurs, donc auteurs à part entière, d'où il résulte que leur situation juridique est différente de celle du complice³⁹⁹, lequel ne réalise pas en sa personne les éléments de l'infraction mais coopère intentionnellement à la commission de celle-ci.

123. Dans l'entreprise. Le principe de personnalité trouve à s'appliquer en droit pénal du travail⁴⁰⁰. L'ensemble des acteurs de la vie de l'entreprise sont « potentiellement concernés par la responsabilité pénale inhérente aux relations de travail, en fonction bien sûr de leurs défaillances respectives, et aucun ne saurait a priori être exclu de cette responsabilité⁴⁰¹ ». Si le chef d'entreprise est concerné, tout salarié l'est aussi, y compris celui qui est investi de fonctions représentatives.

124. Constat. Le fait personnel se conçoit comme toute action ou omission imputable à celui qui l'a réalisé ou qui a participé à sa réalisation. Mais nombreuses sont les infractions qui ne comportent pas d'imputation particulière⁴⁰². Présentant un caractère

³⁹⁶ Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », Dr. social, 2000, p. 941.

³⁹⁷ Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », Dr. social, 2000, p. 941.

³⁹⁸ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 309, p. 272.

³⁹⁹ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 310, p. 273.

⁴⁰⁰ Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », Dr. social, 2000, p. 942 ; A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 246, p. 247.

⁴⁰¹ Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », Dr. social, 2000, p. 942.

⁴⁰² J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 2 ; A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 247, p. 149 ; Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », Dr. social, 2000, p. 942.



impersonnel, elles frappent « toute personne », « quiconque », ou sanctionnent « toute infraction » sans référence à la qualité du délinquant⁴⁰³. Tel est le cas du délit d'entrave. Visant « le fait de⁴⁰⁴ », « le fait d'apporter⁴⁰⁵ » ou « le fait de porter atteinte⁴⁰⁶ », le caractère impersonnel de cette infraction élargit le champ des responsables potentiels. L'entrave peut être réalisée par le chef d'entreprise, par un préposé ordinaire, un représentant du personnel (**Sous-section I**). Il peut l'être aussi par un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs (**Sous-section II**).

⁴⁰³ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 2.

⁴⁰⁴ C. trav., art. L. 2328-2 ; L. 2335-1 ; L. 2431-1 ; L. 2432-1 et s.

⁴⁰⁵ C. trav., art. L. 2328-1 ; L. 2346-1 ; L.2355-1 ; L. 2365-1 ; L. 2375-1.

⁴⁰⁶ C. trav., art. L. 2316-1.



Sous-section I - La responsabilité pénale du chef d'entreprise

126. Responsabilité partagée. Les entraves reprochées au chef d'entreprise ne doivent pas occulter les agissements fautifs des représentants du personnel (lato sensu). Ces derniers acteurs jouent un rôle majeur dans le fonctionnement des instances dont ils peuvent perturber le fonctionnement normal. Le droit de la représentation du personnel suppose pour que son effectivité soit assurée une responsabilité partagée entre le chef d'entreprise (§I) et ses interlocuteurs (§II).

§I. La responsabilité pénale du chef d'entreprise

127. Sujet traditionnel. Chargé de mettre en place les instances de représentation du personnel dans l'entreprise et d'en assurer la présidence et de s'attacher à leur bon fonctionnement, l'employeur est le premier exposé à des poursuites au titre du délit d'entrave. Mais la diversité des formes d'entreprises et leur enchevêtrement au sein de groupes aux frontières parfois incertaines peuvent rendre difficile la détermination du responsable (I) et de sa responsabilité (II).

I. Détermination du chef d'entreprise responsable

128. Présomption d'autorité. La responsabilité « repose en principe sur celui qui dispose des pouvoirs les plus étendus dans l'ordre interne pour faire respecter la législation sociale⁴⁰⁷ ». La responsabilité pénale des personnes physiques dans l'entreprise repose sur une présomption d'autorité. En application de ce principe, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, assimilé le chef d'établissement au chef d'entreprise. Le chef d'établissement est le responsable hiérarchique direct de l'entreprise à l'égard des salariés travaillant dans l'établissement⁴⁰⁸. Il n'en reste pas

⁴⁰⁷ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 7.

⁴⁰⁸ Cass. crim., 23 nov. 1950 : Bull. crim. 1950, n° 267 ; Dr. ouvrier, 1952, p. 358 ; Cass. crim., 23 avr. 1966 : Bull. crim. 1966, n° 125 ; Cass. crim., 16 juin 1971 : Bull. crim. 1971, n° 192 ; Cass. crim., 22 mai 1973 : Bull. crim. 1973, n° 230 ; Cass. crim., 23 janv. 1975 : Bull. crim. 1975, n° 30. S'agissant de la



moins que pour identifier le chef d'entreprise, il faut conjuguer un critère formel et un critère réel. Dirigeants de droit (A) et dirigeants de fait (B) doivent être identifiés.

A. Les dirigeants de droit : le critère formel

129. Définition. La qualité de chef d'entreprise revient à celui qui, au regard de la structure juridique adoptée, est censé en assumer la direction. Dans une entité à structure individuelle, cette qualité revient à celui qui a en charge la direction effective de l'entreprise ; ce dernier assume aussi la responsabilité pénale⁴⁰⁹. Dans une société (1°), une association (2°), la qualité de chef d'entreprise revient « à la personne qui, à titre originaire, détient la plénitude des pouvoirs de direction sur le personnel et les biens affectés à l'activité⁴¹⁰ ». Son identification s'opère en fonction du type de personne morale.

1°. Les sociétés

130. Société à responsabilité limitée. Aux termes de l'article L. 223-18 du Code de commerce, le gérant, personne physique assurant la gestion de la société en assure la direction. Si plusieurs gérants ont été nommés, ils assument une responsabilité collective. Si une infraction est commise, chacun en est coauteur sauf répartition des pouvoirs emportant répartition des responsabilités⁴¹¹.

131. Société anonyme. Dans les sociétés anonymes de type classique⁴¹², le président du conseil d'administration a la qualité de chef d'entreprise « en raison de l'importance et de la permanence de ses fonctions⁴¹³ ». Néanmoins, depuis la loi NRE du 15 mai

représentation du personnel, le chef d'établissement est titulaire d'une délégation de pouvoirs puisque la compétence du comité d'établissement qu'il préside, est déterminée en fonction des pouvoirs qui lui sont confiés (C. trav., art. L. 2327-15).

⁴⁰⁹ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 7 ; A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 250, p. 150.

⁴¹⁰ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 251, p. 150.

⁴¹¹ Cass. crim., 30 sept. 2003, n° 02-83183 ; Cass. crim., 19 janv. 1993, n° 92-80157.

⁴¹² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, 26^{ème} éd., 2013, n° 677, p. 366.

⁴¹³ Cass. crim., 17 oct. 2000 : Bull. crim. 2000, n° 300 ; JCP E 2001, II, p. 904, note J.-H. ROBERT ; A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 253, p. 151 ; J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 10.



2001⁴¹⁴, la direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne, le directeur général, nommée par le conseil d'administration⁴¹⁵, assumant le pouvoir exécutif de l'entreprise, ce qui fait également reposer sur lui la responsabilité pénale⁴¹⁶.

132. Dans les sociétés anonymes à directoire⁴¹⁷, la Cour de cassation retient tantôt la responsabilité du président du directoire⁴¹⁸, tantôt, en cas de répartition du pouvoir entre les membres de ce dernier, la responsabilité d'un autre membre de cette instance⁴¹⁹. Ainsi, a-t-elle approuvé la relaxe d'un président de directoire dans un cas où s'était produit un accident du travail : sa responsabilité ne pouvait être retenue, faute de posséder, en raison d'une répartition et d'une spécialisation des pouvoirs entre les cinq membres de l'institution, des pouvoirs d'application des règles de production, d'exploitation ou d'hygiène et de sécurité⁴²⁰.

133. Société en nom collectif. La qualité du chef d'entreprise est attribuée soit au gérant unique, soit aux cogérants, sauf spécialisation des fonctions de direction⁴²¹.

134. Société par actions simplifiée. Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée⁴²². Le président est, en sa qualité de représentant légal de la société, investi des pouvoirs les plus étendus pour représenter celle-ci. Il n'en demeure pas moins qu'il peut être procédé à une répartition

⁴¹⁴ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques.

⁴¹⁵ C. com., art. L. 225-51-1.

⁴¹⁶ J.-F. CESARO, *Droit Pénal : Responsabilités*, J.-Cl., *Travail Traité*, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 10 ; A. COURET, *La loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation dans l'entreprise*, JCP G, 2001, 339 ; Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », *Dr. social*, 2000, p. 943.

⁴¹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 26^{ème} éd., 2013, n° 677, p. 366.

⁴¹⁸ Cass. crim., 9 oct. 1984 : JCP E, 1985, 14495, note G. VACHET.

⁴¹⁹ A. COURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. social*, 1975, p. 396 ; Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », *Dr. social*, 2000, p. 943.

⁴²⁰ Cass. crim., 2 juin 1987 : *Synd. des mineurs CFDT de la potasse* ; A. COURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. social* 1975, p. 396 ; J.-F. CESARO, *Droit Pénal : Responsabilités*, J.-Cl., *Travail Traité*, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 11.

⁴²¹ C. Com., art. L. 221-4.

⁴²² C. Com., art. L. 227-8 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 26^{ème} éd., 2013, n° 956, p. 494.



des fonctions de représentation entre le président et le directeur général ou le directeur général délégué⁴²³.

2°. Les associations et les syndicats

135. Qu'il s'agisse d'une association ou d'un syndicat, la qualité de chef d'entreprise est attribuée à celui, président, secrétaire général, qui exerce le pouvoir suprême. Il lui revient d'assumer la responsabilité des infractions à la législation sociale⁴²⁴.

B. Les dirigeants de fait : le critère réel

136. Définition. Il est important de désigner la personne qui assume effectivement la direction de l'entreprise, indépendamment de la structure juridique adoptée⁴²⁵ : la responsabilité pénale ne tient pas seulement « à des pouvoirs juridiquement aménagés. Elle s'attache encore à l'exercice de pouvoirs qui ne se doublent pas d'une reconnaissance légale ou statutaire⁴²⁶ ». Tel est le cas du salarié, chef de chantier, qui, de fait, se substitue au chef d'entreprise ; sa responsabilité peut, à ce titre, être engagée⁴²⁷. La personnalisation « facteur de responsabilité pénale tient plus à

⁴²³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 26^{ème} éd., 2013, n° 954, p. 493. Cette question de la représentation a connu un regain d'intérêt, donnant lieu à un arrêt de la Cour de cassation (Cass. Ch. Mixte., 19 nov. 2010, n° 10-10095, n° 10-30215, Bull. ch. mix., 2010, n° 1). Le communiqué de presse du 19 novembre 2010, l'avis de M. ALLIX, avocat général ainsi que le rapport du Conseiller ANDRE sont consultables sur le site de la Cour de cassation. L'ensemble de ces documents, accompagnant cet arrêt, attirent notre attention sur la confusion opérée par les juges du fond entre la répartition (délégation) entre le président et les directeurs généraux du pouvoir général de représentation de la SAS à l'égard des tiers (C. com. art. L. 227-6) et la délégation de pouvoir fonctionnelle qui permet aux représentants de la SAS, comme de toute société de déléguer leurs pouvoirs de gestion. (Voir sur ce point notamment : A. COEURET, F. DUQUESNE, « Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », *Dr. social*, 2011, p. 382 ; P. HENRIOT, « La délégation de pouvoirs fonctionnelle un cheval de Troie dans les SAS ? » *SSL*, 2010, n° 1469, p. 6 ; J.-Ph. ROBE, « Des délégations de pouvoirs dans les SAS, remarques sur quelques arrêts récents », *SSL*, 2010, n° 1459, p. 15).

⁴²⁴ Cass. crim., 18 janv. 1987 : Bull. crim., n° 29 ; A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 257, p. 152.

⁴²⁵ J.-F. CESARO, *Droit Pénal : Responsabilités*, J-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 6.

⁴²⁶ Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », *Dr. social*, 2000, p. 944.

⁴²⁷ Cass. crim. 10 mars 1998 : Bull. crim., 1998, n° 94, *Rev. sc. crim.*, 1998, obs. B. BOULOC, p. 764.



l'effectivité des pouvoirs exercés, qu'à la qualité qui en attribue légalement l'exercice⁴²⁸ ».

137. Incidences. En droit pénal, « l'impuissant n'est pas condamnable⁴²⁹ ». Une personne physique ne saurait être condamnée pour une décision qu'elle n'a pas le pouvoir de prendre. La responsabilité pénale s'abat sur celui qui assume les prérogatives de l'employeur : gestion, direction, surveillance, embauche des salariés⁴³⁰. Parce qu'il est considéré comme le responsable de la société par le personnel de celle-ci⁴³¹, un salarié peut être désigné comme dirigeant de fait⁴³².

138. Les sociétés créées de fait. Une société créée de fait est une société qui s'ignore. Le critère formel est « inefficace lorsqu'il n'existe pas de structure juridique apparente où il pourrait trouver à s'appliquer⁴³³ ». La Cour de cassation a dû tenir compte de ces situations pour déterminer les personnes, détentrices des pouvoirs de gestion, sur lesquelles pèse la responsabilité pénale. Ainsi, un puisatier fut-il reconnu responsable de l'inobservation des règles de sécurité dont l'un de ses deux frères avait été victime. Sa responsabilité pénale a été engagée, car à eux trois ils constituaient une entreprise de fait dont il était le gérant de fait, assurant la direction des opérations de forage⁴³⁴.

II. Le régime de la responsabilité

139. De la responsabilité pénale de l'employeur, quels sont les fondements (A) ?
Quelle en est l'étendue (B) ?

A. Les fondements de la responsabilité pénale de l'employeur

⁴²⁸ Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », Dr. social, 2000, p. 944.

⁴²⁹ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 20.

⁴³⁰ Cass. crim., 12 sept. 2000 : Bull. crim. 2000, n° 268, RJS, 2000, n° 554.

⁴³¹ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 270, p. 158.

⁴³² Contra : Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-88830 : JCP G 2005, 1122; RJS, 2005, n° 459.

⁴³³ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 21.

⁴³⁴ Cass. crim. 16 mars 1971, n° 70-92539 : Bull. crim., 1971, n° 88 ; Rev. sc. crim., 1971, obs. G. LEVASSEUR, p. 944.



140. Complexité. Le régime de la responsabilité pénale du chef d'entreprise n'est « prévu par aucune disposition légale, quelle que soit la réglementation considérée ⁴³⁵ ». Le Code du travail se réfère souvent à la qualité d'employeur pour déterminer l'auteur de l'infraction. Il ne renvoie parfois à aucune qualité précise, visant « toute personne » ou « quiconque »⁴³⁶. « La neutralité de l'expression employée ne rend pas compte de la complexité du régime de responsabilité pénale du chef d'entreprise et plus généralement de tout décideur⁴³⁷ ». Cette complexité impose d'étudier séparément la responsabilité pénale personnelle du chef d'entreprise (1°) et celle encourue du fait du salarié (2°).

1°. La responsabilité personnelle de l'employeur

141. Le chef d'entreprise répond des infractions qu'il a personnellement commises⁴³⁸. Principe fondamental⁴³⁹ de valeur constitutionnelle⁴⁴⁰, la responsabilité pénale est inaliénable et ne saurait faire l'objet d'une quelconque assurance. L'employeur peut être auteur, coauteur ou complice.

142. Auteur moral. Le Code pénal engage la responsabilité de celui qui fait (l'auteur matériel), mais aussi, à titre exceptionnel, de celui qui fait faire, l'auteur moral de l'infraction⁴⁴¹. Les rédacteurs du nouveau Code pénal ont, un temps, envisagé de punir comme auteur tout instigateur. Certains ont même projeté d'élaborer un texte tendant à retenir la responsabilité du « décideur ». Cette voie n'a pas été empruntée. Le législateur

⁴³⁵ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 270, p. 159.

⁴³⁶ M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité “du fait d'autrui” ou du “décideur” », *JCP E*, 1985, 3218.

⁴³⁷ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 270, p. 260 ; voir aussi : M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité “du fait d'autrui” ou du “décideur” », *JCP E*, 1985, 3218.

⁴³⁸ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 270, p. 158 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 308, p. 272.

⁴³⁹ E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 933, p. 634.

⁴⁴⁰ Cons. constit., 2 déc 1976 : décision n° 1976-70 DC : JO, 7 déc. 1976, p. 7052 ; F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 506, p. 487.

⁴⁴¹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 308, p. 272 ; E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 948, p. 642.



a retenu, comme naguère, la responsabilité, en tant que complice⁴⁴², de celui qui provoque⁴⁴³, exposé à la même sanction que l'auteur principal⁴⁴⁴.

143. L'absence de responsabilité pénale du fait d'autrui se déduit du caractère personnel de cette responsabilité⁴⁴⁵. Un chef d'entreprise ne saurait être pénalement responsable d'une infraction commise par l'un de ses salariés⁴⁴⁶. Cette solution est acquise pour les infractions intentionnelles : le salarié qui commet intentionnellement une infraction en est responsable, y compris lorsqu'il agit sous la contrainte de son employeur⁴⁴⁷. La solution est en revanche discutable pour les infractions non intentionnelles.

2°. La responsabilité pénale du fait d'autrui

144. Spécificité du droit pénal du travail⁴⁴⁸, la responsabilité pénale du chef d'entreprise peut aussi être engagée, sous certaines conditions, en raison d'une infraction révélée par un comportement d'un salarié⁴⁴⁹, solution affirmée dès 1938⁴⁵⁰, réaffirmée en 1950⁴⁵¹ : l'employeur est responsable pénalement du fait de son salarié. Est consacré un « emprunt de matérialité de l'infraction par rapport au texte incriminateur⁴⁵² ». La question du fondement de cette responsabilité reste posée.

a. Diversité des fondements doctrinaux

⁴⁴² L'article 121-7, alinéa 2 du Code pénal dispose : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

⁴⁴³ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 312, p. 274 ; E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 948, p. 642.

⁴⁴⁴ C. pén., art. 121-6.

⁴⁴⁵ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 934, p. 634.

⁴⁴⁶ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 934, p. 634.

⁴⁴⁷ Cass. crim., 26 juin 2002, n° 01-87314 : Bull. crim. 2002, n° 148 ; Dr. pén., 2005, comm. 133, obs. M. VERON ; E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 934, p. 634.

⁴⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité "du fait d'autrui" ou du "décideur" », JCP E, 1985, 3218. Cette responsabilité trouve à s'appliquer en droit des sociétés, ou encore en droit pénal des affaires. Si elle s'applique au chef d'entreprise, elle trouve aussi à s'appliquer à l'égard de « tout décideur » : service hospitalier, commune, entreprise.

⁴⁴⁹ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 270, p. 158.

⁴⁵⁰ Cass. crim., 6 janv. 1938 : Gaz. Pal. 1938, I, 813.

⁴⁵¹ Cass. crim., 23 nov. 1950 : Dr. ouvrier, 1952, p. 358.

⁴⁵² M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité "du fait d'autrui" ou du "décideur" », JCP E, 1985, 3218.



145. Diversité. A la responsabilité du fait d'autrui, plusieurs fondements sont proposés.

146. Théorie du risque. Puisque le chef d'entreprise « tire avantage de son activité, il doit assumer également les inconvénients⁴⁵³ ». Retenue par certains tribunaux⁴⁵⁴, cette théorie méconnaît le principe général selon lequel le droit pénal est un droit rétributif⁴⁵⁵.

147. Théorie de l'employeur complice. Deux séries de difficultés s'opposent à l'application de la théorie de l'employeur complice. La caractérisation de l'élément matériel est aléatoire. De plus, un employeur assistant impassible à l'accomplissement d'une infraction ne peut guère faire l'objet d'une condamnation au titre de la complicité dans la mesure où il n'a rien fait pour empêcher son délégataire ou son subordonné d'agir même si la Cour de cassation considère que lorsque l'auteur principal est puni pour une infraction par omission, la passivité du complice est répréhensible⁴⁵⁶.

148. La théorie de l'obligation légale de surveillance. Le chef d'entreprise est tenu de veiller au respect de la réglementation par l'ensemble de son personnel. La violation de ces prescriptions « ne ferait que révéler sa propre carence⁴⁵⁷ ». La responsabilité pénale de l'employeur trouverait son origine dans une abstention, « une faute de négligence antérieure à l'accomplissement de l'infraction⁴⁵⁸ ». Cette théorie présente l'inconvénient d'aboutir à un éclatement de l'élément matériel de l'infraction entre commission pour le salarié et omission pour l'employeur⁴⁵⁹. Un tel dédoublement « revient, sans qu'aucun texte ne l'autorise expressément, à consacrer l'existence

⁴⁵³ M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité "du fait d'autrui" ou du "décideur" », JCP E, 1985, 3218.

⁴⁵⁴ T. Corr. Pont Audemer, 9 juill. 1958, JCP G, 1958, 10760; T. Pol. Hazebrouck, 4 juill. 1962, JCP G, 1962, 3990.

⁴⁵⁵ M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité "du fait d'autrui" ou du "décideur" », JCP E, 1985, 3218 ; R. MERLE, A. VITU, Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 528, p. 667.

⁴⁵⁶ Cass. Crim., 26 oct. 1912 : S. 1912, II, p. 225, note Roux ; R. MERLE, A. VITU, Traité de Droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 551, p. 692 ; A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », Dr. social, 1975, p. 396.

⁴⁵⁷ A. COEURET, op. cit., Dr. social, 1975, p. 396.

⁴⁵⁸ A. COEURET, op. cit., Dr. social, 1975, p. 396.

⁴⁵⁹ Cass. 1^{er} déc. 1923 : A. HENRY, note D. 1924, I, p. 177. R. MERLE, A. VITU, Traité de Droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 528, p. 667.



d'infractions de commission, par omission⁴⁶⁰ », lesquelles sont contraires au principe de légalité.

149. La théorie de l'auteur moral. La référence à l'auteur moral a pour conséquence que « le prétendu responsable pour autrui n'est en réalité que l'un des coauteurs⁴⁶¹ ». La pluralité d'auteurs ne s'accompagne pas du dédoublement de l'élément matériel : celui-ci reste unique. L'employeur est sanctionné en raison d'une faute personnelle laquelle s'analyse en une faute d'imprudence en lien avec l'infraction. Mais il existe une contradiction entre le principe de personnalité des peines et la responsabilité du fait d'autrui ; l'individu pénalement responsable du fait d'autrui doit « comparaître en justice et subir une condamnation personnelle, en réparation d'une infraction à laquelle il n'a apparemment pris aucune part matérielle⁴⁶² ». Cette contradiction est accentuée par le recours à une présomption irréfragable de responsabilité⁴⁶³. Est consacrée une responsabilité sans faute⁴⁶⁴. Cette théorie est dans de rares cas appliquée à des infractions intentionnelles. Ainsi, un employeur a-t-il été condamné pour obstacle mis à l'exercice des fonctions d'un inspecteur du travail, bien qu'il fût absent au moment des faits et que ceux-ci aient été commis par ses salariés⁴⁶⁵. En matière d'entrave aux fonctions de représentant du personnel, dans la mesure où cette infraction est commise matériellement par un salarié, l'employeur ne peut être rendu responsable qu'en application des dispositions applicables en matière de complicité ou de coaction. Si cette théorie peut apparaître souple et efficace, il reste que, juridiquement, elle est

⁴⁶⁰ A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. social*, 1975, p. 396 ; G. LEVASSEUR, Rapport XXI^{ème} Séminaire, Liège, *Rev. sc. crim.*, 1968-1969, p. 387.

⁴⁶¹ A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. social*, 1975, p. 396.

⁴⁶² R. MERLE, A. VITU, *Traité de Droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 526, p. 664.

⁴⁶³ « Il s'agit d'assurer la répression de faits en eux-mêmes peu graves, mais qui sont fréquents et dont, pour éviter la multiplication, il importe de simplifier la preuve », M.-A. LEGAL, « La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise », *Mélanges offerts à J. BRETHER de la GRESSAYE*, Bordeaux, éd. Bières, 1968.

⁴⁶⁴ « Que ce soit positivement ou négativement la faute n'apparaît en effet pratiquement jamais et cela revient à lui conférer l'aspect d'une pure fiction » (A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. social*, 1975, p. 396).

⁴⁶⁵ *Cass. crim.*, 8 avr. 1956 : *Bull. crim.*, LEVEL, « La faute involontaire de l'employeur et sa responsabilité pénale à la suite d'agissements de son personnel » *JCP G*, 1960, 1959 ; « De quelques atteintes au principe de la personnalité des peines », *JCP G*, 1960, n° 1583.



dangereuse en ce qu'elle fait l'impasse sur l'élément matériel⁴⁶⁶. C'est pourtant vers une théorie analogue que le juge et le législateur tournent.

b. **Unicité d'un fondement jurisprudentiel**

150. La faute dans l'exercice du pouvoir. « La responsabilité pénale de l'ouvrier chargé de diriger la manœuvre, à supposer qu'elle fût engagée, n'était pas exclusive de celle du chef d'entreprise, à qui il incombait de veiller personnellement dans les parties de l'entreprise dont il avait l'administration directe, à la stricte application, par ses subordonnés des prescriptions légales ou réglementaires destinées à assurer la sécurité des ouvriers⁴⁶⁷ ». Cet arrêt fondateur, rendu le 23 novembre 1950, admet que la responsabilité du chef d'entreprise trouve son fondement dans le pouvoir de donner des ordres et de sanctionner disciplinairement les comportements illicites.

151. Critiques. Selon le Professeur BOULOC, la « justification de la responsabilité par la théorie de la faute personnelle du décideur n'est pas très différente de celle qui voit dans le chef d'entreprise un auteur moral de l'infraction matériellement commise par autrui, en dehors et en l'absence de toute réglementation particulière⁴⁶⁸ ». Pour engager la responsabilité du chef d'entreprise, il n'est pas nécessaire que soit relevé un rapport contractuel ou quasi contractuel, voire de fait. Il suffit que « l'auteur moral ait commis une faute et que cette faute ait été une cause médiate ou indirecte de l'infraction⁴⁶⁹ ». Peu importe le fondement, faute personnelle ou qualité d'auteur moral ; selon le Professeur BOULOC, la responsabilité pénale du fait d'autrui n'existe pas. Il s'agirait « d'une responsabilité personnelle à raison du fait délictueux commis matériellement par autrui. Si bien que la dérogation aux principes que nul n'est punissable qu'à raison de son propre fait personnel, et que la sanction pénale ne peut frapper que l'auteur de l'infraction, est plus apparente que réelle⁴⁷⁰ ».

⁴⁶⁶ A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », *Dr. social*, 1975, p. 396.

⁴⁶⁷ Cass. crim., 23 nov. 1950 : *Dr. ouvrier*, 1952, p. 358 ; Voir aussi Cass. crim., 30 nov. 1950 : *D.* 1951, p. 161 ; Cass. crim., 14 janv. 1953 : *Bull. crim.*, n° 15 ; Cass. crim., 28 juill. 1953 : *Bull. crim.*, n° 261 ; Cass. crim., 2 févr. 1954 : *Bull. crim.* n° 50 ; Cass. crim., 29 févr. 1956 : *Bull. crim.*, n° 53.

⁴⁶⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 390, p. 326.

⁴⁶⁹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 390, p. 326.

⁴⁷⁰ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 390, p. 326.



152. Cette analyse est pour partie contestable. Il existe bien, à notre sens, une responsabilité pénale du fait d'autrui. Il ne s'agit pas simplement d'une responsabilité personnelle à raison d'un fait délictueux commis matériellement par autrui. Le chef d'entreprise est responsable pénalement en raison d'un manquement à son obligation de surveillance. Mais cette responsabilité n'est mise en cause qu'en raison des faits fautifs d'un salarié. Cet emprunt repose sur un lien contractuel ou quasi contractuel ou tient à la dimension contractuelle du rapport établi entre le salarié, qui a commis matériellement la faute, et l'employeur (ou le décideur). La faute personnelle « du décideur investi d'une autorité et de pouvoirs sur l'ensemble de la réalité collective formée par l'entreprise est le seul fondement possible de sa responsabilité pénale⁴⁷¹ ». Consacré par le juge, ce fondement est affirmé par la loi du 6 décembre 1976 dont la version initiale visait la faute personnelle des chefs d'établissement, directeurs, gérants ou préposés⁴⁷².

153. Reste que cette responsabilité a, au fil du temps, évolué. La Cour de cassation a d'abord affirmé de manière plus directe la responsabilité du chef d'entreprise. Ce dernier doit veiller personnellement, à tout moment, « à la stricte et constante exécution⁴⁷³ » des dispositions légales visant à assurer la santé et la sécurité des salariés. Le principe de mise en œuvre de la responsabilité pénale pour faute personnelle a subsisté même si le texte en jeu a fait l'objet à deux reprises de modifications. Le législateur a, en premier lieu, remplacé l'énumération précédente par les termes « d'employeur ou de préposé⁴⁷⁴ ». Il a, ensuite, remplacé le terme de préposé par « ou son délégué⁴⁷⁵ ». La loi du 6 décembre 1976 n'a fait qu'entériner des solutions jurisprudentielles existantes⁴⁷⁶. La responsabilité repose sur une présomption

⁴⁷¹ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 274, p. 161.

⁴⁷² L. n° 76-1106 du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail.

⁴⁷³ Cass. crim., 19 déc. 1956 : Bull. crim., 1956, n° 859 ; Cass. crim., 4 juin 1957 : Bull. crim., 1957, n° 486 ; Cass. crim., 18 déc. 1963 : Bull. crim., 1963, n° 368 ; Cass. crim., 20 nov. 1974 : Gaz. Pal., 1975, 1, p. 344 ; Cass. crim., 29 janv. 1985 : JCP E, 1985, 14532, note O. GODARD.

⁴⁷⁴ L. n° 2008-67, 21 janv. 2008, relative au code du travail, art. 3.

⁴⁷⁵ L. n° 2011-525, du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit, art. 170. Par cette loi, le législateur reconnaît explicitement la possibilité de recourir à la délégation de pouvoir. La lisibilité du texte n'en est que renforcée.

⁴⁷⁶ En ce sens voir A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 278, p. 163.



d'autorité ; elle « ne saurait être remise en cause par [une] exigence de faute personnelle⁴⁷⁷ ».

154. Le juge s'est alors attaché à enrichir, étoffer, et préciser le contenu de cette présomption d'autorité⁴⁷⁸. Ainsi, la faute personnelle du chef d'entreprise ou de son délégué peut consister en un défaut de surveillance des salariés⁴⁷⁹, une défaillance dans l'organisation matérielle ou administrative du travail⁴⁸⁰, un défaut de formation du personnel aux questions de sécurité⁴⁸¹. Ces solutions « modèlent l'obligation du chef d'entreprise en fonction des prérogatives d'autorité qu'il exerce sur son personnel. Elles permettent de penser que le véritable fondement de sa responsabilité pénale se trouve dans le pouvoir de diriger l'entreprise et de sanctionner par la voie disciplinaire les comportements contraires aux impératifs de sécurité⁴⁸² ».

155. Les lois du 13 mai 1996 et du 10 juillet 2000 ont permis d'asseoir la théorie du pouvoir d'une manière d'autant plus forte qu'elles intervenaient au lendemain de l'adoption du nouveau Code pénal consacrant le principe de la responsabilité pénale du fait personnel. Ces deux lois tempèrent le principe posé via la définition de la faute d'imprudance⁴⁸³. Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, l'article 121-3 du Code pénal imposait aux juges de rechercher « si en tant qu'employeur pourvu de la compétence, de l'autorité nécessaire et des moyens nécessaires à sa mission, il avait accompli les diligences normales lui incombant (...) notamment en veillant à l'application effective des consignes écrites de sécurité⁴⁸⁴ ». De la qualité d'employeur

⁴⁷⁷ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 279, p. 164.

⁴⁷⁸ « L'attention doit plutôt être portée sur la manière dont le rôle d'autorité exercé par la personne physique ayant eu une telle qualité imprègne les différents aspects de cette faute ». A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 279, p. 164.

⁴⁷⁹ Pour une décision topique voir Cass. crim., 12 juill. 1988, n° 87-91774 : Bull. crim., 1988, n° 302 ; Rev. sc. crim., 1989, obs. Ch. LAZERGUES, p. 140.

⁴⁸⁰ Cass. crim., 28 févr. 2006, n° 05-85054 : Dr. social, 2006, p. 1056, note F. DUQUESNE.

⁴⁸¹ Cass. crim., 2 mai 1989 : Bull. crim., 1989, n° 175 ; Cass. crim., 23 janv. 2007, n° 05-87726 : RJS, 2007, n° 617.

⁴⁸² A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 279, p. 164.

⁴⁸³ C. pén., art. 121-3 ; Loi n° 2000-647 du 11 juillet 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, art. 1.

⁴⁸⁴ Cass. crim., 19 nov. 1996, n° 95-85945 : Bull. crim., n° 413 ; Dr. pén., 1996, comm. 33, obs. M. VERON.



découlent compétence, pouvoirs et moyens nécessaires à l'accomplissement de la mission⁴⁸⁵.

156. Un parallèle peut être établi avec le mécanisme de la délégation de pouvoirs. L'employeur cesse d'être responsable en principe dès lors qu'il a délégué ses pouvoirs à l'un de ses salariés, à condition que ce dernier soit pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de sa mission⁴⁸⁶. Le législateur et le juge confortent l'idée selon laquelle « le véritable fondement de la responsabilité du débiteur de l'obligation pénalement sanctionnée [est] le pouvoir exercé par ce dernier⁴⁸⁷ ».

157. Il n'en demeure pas moins que cette responsabilité pénale reste imparfaite en ce qu'elle contrevient au principe selon lequel nul n'est punissable qu'à raison de son propre fait et méconnaît la règle selon laquelle la sanction pénale ne peut frapper que l'auteur de l'infraction. L'engagement de la responsabilité de l'employeur découle du fait matériel commis par son salarié. La contradiction avec le premier des principes précédents n'est pas simplement apparente ; elle est réelle. Elle est accentuée par le caractère irréfragable de la présomption de responsabilité du fait d'autrui pesant sur l'employeur⁴⁸⁸.

B. L'étendue de la responsabilité

158. La responsabilité du chef d'entreprise est engagée en raison d'agissements non intentionnels (1°). Les agissements intentionnels d'un subordonné (2°) excluent la responsabilité du chef d'entreprise.

⁴⁸⁵ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 280, p. 166.

⁴⁸⁶ Cass. crim., 14 oct. 1997 : Bull. crim., 1997, n° 334 ; Cass. crim., 30 juin 1998 et 3 nov. 1998 : RJS, 1999, n° 53 ; A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 280, p. 166.

⁴⁸⁷ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 260, p. 154.

⁴⁸⁸ R. HIDALGO, G. SALOMON, P. MORVAN, « Entreprise et responsabilité pénale », LGDJ, 1994, p. 128.



1°. Les agissements non intentionnels

159. Santé et sécurité. Il appartient au chef d'entreprise de veiller personnellement à la stricte et constante application des dispositions légales relatives à la santé et à la sécurité des salariés⁴⁸⁹. Il lui appartient de prendre les dispositions nécessaires commandées par les circonstances et relevant de son obligation générale de sécurité⁴⁹⁰. La responsabilité du fait d'autrui s'est essentiellement développée à l'occasion des manquements relevés sur ce terrain. La violation par un salarié d'une règle de sécurité peut être reprochée à l'employeur⁴⁹¹. Cette responsabilité repose sur une faute personnelle du décideur constituée par un manquement à son obligation de sécurité⁴⁹².

160. Atteinte à l'intégrité physique. Sont visées les atteintes à l'intégrité physique d'un salarié caractéristiques d'un homicide involontaire⁴⁹³ ou de blessures involontaires⁴⁹⁴. Le non respect des prescriptions en matière de santé ou de sécurité avec ou sans atteinte à l'intégrité physique du salarié peut être à l'origine de l'engagement de la responsabilité de l'employeur. Dans ces circonstances, la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre le dommage et la faute commise doit être rapportée⁴⁹⁵. Il doit être certain⁴⁹⁶ et constaté par les juges du fond⁴⁹⁷. Il peut être

⁴⁸⁹ Cass. crim., 22 mai 1973, n° 72-90777 : Bull. crim., 1973, n° 230 ; Cass. crim., 16 juin 1971 : Bull. Crim. n° 192 ; Cass. crim., 23 janv. 1975 : Bull. crim., 1975, n° 30 ; Cass. crim., 17 oct. 1995, n° 93-85440 : Dr. ouvrier, 1997, p. 36.

⁴⁹⁰ Cass. crim., 19 nov. 1996, n° 95-85945 : Bull. crim., n° 41 : « Le simple constat qu'une prescription obligatoire n'a pas été respectée suffit en principe à caractériser l'élément moral en même temps que l'élément matériel de l'infraction » (A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 280, p. 166).

⁴⁹¹ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 41.

⁴⁹² C. trav., art. L. 4741-1 ; « Les dispositions édictées par le Code du travail ou les règlements pris pour son application...dans le but d'assurer la protection des ouvriers obligatoires, et il appartient au chef d'entreprise...de veiller personnellement et à tous moments à la stricte et constante application des dispositions réglementaires destinées à assurer la sécurité de son personnel » : Cass. crim., 19 déc. 1956 : Bull. crim. 1956, n° 59 ; Cass. crim., 4 juin 1957 : Bull. crim. 1957, n° 486 ; Cass. crim., 18 déc. 1963 : Bull. crim. 1963, n° 368 ; Cass. crim., 4 nov. 1964 : Gaz. Pal. 1965, 1, p. 80 ; Cass. crim., 15 déc. 1976 : Bull. crim. 1976, n° 369 ; JCP G 1977, IV, p. 35 ; Cass. crim., 2 oct. 1979 : Bull. crim. 1979, n° 267 ; Cass. crim., 29 janv. 1985 : JCP E 1985, II, 14531, note O. GODARD ; Cass. crim., 12 juill. 1988 : Bull. crim. 1988, n° 302 ; Cass. crim., 16 janv. 1990 : JCP G 1990, IV, p. 143 ; Cass. crim., 27 nov. 2001, n° 00-86968, inédit ; Cass. crim., 5 mars 2002, n° 01-86053, inédit.

⁴⁹³ C. pén., art. 221-6.

⁴⁹⁴ C. pén., art. 222-19, 222-20, R. 622-1, R. 625-2 et R. 625-3.

⁴⁹⁵ A. ALLAT, A. COEURET, « Accident du travail, les incidences de la loi Perben II », SSL, 14 mars 2005, n° 1206, p. 7.



direct : la responsabilité de l'employeur est engagée à l'occasion d'une faute simple, pour imprudence, négligence ou manquement à une obligation générale de sécurité⁴⁹⁸. Ce lien peut aussi être indirect⁴⁹⁹. Si l'employeur a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, sa responsabilité peut être engagée⁵⁰⁰. Le chef d'entreprise commet « nécessairement une telle faute quand il se rend coupable de négligence dans l'exercice de ses fonctions⁵⁰¹ ».

161. En l'absence d'atteinte à l'intégrité physique. La mise en danger délibérée d'autrui peut résulter du « fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement⁵⁰² ».

2°. Les agissements intentionnels

⁴⁹⁶ E. FORTIS, « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal », Rev. sc. crim., 2001, p. 737.

⁴⁹⁷ Jurisprudence constante : Cass. crim., 30 mai 1980 : Bull. crim., 1980, n° 166 ; Cass. crim., 2 mars 1994 : Bull. crim., 1994, n° 85 ; Cass. crim., 14 févr. 1996 : Bull. crim., 1996, n° 78 ; Cass. crim., 17 oct. 2000, n° 99-86710 ; Cass. crim., 4 oct. 2005 : Bull. crim., 2005, n° 251.

⁴⁹⁸ C. pén., art. 121-3, al. 2 et C. trav., art. L 4121-1 ; pour exemple : Cass. crim., 16 sept. 2008 : Dr. ouvrier, 2009, p. 112, obs. E. LAFUMA.

⁴⁹⁹ C. pén., art. 121-3, al. 4.

⁵⁰⁰ A. COEURET, B. GAURIAU, M. MINE, Droit du travail, Sirey, 2^{ème} éd., 2009, n° 724, p. 533. Justifie sa décision la Cour d'appel qui déclare un chef d'entreprise coupable d'homicide involontaire à la suite du décès d'un salarié dans l'éboulement d'une tranchée non étayée ou blindée, après avoir relevé que le prévenu avait pris sa décision de ne pas utiliser le matériel de blindage dont l'installation est prescrite par l'article 72 du décret du 8 janvier 1965 ; une telle faute constitue en effet une faute délibérée au sens des dispositions de l'article 121-3, al. 4 du Code pénal dans leur rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000 : Cass. crim., 12 sept. 2000 : Bull. crim., 2000, n° 268 ; Cass. crim., 24 oct. 2000, n° 00-80170 : Bull. crim., 2000, n° 308 ; RJS, 2001, n° 391 ; Cass. crim., 5 déc. 2000 : Bull. crim., 2000, n° 363, Rev. sc. crim., 2001, p. 379, obs. Y. MAYAUD ; Cass. crim., 10 janv. 2001 : Bull. crim., 2001, n° 2, Rev. sc. crim., 2001, p. 577, obs. Y. MAYAUD ; Cass. crim., 16 janv. 2001 : Bull. crim., 2001, n° 14, Rev. sc. crim., 2001, p. 577, obs. Y. MAYAUD ; Cass. crim., 5 mars 2002 : Rev. sc. crim., 2002, n° 837, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE ; Cass. crim., 11 févr. 2003 : Bull. crim., 2003, n° 28, Rev. sc. crim., 2003, p. 801, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE ; Cass. crim., 31 janv. 2006 : JCP 2006, II, 10079, note E. DREYER ; Cass. crim., 16 mai 2006 : Bull. crim., n° 136, Rev. sc. crim., 2006, p. 160, obs. Y. MAYAUD ; Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-80800 : Bull. crim., 2008, n° 6, JCP G 2008, II, 10082, note J.-Y. MARECHAL ; Cass. crim., 28 avr. 2009 : Bull. crim., 2009, n° 80, JCP G 2009, n° 45, 402, note J.-Y. MARECHAL, Cass. crim., 2 mars 2010 : Bull. crim., 2010, n° 44, n° 09-82607.

⁵⁰¹ A. COEURET, B. GAURIAU, M. MINE, Droit du travail, Sirey, 2^{ème} éd., 2009, n° 725, p. 534.

⁵⁰² C. pén. art. 223-1 ; Cass. crim., 16 févr. 1999 : Bull. crim., 1999, n° 24, D. 2000, 9, note A. CERF : « Le délit de mise en danger d'autrui n'est constitué que si le manquement défini par l'article 223-1 a été la cause directe et immédiate du risque auquel été exposé autrui ».



162. Principe. Le chef d'entreprise ne saurait être tenu pour responsable des infractions intentionnelles commises par l'un de ses salariés au seul motif qu'il n'a pu l'empêcher de les commettre. Ce serait punir un délit de commission par omission⁵⁰³. Il appartient « à la poursuite de faire la preuve de la culpabilité personnelle du prévenu ; c'est-à-dire de l'imputabilité de l'infraction à ce dernier⁵⁰⁴ ».

163. Exception. Rare sont les délits d'entrave commis par des salariés de leur propre chef et à l'insu du chef d'entreprise. En pratique, ce dernier est souvent à l'origine de la mesure prise ; le salarié a agi sur ses instructions et en son nom⁵⁰⁵. La responsabilité pénale est alors cumulative. Ainsi, en dehors de toute délégation de pouvoirs, ont été condamnés pour entrave à l'exercice du droit syndical, des salariés qui s'étaient opposés au retour d'un délégué syndical licencié irrégulièrement dont la réintégration avait été judiciairement ordonnée. Saisie des poursuites engagées contre ces salariés, la Cour d'appel avait cru pouvoir décider que « les employés concernés n'avaient pas le pouvoir de direction et d'autorité nécessaires pour constituer un obstacle juridiquement établi à l'entrée du salarié dans les locaux de l'entreprise ». Ils ne pouvaient être coupable d'entrave. Cet arrêt est cassé⁵⁰⁶.

164. La condamnation d'un salarié n'exclut pas pour autant la responsabilité du chef d'entreprise. Il appartient à ce dernier, en cette qualité, de faire respecter les normes relatives à la représentation collective et de surmonter par exemple, les oppositions manifestées par des salariés à une réintégration. Elles ne sauraient, constituer un cas de

⁵⁰³ J.-F. CESARO, *Droit Pénal : Responsabilités*, J.-Cl., *Travail Traité*, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 45 ; A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 276, p. 162 ; *Rev. sc. crim.*, 1968, p. 325, obs. M.-A. LEGAL ; G. LEVASSEUR, *Rapport sur l'imputabilité pénale de l'entreprise économique*. Séminaire de Liège. Commission droit et vie des affaires, RD pén. crim. 1968-1969, p. 405.

⁵⁰⁴ Cass. crim., 23 mai 1978 : *Dr ouvrier*, 1978, p. 346, note N. ALVAREZ.

⁵⁰⁵ J.-F. CESARO, *Droit Pénal : Responsabilités*, J.-Cl., *Travail Traité*, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 45. Les principes énoncés ci-dessus sont applicables au délit de discrimination syndicale visé par les articles L. 2141-5 et L. 2146-2 du Code du travail.

⁵⁰⁶ Cass. crim., 9 déc. 1986, n° 86-90552 : *Bull. crim.*, n° 368, *Juri-soc.*, 1987, n° 2, p.17 ; A. COEURET, « *Droit syndical et Droit pénal, Regard sur une collaboration fructueuse* », in *mélanges J.-M. VERDIER*, Dalloz, 2001, p. 7 ; M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 1158.



force majeure de nature à justifier, l'inexécution d'obligations pénalement sanctionnées et à l'exonérer de sa responsabilité⁵⁰⁷.

§II. La responsabilité pénale des autres acteurs de la vie de l'entreprise

165. Impersonnel. Le délit d'entrave présente un caractère impersonnel : tous les acteurs de l'entreprise sont garants du bon fonctionnement des instances de représentation du personnel. Chacun, y compris les personnes étrangères à l'entreprise, peut être condamné dès lors qu'il a participé à la commission de l'infraction : elle peut être imputée à toute personne fautive ; elle n'est pas réservée au chef d'entreprise⁵⁰⁸, elle peut être le fait d'un préposé, même en dehors de toute délégation de pouvoirs⁵⁰⁹, ou d'un tiers⁵¹⁰. Parce que la loi ne distingue pas selon l'auteur de l'infraction⁵¹¹, un membre du comité d'entreprise (I), voire le comité d'entreprise lui-même en tant que personne morale (II), peuvent être à l'origine du délit d'entrave.

I. Le secrétaire du comité

166. Le secrétaire joue un rôle primordial dans le fonctionnement du comité d'entreprise et partage nombre de responsabilités avec l'employeur au point de pouvoir « à lui seul, perturber le fonctionnement normal du comité⁵¹² ». Face à des agissements anormaux, les moyens d'action de l'employeur sont restreints. Une action pénale pour entrave engagée par l'employeur seul est vouée à l'échec (A). Il ne peut pas non plus sanctionner disciplinairement l'intéressé (B).

⁵⁰⁷ Cass. crim., 9 déc. 1986, n° 86-90552 : Bull. crim., n° 368, Juri-soc., 1987, n° 2, p. 17 ; A. COEURET, « Droit syndical et Droit pénal, Regard sur une collaboration fructueuse », in Mél. J.-M. VERDIER, Dalloz, 2001, p. 7 ; M. COHEN, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 1158.

⁵⁰⁸ Cass. crim., 18 nov. 1997, n° 96-80002 : Bull. Crim., 1997, n° 390 ; M. HAUTEFORT, « Cession d'entreprise : un mandataire social futur repreneur peut être condamné », JSL, 1998, n° 9 ; note M. COHEN, Dr. Soc., 1998, p. 409.

⁵⁰⁹ Cass. crim., 9 déc. 1986, n° 86-90552 : Bull. crim., n° 368.

⁵¹⁰ Cass. crim., 18 nov. 1997, n° 96-80002 : Bull. crim., 1997, n° 390.

⁵¹¹ M. COHEN, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 1158.

⁵¹² A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.



A. L'action pénale : une voie condamnée

167. Le secrétaire du comité d'entreprise est avant tout un interlocuteur privilégié à la croisée de la direction, des membres du comité, des salariés et de tiers tels que l'inspecteur du travail ou d'éventuels experts. Il est amené à exercer nombre d'attributions qui, si elles sont détournées de leur objet, peuvent conduire à engager sa responsabilité pénale⁵¹³ (1°). Les poursuites sont néanmoins rarissimes en raison de l'impossibilité pour l'employeur seul d'agir pénalement (2°).

1°. Identification des comportements répréhensibles

168. Elaboration de l'ordre du jour. Le secrétaire du comité d'entreprise⁵¹⁴ participe à l'élaboration de l'ordre du jour conjointement avec l'employeur⁵¹⁵. Si l'élaboration de l'ordre du jour est avant tout un droit pour le secrétaire, elle est aussi une obligation. Il doit, par son action, favoriser l'établissement de l'ordre du jour ; il ne saurait s'opposer à son établissement sans motif légitime⁵¹⁶. Si le comportement abusif de l'employeur est sanctionné par le délit d'entrave, il doit en être de même pour le comportement du secrétaire qui affecterait le fonctionnement normal de l'institution. Les difficultés relatives à l'établissement de l'ordre du jour ont toutefois été réduites par la loi du 18 janvier 2005 : lorsque sont en cause des consultations rendues obligatoires par une disposition légale ou conventionnelle, elles sont inscrites de plein droit à l'ordre du jour par l'employeur ou le secrétaire⁵¹⁷. Le propos⁵¹⁸ s'explique par la volonté de mettre fin aux situations de blocage nécessitant de recourir au juge des référés. Si la règle apparaissait salvatrice, elle n'a toutefois pas emporté tous les effets escomptés. En effet, pour la Cour de cassation, le principe d'une élaboration conjointe demeure même en cas de consultation obligatoire. L'employeur qui entend inscrire une question à

⁵¹³ Il nous faut ici identifier les attributions du secrétaire du comité qui, lorsqu'elles ne sont pas correctement exercées, peuvent perturber le fonctionnement de l'institution.

⁵¹⁴ C. trav., art. L. 2325-15, al. 1^{er} ; Cass. soc., 25 avr. 2007 : RJS, 2007, n° 828.

⁵¹⁵ Cass. soc., 10 juill. 2002 : RJS, 2002, n° 1247. *Adde*, Bourges, 7 déc. 1999 : RJS, 2001, n° 312.

⁵¹⁶ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵¹⁷ C. trav., art. L. 2325-15 ; TGI Paris, réf., 18 sept. 2008, JCP S 2008, 1632, note I. AYACHE-REVAH et P. ROGEZ.

⁵¹⁸ L. n° 2005-32 du 18 juin 2005 de programmation pour la cohésion sociale, art. 77 (JO du 19 janv. 2005, p. 864).



l'ordre du jour doit la soumettre au préalable au secrétaire et inversement. Seule la constatation d'un désaccord entre l'employeur et le secrétaire autorise une inscription unilatérale⁵¹⁹.

169. La Cour de cassation adopte une lecture stricte du mécanisme d'élaboration conjointe de l'ordre du jour. Si l'intention du législateur était d'épuiser tout ou partie du contentieux, une telle lecture n'y contribue pas. Le risque de contentieux demeure notamment dans l'hypothèse d'une consultation non obligatoire : en l'absence d'une fixation conjointe le recours au juge des référés s'impose⁵²⁰.

170. Le **procès-verbal** dressé à l'issue de chaque réunion du comité d'entreprise retranscrit le contenu des débats et le résultat des délibérations. Il fait l'objet d'une diffusion ou d'un affichage selon les modalités prévues dans le règlement du comité. Le secrétaire de ce dernier en est chargé⁵²¹. Cette tâche ne saurait être partagée⁵²² avec le chef d'entreprise ou un autre membre du comité sous peine d'entrave⁵²³. En revanche elle peut être déléguée à un salarié du comité.

171. Le défaut d'établissement ou le simple retard dans l'établissement du procès-verbal n'est pas sans conséquences pour l'entreprise. Sur le plan pratique, un défaut d'établissement rend impossible la « certification » de la réunion⁵²⁴. De surcroît, la mise

⁵¹⁹ Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 08-40821 : JCP S, 2010, 1419, note F. DUMONT; *Adde* TGI Angers, réf., 3 mars 2005: RJS, 2005, n° 998 ; TGI Paris, réf., 18 sept. 2008, RJS, 2009, n° 370 ; F. SEBE, « Le secrétaire du CE, un acteur incontournable dans l'entreprise », CLCE, 2011, n° 102, p. 5 ; Cette position est conforme à celle retenue par l'administration : « avant que l'insertion de plein droit ne soit mise en œuvre unilatéralement par le président ou le secrétaire, un entretien en vue d'une fixation conjointe doit être proposé par l'un ou l'autre » (Circ. DGEFP-DRT, n° 2005-47, 30 déc. 2005, fiche n° 4). L'exception ne peut être mise en œuvre avant le principe. « La Cour pose un impératif chronologique : l'élaboration conjointe de l'ordre du jour demeure la règle ; l'exception de l'alinéa 2 de l'article L. 2324-15 du Code du travail ne dispense pas l'employeur de soumettre préalablement au secrétaire la question qu'il entend faire inscrire à l'ordre du jour, même s'il s'agit d'une consultation obligatoire » (F. DUMONT, JCP S, 2010, 1419, note sous Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 08-40821).

⁵²⁰ Cette situation est de nature à justifier des poursuites pour entrave (B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 471, p. 268 ; A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863 ; F. SEBE, « Le secrétaire du CE, un acteur incontournable dans l'entreprise », CLCE, 2011, n° 102, p. 5).

⁵²¹ C. trav., art. L. 2325-21 ; M. COHEN, « La rédaction des procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise », RJS, 2004, p. 107.

⁵²² Cass. crim., 25 févr., 1986 : Dr. social 1987, p. 411, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 25 nov. 2003 : RJS, 2004, n° 223 et obs. p. 107, M. COHEN.

⁵²³ Cass. soc., 25 févr. 1986 : Dr. social, 1987, 411, obs. J. SAVATIER.

⁵²⁴ C. trav., art. R. 2325-1 - Dans l'affaire Oracle, tranchée par la Cour de cassation le 25 novembre 2003, le juge des référés avait reconnu que si « la loi ne prévoit pas les modalités exactes de rédaction du



en œuvre d'un projet par l'employeur pourrait être contredite par les termes d'un procès-verbal rendu tardivement que l'employeur n'avait pas eu en sa possession en temps utile⁵²⁵.

172. Le refus du secrétaire de rédiger le procès-verbal ou un retard excessif peut aussi avoir pour conséquence de mettre l'entreprise et son employeur en porte-à-faux à l'égard notamment de l'administration du travail. Tel est le cas en ce qui concerne une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé. Adressée à l'inspecteur du travail dans les quinze jours qui suivent la délibération du comité d'entreprise, elle doit être accompagnée du procès-verbal de la réunion⁵²⁶. De même, en matière de licenciement pour motif économique, le chef d'entreprise est tenu de transmettre l'ensemble des procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise consacrées à la procédure de licenciement⁵²⁷. L'administration du travail doit être en mesure de s'assurer que le comité d'entreprise et, plus largement, les institutions représentatives du personnel, ont été réunies, informées et consultées. Le refus du secrétaire de rédiger le procès-verbal ou de l'établir « dans un délai acceptable, porte atteinte au fonctionnement normal de l'institution et est de nature à caractériser un préjudice direct et personnel pour l'entreprise⁵²⁸ ». Des poursuites pour entrave au fonctionnement du comité d'entreprise sont concevables.

173. Un gestionnaire : actes de la vie courante. Chargé d'administrer les affaires courantes intéressant le fonctionnement du comité d'entreprise, le secrétaire doit rendre compte de son activité auprès de ce dernier. Il veille notamment au suivi des délibérations régulièrement intervenues. Il commet le délit d'entrave s'il engage des dépenses qui n'ont pas été votées. Il nuit en effet au bon fonctionnement du comité⁵²⁹.

procès-verbal, elle lui assigne une fonction d'information des salariés notamment quant aux propositions du comité d'entreprise et aux décisions de l'employeur sur ces propositions » (TGI Nanterre, 26 juill. 2001, réf., qui a donné lieu à l'arrêt du 25 novembre 2003 (Cass. soc., 25 nov. 2003 : RJS, 2004, n° 223 et obs. p. 107, M. COHEN).

⁵²⁵ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵²⁶ C. trav., art. R 2421-10.

⁵²⁷ C. trav., art. L. 1233-46.

⁵²⁸ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵²⁹ Cass. crim., 4 nov. 1988, n° 87-91705.



174. Actes nécessitant l'aval du comité d'entreprise. Le comité d'entreprise doit être représenté par l'un de ses membres pour effectuer certains actes ne relevant pas de la vie courante du comité. Selon le Conseil d'État « les activités de gestion à caractère social ou culturel d'un comité d'entreprise ou d'un comité d'établissement ne peuvent être exercées que par une personne ou par un organisme ayant reçu une délégation expresse à cet effet⁵³⁰ ». Le comité d'entreprise peut désigner le secrétaire. Cette délégation de pouvoirs suppose un vote du comité. Elle peut être spéciale, et ne concerner que certains actes déterminés, ou générale permettant au représentant d'agir au nom du comité pour l'accomplissement de tous les actes mais sous son contrôle⁵³¹. Il est d'usage de recourir à de telles délégations pour la gestion des activités sociales et culturelles. Le secrétaire ne peut seul, sans autorisation, procéder au licenciement d'un salarié du comité d'entreprise⁵³² ou fermer une cantine, un centre de loisirs ou une bibliothèque.

175. L'obligation de rendre compte. Le secrétaire du comité doit rendre compte de sa gestion et assurer la transparence de la gestion du comité à l'égard de l'employeur et des salariés de l'entreprise, sachant que le comité d'entreprise doit, chaque année, établir « un compte rendu détaillé de sa gestion financière » indiquant notamment « le montant des ressources du comité » au cours de l'année écoulée et « le montant des dépenses soit pour son propre fonctionnement, soit pour celui des activités sociales et culturelles dépendant de lui ou des comités interentreprises auxquels il participe⁵³³ ».

176. L'exercice de la capacité juridique. Le comité d'entreprise doit désigner l'un de ses membres pour le représenter afin d'agir en justice. En pratique, ce rôle revient souvent au secrétaire⁵³⁴, plus rarement à un autre membre du comité⁵³⁵. Une distinction doit être faite entre représenter en justice le comité d'entreprise et exercer les voies de recours. Un mandat général qui envisage ces deux hypothèses permet au secrétaire d'agir en justice et d'exercer les voies de recours. En revanche, si le mandat vise

⁵³⁰ CE, 12 févr. 1993, n° 89733, n° 90074.

⁵³¹ G. COUTURIER, *Droit du travail*, PUF 1991, n° 66, p. 125.

⁵³² CE, 12 févr. 1993, n° 89733, n° 90074.

⁵³³ C. trav., art. R. 2323-37.

⁵³⁴ Cass. soc., 4 avr. 2001, n° 99-40677.

⁵³⁵ Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-18268.



uniquement la représentation du comité en justice, et non l'exercice des voies de recours, le secrétaire doit, pour interjeter appel, être muni d'un pouvoir spécial. À défaut l'appel formé est irrecevable, sauf régularisation dans le délai de recours⁵³⁶.

2°. Un contentieux rare

177. Si le délit d'entrave peut être commis par un membre quelconque du comité d'entreprise⁵³⁷, ce contentieux demeure marginal même si certains des membres de comités d'entreprise ont été condamnés pour entrave, en ce qu'ils avaient nui par leur comportement au bon fonctionnement du comité⁵³⁸. Tel fut le cas du secrétaire du comité qui avait procédé à deux reprises à une distribution de bons d'achats au profit du personnel malgré l'absence d'une décision en ce sens du comité prise à la majorité des voix. Sur plainte avec constitution de partie civile de certains syndicats, il a été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef d'entrave au fonctionnement du comité. Il fut condamné car il avait « par son comportement irrégulier nui au bon fonctionnement du comité⁵³⁹ ».

178. Le faible nombre de contentieux de ce type « ne traduit nullement un comportement irréprochable de la représentation du personnel au comité d'entreprise mais une réticence des membres du comité à agir contre l'un des leurs⁵⁴⁰ », ce qui conduit à un déséquilibre entre les salariés membres du comité et le chef d'entreprise.

179. Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, seul le comité d'entreprise a qualité pour agir et exercer l'action civile⁵⁴¹. Il est constant que le chef d'entreprise,

⁵³⁶ Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17041 ; Voir F. BARBE, « Le secrétaire doit avoir un pouvoir pour saisir le juge », CLCE n° 90, févr. 2010, p. 16.

⁵³⁷ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 653, p. 413 ; B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1034, p. 554 ; M. COHEN, Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009, p. 405 ; A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵³⁸ Cass. crim., 4 nov. 1988, n° 87-91705 : Bull. crim., 1988, n° 374 ; Dr. social 1989, p. 212, obs. J. SAVATIER ; Cass. crim., 10 mai 2005, n° 04-84118 ; M. COHEN, Droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 419.

⁵³⁹ Cass. crim., 4 nov. 1988, n° 87-91705 : Bull. crim., 1988, n° 374.

⁵⁴⁰ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵⁴¹ Cass. crim., 21 mai 1998 : RJS, 1998, n° 1242.



conformément aux dispositions de l'article L. 2324-1 du Code du travail, est, en sa qualité de président, membre à part entière du comité d'entreprise. Mais cette qualité ne suffit pas à rendre recevable l'action en justice exercée en cas d'entrave commise par l'un des membres de l'instance. Une telle action suppose un mandat⁵⁴². Cette solution est d'autant plus paradoxale que dans certaines matières, et notamment en matière d'accès aux archives du comité, la seule qualité de membre suffit à rendre recevable l'action en justice. De sorte qu'il serait concevable de rendre recevable toute action en justice ou toute constitution de partie civile d'un membre du comité, employeur compris, lorsque le secrétaire porte atteinte à son bon fonctionnement.

180. S'agissant de l'intérêt à agir, le chef d'entreprise doit apporter la preuve d'un préjudice direct pour justifier les poursuites exercées contre un membre du comité. Or la Cour de cassation ne l'admet qu'avec beaucoup de réserve⁵⁴³, ce qui conduit à « un déséquilibre flagrant entre les membres du comité d'entreprise – la délégation du personnel, d'un côté, le chef d'entreprise, de l'autre – face au risque de poursuite au titre du délit d'entrave ; [lequel] n'est ni légitime, ni acceptable⁵⁴⁴ ». Ce déséquilibre ne doit pas pour autant conduire à une interprétation erronée aux termes de laquelle seul le comité d'entreprise serait titulaire de l'action pour cause d'entrave. Pour que « la sanction [soit] efficace, il faut admettre que tout comportement [puisse] être effectivement sanctionné sur le terrain répressif⁵⁴⁵ ». Cette analyse ouvre de nouvelles perspectives notamment quant à la qualité des titulaires de l'action au titre du délit d'entrave : les syndicats, l'entreprise en tant que personne morale ou les salariés. Une autre solution, radicale, consisterait à abandonner la voie pénale.

B. La voie disciplinaire : une voie obstruée

181. Les salariés protégés peuvent se rendre coupables de faits fautifs justifiant une sanction disciplinaire susceptible d'entraîner la rupture de leur contrat de travail lorsque

⁵⁴² Cass. crim., 21 mai 1998 : RJS, 1998, n° 1242 ; A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵⁴³ Cass. crim., 4 nov. 1987, n° 87-80856, inédit.

⁵⁴⁴ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵⁴⁵ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.



leur comportement, à l'occasion de l'exercice de leur mandat, a méconnu les règles normales d'exercice de leurs fonctions. Néanmoins le régime de la sanction est strictement encadré par le juge.

1°. Le principe de l'immunité disciplinaire

182. Si un représentant du personnel commet une faute dans l'exercice de ses activités professionnelles, l'employeur peut prononcer à son encontre une sanction disciplinaire⁵⁴⁶.

183. Mais un représentant du personnel peut-il faire l'objet d'une sanction disciplinaire dans l'exercice de son mandat et non au titre de son contrat de travail ? La Cour de cassation semble l'exclure : « une sanction disciplinaire ne peut être prononcée qu'en raison de faits constituant un manquement du salarié à ses obligations professionnelles envers l'employeur⁵⁴⁷ ». Confirmant un courant amorcé au début des années 2000, la chambre sociale établit une distinction entre les agissements du salarié traduisant un manquement à ses obligations à l'égard de l'employeur et les comportements étrangers à la vie professionnelle qui ne sont pas rattachables à l'exécution du contrat de travail⁵⁴⁸. Seuls ceux relevant de la première catégorie sont susceptibles de justifier l'engagement d'une procédure disciplinaire. Ceux relevant de « la seconde catégorie peuvent justifier un licenciement si un trouble caractérisé en a résulté, tenant notamment à la finalité de l'activité et aux fonctions du salarié et ayant eu des répercussions sur la bonne marche de l'entreprise⁵⁴⁹ ».

184. La chambre sociale a écarté la faute grave commise dans l'exercice du mandat de trésorier du comité comme motif de licenciement de ce salarié. Un fait fautif ne peut s'entendre que d'un fait du salarié contraire à ses obligations à l'égard de l'employeur ; or, un salarié agissant dans le cadre de ses fonctions de trésorier du comité d'entreprise

⁵⁴⁶ B. BOSSU, note sous Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66792 : JCP S, 2010, 1444.

⁵⁴⁷ Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66792 : Bull. civ., V, 152 ; JCP S, 2010, 1444, note B. BOSSU.

⁵⁴⁸ H. ROSE, Y. STRUILLLOU, Droit du licenciement des salariés protégés, *Economica*, 4^{ème} éd., 2011, p. 634.

⁵⁴⁹ H. ROSE, Y. STRUILLLOU, Droit du licenciement des salariés protégés, *Economica*, 4^{ème} éd. 2011, p. 636.



n'est pas sous la subordination de l'employeur⁵⁵⁰. Le principe posé est excessif. Il laisse impunis certains agissements répréhensibles de représentants du personnel. La généralité des termes employés par la Cour de cassation induit l'absence de tempéraments⁵⁵¹.

185. De telles solutions doivent être rapprochées de celles retenues s'agissant de la prise en compte de faits relevant de la vie personnelle du salarié. Depuis 1997, la Cour de cassation décide que le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne [peut] constituer une faute⁵⁵² et justifier un licenciement. Ce principe connaît cependant des atténuations. Des distinctions sont opérées selon que le fait personnel constitue une atteinte à l'obligation de loyauté découlant du contrat de travail⁵⁵³, porte atteinte à l'obligation de probité⁵⁵⁴, ou constitue un abus dans l'exercice de ses droits fondamentaux, commis par le salarié⁵⁵⁵.

186. Lorsque le comportement du salarié a causé un trouble objectif à l'entreprise⁵⁵⁶, le fait tiré de sa vie personnelle ne constitue pas une faute mais peut être une cause de licenciement. Mesurer le trouble objectif apporté à l'entreprise suppose de tenir compte des fonctions du salarié et de la nature particulière de l'entreprise⁵⁵⁷. Des tempéraments identiques pourraient être retenus lorsque le fait fautif cause un trouble objectif à l'intérêt de l'entreprise, une atteinte étant portée à son bon fonctionnement.

2°. L'hypothèse de la rupture du contrat de travail

187. Appelé à connaître du licenciement de représentants du personnel, le Conseil d'Etat décide que lorsque la demande d'autorisation de licenciement est motivée par un acte ou un comportement du salarié survenu dans le cadre de l'exercice de ses fonctions

⁵⁵⁰ Cass. soc., 4 juill. 2000, n° 97-44846 : Bull. civ., V, 263 ; JCP G 2000, IV, 2511 ; RJS, 2000, n° 1109 ; SSL, 1005, p. 10.

⁵⁵¹ B. BOSSU, note sous Cass. soc., 30 juin 2010, n° 09-66792 : JCP S, 2010, 1444.

⁵⁵² Cass. soc., 16 déc. 1997, n° 95-41326 : Bull. civ., V, 441 ; JCP E, 1999, p. 1247 ; Voir aussi B. BOSSU, F. DUMONT, P.-Y. VERKINDT, Cours de Droit du travail, Montchrestien, 2011, n° 710, p. 319.

⁵⁵³ Cass. soc., 17 avr. 1991 : Dr. social, 1991, p. 48.

⁵⁵⁴ Cass. soc., 25 fév. 2003, n° 00-42031 : Bull. crim., 2003, n° 66.

⁵⁵⁵ Cass. soc., 16 nov. 1993, n° 91-45904 : Bull. crim., 1993, n° 278.

⁵⁵⁶ Cass. soc., 17 avr. 1991 : Dr. social, 1991, p. 485.

⁵⁵⁷ Cass. soc., 17 avr. 1991 : Dr. social, 1991, p. 485.



représentatives, il appartient à l'administration du travail de rechercher si les faits qui lui sont reprochés sont de nature, « compte tenu de leur répercussion sur le fonctionnement de l'entreprise, à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise, eu égard à la nature de ses fonctions et à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé⁵⁵⁸ ». Tous les agissements qui ont eu des répercussions sur le fonctionnement de l'entreprise et qui rendent impossible le maintien du salarié dans l'entreprise eu égard à la nature de ses fonctions peuvent conduire à la rupture du contrat de travail.

188. Selon le Conseil d'Etat, le refus du trésorier « sortant » du comité d'entreprise de remettre aux membres de cette institution nouvellement élus les documents relatifs à la gestion de celle-ci ne constituait pas une faute d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement dès lors qu'il n'était pas établi que ce refus de transmission avait pour but de dissimuler des détournements de fonds⁵⁵⁹. Ce comportement n'était pas d'une gravité suffisante pour rendre impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise eu égard notamment à ses fonctions d'agent de fabrication.

II. Le comité d'entreprise

189. Si l'entrave au fonctionnement du comité peut être commise par l'un de ses membres, elle peut l'être aussi par le comité d'entreprise, « par l'action conjuguée de ses membres⁵⁶⁰ » (A). L'exigence de qualité du dialogue social doit permettre à l'employeur de s'opposer à des situations relevant de l'obstruction⁵⁶¹ (B).

A. Les maux

190. Il est des situations dans lesquelles peut être reproché au comité d'entreprise un détournement ou un abus.

⁵⁵⁸ CE, 17 oct. 2003, n° 247701 : RJS, 2004, n° 76 ; CE, 4 juill. 2005 : n° 272193 : JCP G, 2005, IV 3006, RJS, 2005, n° 1121 ; CE, 15 déc. 2010, n° 31/6856 : SSL, 2011, n° 1481, p. 6, note M.-C. ROUAULT et F. DUQUESNE.

⁵⁵⁹ CE, 4 juill. 2005, n° 272193 : JCP G 2005, IV 3006, RJS, 2005, n° 1121.

⁵⁶⁰ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵⁶¹ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.



191. Refus de désigner le secrétaire. Un secrétaire est désigné parmi les membres titulaires du comité d'entreprise⁵⁶². Que décider si les membres du comité refusent de le désigner ? Une distinction doit être opérée selon les motifs de ce comportement. Il peut être motivé par une attitude fautive de l'employeur, lequel ne facilite pas l'exercice régulier de la mission du secrétaire : non paiement des heures de rédaction du procès-verbal, contradiction permanente dans la rédaction de l'ordre du jour ou dans la gestion des réunions et, au-delà, de l'institution. Ces entraves incitent les secrétaires à démissionner. Ces derniers se succédant à la tête de l'institution, les nouvelles candidatures se font rares.

192. Mais le comportement des élus est parfois loin d'être exemplaire. Les reproches adressés à l'employeur pour la gestion des réunions, des activités sociales et culturelles ou, plus largement, de l'institution, peuvent l'être parfois aux salariés. Le refus de désigner un secrétaire peut résulter de la volonté de bloquer l'institution.

193. Tous ces comportements nuisent au fonctionnement du comité d'entreprise en ce qu'ils créent une carence : en l'absence de secrétaire, la tenue d'une réunion n'est guère concevable. Atteinte est portée à un droit de valeur constitutionnelle aux termes duquel tout travailleur a le droit de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise⁵⁶³. Elle justifie l'exercice d'une action en justice à l'égard de chacun de ceux qui sont à l'origine de cette situation⁵⁶⁴.

194. Refus d'émettre un avis. Les décisions de l'employeur intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise sont précédées de la consultation du comité d'entreprise. Dans certains domaines, il dispose, au contraire, d'un droit de veto⁵⁶⁵ : mise en place d'horaires individualisés⁵⁶⁶, choix de la forme du

⁵⁶² C. trav., art. L. 2325-1.

⁵⁶³ Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 8. ; Voir aussi la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif au droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise (art.27).

⁵⁶⁴ Sur cette question, cf Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852 : Bull. civ., 2011, n° 108 ;

⁵⁶⁵ L. MARQUET DE VASSELOT, « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », RJS, 2000, p. 607.

⁵⁶⁶ C. trav., art. L. 3122-23.



service de santé au travail⁵⁶⁷, remplacement de toute ou partie du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur⁵⁶⁸.

195. Le refus de rendre un avis peut naître du caractère insuffisant des informations communiquées par l'employeur, ou de l'absence de réponse de ce dernier aux questions posées. Le comité d'entreprise est alors en droit de saisir le juge des référés pour qu'il ordonne la suspension de l'opération en cours⁵⁶⁹ et de susciter des poursuites pénales pour entrave au fonctionnement du comité d'entreprise⁵⁷⁰. Mais si le refus du comité d'entreprise est justifié par le caractère, selon lui, insuffisant des informations alors que l'employeur a satisfait à toutes ses obligations, ce dernier est en droit d'attendre que l'institution représentative consultée rende un avis. Le comité d'entreprise est « incontestablement tenu par une obligation, corollaire, de celle du chef d'entreprise : il lui appartient de rendre un avis au terme de la procédure d'information⁵⁷¹ ». Naguère, aucune disposition légale ne visait l'hypothèse dans laquelle le comité d'entreprise refusait de rendre un avis⁵⁷². Ce refus de rendre un avis pouvait matérialiser un exercice

⁵⁶⁷ C. trav., art. D. 4622-2.

⁵⁶⁸ C. trav., art. L. 3121-24.

⁵⁶⁹ TGI Paris, 22 janvier 2008, n° 07-16562 ; A. DUCHE, F. SEBE, « Gérer les incidents de réunion en CE », CLCE, 2011, n° 106, p. 9.

⁵⁷⁰ A. DUCHE, F. SEBE, « Gérer les incidents de réunion en CE », CLCE, 2011, n° 106, p. 9.

⁵⁷¹ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863 ; dans le même sens L. MARQUET DE VASSELOT, « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », RJS, 2000, p. 607 ; I. AYACHE-REVAH, Ph. ROGER, « Les conséquences du refus de siéger du comité d'entreprise », JCP S, 2008, 1632.

⁵⁷² Lorsque le comité d'entreprise refuse de rendre un avis alors que l'employeur a satisfait à l'ensemble de ses obligations d'information et de consultation, la Cour de cassation admettait que les obligations de l'employeur avaient été satisfaites. Selon la Cour, l'absence formelle d'avis valait avis défavorable (Cass. soc., 18 févr. 1998, n° 95-42172 : Bull. civ., 1998, n° 93 ; I. AYACHE, M. AYADI, « Consultation du comité d'entreprise : comment faire face à des situations de blocage à la lumière de la jurisprudence », SSL, 2008, n° 244). Si certains élus étaient tentés par la pratique de la « chaise vide », cette pratique était doublement risquée et au demeurant non-conforme à la philosophie même du système de représentation du personnel qui repose avant tout sur la quête du dialogue. Une pratique risquée, car elle pouvait être assimilée à un refus de rendre un avis négatif (I. AYACHE-REVAH, Ph. ROGER, « Les conséquences du refus de siéger du comité d'entreprise », JCP S, 2008, 1632) mais pouvait aussi conduire à ce que le comité d'entreprise soit collectivement engagé par l'avis d'un seul élu. L'avis donné par un seul membre du comité d'entreprise est valable ; peu importe que les autres membres du comité aient quitté la réunion (Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 07-20525 : Bull. civ., 2009, n° 217 ; A. DUCHE, F. SEBE, « Gérer les incidents de réunion en CE », CLCE, n° 106, p. 9). Après avoir pris acte du refus de se prononcer, l'employeur mettait en œuvre le projet. Cette solution permettait d'éviter la suspension occasionnée par la procédure judiciaire. « *La spécificité de cette solution tient, pour l'employeur, à ne pas qualifier l'attitude du comité, mais à se concentrer sur ses propres obligations* » (I. AYACHE, M. AYADI, « Consultation du comité d'entreprise : comment faire face à des situations de blocage à la lumière de la jurisprudence », SSL, 2008, n° 244). L'absence d'avis est inconfortable mais non insurmontable : sous réserve que les conditions d'une consultation régulière soient remplies l'absence d'avis équivaut à l'émission d'un avis



anormal de ses prérogatives constitutif du délit d'entrave⁵⁷³. Aujourd'hui, le propos a quelque peu perdu de son intérêt depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Les consultations sont désormais enfermées dans des délais prédéterminés. A leur issue, le comité d'entreprise demeuré silencieux est réputé avoir rendu un avis négatif⁵⁷⁴.

B. Les remèdes

196. Une solution contraignante. Le risque de poursuites au titre du délit d'entrave conduit de nombreux chefs d'entreprise à ne pas vouloir avancer dans la voie audacieuse visant à passer outre le refus de désigner un secrétaire. Pourrait-il saisir le tribunal de grande instance en référé ? L'action en référé est ouverte aux élus du comité d'entreprise afin d'obtenir une « mesure corrective⁵⁷⁵ », telle la suspension d'une opération ou la tenue d'une réunion complémentaire. L'absence de secrétaire en raison d'un refus de désignation apparaît comme une difficulté certaine justifiant la saisine du juge des référés par l'employeur. Mais cette solution ne saurait s'inscrire dans la durée : « il ne peut s'agir d'un modèle de fonctionnement du comité d'entreprise⁵⁷⁶ ».

197. Une solution de conciliation mérite d'être recherché, éventuellement avec l'assistance d'une tierce personne. Si l'employeur ne peut exercer les attributions du secrétaire⁵⁷⁷, il peut solliciter du juge des référés la nomination d'une personne, chargé d'assumer temporairement cette fonction⁵⁷⁸. L'intervention d'une « tierce personne et la

négatif (TGI Paris, ord. 18 sept. 2008, Comité d'entreprise CETELEM c/ Société CETELEM, n° RG 08/57164 ; I. AYACHE-REVAH, Ph. ROGER, « Les conséquences du refus de siéger du comité d'entreprise », JCP S, 2008, 1632 ; A. DUCHE, F. SEBE, « Gérer les incidents de réunion en CE », CLCE, n° 106, p. 9).

⁵⁷³ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵⁷⁴ C. trav., art. L. 2323-3.

⁵⁷⁵ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵⁷⁶ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵⁷⁷ Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-14173 ; RJS, 2004, n° 223.

⁵⁷⁸ TGI Argentan, 25 nov. 1976 : Gaz. Pal. 1977, 2, somm. p. 336 ; TGI Troyes 25 janvier 1978, JCP CI 1979, I, 7718.



perte par la représentation du personnel d'une prérogative est certainement de nature à favoriser, ensuite la désignation d'un nouveau secrétaire⁵⁷⁹ ».

198. Une solution à écarter. Dès lors que le comité d'entreprise détourne de leur finalité les prérogatives qu'il tient de la loi, « il est légitime que l'employeur puisse être libéré de toute obligation à son égard après s'être acquitté des siennes⁵⁸⁰ ». Toutefois, la désignation du secrétaire par le seul président est non seulement inadaptée aux situations de blocage⁵⁸¹ mais aussi contestable dans son principe⁵⁸².

199. Mais en bloquant eux-mêmes les institutions représentatives du personnel, peu important les motifs de ce blocage, les élus se privent de leurs prérogatives et perdent le droit d'en contester les conséquences⁵⁸³. L'employeur « n'est pas le seul responsable du bon fonctionnement du comité d'entreprise⁵⁸⁴ » ; les élus aussi doivent y être attentifs.

Sous-section II - La responsabilité pénale du délégataire

200. Fonctionnel. La délégation de pouvoirs constitue d'abord une modalité d'organisation de l'entreprise. Dans les entreprises à structure complexe, les entreprises multi-sites, les groupes de sociétés, elle se révèle indispensable. Elle l'est à tous égards, y compris pour la gestion des instances de représentation du personnel. La délégation est un outil d'exercice du pouvoir, qui, au second degré, est susceptible d'exonérer l'employeur de sa responsabilité, mais dans de strictes limites.

⁵⁷⁹ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵⁸⁰ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

⁵⁸¹ En effet la personne désignée peut refuser d'assumer son rôle et les prérogatives associées. A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863. En effet la personne désignée peut refuser d'assumer son rôle et les prérogatives associées.

⁵⁸² F. SEBE, « Le secrétaire du CE, un acteur incontournable dans l'entreprise », CLCE, 2011, n° 102, p. 5.

⁵⁸³ « Les élus du comité d'entreprise ne peuvent refuser d'exercer leur mandat pour ensuite, en tirer argument afin de contester la régularité de la procédure de consultation » (I. AYACHE-REVAH, Ph. ROGER, « Les conséquences du refus de siéger du comité d'entreprise », JCP S, 2008,1632).

⁵⁸⁴ L. MILLET, « Des limites à la participation de l'employeur à l'élection du secrétaire du CE », RPDS, n° 758, Juin 2008.



201. Une interrogation. Façonnée par les arrêts rendus par la chambre criminelle, l'effectivité, la réalité et la légalité des délégations de pouvoirs dépendent des réponses apportées par l'entreprise aux questions portant sur la nature et le périmètre de la délégation mais aussi sur les conditions relatives au délégataire : nature des fonctions exercées, statut du délégataire. A ces interrogations s'ajoutent celles portant sur les conséquences pénales d'une délégation. Les réponses fournies conduisent à l'élaboration d'une définition et d'un régime de la délégation de pouvoirs.

202. Une définition. La délégation de pouvoirs trouve son origine en droit romain. Aujourd'hui, la délégation de pouvoirs se définit comme « l'acte par lequel une personne appelée délégant transmet de façon conditionnelle et non définitive à une autre personne appelée délégataire des attributions d'autorité qu'elle avait seule initialement le droit d'exécuter⁵⁸⁵ ». Elle n'est pas seulement un moyen pour l'employeur de se décharger de ses responsabilités ; elle est avant tout un moyen de diffusion du pouvoir dans l'entreprise, un mécanisme de « responsabilisation » de ses principaux acteurs. Elle est « un instrument au service de la légalité interne de l'entreprise⁵⁸⁶ ».

203. Un régime. La doctrine majoritaire assimile la délégation de pouvoirs au mandat⁵⁸⁷. La délégation et le mandat ont pour objet l'accomplissement d'actes juridiques⁵⁸⁸. L'identité d'objet traduit une identité d'effets. A l'image du mandat, le

⁵⁸⁵ S. MENEGAKIS, note sous Cass. soc., 24 avr. 2003, n° 01-60876 : LPA, 2004, n° 2, p. 8.

⁵⁸⁶ A. COEURET, « La délégation de pouvoirs », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, sous la direction de J. PELISSIER, Dalloz, 2002, p. 27-28.

⁵⁸⁷ B. BOUBLI, « La délégation de pouvoir depuis la loi du 6 déc. 1976 », *Dr. social*, 1977, p. 82, n° 25 ; Y. GUYON, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, *Traité des contrats*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002, n° 279, p. 405 ; M.-Ch. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préf. A. VIANDIER, LGDJ, t. 303, 1998, n° 209 et s. ; M. GERMAIN, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1, Vol. 2, *Les sociétés commerciales* (G. RIPERT, R. ROBLOT), 18^{ème} éd. LGDJ, 2002 ; N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, *Bibl. Droit de l'entreprise*, Litec, 2005, n° 18, p. 31 et n° 62 et s., p. 89. En sens contraire voir la thèse de F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Thèse, *Bibl. Droit de l'entreprise*, Litec, 2000.

⁵⁸⁸ A la différence du louage d'ouvrage qui a pour objet principal l'accomplissement d'actes matériels. Cette distinction est attribuée à C. AUBRY et C. RAU (*Cours de Droit français d'après la méthode de M.C.S ZACHARIAE*, t. VI, 7^{ème} éd., sous dir. n° 94/45/CE, 22 sept. 1994, art. de P. ESMEIN et A. PONSARD, par A. PONSARD et N. DEJEAN de la BATIE, éd. Techniques, 1975). Voir aussi : P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit Civil Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2013, n° 472, p. 404 ; A. BENABENT, *Les Contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2008, n° 629, p. 302 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les Contrats spéciaux*, 5^{ème} éd. Defrenois, 2011, n° 709, p. 714 ; Ph. PETEL, *Le contrat de mandat*, Dalloz, *Connaissance du Droit*, 1994, p. 11.



déléataire est tenu d'exécuter sa mission et d'en rendre compte⁵⁸⁹. Néanmoins, la délégation est un mandat particulier. Elle produit des effets en droit pénal qui « bien que compatibles avec la notion de mandat, sont inhabituels⁵⁹⁰ ». Ces effets se traduisent tant par le transfert de responsabilité du délégant sur le délégataire que par l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale.

204. En droit du travail, il faut distinguer le mandat ou la délégation « accessoire » au contrat de travail du mandat ou de la délégation intrinsèquement lié au contrat de travail. Le premier repose uniquement sur le droit commun du mandat. Il s'agit d'un engagement fondé sur un *intuitu personae* fort ; il ne bénéficie pas des règles applicables à la relation de travail, notamment en cas de modification du contrat ou de transfert d'entreprise. Avec le second, l'exécution de la délégation correspond aux fonctions du salarié : ce dernier bénéficie « d'un pouvoir en vue d'accomplir la fonction pour laquelle il a été embauché⁵⁹¹ ». D'origine prétorienne, la délégation de pouvoirs est un mécanisme encadré (§I) aux effets limités en matière de droit de la représentation du personnel (§II).

§I. Un recours à la délégation de pouvoirs encadré

205. Le recours à la délégation de pouvoirs en matière de représentation du personnel ne relève pas de l'évidence pour la Cour de cassation. Si la porte demeure entrouverte, elle concerne davantage les aspects fonctionnels de la représentation du personnel. Lorsque la délégation de pouvoirs touche à l'ensemble des dispositions intéressant son organisation et ses missions, elle n'emporte pas nécessairement les effets exonérateurs escomptés. Son domaine (I) et ses conditions de validité (II) sont au cœur des débats.

I. Domaine de la délégation de pouvoirs

⁵⁸⁹ C. Civ., art., 1991 et s. ; A. BENABENT, *Les Contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2011, n° 935, p. 447.

⁵⁹⁰ N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Bibl. Droit de l'entreprise, Litec, 2005, n° 60, p. 86.

⁵⁹¹ N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Bibl. Droit de l'entreprise, Litec, 2005, n° 60, p. 86.



206. La délégation de pouvoirs trouve à s'appliquer dans toutes les entreprises peu important leur taille. Le cadre privilégié d'application de la délégation de pouvoirs est celui de l'entreprise composite ou multi-sites, comprenant plusieurs établissements géographiquement distincts. Néanmoins, ce mécanisme est largement répandu dans les entreprises mono-site. La question tenant à la taille des entreprises est évincée du débat par le juge répressif, ce dernier la jugeant inopérante⁵⁹². Seule la recherche mérite attention un courant jurisprudentiel distinguant les pouvoirs extrinsèques (A) des pouvoirs intrinsèques à l'exercice de la fonction de chef d'entreprise (B).

A. Les pouvoirs extrinsèques

207. Un après. En rupture totale avec sa précédente jurisprudence, la Cour de cassation a adopté, par cinq arrêts rendus le 11 mars 1993, la position selon laquelle, « sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires⁵⁹³ ». L'efficacité de la délégation de pouvoirs a été reconnue en matière de contrefaçon, de publicité fautive ou de nature à induire en erreur, en matière d'achat sans facture ou de revente à perte⁵⁹⁴. Si les arrêts rendus ne concernent pas directement le droit pénal du travail, il n'en demeure pas moins qu'ils ne sont pas dénués d'effets en ce domaine. Le principe adopté par la Cour de cassation ayant vocation à s'appliquer de manière générale, une délégation de pouvoirs a produit des effets en matière de travail dissimulé⁵⁹⁵ ou de défaut de fermeture hebdomadaire⁵⁹⁶.

⁵⁹² Cass. crim., 3 janv. 1964 : Gaz. Pal., 1964, 1, p. 313.

⁵⁹³ Cass. crim., 11 mars 1993 : Bull. crim., 1993, n° 112 ; D., 1994, Somm. p. 156, obs. G. ROUJOU de BOUBEE ; Rev. sc. crim., 1994, p. 101, obs. B. BOULOC ; Dr. pén., 1994, p. 10, n° 39, obs. J.-H. ROBERT.

⁵⁹⁴ Telles ont été les matières dans lesquelles la Cour de cassation s'est prononcée le 11 mars 1993.

⁵⁹⁵ Cass. crim., 5 mars 2002, n° 01-85242, inédit.

⁵⁹⁶ Cass. crim., 11 mars 2003, n° 02-82578, inédit.



208. Par ces arrêts, la Cour de cassation a entendu faire taire certaines critiques⁵⁹⁷ et créer un régime unique de la délégation de pouvoirs : l'admission de la délégation de pouvoirs devient le principe ; l'exclusion légale est l'exception⁵⁹⁸. Eu égard au peu de textes retenant une telle interdiction, nombre d'auteurs ont déduit du principe posé que tous les pouvoirs du chef d'entreprise pouvaient faire l'objet d'une délégation. Mais la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est attachée à démontrer que nombre de pouvoirs étaient inhérents à l'exercice des fonctions de chef d'entreprise.

B. Les pouvoirs intrinsèques

209. La délégation de pouvoirs doit-elle « jouer en toute matière un rôle exonérateur et convient-il de l'étendre, notamment aux dispositions relatives à l'exercice des droits syndicaux dans l'entreprise⁵⁹⁹ ? ». La chambre criminelle a émis très rapidement des réserves quant à l'utilisation de la délégation de pouvoirs à l'égard des institutions représentatives du personnel. Pourtant, en cette matière le recours à ce mécanisme est courant, voire impératif. Les employeurs se font représenter à la présidence des différentes instances représentatives du personnel moyennant le recours à un mandat donné à l'un de leurs collaborateurs : chef d'établissement, directeur des ressources humaines, directeur juridique, directeur des relations sociales etc. Cette représentation vaut-elle pour autant délégation⁶⁰⁰? Rien n'est moins sûr, à la lecture des arrêts rendus en ce domaine.

210. Le 15 mars 1994, la Cour de cassation juge inopérant le moyen tiré d'une délégation de pouvoirs invoquée par l'employeur poursuivi du chef d'entrave pour

⁵⁹⁷ Sur l'incohérence des solutions retenues par la Cour de cassation, Voir notamment J. VEZIAN, note sous Cass. 15 mai 1974 : D. 1976, p. 226.

⁵⁹⁸ E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », D., 2004, 937.

⁵⁹⁹ M. PUECH, « L'identification du responsable : nouveaux problèmes », Dr. social, 1984, p. 493. L'expression « droits syndicaux » doit être comprise dans un sens large : elle regroupe l'exercice des droits reconnus à l'ensemble des institutions représentatives du personnel.

⁶⁰⁰ Si toutes les délégations prennent le plus souvent la forme d'une représentation, toutes les représentations ne valent pas délégation. Le recours à la représentation et au mandat se justifie dans nombre d'entreprises par l'impossibilité pour l'employeur, eu égard à la taille de l'entreprise, d'assurer l'ensemble de ses missions. Le recours au mandat a un objet fonctionnel : simplifier le fonctionnement de l'entreprise. En matière d'institutions représentatives du personnel, le mandat tacite est courant mais ne saurait emporter les mêmes effets pénaux qu'une délégation de pouvoirs..



défaut de consultation du CHSCT dès lors que, « même lorsqu'il confie à l'un de ses préposés le soin de le représenter audit comité, il appartient au chef d'entreprise qui prend personnellement une décision d'aménagement important modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail de s'assurer de la consultation préalable de celui-ci⁶⁰¹ ». La solution est confirmée quatre ans plus tard en ce qui concerne le comité d'entreprise. Lorsqu'il confie à un représentant le soin de présider cette instance, le chef d'entreprise doit s'assurer de sa consultation sans pouvoir opposer l'argument d'une délégation de pouvoirs lorsqu'il prend une mesure de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs⁶⁰². En matière d'information ou de consultation les arrêts considérant la délégation de pouvoirs comme inopérante ne manquent pas⁶⁰³.

211. Ces décisions peuvent donner lieu à deux interprétations. La première conduit à retenir un principe d'exclusion de toute délégation en matière d'information et de consultation des représentants du personnel ; cette matière relèverait des pouvoirs propres de l'employeur. La seconde, plus pertinente, conduit à considérer que la délégation de pouvoirs en cette matière ne produit aucun effet. La délégation de présidence ne serait, par principe, qu'une simple représentation dénuée de portée sur le terrain pénal. Cette dernière interprétation a notre préférence⁶⁰⁴. Elle concilie une jurisprudence plus restrictive avec celle, plus large, aux termes de laquelle tous les pouvoirs de l'employeur peuvent par principe faire l'objet d'une délégation⁶⁰⁵. Argument pratique, cette interprétation n'est finalement que la représentation fidèle de la réalité de l'entreprise : réalité des situations⁶⁰⁶ et de la portée de la représentation. Le représentant assure l'information et la consultation en ce qui concerne les décisions prises par le représenté, voire par d'autres que lui. Il ne décide pas des mesures soumises

⁶⁰¹ Cass. Crim., 15 mars 1994 : Bull. crim., 1994, n° 100 ; D., 1995, 30, note Y. REINHARD ; Dr. pén., 1994, p. 142, obs., J.-H. ROBERT ; Rev. sc. crim., 1995, obs. B. BOULOC.

⁶⁰² Cass. crim., 3 mars 1998 : Bull. crim., n° 81 ; Rev. sc. crim., 1998, 763, obs. B. BOULOC.

⁶⁰³ Cass. crim., 11 juin 2002, Juris-Data n° 2002-01958 : JCP G, 2003, IV, 2358 ; Cass. crim., 20 mai 2003 : Bull. crim., 2002, n° 101, JCP G, 2003, IV, 2318, Juris-Data n° 2003-019361 ; Cass. crim., 14 oct. 2003 : Bull. crim., 2003, n° 190, JCP G 2003, IV, 2918, Juris-Data n° 2003-020658, RJS, 2004, n° 64.

⁶⁰⁴ En ce sens voir : J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 64 ; A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 653 et s., p. 413 ; Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », Dr. social, 2000, p. 942.

⁶⁰⁵ Cass. crim., 11 mars 1993 : Bull. crim., 1994, n° 112 ; D. 1994, Somm. p. 156, obs. G. ROUJOU de BOUBEE ; Rev. sc. crim., 1994, p. 101, obs. B. BOULOC ; Dr. pén., 1994, p. 10, n° 39, obs. J.-H. ROBERT.

⁶⁰⁶ Nombreuses sont les entreprises à recourir à ce mécanisme de représentation dans un souci de bonne marche et de bonne gestion de l'entreprise.



à l'information et à la consultation⁶⁰⁷. Enfin, cette interprétation laisse la porte entrouverte à une véritable délégation de pouvoirs. Au chef d'entreprise d'apporter la preuve de la réalité de cette délégation, le salarié disposant réellement du pouvoir de décision et de consultation⁶⁰⁸.

212. La Cour de cassation a entériné cette interprétation dans un arrêt du 16 septembre 2003. A la suite d'un contrôle de l'inspection du travail, un directeur des ressources humaines est poursuivi pour entrave au fonctionnement régulier du comité d'établissement. Le DRH s'est abstenu de le consulter sur la modification de l'horaire de travail applicable au personnel de l'entreprise⁶⁰⁹. Or, il bénéficiait d'une délégation de pouvoirs par laquelle le chef d'entreprise lui confiait la présidence du comité d'établissement. La participation personnelle du directeur des ressources humaines à l'entrave a été caractérisée. En l'espèce, la seule responsabilité du délégataire pouvait être engagée, ce dernier disposant de l'autorité, de la compétence et des moyens nécessaires ; aucune immixtion du délégant dans l'exercice de ses pouvoirs n'avait été observée. L'entrave est le résultat d'un comportement fautif, volontaire et intentionnel du délégataire⁶¹⁰.

213. Une délégation de pouvoirs licite et une participation personnelle du délégataire à l'infraction suffisent à engager la responsabilité personnelle du préposé. Il n'en demeure pas moins que, dans certaines hypothèses, ces deux conditions ne suffisent pas à exonérer l'employeur de sa responsabilité⁶¹¹. La Cour de cassation fait application de la distinction entre pouvoir propre et pouvoir « délégable » au sein même de l'infraction d'entrave.

⁶⁰⁷ Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », *Dr. social*, 2000, p. 941.

⁶⁰⁸ « La continuité du pouvoir exécutif et consultatif conduit sauf immixtion particulière de l'employeur, à lui faire supporter la responsabilité » (J.-F. CESARO, *Droit Pénal : Responsabilités*, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 64).

⁶⁰⁹ L'objet de la consultation était l'abandon de l'horaire collectif au profit d'un passage à un horaire individualisé. La consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel est prévue à l'article L. 3122-23 du Code du travail.

⁶¹⁰ Pour une confirmation récente : cf. Cass. soc., 27 mars 2012, n°11-80565 : *Bull. civ.* 2012, n° 83, *JCP E*, 2012, 1280, note F. DUQUESNE, *JCP S*, 2012, 1276, note Th. PASSERONE.

⁶¹¹ « Une délégation de pouvoirs même régulièrement donnée à un collaborateur du chef d'entreprise ne met pas ce dernier à l'abri de toute condamnation pénale pour les infractions commises dans l'un de ses établissements et qui a priori semble se rattacher au domaine délégué » (A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 300, p. 178).



214. Clef. Deux arrêts de la chambre criminelle offrent illustration de situations d'entrave. Dans le premier, en date du 15 mai 2007, était en jeu le défaut de présentation du bilan social ; le second du 6 novembre 2007, traitait la question du renouvellement d'une délégation unique du personnel venue à échéance et non réalisée dans le respect des délais légaux. Dans les deux cas, une délégation de pouvoirs avait été accordée à des subordonnés afin d'assurer la présidence des institutions représentatives du personnel. Etaient reprochés aux prévenus dans la première espèce un manquement au bon fonctionnement du comité, et dans la seconde une signature irrégulière d'un protocole d'accord préélectoral⁶¹². La responsabilité pénale encourue pèse-t-elle sur les délégataires ? En cette qualité, il leur appartenait de présenter le bilan social⁶¹³ ou de conduire le processus électoral⁶¹⁴. Selon le juge criminel, même s'il confie à un représentant le soin de présider le comité d'entreprise, le chef d'entreprise engage sa responsabilité à l'égard de cet organisme, s'agissant des mesures relevant de son pouvoir propre de direction ; il ne saurait opposer l'argument pris d'une délégation de pouvoirs. Il doit s'assurer lui-même du fonctionnement des institutions représentatives du personnel.

215. Des arrêts précédents, l'on ne saurait déduire l'impossibilité pour les dirigeants de recourir au mécanisme de la délégation de pouvoirs en matière de représentation du personnel. Seule la question tenant au contenu de la délégation est en jeu. Pour le juge criminel, le chef d'entreprise ne peut pas déléguer des mesures ressortant de son pouvoir propre de direction ; le fait illicite constitutif de l'entrave pourrait être reproché tant au chef d'entreprise qu'au délégataire⁶¹⁵.

216. Une ligne de partage apparaît entre les infractions aux normes fonctionnelles de représentation et celles relatives à leurs attributions rattachables au pouvoir de direction du délégant. Relèvent de la première catégorie, les infractions qui se rapportent aux aspects procéduraux du fonctionnement des instances de représentation du personnel :

⁶¹² F. DUQUESNE, « Sur le champ d'application de la délégation de pouvoirs », *Dr. Social*, 2008, n° 4, p. 449.

⁶¹³ Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84318 : *Bull. crim.*, 2007, n° 126.

⁶¹⁴ Cass. crim., 6 nov. 2007, n° 06-86027 : *Bull. crim.*, 2007, n° 266.

⁶¹⁵ Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84318 : *Bull. crim.*, 2007, n° 126 ; *Dr. pén.*, 2007, n° 108, obs. J.-H. ROBERT ; *RJS*, 2007, n° 869 ; Cass. crim., 6 nov. 2007, n° 06-86027 : *Bull. crim.*, 2007, n° 266 ; F. DUQUESNE, « Sur le champ d'application de la délégation de pouvoirs », *Dr. Social*, 2008, n° 4, p. 449.



établissement de l'ordre du jour des réunions, transmission dans les délais impartis de l'ensemble des documents utiles à l'information et à la consultation. Ces infractions « fonctionnelles » sont directement imputables au délégataire habilité à présider⁶¹⁶ l'instance concernée. Entrent dans la seconde catégorie, les décisions qui incombent exclusivement au dirigeant chargé de la confection d'un document⁶¹⁷ : bilans sociaux⁶¹⁸, mesures que le dirigeant de l'entreprise contrôlée et celui de l'entreprise dominant le groupe sont invités à prendre en cas de demande d'inclusion au sein de cette sphère par un comité d'entreprise⁶¹⁹. Sont également visées la tenue dans les délais légaux des élections professionnelles⁶²⁰ et plus largement les règles qui précèdent à la mise en place et au fonctionnement des instances de représentation du personnel ainsi qu'à l'organisation des négociations obligatoires⁶²¹. Entrent aussi dans cette catégorie les décisions qui incombent exclusivement au dirigeant en raison de leur importance⁶²² car elles engagent l'avenir de l'entreprise, son organisation ou conduisent à une modification importante des conditions de travail ou de l'outil de travail⁶²³.

217. A notre sens, cette clef de lecture ne constitue qu'une ligne directrice. Il est toujours permis à un dirigeant de déléguer ses pouvoirs propres à un délégataire à condition qu'il satisfasse aux conditions requises d'autorité, de moyens et de compétence. L'affaire Marks & Spencer est à ce titre significative. Si les juges ne retiennent en définitive que la responsabilité pénale du président du groupe, ils ne s'en sont pas moins intéressés à celles des autres dirigeants. Les juges d'appel, approuvés implicitement par la Cour de cassation⁶²⁴, ont écarté la responsabilité : ces prévenus qui « ne disposaient pas de prérogatives ou compétences permettant de les retenir dans les

⁶¹⁶ Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84318 : Bull. crim., 2007, n° 126 ; A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 300, p. 178.

⁶¹⁷ F. DUQUESNE, « Sur le champ d'application de la délégation de pouvoirs », *Dr. Social*, 2008, n° 4, p. 449.

⁶¹⁸ Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84318 : Bull. crim., 2007, n° 126.

⁶¹⁹ C. trav., art. L. 2331-2.

⁶²⁰ Cass. crim., 6 nov. 2007, n° 06-86027 : Bull. crim., 2007, n° 266.

⁶²¹ C. trav., art. L. 2242-1.

⁶²² F. DUQUESNE, « Sur le champ d'application de la délégation de pouvoirs », *Dr. Social*, 2008, n° 4, p. 449.

⁶²³ Cass. crim., 16 oct. 2003, n° 02-86661 : Bull. crim., 2003, n° 164 ; Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 03-81366 : Bull. crim., 2003, n° 190.

⁶²⁴ Cass. crim., 28 oct. 2008, n° 04-87365.



liens de la prévention⁶²⁵ ». En présence d'une authentique délégation de pouvoirs, la responsabilité de cadres aurait pu, en revanche, être engagée.

218. Sur le plan pratique, cette grille de lecture permet aux entreprises de mieux appréhender la notion de délégation de pouvoirs, de distinguer les pouvoirs « déléguables » des pouvoirs exclusifs et de limiter partiellement le risque pénal qui pèse sur l'entreprise⁶²⁶.

II. Conditions de validité

219. La délégation doit répondre à deux séries de conditions intéressant le délégataire (A) et la délégation (B).

A. Conditions relatives au délégataire

220. Le délégataire doit être identifié (1°) ; ses moyens doivent être déterminés (2°) ; son accord doit être avéré (3°).

1°. Identification du délégataire

221. Les juges ne peuvent exonérer le chef d'entreprise de toute responsabilité pénale que s'ils constatent au préalable que celui-ci avait délégué ses pouvoirs de gestion des instances de représentation du personnel à un préposé (a) investi par lui et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions légales⁶²⁷ (b).

⁶²⁵ CA de Paris, 10 oct. 2005, n° 03/05014.

⁶²⁶ La distinction retenue par la Cour de cassation présente un intérêt certain s'agissant de la nature des sanctions pouvant être prononcées à l'encontre du délégataire. Dès lors qu'il est admis que le fonctionnement de la représentation du personnel ne revêt pas une valeur fondamentale, seule une sanction administrative peut être prononcée ; à moins que la délégation de pouvoirs, dont les conditions sont strictement remplies, ne porte aussi sur les attributions des instances de représentation du personnel qui revêtent une valeur fondamentale. Une sanction pénale peut être prononcée si l'intention de nuire est caractérisée.

⁶²⁷ Cass. crim., 17 nov. 1987, n° 86-92514 : Bull. crim., 1987, n° 416 (s'agissant des règles d'hygiène et de sécurité).



a. **La qualité de la personne investie : un préposé**

222. L'importance du lien de préposition. La délégation de pouvoirs ne se conçoit que « dans l'exercice plein et entier du rapport de subordination »⁶²⁸. La Cour de cassation s'est attachée à rappeler avec fermeté l'importance de cette condition. Il ne saurait ainsi exister de délégation de pouvoirs entre un administrateur judiciaire et un chef d'entreprise, leurs relations n'étant pas « des relations d'employeur à préposé⁶²⁹ ». L'existence d'un contrat de travail ne suffit pas. Ce dernier doit être en cours d'exécution. Le mécanisme de la délégation de pouvoirs ne saurait s'appliquer dans des hypothèses dans lesquelles le contrat de travail est suspendu⁶³⁰.

223. La délégation de pouvoirs a d'abord reçu une application limitée à un petit nombre de personnes placées au sommet de la hiérarchie de l'entreprise : directeurs et gérants salariés. Les règles en matière d'hygiène et de sécurité ont conduit à un élargissement du recours à la délégation. L'article 173 du Livre II du Code du travail, devenu L. 263-2 puis L. 4741-1, visait les préposés⁶³¹. La Chambre criminelle en a adopté une définition large. Ainsi censure-t-elle la décision d'une Cour d'appel qui avait considéré que les chefs de chantier, contremaîtres et chefs d'équipe, n'étant pas mentionnés dans le texte légal, ne pouvaient faire l'objet de poursuites sur la base de la délégation qui leur avait été consentie⁶³². Encore faut-il, néanmoins, que le délégataire appartienne à la hiérarchie de l'entreprise⁶³³.

⁶²⁸ F. DUQUESNE, « La délégation de pouvoirs sous les feux de l'actualité des nouvelles formes de mises à disposition », SSL, 2005, n° 1241, p. 8 et s. Voir notamment Cass. crim., 17 nov. 1987, n° 86-92514 : Bull. crim., n° 416. Adde, N. FERRIER, La délégation de pouvoir technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2005, n° 161 et s., p. 235. Pour le Professeur FERRIER, la délégation de pouvoir est nécessairement accordée à un salarié.

⁶²⁹ Cass. crim., 28 nov. 1995, n° 93-85808 : Bull. crim., 1995, n° 361; Cass. crim., 30 janv. 1996, n° 94-83505 : Bull. crim., 1996, n° 53.

⁶³⁰ Cass. crim. 30 mars 2005, n° 03-16167 : Bull. crim., 2005, n° 110.

⁶³¹ Cet article vise aujourd'hui l'employeur ou son délégataire.

⁶³² Cass. crim., 22 avr. 1966 : Bull. crim., 1966, n° 125.

⁶³³ Cass. crim., 14 sept. 1988, n° 88-80687, Martin, Inédit. Adde, A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 301, p. 180.



224. Dans l'entreprise, il est généralement aisé de rapporter la preuve du lien de préposition⁶³⁴. Mais le chef d'entreprise ne peut, en pratique, déléguer ses pouvoirs à l'un de ses préposés que si l'entreprise a une certaine dimension et possède un certain degré de complexité⁶³⁵. Les entreprises regroupant plusieurs établissements distincts, celles divisées en services⁶³⁶ ou en secteurs d'activité⁶³⁷ constituent des lieux d'application privilégiés de la délégation de pouvoirs.

225. Qu'en est-il dans les groupes de sociétés ? La Cour de cassation admet des dérogations au principe selon lequel la délégation des pouvoirs de l'employeur ne peut être consentie qu'à un salarié de l'entreprise. Elle a ainsi reconnu au dirigeant d'une société mère, qui est en outre le chef de l'entreprise exécutant les travaux, le droit de déléguer les pouvoirs qu'il détient en matière d'hygiène et de sécurité pour l'ensemble des sociétés du groupe au dirigeant de l'une des filiales sur lequel il exerce une autorité hiérarchique⁶³⁸.

226. Dans la mesure où le délégataire doit être en principe un préposé du chef d'entreprise, il importe qu'un pouvoir hiérarchique soit exercé par le dirigeant de la société dominante sur le dirigeant de la filiale. Les conditions générales de validité de la délégation de pouvoirs doivent également être remplies⁶³⁹.

227. Persévérant dans cette démarche, la Cour de cassation a reconnu la validité de délégations de pouvoirs dans des situations dans lesquelles le lien de préposition était très ténu. Elle a ainsi admis qu'une délégation de pouvoirs en matière de sécurité pouvait être valablement consentie par le représentant légal de chacune des sociétés membres d'une société en participation créée en vue de la réalisation d'un chantier au salarié de l'une des sociétés appartenant à ce groupement, l'intéressé disposant

⁶³⁴ « Le lien de préposition est aisé à mettre en évidence puisqu'il découle de l'existence du contrat de travail » (F. DUQUESNE, « La délégation de pouvoirs sous les feux de l'actualité des nouvelles formes de mises à disposition », SSL, 2005, n° 1241, p. 8 et s.).

⁶³⁵ Cass. crim., 3 janv. 1964 : Gaz. Pal., 1964, 1, p. 313. Adde, A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 308, p. 184.

⁶³⁶ Cass. crim., 21 oct. 1975 : Bull. crim., 1975, n° 222.

⁶³⁷ Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84931, n° 91-83655, n° 92-80773, n° 91-80958, n° 91-80598 : Bull. crim., 1993, n° 112.

⁶³⁸ Cass. Crim. 26 mai 1994, n° 93-83180 et n° 93-83213 : Bull. crim., 1994, n° 208 ; Voir aussi en matière d'hygiène et de sécurité : Cass. crim., 7 févr. 1995, RJS, 1995, n° 657.

⁶³⁹ A. COEURET, « Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale dans l'entreprise », Journal des sociétés, n° 74, p. 29.



effectivement des pouvoirs, de la compétence et des moyens nécessaires à l'exécution de sa mission⁶⁴⁰. Elle admet ici le plein effet d'une délégation en matière de sécurité, consentie au nom de chaque société membre d'une société en participation, à un salarié de l'une des entités rassemblées. Aucun pouvoir hiérarchique n'était pourtant perceptible entre l'intéressé et le dirigeant de l'entreprise ayant consenti la délégation. La Cour de cassation se borne à relever l'existence de liens particuliers entre les entreprises concernées et observe d'une part, que la délégation avait été consentie dans le cadre d'un chantier en particulier et non de façon permanente et d'autre part, que la délégation était limitée à l'hygiène et à la sécurité⁶⁴¹.

228. En définitive, si le titulaire de la délégation de pouvoirs n'a pas « nécessairement à être le salarié de toutes les entreprises groupées, il doit l'être au moins au sein de l'une d'elles, ce qui exclut de l'agencement le tiers⁶⁴²».

b. Les qualités de la personne investie : compétence et autorité

229. Outre l'existence et l'effectivité d'un lien de subordination, trois conditions doivent être remplies pour que le transfert de pouvoirs soit effectif⁶⁴³. Le délégataire doit être pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exécution de sa mission.

230. **La compétence** peut se définir comme « l'aptitude du préposé à exercer la fonction qui lui est confiée⁶⁴⁴ ». Sont visées ici la qualification professionnelle de

⁶⁴⁰ Cass. crim., 14 décembre 1999, n° 99-80104 : Bull. crim. n° 306, RJS, 2000 n° 350 ; Dr. pén., 2000, n° 56, note M. VERON. Sur la double interprétation de cet arrêt voir A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 310, p. 185.

⁶⁴¹ A. COEURET, « Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale dans l'entreprise », *Journal des sociétés*, n° 74, p. 29. Plus récemment encore, la Cour de cassation a admis à nouveau l'efficace pénale d'une délégation au sein d'un groupe d'entreprises mais a relevé que le délégataire, préposé de l'une des sociétés, avait bénéficié de multi-habilitations de la part des dirigeants de chacune des entités concernées (Cass. crim., 13 oct. 2009, n° 09-80857 : Bull. crim., 2009, n° 169 ; Adde, F. DUQUESNE, « Retour sur la délégation de pouvoirs au sein des groupements d'entreprise », *Dr. social*, 2010, p. 144).

⁶⁴² A. COEURET, « Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale dans l'entreprise », *Journal des sociétés*, n° 74, p. 29. Certains auteurs ont analysé ces décisions comme permettant de déléguer ses pouvoirs à une personne qui n'est pas nécessairement salarié du délégant : en ce sens voir la note Y. REINHARD, *D.* 1995, 110, note sous Cass. crim. 26 mai 1994.

⁶⁴³ Cass. crim., 18 janv. 1973, n° 90-89372 : Bull. crim., 1973, n°25 ; Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84931 : Bull. crim., 1993, n° 112 ; Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-81601. Dans le groupe : Cass. crim., 26 mai 1994, n° 93-83179, n° 93-83180 et n° 93-83213 : Bull. crim., 1994, n° 208.

⁶⁴⁴ H. SEILLAN, « La délégation de pouvoirs en droit du travail », *JCP E*, 1985, II, 14428.



l'intéressé, mais aussi sa maturité⁶⁴⁵. La compétence d'un délégataire a ainsi été contestée en raison de son âge au moment de la première délégation (vingt et un ans) et de sa faible ancienneté dans l'entreprise (un an)⁶⁴⁶.

231. Compétences techniques. La compétence du délégataire s'entend de son aptitude professionnelle et de ses connaissances techniques, lesquelles doivent correspondre aux prescriptions qu'il est chargé de faire appliquer. La compétence résulte des qualités personnelles du salarié concerné, de sa formation et de son expérience dans l'entreprise et dans la profession. Elle peut nécessiter une formation spécifique eu égard à la nature des fonctions dont il doit assumer la charge⁶⁴⁷.

232. Compétence juridique. La compétence du délégataire s'entend également de l'état de sa connaissance des textes qu'il doit faire respecter⁶⁴⁸. Elle s'apprécie en fonction du contenu de la mission qui lui est confiée. Ainsi, une délégation de pouvoirs en matière de représentation du personnel sera plus aisément confiée à un directeur des ressources humaines ou à un directeur des relations sociales qu'à un chef comptable ou un directeur de la communication. En matière d'institutions représentatives du personnel, le délégataire se doit de connaître la législation relative à ces institutions. Le représentant de l'employeur doit avoir les qualités et pouvoirs nécessaires pour assumer les attributions d'un président de comité d'entreprise ou de CHSCT : convocation, fixation de l'ordre du jour, information et consultation des représentants du personnel, etc. La désignation d'un délégataire dont les pouvoirs se limiteraient à entendre les questions des représentants du personnel et à les transmettre au chef d'entreprise est constitutive d'entrave.

233. L'autorité suppose l'exclusivité et l'indépendance.

⁶⁴⁵ A. MARTINON, note sous Cass. crim., 26 oct. 2010, n° 10-80414 : JCP S, 2011, 1062.

⁶⁴⁶ Cass. crim., 8 déc. 2009, n° 09-82183 : Bull. crim., 2009, n° 210 ; JSL, 2010, n° 274, p. 4, note de J.-E. TOURREIL.

⁶⁴⁷ En ce sens, Voir Circ., 2 mai 1977 : Dr. social, 1977, p. 490. Ecartent le jeu de la délégation pour absence de cette condition : Cass. Crim., 10 janv. 1963 : Bull. crim., 1963, n° 19 ; Cass. crim., 17 nov. 1970 : Bull. crim., 1970, n° 299 ; Cass. crim., 22 mai 1973 : Dr. ouvrier, 1974, p. 325 ; Cass. crim., 17 oct. 1979, D. 1980 I.R. p. 296 ; Cass. Crim., 25 juill. 1991, Jurisdata n° 1991-004078 ; Cass. crim., 2 févr. 1993, Jurisdata n° 1993-004783.

⁶⁴⁸ Cass. crim., 26 mars 2002, n° 01-82280. Pour un exemple en matière d'hygiène et de sécurité ; Cass. crim., 8 févr. 1963, Malingue, inédit : ne remplit pas cette condition un chef d'équipe dont les auditions laissent apparaître qu'il appréciait la dangerosité des travaux au regard de son expérience et non des textes.



234. L'exclusivité. La délégation de pouvoirs doit revêtir un caractère exclusif, « c'est-à-dire être concentrée sur une seule tête pour un même secteur de l'entreprise⁶⁴⁹ ». La Cour de cassation sanctionne le cumul de délégations⁶⁵⁰. Le chef d'entreprise ne peut déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité de chacun et à gêner les initiatives de tous⁶⁵¹.

235. Si les délégations données pour l'exécution d'un même travail sont « en cascade » et non « parallèles », la solution est différente⁶⁵² : la subdélégation est licite⁶⁵³. L'exclusivité est un élément primordial : « l'efficacité de la délégation de pouvoirs s'amenuiserait si elle [était] partagée⁶⁵⁴ ».

⁶⁴⁹ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 320, p. 190.

⁶⁵⁰ Cass. crim., 2 oct. 1979 : Bull. crim., 1979, n° 267 ; Cass. crim., 6 juin 1989 : Bull. crim., 1989, n° 243 ; Rev. sc. crim., 1990, p. 108, obs. Ch. LAZERGUES ; Dr. ouvrier, 1990, p. 459, note A. PUJANA ; Cass. crim., 26 juin 1990 : RJS, 1990, n° 684 ; Cass. crim., 13 févr. 2001 : Dr. social, 2001, p. 664 ; Cass. crim., 23 nov. 2004 : Bull. crim., 2004, n° 295, RJS, 2005, n° 330 ; Cass. crim., 21 juin 2005 : Dr. social, 2005, p. 1054, note F. DUQUESNE. Ces arrêts font dire à un auteur que « la démultiplication des délégataires neutralise les effets de la délégation » (A. MARTINON, note sous Cass. crim., 26 oct. 2010 : n° 10-80414 : JCP S, 2011, 1062).

⁶⁵¹ Cass. crim., 19 mars 1996, n° 94-8454.

⁶⁵² Avant de sanctionner le cumul de délégations, la chambre criminelle prend soin de relever l'absence de subdélégation.

⁶⁵³ S'agissant de l'effet exonératoire de la subdélégation, la position de la chambre criminelle a évolué. Alors même que la doctrine se prononçait en sa faveur (N. CATALA, JCP CI, 1976, II, 12010, n° 38), la Cour a d'abord exclu tout effet exonératoire de responsabilité (Cass. 6 nov. 1979, n° 78-94345 : Bull. crim., 1979, n° 307). La jurisprudence a ensuite reconnu la possibilité pour l'employeur d'autoriser le préposé délégataire à procéder à une subdélégation (Cass. crim., 8 févr. 1983 : inédit ; D. 1983, Jurispr. p. 639, note H. SEILLAN ; Cass. crim., 25 juin 1991, n° 90-83846). La subdélégation supposait alors une décision de l'employeur. Une telle solution se justifiait, selon le Professeur CESARO, car elle reposait sur l'idée que « transférer des pouvoirs était, en soi, un pouvoir qui devait être confié au délégataire pour pouvoir être exercé » (J.-F. CESARO, *Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité*, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 67). Implicitement en 1991, explicitement en 1996, la jurisprudence s'est affranchie de cette condition. L'autorisation du chef d'entreprise n'est pas nécessaire à la validité des subdélégations dès lors que elles sont régulièrement consenties et à condition que le subdélégataire soit pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens propres à l'accomplissement de sa mission (Cass. crim., 14 févr. 1991 : Dr. ouvrier, p. 470, obs. ALVAREZ-PUJANA. Cass. crim., 30 oct. 1996, n° 94-83650 ; JCP E, 1997, pan. 102 ; JCP G, 1997, IV, p.37). Le subdélégataire doit faire partie de l'entreprise.

⁶⁵⁴ E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », D. 2004, 937.



236. L'indépendance. L'autorité nécessite une forme d'indépendance⁶⁵⁵, une certaine autonomie⁶⁵⁶. Le délégataire doit être titulaire d'un pouvoir de commandement suffisant pour obtenir des salariés « l'obéissance indispensable au respect de la loi ⁶⁵⁷ ».

237. Sur le plan pratique, cette condition appelle deux remarques. D'une part, la délégation doit être acceptée et connue des salariés et des instances de représentation du personnel relevant de l'autorité du délégataire, ce qui suppose qu'elle fasse l'objet d'une publicité⁶⁵⁸. D'autre part, le délégataire n'est pas un simple intermédiaire hiérarchique chargé de transmettre les ordres de ses supérieurs. Il ne doit pas non plus, lorsqu'il prend une décision, être contraint d'en référer à ces derniers. Le délégataire bénéficie d'une certaine indépendance. La délégation de pouvoirs ne constitue pas pour autant un abandon de son pouvoir par le chef d'entreprise. L'indépendance demeure une indépendance contrôlée et ce, dans un souci de préservation de l'unité du pouvoir de direction⁶⁵⁹. Le délégant conserve une partie du pouvoir afin de contrôler l'exécution de la délégation. Il s'assure que le délégataire ne sort pas de ses attributions et respecte l'objet de la délégation. A travers ce contrôle, il peut être tentant pour le délégant de s'immiscer dans les attributions de son préposé. Le chef d'entreprise qui aurait pris part à la réalisation de l'infraction ne saurait invoquer la délégation de pouvoirs comme moyen de défense⁶⁶⁰. Toute immixtion dans le domaine délégué « rend caduque la

⁶⁵⁵ CA Paris, 4 mars 1963, JCP, 1963, II, n° 13259, note H. GUERIN. Dans le même sens malgré la formule « L'autonomie n'est donc pas synonyme d'indépendance », voir S. MENEGAKIS, note sous Cass. soc., 24 avr. 2003, n° 01-60876 : LPA, 2004, n° 2, p. 8 et voir aussi E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », D., 2004, p. 937.

⁶⁵⁶ L'autonomie se définit comme l'indépendance fonctionnelle. De même que l'autonomie ou l'indépendance fonctionnelle varie en fonction du degré de validité de la personne, l'autonomie ou l'indépendance fonctionnelle du délégataire varie en fonction du degré de contrôle du délégant.

⁶⁵⁷ Cass. crim., 24 janv. 1902 : D., 1903, I, p. 463 ; Cass. crim., 30 nov. 1950 : Gaz. Pal. 1951, I, p. 63 ; CA Paris, 4 mars 1963, JCP G, 1963, II, n° 13259, note H. GUERIN.

⁶⁵⁸ Il est important pour l'entreprise de clarifier, via la diffusion de supports écrits (note de service, livret d'accueil, ou affichage), l'existence et le périmètre des délégations de pouvoir. Cette publicité peut apparaître superflue au regard de la réalité des entreprises lesquelles sont la plupart du temps découpées en services, sections, ou départements avec à leur tête un responsable ; mais elle est nécessaire en ce qu'elle permet à la société de se ménager une preuve écrite de la délégation.

⁶⁵⁹ S. MENEGAKIS, note sous Cass. soc., 24 avr. 2003, n° 01-60876 : LPA, 2004, n° 2, p. 8 et voir aussi E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », D., 2004, p. 937.

⁶⁶⁰ Cass. crim., 7 juin 2011, n°10-84283, Dr. social, 2011, p. 1196, obs. F. DUQUESNE. En matière d'hygiène et de sécurité voir par exemple : Cass. crim., 21 nov. 2000, n° 98-45420, Bull. Crim. 2000, n° 293 : Dr. social 2001, p. 209, obs. J. SAVATIER. Sur la complexité des rapports entre délégation de pouvoirs et contrat de travail : voir A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 316, p. 188.



délégation de pouvoirs⁶⁶¹ ». Encore faut-il que le ministère public démontre que le délégant a participé personnellement à l'infraction « au mépris de la nécessaire indépendance du délégataire⁶⁶² ».

238. Le chef d'entreprise continue en revanche à prendre et à assumer les décisions dépassant « le strict cadre dans lequel son délégataire agit⁶⁶³ ». Ainsi lui appartient-il, avant de prendre une décision importante d'aménagement modifiant les conditions d'hygiène et de sécurité ou les conditions de travail, de s'assurer de la consultation du CHSCT⁶⁶⁴. La délégation de pouvoirs donnée pour présider le comité est inopérante lorsque la décision est d'une importance telle qu'elle excède les attributions qu'emporte la présidence du CHSCT confiée au délégataire⁶⁶⁵. La solution pourrait cependant être différente si la délégation concernait tant la présidence du CHSCT que la gestion de l'hygiène et de la sécurité dans l'entreprise⁶⁶⁶.

2°. Identification des moyens

239. « Qu'est-ce que l'autorité et la compétence sans les moyens indispensables pour les rendre effectives⁶⁶⁷ » ? La Cour de cassation, comme les juges du fond⁶⁶⁸, est de plus en plus attentive à la réalité des moyens mis à la disposition du délégataire⁶⁶⁹. Le chef d'entreprise doit avoir mis à sa disposition « les moyens d'assumer réellement la

⁶⁶¹ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 316, p. 188.

⁶⁶² E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *Rec. Dalloz*, 2004, n° 13, p. 937.

⁶⁶³ E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *Rec. Dalloz*, 2004, n° 13, p. 937.

⁶⁶⁴ Cass. crim. 28 nov. 1989 : *Bull. crim.* n° 452 ; Cass. Crim., 15 mars 1994, n° 93-82109 : *Bull. crim.*, 1994, n° 100 ; D. 1995, *Jur. p.* 30, obs. Y. REINHARD ; *Rev. sc. crim.*, 1995, p. 95, obs. B. BOULOC ; Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 03-81366 : *Bull. crim.*, 2003, n° 190 ; 20 mai 2003, *Bull. crim.* n° 101, *Rev. sc. crim.*, 2003, p. 808, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE.

⁶⁶⁵ Cette solution se déduit de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 octobre 2003 (n° 03-81366 : *Bull. crim.*, 2003, n° 190).

⁶⁶⁶ Si l'apport de cet arrêt n'est pas nouveau, il permet néanmoins de révéler le fonctionnement de la responsabilité dans le mécanisme de la délégation de pouvoir : le juge retenant tantôt la responsabilité du délégataire, tantôt la responsabilité du délégant, tantôt les deux.

⁶⁶⁷ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 324, p. 192.

⁶⁶⁸ CA Grenoble, 29 avr. 1999 : *Jurisdata* n° 1999-044414 ; CA Toulouse, 18 nov. 1999 : *Jurisdata* n° 1999-104638 ; CA Paris, 1^{er} mars 1993, *Jurisdata* n° 1993-021615.

⁶⁶⁹ Cass. crim., 25 janv. 2000, n° 97-86355 : *RJS*, 2000, n° 542 ; Cass. Crim. 7 nov. 2000, n° 99-87706 ; Cass. crim., 7 nov. 2000, n° 99-87707.



plénitude de cette responsabilité⁶⁷⁰». La circulaire du 2 mai 1977⁶⁷¹ invite à tenir compte notamment de la formation professionnelle du délégataire, particulièrement en matière d'hygiène et de sécurité, de sa qualification dans l'entreprise, du montant de son salaire, de son ancienneté dans l'activité et dans l'entreprise, du nombre de travailleurs placés sous ses ordres, de son pouvoir d'embaucher ou de commander du matériel.

240. Moyens humains. Est inopérante une délégation de pouvoirs en matière de sécurité consentie sans moyens⁶⁷². Au cas particulier de l'entrave, les moyens humains passent par le recours à des juristes spécialisés et la formation des intervenants aux règles de droit du travail applicables à l'entreprise et aux méthodes de négociation.

241. Moyens matériels. L'existence de moyens matériels est également importante. « D'un délégataire qui ne disposerait pas des moyens matériels pour s'acquitter de sa tâche de surveillance⁶⁷³», la responsabilité ne saurait être engagée. Certaines procédures internes à l'entreprise sont de nature à restreindre le pouvoir d'initiative du délégataire, telle la nécessité d'obtenir de multiples autorisations avant de pouvoir engager des dépenses. La délégation de pouvoirs est inopérante si l'employeur est seul apte à les engager⁶⁷⁴. En matière de fonctionnement des institutions représentatives du personnel, les moyens matériels consisteront notamment en l'acquisition d'outils documentaires.

242. Particularisme. Les moyens humains et matériels nécessitent une attention particulière à l'heure où le juge tend à reconnaître l'effectivité d'une délégation de pouvoirs dans les groupes de sociétés. La question des moyens pose celle de l'utilité d'une telle délégation. Son utilité dans une société en participation ou dans un GIE est avérée. La délégation de pouvoirs vise à « unifier » les pouvoirs de direction des diverses entreprises constitutives de la société en participation ou membres du GIE sur

⁶⁷⁰ Cass. crim., 2 févr. 1954 : Bull. crim., 1954, n° 50; Voir aussi Circ. Min., 2 Mai 1977, portant sur la répression des infractions à la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs, Dr. social 1977, n° 12, p. 490.

⁶⁷¹ Circ. Min., 2 Mai 1977, portant sur la répression des infractions à la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs, Dr. social, 1977, n° 12, p. 490.

⁶⁷² Cass. crim., 25 janv. 2000, n° 97-86355 : RJS, 2000, n° 542.

⁶⁷³ Cass. crim., 7 déc. 2004, n° 03-87015.

⁶⁷⁴ Cass. crim., 27 janv. 1982, *inédit* ; Cass. Crim. 29 oct. 1985, n° 84-95559 : Bull. crim., n° 335 ; Cass. crim., 18 avr. 2000, n° 99-86105.



une même tête et à contrôler l'application des normes en matière de sécurité au cours d'opérations conduites en commun.

243. En présence d'un groupe de sociétés « classique », la délégation de pouvoirs trouve son utilité dans le cadre du pouvoir normatif. Elle permet d'unifier, de standardiser les normes de santé et de sécurité ou celles relatives au dialogue social dans les entreprises constitutives du groupe, voire d'en contrôler l'application. Pour qu'une dimension de contrôle trouve à s'appliquer, la délégation de pouvoirs doit, à notre sens, s'accompagner, pour le délégataire, d'une procédure de détachement dans les filiales. Le dirigeant de la société mère procédera à la désignation soit d'un directeur salarié soit d'un salarié d'une filiale ou de la société mère. Pour que la délégation de pouvoirs soit effective encore faut-il que le salarié ait les moyens et l'autorité nécessaires pour contrôler l'application des normes de sécurité. Le délégataire devra s'entourer de subdélégataires nommés dans les différentes filiales et chargés de contrôler l'application des normes arrêtées par le premier.

3°. Acceptation du salarié

244. Obligation d'information. Il appartient à l'employeur d'informer le délégataire de la nature et des conséquences de la mission confiée. Ainsi, une présentation du contenu de la réglementation applicable apparaît nécessaire. Cette obligation d'information peut notamment se traduire par le suivi d'une formation spécialisée. Une fois informé, le salarié éclairé sur le contenu de la mission et des conséquences pénales qui s'y attachent accepte ou non la délégation.

245. Droit de refus. D'aucuns estiment que le consentement du salarié ne doit pas nécessairement être recherché⁶⁷⁵. Si l'acceptation du délégataire est nécessaire, il est peu vraisemblable que le seul défaut d'acceptation suffise, dès lors que toutes les autres conditions sont remplies, à rendre inopérante une délégation de pouvoirs⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Th. DALMASSO, « La délégation de pouvoir », éd. Joly 2000, p. 95 ; C. PUIGELIER, « La délégation de pouvoir en matière d'accident du travail », JCP E, 1993, II, 283, n° 35. Voir aussi Cass. crim., 2 févr. 1982, n° 81-92569 : Bull. crim., n° 36.

⁶⁷⁶ Cass. crim., 13 sept. 2005, n° 05-80035.



246. Mais selon une partie de la doctrine⁶⁷⁷ et de la jurisprudence⁶⁷⁸, à laquelle nous adhérons, il convient d'insister sur l'obligation d'obtenir le consentement du salarié : la délégation de pouvoirs est un mandat « dont la validité est subordonnée à l'existence du consentement du délégant et du délégataire⁶⁷⁹ ». Le salarié dispose d'un droit de refus lequel doit s'exprimer de manière formelle⁶⁸⁰. Les conséquences de ce refus varient en fonction de la nature de la délégation.

a. **La délégation intrinsèquement liée au contrat de travail**

247. Le support privilégié étant le contrat de travail, la délégation de pouvoirs emprunte tout ou partie de son régime⁶⁸¹, notamment celui de la modification du contrat. La délégation peut constituer dans certains cas un élément essentiel de ce contrat supposant l'acceptation explicite du salarié en cas de modification⁶⁸².

248. Le droit de refus est donc amené à jouer pleinement son rôle, non pas tant au moment de la conclusion du contrat, mais en cas de modification de celui-ci. Lors de sa conclusion, la signature du salarié délégataire équivaut à une acceptation de la délégation de pouvoirs. En cas de modification du contrat stricto sensu, et conformément au dispositif en vigueur, l'accord du salarié doit être recherché. Néanmoins une question demeure : eu égard à la nature particulière du contrat de travail et aux spécificités du régime de modification de ce contrat, le refus peut-il être exprimé librement ?

⁶⁷⁷ B. de MASSIAC, « Responsabilité pénale des dirigeants et délégation de pouvoirs », RJDA 1995, p. 927; J.-F. RENUCCI, « La Délégation de pouvoir », Thème expresse, éd. Francis Lefèbre, n° 20. Pour une présentation des différentes parties en cause cf. : N. FERRIER, La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2005, n° 190 et s., p. 270.

⁶⁷⁸ Cass. crim., 13 janv. 1972 : Bull. crim., n° 23 ; Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87590.

⁶⁷⁹ N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2005, n° 191, p. 271.

⁶⁸⁰ CA Bordeaux, 28 mai 1991, Jurisdata n° 1991-046415.

⁶⁸¹ La délégation de pouvoirs subit les aléas auxquels se trouve confronté le contrat de travail au cours de son exécution. (Sur l'étroite intrication de la délégation de pouvoir et du contrat de travail : Cass. soc., 19 juin 2012, n° 11-81654 : SSL 2012, n° 1553, p. 8 note, F. DUQUESNE – La Cour de cassation juge que la suspension du contrat de travail soustrait le salarié à toute responsabilité pénale au titre de la délégation de pouvoir. Il appartient à l'employeur d'assumer les conséquences pénales des manquements.

⁶⁸² Cass. crim., 24 sept. 2002, n° 01-86288 ; Cass. crim., 25 mai 2004, n° 03-82765. Sur l'application du régime de la modification du contrat de travail à la délégation de pouvoir : cf. N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2005, n° 193 et s., p. 274.



249. Une première réserve tient à la valeur du consentement donné par le délégataire salarié. Un tel consentement apparaît vicié en raison du lien de subordination l'unissant à l'employeur. Le salarié serait contraint d'accepter la délégation de pouvoirs par peur de représailles se traduisant par un licenciement ou quelque autre sanction disciplinaire. Cette interprétation est pourtant excessive car elle reviendrait « à condamner a priori pour vice du consentement, toute délégation de pouvoirs accordée postérieurement à la conclusion du contrat de travail, et [...] toute modification du contrat de travail⁶⁸³ ». Si le juge a pu reconnaître que le consentement du salarié était vicié en raison de la violence exercée par l'employeur⁶⁸⁴, l'on ne saurait en revanche « déduire systématiquement du lien de subordination l'existence d'un tel vice⁶⁸⁵ ».

250. Une seconde réserve tient à la qualification de la modification du contrat de travail causée par la délégation de pouvoirs. En appliquant le régime de la modification du contrat de travail, lequel distingue le simple changement des conditions de travail d'une véritable modification⁶⁸⁶, au mécanisme de la délégation de pouvoirs, le Professeur FERRIER distingue la délégation de pouvoirs favorisant l'exercice des fonctions du salarié de celle visant à accompagner de nouvelles fonctions ou à aggraver la responsabilité pénale du salarié. La première constitue un simple changement des conditions de travail. La délégation aggrave le contenu des obligations du délégataire mais n'entraîne pas un changement radical des fonctions. L'employeur investit un préposé du pouvoir de gestion des instances de représentation du personnel. La deuxième constitue une véritable modification du contrat de travail la délégation de pouvoirs emportant changement de qualification ou de classification⁶⁸⁷ : tel est le cas lorsqu'est constatée une augmentation du degré d'autonomie ou du niveau de

⁶⁸³ N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2005, n° 191 et s., p. 271.

⁶⁸⁴ Cass. crim., 2 févr. 1993 : Dr. Pénal, 1993, comm. 139, J.-H. ROBERT. Sur l'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail : cf. G. LOISEAU, L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail, in Mél. Offerts à J. GHESTIN, éd. LGDJ, 2001, p. 579.

⁶⁸⁵ N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2005, n° 191, p. 271 ; Cass. crim., 3 avr. 2002 : D., 2002, 1860 et 1862, notes J.-P. GRIDEL et J.-P. CHAZAL.

⁶⁸⁶ Cass. soc., 10 juill. 1996, n° 316 PBF : RJS, 1996, n° 900 ; Ph. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS, 1996, p. 791.

⁶⁸⁷ N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2005, n° 199, p. 280.



responsabilité. Le préposé serait investi des pouvoirs de consultation des instances de représentation.

251. La troisième réserve tient aux effets du refus de la délégation par le salarié. Le refus d'une délégation de pouvoirs constitutive d'une modification du contrat de travail n'est pas fautif⁶⁸⁸. En revanche, le refus d'une délégation de pouvoirs constitutive d'un simple changement des conditions de travail s'analyse en un comportement fautif lequel peut justifier un licenciement⁶⁸⁹, le cas échéant pour faute grave⁶⁹⁰.

b. La délégation accessoire au contrat de travail

252. Conclu par écrit, verbalement ou tacitement, le mandat est un contrat consensuel⁶⁹¹. En matière de délégation de pouvoirs, la volonté du mandant et l'acceptation du mandataire peuvent être déduites des circonstances. Néanmoins, eu égard à sa valeur probatoire, l'écrit apparaît nécessaire. La délégation est un contrat dont la validité est subordonnée à l'accomplissement de certaines formalités.

253. Imprévision. En cas d'évolution des circonstances, une application stricte des règles de droit des obligations est à rechercher. Lorsque les parties concluent un mandat ou plus généralement un contrat à exécution successive comme la délégation, elles peuvent tenir compte des circonstances existantes et des événements à venir ; néanmoins, ces données peuvent évoluer. Le principe de fixité interdit au juge de procéder à une révision judiciaire⁶⁹². Certaines clauses peuvent prévoir la révision en cours de contrat. Au cas particulier, cette révision pourrait intervenir lors de l'entretien annuel d'évaluation. La délégation, si elle n'est qu'accessoire au contrat de travail, n'en est pas moins intégrée à l'exécution de la prestation de travail⁶⁹³.

⁶⁸⁸ Une telle modification peut conduire à un licenciement à condition que ce dernier soit justifié par l'intérêt de l'entreprise. A l'inverse en l'absence de licenciement, le contrat se poursuit dans les conditions existant avant la délégation.

⁶⁸⁹ Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 03-42018 : Bull. civ., n° 64, Dr. social, 2006, p. 634, note P. BOUAZIZ, Z. GOULET.

⁶⁹⁰ Cass. soc., 10 juill. 1996 : Dr. social, 1996, p. 975, note H. BLAISE.

⁶⁹¹ C. Civ., art. 1985.

⁶⁹² Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, Les contrats spéciaux, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n° 546, p. 291. Sur l'imprévision, Voir L. AYNES, « Sur l'imprévision en droit privé », RJC, 2005, n° 5, p. 397.

⁶⁹³ En outre, parmi les obligations du mandataire, se trouve celle de rendre des comptes au mandant.



B. Conditions relatives à la délégation

254. Parmi les conditions relatives à la délégation, celles tenant à sa durée (2°) et à son champ (1°), méritent de retenir l'attention.

1°. Un champ limité

255. La nature du pouvoir transféré. La question de la nature du pouvoir transféré s'est posée à propos du prononcé de licenciement dans les sociétés par actions simplifiées⁶⁹⁴. Les décisions de la Cour de cassation ont eu le mérite de clarifier la notion de pouvoir dans l'entreprise. Des arrêts de certaines cours d'appel, une confusion était née entre le pouvoir général de représentation de la société à l'égard des tiers et le pouvoir fonctionnel. Ces deux pouvoirs peuvent donner lieu à délégation. Le pouvoir fonctionnel permet d'assurer un fonctionnement effectif de l'entreprise. Le pouvoir général de représentation s'exerce à l'égard des tiers. Le délégataire, en accomplissant des actes juridiques, apparaît comme le représentant de la société. Cette image « ne doit pas occulter le fait que cette représentation n'est que la suite d'une habilitation particulière émanant du titulaire initial du pouvoir⁶⁹⁵ » : le directeur général d'une société anonyme tient ses pouvoirs du conseil d'administration.

256. La clef « de la distinction entre les deux types de pouvoir n'est d'autre que le lien de préposition qui unit le délégataire à l'entité pour le compte de laquelle il exerce les pouvoirs qui lui ont été confiés et dont le délégant est l'organe statutairement investie⁶⁹⁶ ». Cette clé, essentielle, est pourtant la grande absente des arrêts du 19 novembre 2011⁶⁹⁷. Le pouvoir général de représentation incombe au mandataire social, lequel est préservé de tout lien de subordination⁶⁹⁸. Le pouvoir de direction et de gestion

⁶⁹⁴ Le raisonnement qui va suivre est applicable tant au droit civil qu'au droit pénal.

⁶⁹⁵ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », *Dr. social*, 2011, p. 382.

⁶⁹⁶ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », *Dr. social*, 2011, p. 382.

⁶⁹⁷ Cass. Ch. Mix., 19 nov. 2010, n° 10-10099 et n° 10-30215 : *Bull. Ch. Mix.*, n° 1 et 2.

⁶⁹⁸ En ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 26^{ème} éd., 2013, n° 584, p. 319. Un mandataire social n'est en principe ni commerçant ni salarié ; mais il arrive dans certaines circonstances qu'un cumul de fonctions soit envisageable.



n'est pas traité de la même manière. Une délégation de pouvoirs fonctionnelle suppose l'existence d'un lien de subordination.

257. Une solution identique a été adoptée en droit pénal et ce, depuis les années 2000. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, condamnent le président du conseil d'administration d'une société anonyme. Si ce dernier ne conteste pas la teneur des faits, il se prévaut d'une délégation de pouvoirs délivrée au directeur général. Les juges du fond retiennent que ni la lettre d'embauche, ni la lettre de mission confiant à celui-ci la fonction technique de directeur d'exploitation, ni la décision du conseil d'administration le désignant comme directeur général ne constituent une délégation de pouvoirs. En conséquence, le président du conseil d'administration ne saurait invoquer pour sa défense la subdélégation consentie par le directeur général aux directeurs de magasins. Pour la chambre criminelle, le moyen est inopérant « en ce qu'il invoque une délibération du conseil d'administration conférant au directeur général des pouvoirs identiques à ceux du président, exercés concurremment aux siens⁶⁹⁹ ».

258. Pour la chambre criminelle, une nomination en tant que directeur général ne peut pas être analysée comme une délégation de pouvoirs. Le directeur général ne peut pas être tenu responsable à la place du président ni procéder à une quelconque subdélégation de telle sorte que le président puisse bénéficier de l'effet exonératoire. De cette décision naît une distinction entre la répartition du pouvoir par délégation et le processus d'attribution primaire des prérogatives de direction entre mandataires sociaux. Cette attribution, faite par le conseil d'administration dans les sociétés anonymes et formalisée dans les statuts pour la société par actions simplifiée, ne fait pas « du directeur général un préposé délégué dans les pouvoirs du président, chef d'entreprise ». Elle fait de lui un véritable dirigeant, voire un chef d'entreprise. Etant en première ligne, un directeur général peut ainsi voir sa responsabilité pénale rapidement engagée⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ Cass. crim., 17 oct. 2011, n° 00-80308 : Bull. crim., 2011, n° 300.

⁷⁰⁰ Cette affirmation est d'autant plus vraie qu'aujourd'hui les fonctions de directeur général peuvent être exercées séparément de celles de président du conseil d'administration (Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, JORF n° 113 du 16 mai 2001 p. 7776 ; C. Com., art. L. 225-51-1).



259. Seul le pouvoir de direction et de gestion dans sa dimension fonctionnelle peut faire l'objet d'une délégation de pouvoirs, et ce à condition qu'un lien de préposition unisse le délégataire au délégant.

260. Objet limité. Le domaine de la délégation de pouvoirs doit être délimité avec précision. L'intégralité des pouvoirs de l'employeur ne saurait faire l'objet d'une délégation unique. Cette impossibilité procède du « caractère d'ordre public de la responsabilité pénale⁷⁰¹ ». Néanmoins, les pouvoirs de l'employeur peuvent faire l'objet de plusieurs délégations lesquelles coexisteraient au sein de la même entité à condition « que le champ des responsabilités assumées par chaque délégué puisse être aisément circonscrit⁷⁰² ».

261. La Cour de cassation s'est aussi prononcée sur le périmètre géographique au sein duquel la délégation s'exerce. Est sans effet une délégation dont l'étendue géographique est trop importante. Valant pour les différents établissements⁷⁰³, elle ne permettait pas un strict respect des règles de sécurité par le délégataire⁷⁰⁴.

262. Enfin, la Cour de cassation ne retient pas la responsabilité pénale du délégataire si l'infraction résulte d'un fonctionnement général défectueux de l'établissement et ce, quand bien même la défaillance constatée se réaliserait dans la partie de l'entreprise dont il a la charge⁷⁰⁵. Cette solution est à rapprocher de celles retenues en matière d'entrave lesquelles distinguent les infractions d'entrave portant sur les aspects fonctionnels des institutions représentatives du personnel et celles rattachables au pouvoir d'administration générale du délégant.

2°. Une délégation de pouvoirs pérenne

⁷⁰¹ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 327, p. 193. Cette solution apparaît dans un certain nombre d'arrêts anciens : Cass. crim., 28 juin 1902 : Bull. crim., n° 237, D. P. 1903, 1, p. 585 ; Cass. crim., 30 nov. 1950 : Gaz. Pal. 1951, I, p. 63 ; Cass. crim., 22 avr. 1966 : Bull. crim., 1966, n° 125.

⁷⁰² N. CATALA, JCP CI 1976, II, 12010, n° 38.

⁷⁰³ Cass. crim., 2 oct. 1980, Chalafre.

⁷⁰⁴ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 328, p. 194 ; Cass. crim. 20 oct 1987, n° 87-80320.

⁷⁰⁵ Cass. crim., 6 oct. 1955 : Bull. Crim. n° 388 ; Cass. crim., 25 mars 1997, n° 96-82163 ; Cass. Crim. 7 déc. 2004, n° 03-87015.



263. Durée - Antériorité. Une délégation signée le jour où un employeur a eu connaissance de l'infraction et que le délégataire a reçu postérieurement au procès-verbal de l'inspecteur n'est pas valable⁷⁰⁶. Pour être efficace, la délégation de pouvoirs doit être antérieure à la commission de l'infraction.

264. Stabilité. La délégation de pouvoirs doit être permanente. Le transfert de pouvoir doit présenter un caractère stable et durable⁷⁰⁷. En conséquence, l'efficacité de la délégation de pouvoirs sera fonction de la période pour laquelle elle a été confiée, ce qui implique non seulement qu'elle soit suffisamment longue mais aussi qu'elle ne fasse pas l'objet de fréquentes interruptions⁷⁰⁸.

265. Le changement de délégant ou de délégataire. Hormis le cas de la révocation, la question de la durée implique de prendre davantage en considération le cas où les personnes des délégants et délégataires viendraient à changer. Il faudra veiller à s'assurer d'une cohérence d'ensemble en cas de changement de poste ou d'interruption de la délégation.

266. Révocation. Une fois conclu, le contrat par sa force obligatoire « échappe à la fantaisie et aux caprices du temps⁷⁰⁹ ». Le contrat ne peut être révoqué que par *mutuus dissensus* : « ce que le consentement a fait seul, seul le consentement peut le défaire⁷¹⁰ ». Le mandat déroge à cette règle puisqu'une déclaration unilatérale suffit. *L'intuitu personae* est l'un des caractères fondamentaux du mandat⁷¹¹, lequel ne saurait se

⁷⁰⁶ Cass. crim., 13 nov. 1968 : Bull. crim., 1968, n° 297 ; Cass. crim., 10 juin 1980 : Bull. crim., 1980, n° 184.

⁷⁰⁷ Cass. crim., 21 nov. 1973, n° 72-93898.

⁷⁰⁸ A. COEURET, « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », Dr. social 1975, n° 7-8, p. 396 : « L'action du délégataire serait en effet illusoire ».

⁷⁰⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n° 756, p. 440.

⁷¹⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n° 756, p. 440.

⁷¹¹ N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Bibl. Droit de l'entreprise, Litec, 2005, n° 139, p. 198.



concevoir sans qu'une relation de confiance unisse le mandant au mandataire⁷¹². Lorsque « la confiance vient à cesser, le contrat doit disparaître⁷¹³ ».

267. Applicable qu'aux hypothèses dans lesquelles la délégation constitue un accessoire du contrat de travail, cette libre révocabilité souffre de tempéraments fondés sur la qualité des parties⁷¹⁴ ou lorsque la délégation est intrinsèquement liée au contrat de travail. Dans cette dernière hypothèse, les solutions définies en matière de modification du contrat sont applicables à la révocation.

268. Une interrogation demeure néanmoins. Elle tient aux conséquences attachées au refus d'une révocation opérant une modification du contrat de travail. Si le refus opposé par le salarié à une telle révocation n'est pas fautif, il n'en demeure pas moins que l'employeur peut le licencier s'il établit une cause réelle et sérieuse de licenciement laquelle s'apprécie « à l'aune des motifs de la modification envisagée par le chef d'entreprise qui doivent être réels, sérieux, et répondre à l'intérêt de l'entreprise⁷¹⁵ ». Le refus d'une révocation opérant un simple changement des conditions de travail est constitutif d'une insubordination caractérisant une faute justifiant un licenciement.

269. Succession. La délégation de pouvoirs, tant en matière pénale qu'en matière civile, est nécessairement remise en cause par la succession de délégataires différents dans une même fonction. La délégation, « forcément personnalisée⁷¹⁶ », doit être acceptée par le salarié délégataire, y compris dans les hypothèses où la nature de l'emploi, l'organisation de l'entreprise rendent théorique cette acceptation⁷¹⁷.

270. Transfert. Le changement dans la structure juridique de la société employeur n'affecte pas la délégation de pouvoirs dès lors que ce changement n'a pas eu « pour

⁷¹² En droit romain, le mandat supposait un rapport d'amitié entre mandant et mandataire : « pas de confiance sans amitié » (Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2011, 5^{ème} éd., n° 546, p. 291.)

⁷¹³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n° 555, p. 298.

⁷¹⁴ N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Thèse, Bibl. Droit de l'entreprise, Litec, 2005, n° 139, p. 198.

⁷¹⁵ N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Thèse, Bibl. Droit de l'entreprise, Litec, 2005, n° 200, p. 282. La révocation trouve généralement sa cause dans la mauvaise gestion nuisant à l'intérêt de l'entreprise.

⁷¹⁶ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 334, p. 196.

⁷¹⁷ Sur l'acceptation de la délégation de pouvoir : cf. n°????



effet de modifier la portée des pouvoirs initialement consentis⁷¹⁸ ». Pour certains juges du fond, la délégation de pouvoirs prend fin en cas de changement d'employeur, à charge pour le nouvel employeur de procéder à une nouvelle délégation. La Cour de cassation a condamné cette interprétation : les juges du fond doivent « davantage s'expliquer sur les conditions et effets de la délégation de pouvoirs invoquée⁷¹⁹ ». Le seul transfert de l'entreprise ne saurait remettre en cause la délégation et rendre impossible son invocation par le nouvel employeur.

271. La solution, qui a depuis été confirmée dans deux décisions du 20 juillet 2011, rendues en matière de fusion-absorption, a divers fondements lesquels varient en fonction de la nature de la délégation. Une distinction doit être opérée entre la délégation de pouvoirs accessoire du contrat et la délégation de pouvoirs intrinsèquement liée au contrat.

272. Lorsque la délégation est intrinsèquement liée au contrat, elle emprunte le régime de l'article L. 1224-1 du Code du travail de sorte qu'à l'image du contrat elle survit en principe à la fusion-absorption. Par exception, les termes de la délégation peuvent limiter la durée ou la portée de la délégation. Ainsi, dans l'une des espèces précédentes, la fusion-absorption emportait la caducité de la délégation cette dernière n'étant valable que pour la durée des responsabilités exercées au sein de l'une des sociétés. En outre, la fusion-absorption avait aussi eu pour effet d'étendre le périmètre d'intervention du salarié délégataire : ce dernier ne disposait plus des moyens nécessaires à la bonne gestion de la délégation⁷²⁰.

273. La cassation était encourue non, en raison d'un motif de fond qui aurait conduit à adopter une solution stricte aux termes de laquelle toute fusion-acquisition entraînerait la caducité des délégations antérieurement établies, mais au visa de l'article 593 du Code de procédure pénale⁷²¹. Le juge d'appel devait rechercher si la fusion-absorption

⁷¹⁸ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 333, p. 195.

⁷¹⁹ Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-85889 : Bull. crim., 2006, n° 75 ; RJS, 2008, p. 87 et s. ; Dr. social, 2007, p. 1057, note F. DUQUESNE.

⁷²⁰ Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-87348 et n° 10-86705 : Dr. pén., 2011, n° 10, comm. 124, note J.-H. ROBERT.

⁷²¹ C. pén. art. 593 : « Les arrêts de la chambre de l'instruction, ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas des motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne



avait eu pour effet d'entraîner la caducité de la délégation de pouvoirs⁷²². Le juge pénal n'est pas lié par les stipulations contractuelles mais il peut les prendre en considération. Les conventions sont pour lui « des éléments de fait qu'il qualifie de conditions préalables ou d'éléments constitutifs des infractions⁷²³ ». Le juge apprécie la réalité, le contenu et la permanence de la délégation de pouvoirs.

274. Le même raisonnement ne saurait s'appliquer lorsque la délégation constitue un simple accessoire du contrat de travail. La délégation, « qu'elle affecte ou non la responsabilité pénale de son auteur, ne constitue qu'une simple modalité d'exécution⁷²⁴ ». En conséquence, les règles de droit des obligations régissant le mandat trouvent à s'appliquer. Aux termes de l'article 2003 du Code civil, le décès du mandant provoque l'extinction du mandat. Ce principe d'extinction est une règle supplétive qui peut être tempérée par la volonté du mandant de manière expresse ou tacite. Révocable par les héritiers, ce mandat ne saurait être général ; il doit avoir un objet déterminé.

275. Si la délégation de pouvoirs accessoire au contrat de travail est conclue par le dirigeant au nom et pour le compte de la société et non en son nom personnel, cette règle n'empêche pas qu'une telle délégation repose sur un lien de confiance⁷²⁵. Au cas particulier, la fusion-acquisition annihile le mandat et entraîne un changement de direction. La relation de confiance cesse ; la délégation s'éteint à moins que le mandant en décide autrement.

276. L'analyse travailliste du Professeur DUQUESNE des arrêts du 20 juillet 2011 doit être ici rapportée. La solution retenue par la Cour de cassation « tirait conséquence d'une forme parmi d'autres de mise en commun de moyens garantissant la continuité du

permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif ».

⁷²² Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-87348 et n° 10-86705 : Dr. pén., 2011, n° 10, comm. 124, note J.-H. ROBERT.

⁷²³ J.-H. ROBERT, note sous Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-87348 et n° 10-86705 : Dr. pén., 2011, n° 10, comm. 124.

⁷²⁴ F. DUQUESNE, « Le sort de la délégation de responsabilité pénale en cas de fusion absorption », SSL, 2011, n° 1504, p. 10.

⁷²⁵ La spécificité de la relation de travail et le souci d'avoir une gestion homogène et fluide de l'entreprise invitent les dirigeants à choisir des délégataires avec lesquels ils ont noué une véritable relation de confiance.



pouvoirs de direction⁷²⁶ ». Seule cette justification permet d'adapter le sort réservé à la délégation lors d'un changement d'employeur, à la diversité des circonstances⁷²⁷. Le transfert de l'entité s'accompagne-t-il nécessairement d'une extinction du pouvoir de direction ? En effet, la disparition de l'objet même du pouvoir reconnu aux dirigeants, et indirectement la cessation des fonctions du délégant, justifient la caducité de la délégation de responsabilité.

277. Selon le Professeur DUQUESNE, ce qui caractérise les hypothèses de maintien du pouvoir de direction se situe dans le transfert au nouvel employeur d'une organisation parfaitement intégrée en raison de l'autonomie des ressources humaines et matérielles qui y sont mises en œuvre⁷²⁸. Certains transferts ne s'accompagnent pas d'une extinction du pouvoir de direction. Il en est ainsi en cas de cession d'éléments corporels et incorporels poursuivant une finalité propre. Tel serait le cas d'une société qui transférerait l'un de ces établissements. Le chef d'établissement conserve la direction de ce dernier après la cession. L'intuitu personae demeure ; les délégations de pouvoirs ne sont pas caduques.

278. La typologie retenue distingue la fusion-absorption de la fusion par création d'une nouvelle entité. Dans la première, « l'absorbée disparaît et l'absorbante s'enrichit de sa valeur ; il y a transmission universelle du patrimoine de la première à la seconde⁷²⁹ ». Dans la seconde, « deux sociétés s'unissent pour en faire naître une troisième ; les initiatrices disparaissent et de leur décès en naît une troisième⁷³⁰ ». En cas de fusion, les délégations sont exclues de la transmission. Pour le Professeur DUQUESNE, la survie des délégations dépend de la volonté de la société absorbante. Il faut avant tout déterminer avec précision le ou les responsables pénaux tant dans la société absorbante que dans la société absorbée de sorte qu'une confirmation des

⁷²⁶ F. DUQUESNE, « Le sort de la délégation de responsabilité pénale en cas de fusion absorption », *SSL*, 2011, n° 1504, p. 10.

⁷²⁷ F. DUQUESNE, « Le sort de la délégation de responsabilité pénale en cas de fusion absorption », *SSL*, 2011, n° 1504, p. 10.

⁷²⁸ « Tout se passe comme si l'ancien employeur transmettait au nouveau, avec les différents éléments composant l'entité, le moyen d'exercer son pouvoir de direction » (F. DUQUESNE, « Le sort de la délégation de responsabilité pénale en cas de fusion absorption », *SSL*, 2011, n° 1504, p. 10).

⁷²⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, LexisNexis, 26^{ème} éd., 2013, n° 1440, p. 718.

⁷³⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, LexisNexis, 26^{ème} éd., 2013, n° 1440, p. 718.



délégations en vigueur dans l'entité absorbée ou une redéfinition du périmètre de la mission n'en est pas moins inenvisageable⁷³¹.

279. Néanmoins, il est des hypothèses dans lesquelles la fusion n'entraîne pas la caducité des délégations. Tel est le cas si la fusion n'emporte pas extinction du pouvoir de direction. Une telle situation est envisageable lorsque la fusion-absorption maintient sans changement l'entité absorbée laquelle devient une filiale ou un établissement de l'entité absorbante. D'autres éléments peuvent intervenir : la présence dans le mandat d'une clause prévoyant la survie de la délégation ou l'application des règles du Code de commerce lesquelles décident qu'en cas de fusion les dirigeants peuvent devenir administrateurs de l'entité absorbante. Le Code du commerce prévoit en effet que le nombre de membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas, peut être supérieur à dix-huit pendant un délai de trois ans à compter de la date de la fusion sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre⁷³². Dans ces deux hypothèses, l'on pourrait, selon toute vraisemblance, rapporter la preuve tant du maintien du pouvoir de direction que d'une forme d'intuitu personae.

280. La perte de la qualité de dirigeant ou de délégataire de l'entité absorbée n'est pas pour autant « synonyme d'effacement de la responsabilité, qui tant civile que pénale, demeure engagée pour les faits antérieurs à la fusion⁷³³ ». Se pose alors la question des effets de la délégation de pouvoirs.

§II. Des effets limités

281. Exécution. La délégation emporte des effets quasi identiques à ceux du mandat. Le délégataire est tenu d'exécuter sa mission et d'en rendre compte en cours et en fin de mission. Le caractère intuitu personae de la délégation de pouvoirs n'interdit pas cependant, la subdélégation. Le délégataire doit en tout état de cause, agir dans l'intérêt

⁷³¹ Cass. soc., 7 avr. 1993, n° 91-42421.

⁷³² C. Com., art. L. 225-95.

⁷³³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des Sociétés, LexisNexis, 26^{ème} éd., 2013, n° 1397, p. 698.



du délégant ou de l'entreprise et accomplir sa tâche avec diligence, prudence et persévérance⁷³⁴.

282. Devoir de conseil. Le délégataire doit mettre son expérience à la disposition de l'entreprise et du délégant. Il l'informe et le conseille « sur l'utilité de l'acte envisagé, les précautions à prendre, la meilleure manière de procéder et les conséquences et risques de cet acte⁷³⁵ ». Il lui appartient de dissuader le délégant lorsque l'acte peut produire des conséquences dommageables.

283. Responsabilité civile. Une délégation de pouvoirs ne remet pas en cause la responsabilité civile de l'employeur en tant que commettant laquelle est fondée sur les articles 1384 du Code civil et L. 4741-7 du Code du travail⁷³⁶. Mais le préposé délégataire qui a intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité civile à l'égard de ce dernier, peu important qu'il ait agi dans l'exercice de ses fonctions⁷³⁷. La délégation de pouvoirs est avant tout une technique d'organisation et de répartition du pouvoir dans l'entreprise. Mais devant le juge elle devient un moyen de défense (I) permettant, le cas échéant, d'exonérer le délégant de sa responsabilité pénale (II).

I. La délégation comme moyen d'exonération de la responsabilité

284. Une de pouvoirs efficace conduit à une responsabilité pénale en principe alternative (A). Mais une responsabilité cumulative n'est pas exclue (B).

⁷³⁴ A. BENABENT, Les Contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2011, n° 929 et s, p. 443.

⁷³⁵ A. BENABENT, Les Contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2011, n° 934, p. 446.

⁷³⁶ A. COEURET, « Délégations de pouvoirs et responsabilité pénale dans l'entreprise », Journal des sociétés, n° 74, p. 29.

⁷³⁷ Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82975 : Bull. crim., 2006, n° 91 ; RJS, 2006, n° 918. Dans le même sens : Cass. crim., 20 mai 2003, n° 026-84307 : Bull. crim., 2003, n° 101 ; Cass. crim., 7 avr. 2004, n° 03-85698 : Bull. crim., 2004, n° 93. Voir aussi : A. COEURET, R. ZANNOU, « Chronique de Droit pénal », RJS, 2008, p. 87. Cette solution s'inscrit dans la ligne jurisprudentielle dont l'arrêt COUSIN a posé les fondations. Cet arrêt portait sur les conséquences d'une infraction intentionnelle commise par un préposé auteur d'une faute « qualifiée » au sens de l'article 121-3 du Code pénal : il s'agissait en l'espèce de la violation délibérée d'une obligation de sécurité (Cass. Ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82066 : Bull. Ass. plén. n° 17 ; RJS, 2002, n° 142).



A. Une responsabilité alternative

285. En droit pénal, la délégation de pouvoirs est « une cause de non-imputabilité pour le délégant et symétriquement une cause d'imputabilité pour le délégataire⁷³⁸ ». Une infraction ne saurait être retenue à la fois contre le chef d'entreprise et le délégataire⁷³⁹. En conséquence, la délégation de pouvoirs « exclut⁷⁴⁰ » le délégant au détriment du délégataire. Cette exclusion conduit à étudier successivement la situation du délégataire (1°) et celle du délégant (2°).

1°. La situation du délégataire

286. Responsabilité pénale⁷⁴¹. Si l'ensemble des conditions sont remplies, la délégation de pouvoirs est effective, opérant ainsi un transfert de responsabilité. Le délégataire devient pénalement responsable, en lieu et place du délégant, à raison des pouvoirs dont il dispose⁷⁴². Les juges appliquent au délégataire un raisonnement identique à celui retenu à l'égard du chef d'entreprise. En conséquence, les juges du

⁷³⁸ N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2005, n° 295, p. 424 ; Voir aussi : F. MARMOZ, La délégation de pouvoir, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2000, n° 755 et s., p. 295.

⁷³⁹ En matière d'hygiène et de sécurité : « Cass. crim., 23 janv. 1975 : Bull. crim., 1975, n° 30 ; JCP G, 1976, II, 18333, note J.-H. ROBERT ; D., 1976, Jurispr., p. 375, note J. SAVATIER ; Cass. crim., 10 févr. 1976 : Bull. crim., 1976, n° 52 ; Cass. crim., 28 mars 1979 : Bull. crim., 1979, n° 127 ; Cass. crim., 14 oct. 1997 : RJS, 1998, n° 48 ; Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-85889 : Bull. crim., n° 75. La responsabilité pénale des infractions poursuivies ne peut être cumulativement retenue contre le chef d'entreprise et un délégataire en raison des mêmes manquements : Cass. crim., 14 nov. 2006, n° 05-83367 : JCP G 2007, I, 203, n° 3, obs. J.-F. CESARO.

⁷⁴⁰ B. BOUBLI, « La délégation de pouvoir depuis la loi du 6 décembre 1976 », Dr. social, 1977, p. 82 ; N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2005, n° 295, p. 424 ; A. MAYAUD, « Responsables et responsabilités », Dr. social, 2000, p. 946.

⁷⁴¹ Si l'on considère que les aspects fonctionnels de la représentation du personnel ne revêtent pas un caractère fondamental, seule une sanction administrative (dans notre hypothèse) pourra être prononcée à l'encontre du salarié délégataire, à moins que la délégation de pouvoir ne porte aussi sur les aspects relatifs aux attributions (qui revêtent un caractère fondamental), que l'intention de nuire soit caractérisée, auquel cas la voie pénale serait ouverte. La délégation de pouvoirs doit, pour ce faire, être valable en tous ces éléments.

⁷⁴² Cass. crim., 13 sept. 2005, n° 05-80502 - Un arrêt ancien de la Cour de cassation illustre parfaitement les effets de la délégation de pouvoirs : « La loi fait peser la responsabilité pénale de l'infraction sur le chef immédiat et effectif du service où elle s'est produit ; si cette responsabilité incombe au chef d'entreprise dans les parties qu'il administre directement, elle pèse au même titre, dans ceux des services dont il a délégué la direction, aux directeurs, gérants, préposés, investis par lui et pourvus de la compétence et de l'autorité nécessaire pour veiller efficacement à l'observation de la loi » (Cass. crim., 18 déc. 1936 : Bull. crim., n° 151).



fond doivent caractériser la faute personnelle du délégataire. L'identité de raisonnement est particulièrement flagrante en matière de santé et de sécurité⁷⁴³. Le délégataire sera poursuivi pour les infractions matériellement commises par d'autres salariés dans la partie de l'entreprise dont il assure la surveillance dès lors qu'une faute est, sur ce point, établie à son encontre⁷⁴⁴. Cette faute non intentionnelle s'apprécie dans les mêmes termes qu'à l'égard du chef d'entreprise.

287. Subdélégation. A l'image du délégant, le délégataire peut, à son tour, subdéléguer⁷⁴⁵. Le subdélégué (délégataire) ne s'exonère pas de la responsabilité pénale qu'il encourt en se bornant à invoquer l'existence d'une subdélégation de pouvoirs⁷⁴⁶. Les obligations en la matière sont identiques à celles mises à la charge du chef d'entreprise. Il doit rapporter la preuve de la validité d'une telle subdélégation et démontrer que l'infraction relève du domaine subdélégué. Sa responsabilité peut être engagée dès lors qu'il n'a pas transféré ses pouvoirs alors qu'il était dans l'impossibilité de les exercer personnellement⁷⁴⁷. Dès lors que le subdélégué bénéficie de l'autorité, de la compétence, et des moyens nécessaires pour exercer les missions déléguées, sa responsabilité pénale est engagée en cas d'infraction.

288. Effets sur le statut collectif du salarié délégataire. La délégation de pouvoirs produit des effets en matière d'élections prud'homales et professionnelles. En ce qui concerne les premières, sont électeurs « salariés » dans la section « encadrement » les salariés qui, ayant acquis une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière, exercent un commandement par délégation de l'employeur. Tel est le cas des agents de maîtrise qui ont reçu une délégation écrite de

⁷⁴³ Cass. crim., 28 févr. 1995, n° 94-82577 : La Cour de cassation approuve les juges du fond lesquels avaient retenu que la faute du prévenu résidait dans l'insuffisance de l'organisation matérielle ou administrative des services en matière d'hygiène et de sécurité et l'absence de directives ou injonctions précises ».

⁷⁴⁴ Cass. crim., 14 oct. 1997: Bull. crim., 334; Dr. Pénal 1998, comm. 25, J.-H. ROBERT; Rev. sc. crim., 1998, p. 328, note Y. MAYAUD.

⁷⁴⁵ Cass. Crim., 17 juin 1997, n° 95-83010 : Bull. Crim. 1997, n° 237.

⁷⁴⁶ Cass. crim., 18 oct. 1995, n° 94-83576.

⁷⁴⁷ Cass. crim., 17 juin 1997 n° 95-83010 : Bull. crim., n° 237, Dr. Pénal 1998, comm. 188, J.-H. ROBERT, M. VERON ; Cass. crim., 28 févr. 1995, n° 94-82577 ; Cass. crim., 9 nov. 1998, n° 97-86647.



commandement⁷⁴⁸. Sont électeurs « employeurs » dans la section « encadrement », les cadres détenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise une délégation particulière d'autorité, établie par écrit, permettant de les assimiler à un employeur⁷⁴⁹. En matière d'élections professionnelles, le salarié délégataire ne saurait, selon la Cour de cassation, être électeur (donc éligible) aux fonctions de représentant du personnel⁷⁵⁰ dès lors que la délégation reçue permet de l'assimiler à l'employeur. Il perd également la possibilité d'être désigné en qualité de délégué syndical⁷⁵¹, représentant syndical ou représentant d'une section syndicale⁷⁵². Peu importe que la délégation n'ait pas été expressément acceptée par l'intéressé⁷⁵³.

2°. La situation du délégant

289. Un principe. Le transfert de responsabilité résultant de la délégation a, dans le même temps, pour effet d'exclure la responsabilité de l'employeur. Cette exclusion est de droit⁷⁵⁴. Le transfert de responsabilité ne s'opère cependant que dans la limite des pouvoirs transférés par l'employeur au délégataire⁷⁵⁵. Le délégant demeure responsable des infractions commises dans les domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une délégation de pouvoirs. Ainsi, une délégation valablement concédée pour la présidence du CHSCT ne saurait valoir pour les autres instances de représentation du personnel⁷⁵⁶.

⁷⁴⁸ C. trav., art. L. 1441-3 ; Circ. 16 mars 1992 relative à l'organisation des élections prud'homales, JO, 3 avr. 1992, p. 4971 et A. COEURET, « Les responsabilités assumées par le salarié, Source d'indépendance ? », Rev. Trim. de la CA de Versailles, 1996, p. 243.

⁷⁴⁹ C. trav., art. L. 1441-4.

⁷⁵⁰ Cass. soc., 6 mars 2001: Bull. civ., V, n° 73, RJS, 2001, n° 620; JSL 2001, n° 77, p. 10, obs. M. HAUTEFORT; Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 01-60670 : Bull. civ., V, n° 285, Dr. social 2002, p. 1080, note F. DUQUESNE ; Cass. soc., 6 févr. 2002, n° 00-60488 : Bull. civ., V, n° 58.

⁷⁵¹ Cass. soc., 21 mai 2003, n° 01-60882 : Bull. civ., 2003, n° 171, RJS, 2003, n° 1036.

⁷⁵² Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 05-60158 : Bull. Civ. V, n° 39 ; Cf. A. COEURET, « Les responsabilités assumées par le salarié, Source d'indépendance ? », Rev. Trim. de la CA de Versailles, 1996, p. 243.

⁷⁵³ Cass. soc., 4 avr. 2007, n° 06-60124.

⁷⁵⁴ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 101.

⁷⁵⁵ Cass. Crim. 27 févr. 1995, n° 94-82178 : Dr. pén. 1997, n° 150 ; Cass. crim., 6 mai 1996, n° 95-83340.

⁷⁵⁶ Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-83101 : Bull. crim., n° 129 ; Ch. NEAU-LEDUC, « La responsabilité du dirigeant employeur : éclairage d'actualité », RLDA, 2006, p. 78.



290. Exceptions. Le principe d'exclusion n'est pas sans limites. La Cour de cassation consacre une double limitation. Elle réserve deux hypothèses, selon que l'employeur s'est immiscé dans les fonctions du délégataire ou que la loi en a disposé autrement⁷⁵⁷.

291. En premier lieu, toute ingérence du délégant, de quelque manière que ce soit, dans la mission confiée au délégataire est condamnée par la Cour de cassation. L'immixtion du délégant naît du seul fait d'interférer dans la mission confiée au délégataire, d'altérer son indépendance. Ainsi, l'obligation mise à la charge du délégataire d'en référer au dirigeant pour l'exécution de sa mission caractérise l'immixtion du délégant⁷⁵⁸.

292. L'immixtion est également caractérisée lorsque l'employeur prend part personnellement à la réalisation de l'infraction⁷⁵⁹. Tel est le cas lorsqu'averti de la nécessité de la consultation, il a volontairement pris la décision de ne pas consulter le comité central d'entreprise préalablement à la signature d'un accord⁷⁶⁰. Il ne saurait s'exonérer de sa responsabilité en invoquant une délégation de pouvoirs. L'immixtion est enfin caractérisée lorsqu'est constaté un « dysfonctionnement dans l'organisation de l'entreprise » ayant concouru à la commission de l'infraction et qui est en principe imputable à l'employeur⁷⁶¹. Cette participation personnelle, « en aval⁷⁶² » de la délégation de pouvoirs, ne remet pas nécessairement en cause son existence mais en annihile les effets⁷⁶³.

⁷⁵⁷ Cass. crim., 11 mars 1993 : Bull. crim., 1994, n° 112.

⁷⁵⁸ Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85253 : Bull. crim., 2007, n° 86, Rev. des Sociétés, 2007, p. 590, note B. BOULOC ; Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-45420 : Bull. civ., V, n° 284 ; RJS, 2001, n° 175 ; Dr. social 2001, p. 209 obs. J. SAVATIER.

⁷⁵⁹ Cass. crim., 26 nov. 1985, n° 73-92625 ; Cass. crim., 20 mars 1995, n° 93-85076 : Bull. crim., 1995, n° 114. Voir *a contrario* Cass. crim., 28 oct. 2008, n° 04-87365.

⁷⁶⁰ Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-84307 : Bull. crim., 2003, n° 101.

⁷⁶¹ Cass. crim., 25 mars 1997, n° 96-82163.

⁷⁶² M. GIACOPELLI-MORI, « La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », Rev. sc. crim., 2000, p. 525.

⁷⁶³ Cass. crim., 29 avr. 1996, n° 93-85169 : Bull. crim., 1996, n° 173 ; Cass. crim., 19 août 1997, n° 96-83944 : Bull. crim., 1997, n° 285, Rev. Sociétés, 1997, p. 863, obs. B. BOULOC ; Cass. crim., 15 mars 1994, n° 93-82109 : Bull. crim., 1994, n° 100, D. 1995, p. 30, note Y. REINHARD. En conservant « un pouvoir de direction, une autorité nécessaire à la mission de prévention, le chef d'entreprise ne met plus en mesure le délégataire d'assurer l'obligation déléguée. (...) Ce que le chef d'entreprise a donné au délégataire d'une main, il le lui reprend de l'autre » (M. GIACOPELLI-MORI, « La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », Rev. sc. crim., 2000, p. 525).



293. En second lieu, la Cour de cassation réserve l'hypothèse dans laquelle « la loi en dispose autrement ». Cette restriction trouve sa raison d'être dans le principe de légalité des délits et des peines applicable en droit pénal aux termes duquel le texte d'incrimination est d'interprétation stricte. Ce principe est à l'origine, de manière implicite, d'un certain nombre de décisions retenues notamment en matière d'entrave⁷⁶⁴. Ainsi, le chef d'entreprise ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant une délégation de pouvoirs autorisant un cadre à présider à sa place le CHSCT, dans la mesure où la décision qu'il convenait de prendre concernait les conditions générales de travail, domaine ressortissant exclusivement de la compétence du délégué⁷⁶⁵. La délégation de pouvoirs est à nouveau privée d'effet.

294. La non admission d'une délégation « en raison de l'existence d'une disposition légale précise et limitative⁷⁶⁶ » emporte également des effets sur le plan civil et pose la question de sa licéité. La délégation de pouvoirs est un acte⁷⁶⁷ qui doit satisfaire aux conditions essentielles posées à l'article 1108 du Code civil. Ainsi, l'obligation est nulle lorsque l'objet est frappé d'une impossibilité absolue, tenant par exemple à une prohibition légale⁷⁶⁸. L'illicéité de l'objet entraîne la nullité de l'acte de délégation et de tous les actes subséquents de manière rétroactive. Les consultations du comité

⁷⁶⁴ Y. REINHARD, note sous Cass. crim., 15 mars 1994, n° 93-82109 : Bull. crim., 1994, n° 100, D., 1995, p. 30.

⁷⁶⁵ Cass. crim., 15 mars 1994, n° 93-82109 : Bull. crim., 1994, n° 100, D. 1995, 30, note Y. REINHARD. Une solution identique est retenue en matière d'entrave au comité d'entreprise. Lorsqu'il confie à un représentant le soin de présider cette instance, le chef d'entreprise doit, s'assurer qu'elle a été régulièrement consultée avant d'adopter une mesure entrant dans son champ de compétence : Cass. crim., 3 mars 1998, n° 96-8508 : Bull. crim., 1996, n° 81 ; RJS, 1998, n° 749.

⁷⁶⁶ Y. REINHARD, note sous Cass. crim., 15 mars 1994, n° 93-82109 : Bull. crim., 1994, n° 100, D. 1995, p. 30.

⁷⁶⁷ Sur les rapports de la délégation de pouvoirs et du contrat de mandat, cf. N. FERRIER, La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2005, n° 136 et s., p. 193 ; Ph. PETEL, Les obligations du mandataire, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 1988, n° ??? ; Y. PAGNERRE, « L'articulation des normes générales et des normes spéciales en droit du travail », in L'articulation des normes en droit du travail, sous Dir. B. TEYSSIE, Economica, 2011, n° 142 ; Sur le rejet du mandat cf. F. MARMOZ, La délégation de pouvoir, Litec, Bibl. Droit de l'entreprise, 2000, n° 216 et s., p. 75.

⁷⁶⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 600, p. 331 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, Droit des obligations, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2012, n° 259, p. 202.



d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ou du comité d'entreprise menées par le délégué sont entachées de nullité⁷⁶⁹. Le délit d'entrave peut être caractérisé.

295. Les conséquences pratiques sont importantes. Il faut procéder à nouveau à l'ensemble des consultations qu'impose le Code du travail. Plane la menace d'une suspension de l'opération en cours.

B. Une responsabilité cumulative

296. Pour les infractions de droit commun et pour certaines infractions relevant du droit pénal du travail, le cumul de responsabilités n'est pas exclu⁷⁷⁰ via les notions classiques de coaction et de complicité (1°). L'engagement de la responsabilité de la personne morale peut aussi conduire à une forme de responsabilité cumulative (2°).

1°. Délégué et déléguant

297. Situations juridiques. Le coauteur a personnellement concouru aux actes matériels constitutifs de l'infraction. Le complice se contente de coopérer à la commission de l'infraction « par un acte matériel (...) avec intention⁷⁷¹ ».

298. La responsabilité du coauteur est une responsabilité personnelle qui ne dépend nullement de celle des autres auteurs de l'infraction. Il peut être poursuivi et condamné indépendamment⁷⁷² de ces derniers. Les peines, les causes d'atténuation ou d'aggravation sont « propres à chaque coauteur et n'ont aucun effet sur la peine de l'autre⁷⁷³ ». La situation juridique du complice dépend en revanche de celle de l'auteur et repose sur le système de l'emprunt absolu de criminalité. L'acte du complice n'a pas de criminalité propre. Il emprunte celle de l'acte de l'auteur principal. La condamnation du complice exige que soit constatée tant l'infraction commise par l'auteur que les

⁷⁶⁹ Sur les effets de la nullité, cf. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 715 et s, p. 419.

⁷⁷⁰ En ce sens : A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 346, p. 203.

⁷⁷¹ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 311, p. 274.

⁷⁷² Pour une présentation des critiques de cette indépendance, cf. E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 943, p. 639.

⁷⁷³ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 311, p. 274.



éléments constitutifs de la complicité. Doit être relevée la présence d'un fait principal punissable constitutif d'un crime ou d'un délit⁷⁷⁴, consommé ou tenté par l'auteur principal. Mais l'existence d'un fait punissable suffit ; il n'est pas nécessairement puni ; le complice peut être poursuivi et condamné alors même que l'auteur principal ne l'est pas⁷⁷⁵. La complicité suppose aussi un acte de participation positif, consommé et antérieur ou concomitant à l'infraction⁷⁷⁶. Alors que la responsabilité pénale du coauteur est personnelle⁷⁷⁷, tel n'est pas le cas de celle du complice : il encourt les mêmes peines que l'auteur⁷⁷⁸.

299. Application au délit d'entrave. L'entrave donne lieu à peu d'applications de la notion de complicité⁷⁷⁹. Sont plutôt constatées des situations juridiques assimilables à la coaction⁷⁸⁰. Lorsque la Cour de cassation retient la responsabilité conjointe de chefs d'entreprise et de leurs « délégués », est posée la question de l'effectivité de la délégation de pouvoirs. Ainsi, en est-il lorsqu'est retenue la responsabilité conjointe pour entrave du chef d'entreprise et d'un cadre chargé de la présidence du comité, faute de consultation de ce dernier sur de nouveaux plans de rémunération, la politique salariale relevant des prérogatives du chef d'entreprise ; le délégué est également poursuivi en ce qu'il a directement participé aux faits délictueux puisqu'il avait la charge du bon fonctionnement du comité⁷⁸¹.

300. De la responsabilité conjointe de chefs d'entreprise et de leurs délégués pour des faits d'entrave, la jurisprudence offre d'autres illustrations. Deux présidents successifs d'une société et un directeur chargé des affaires sociales sont poursuivis pour entrave au fonctionnement du comité centrale d'entreprise en raison d'une élaboration

⁷⁷⁴ C. pén., art. 121-7.

⁷⁷⁵ Cass. Crim. 25 oct. 2005, n° 06-81060 : Bull. Crim. 2006, n° 267: L'auteur peut ne pas être puni parce qu'il est mort ou parce qu'il est inconnu ou en application d'une incapacité liée à l'âge ou à une déficience mentale.

⁷⁷⁶ Sur ce point: cf. E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n°1053 et s., p. 695.

⁷⁷⁷ Il sera poursuivi et condamné seul dès lors que le fait qui lui est reproché est punissable à son égard.

⁷⁷⁸ C. pén., art. 121-7.

⁷⁷⁹ Contra : T. Corr. Béthune, 12 nov. 1996, 7^{ème} ch., Meresse : RJS, 1997, n° 552 : ont été reconnus coupables de délit d'entrave un directeur du personnel et son dirigeant, les juges ayant notamment relevé que les courriers étaient cosignés.

⁷⁸⁰ TGI de Besançon, Ch. Cor. 18 nov. 1994, in Dr. ouvrier, 1995, p.150.

⁷⁸¹ Cass. crim., 3 mars 1998, n° 96-85098 : Bull. crim., 1998, n° 81; Rev. sc. crim., 1998, 763, obs. B. BOULOC ; Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-84307 : Bull. crim., 2003, n° 101 ; Cass. crim., 11 juin 2002, n° 3563: RJS, 2002, n° 1134.



unilatérale et d'une communication hors délais de l'ordre du jour, d'une présentation incomplète et tardive des bilans sociaux, de manquements divers dans la procédure de consultation et d'information du comité d'entreprise. La responsabilité des dirigeants est engagée en raison des défaillances relevées sur des mesures ressortissant de leur pouvoir propre. La responsabilité du directeur des affaires sociales l'est pour ne pas avoir rempli avec rigueur les obligations qui lui incombent au titre du fonctionnement de l'institution représentative du personnel⁷⁸². La responsabilité « conjointe » retenue par le juge s'apparente à la coaction. En effet, les auteurs du délit d'entrave ont contribué à la réalisation de ses éléments matériels et intentionnels ; la preuve de la coexistence de deux volontés conjointes et distinctes tendant au même but a été rapportée. L'effectivité de la délégation de pouvoirs en sort affaiblie⁷⁸³. Faut-il conclure à une généralisation de l'exclusion de la délégation de pouvoirs en matière de représentation du personnel⁷⁸⁴ ou décider que le cumul de responsabilité est « le signe d'un dysfonctionnement de la délégation elle-même⁷⁸⁵ » ? Une vision plus nuancée s'impose : la délégation de pouvoirs, bien qu'inopérante lorsqu'elle est relative aux mesures ressortissant du pouvoir propre de direction, n'en est pas moins effective lorsqu'elle porte sur le seul fonctionnement des institutions représentatives du personnel. Le cumul des responsabilités n'est donc pas systématiquement synonyme de dysfonctionnements. Liées à une délégation de pouvoirs, il tend à devenir au contraire la norme en matière de représentation du personnel. La porte de la délégation de pouvoirs demeure entrouverte, *a minima* sur les aspects fonctionnels de la représentation du personnel, *a maxima* sur l'ensemble des dispositions intéressant leur organisation et leurs attributions⁷⁸⁶.

2°. Déléataire et personne morale

⁷⁸² Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84318 : Bull. crim., 2007, n° 126, Rev. sc. crim., 2008, p. 349, obs. A. CERF-HOLLENDER ; Dr. pén., 2007, n° 7, comm. 108, obs. J.-H. ROBERT. Une solution identique est retenue dans un arrêt de la chambre criminelle portant sur la mise en place des institutions représentatives du personnel : Cass. crim., 6 nov. 2007, n° 06-86027 : Bull. crim., 2007, n° 266, Dr. pén., 2008, comm. n° 23, obs. J.-H. ROBERT.

⁷⁸³ Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84318 : Bull. crim., 2007, n° 126 ; Cass. crim., 6 nov. 2007, n° 06-86027 : Bull. crim., 2007, n° 266.

⁷⁸⁴ A. CERF-HOLLENDER, note sous Cass. crim., 15 mai 2007, n° 06-84318 : Bull. crim., 2007, n° 126 ; Rev. sc. crim., 2008, p. 349.

⁷⁸⁵ Y. MAYAUD, « Responsables et responsabilité », Dr. social 2000, p. 946.

⁷⁸⁶ Cass. Crim., 16 sept. 2003, n° 02-86661 : Bull. crim., 2003, n° 164.



301. Absence d'exonération. La responsabilité de la personne morale peut être engagée⁷⁸⁷ dès lorsqu'un acte a été commis par l'un de ces organes ou représentants⁷⁸⁸. Il n'y a pas lieu d'établir de faute distincte à la charge de la personne morale pour engager sa responsabilité. Un préposé accède à la qualité de représentant de la personne morale⁷⁸⁹ lorsqu'il est investi d'une délégation de pouvoirs⁷⁹⁰. Celle-ci produit « un effet translatif de représentation à l'égard de la personne morale dont la responsabilité pénale doit être engagée en toute hypothèse car c'est en son nom que l'organe ou le représentant agit⁷⁹¹ ». L'absence d'exonération de la délégation de pouvoirs à l'égard des personnes y trouve sa justification dans un certain nombre de raisons plus ou moins convaincantes⁷⁹². Cette mise en cause systématique de la responsabilité de la personne morale sans que soit parfaitement identifié le représentant ou l'organe agissant en son nom n'est pas à l'abri de toute critique⁷⁹³.

302. Parmi les justifications avancées, celle tenant à accroître la responsabilité des personnes morales tout en allégeant celles des personnes physiques⁷⁹⁴ doit être écartée d'emblée. De même, est contestable celle aux termes de laquelle « la délégation de pouvoirs implique la délégation de la représentation⁷⁹⁵ ». Moins contestable est l'argument tiré de « l'inégalité difficilement justifiable entre le chef d'entreprise et le délégataire, celui-ci ne pouvant, quoique placé dans la même situation, voir sa

⁷⁸⁷ Cass. crim., 9 nov. 1999 : Bull. crim., n° 256, Dr. pén., 2000, comm. 56, note M. VERON ; Rev. sc. crim., 2000, p. 600, obs. B. BOULOC. Une solution identique est retenue en matière de subdélégation : Cass. crim., 26 juin 2001 : Bull. crim., 2001, n° 161.

⁷⁸⁸ C. pén., art. 121-2.

⁷⁸⁹ Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à son entrée en vigueur.

⁷⁹⁰ Cass. crim., 14 déc. 1999, n° 99-80104 : Bull. crim., 1999, n° 306 ; Dr. pén., 2000, n° 56. Cass. crim., 23 nov. 2010, n° 09-85115).

⁷⁹¹ E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1107, p. 672.

⁷⁹² Pour une présentation exhaustive des thèses, cf. J.-H. ROBERT, *Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ?*, in *La sanction du droit*, Mél. P. COUVRAT, PUF, 2001, p. 383.

⁷⁹³ Une partie de la doctrine refuse au délégué la qualité de représentant. En ce sens, cf. J.-F. BARBIERI, « L'incidence de la réforme du Code pénal sur la gestion des personnes morales », *Les petites affiches*, 1993, n° 130, p. 22 et spéc. p. 28 ; M.-E. CARTIER, « La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ? », *JCP* 1994, éd. E, suppl. n° 5, p.34 ; J.-H. ROBERT, *Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ?*, in *La sanction du droit*, Mél. P. COUVRAT, PUF, 2001, p. 383.

⁷⁹⁴ B. MERCADAL, « La responsabilité des personnes morales et celles des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits », *RJDA* 1994, p.375.

⁷⁹⁵ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit Pénal Général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 608, p. 585.



responsabilité pénale atténuée par celle de la personne morale⁷⁹⁶ ». L'automaticité de la mise en cause de la responsabilité des personnes morales, notamment en matière d'accident du travail⁷⁹⁷, mérite d'être dénoncée. Elle produit un effet démobilisateur : « les chefs d'entreprise et les collaborateurs ne se sentent plus menacés par la sanction pénale⁷⁹⁸ ». Les personnes morales supporteraient alors « le risque pénal » comme les autres risques liés à la vie de l'entreprise en recourant à des provisions comptables ou en constituant une « caisse noire ». Cette systématisation de la mise en cause de la responsabilité des personnes morales ne tient pas tant à l'objet⁷⁹⁹ de la délégation de pouvoirs qu'à la conception fonctionnelle de la notion de « représentant » retenue par la chambre criminelle, ce terme désignant « tout titulaire secondaire du pouvoir de direction légitimement investi d'une partie de celui-ci par la délégation⁸⁰⁰ ».

303. Par un arrêt du 11 octobre 2011⁸⁰¹, la Chambre criminelle tend cependant à revenir à une exigence d'identification de la personne physique auteur de l'infraction pour s'assurer qu'elle peut être effectivement considérée comme « un organe » ou un représentant de la personne morale. L'exigence d'identification n'est pas nouvelle⁸⁰² mais elle est affirmée avec vigueur mettant fin aux incertitudes nées des décisions précédentes⁸⁰³. En l'absence de délégation de pouvoirs parfaitement identifiée, les salariés ne sauraient être qualifiés de « représentants » de la personne morale⁸⁰⁴.

⁷⁹⁶ F. DESPORTES, Cah. Jur. élect. et gaz, 1996, n° 519, p. 98 et 99 ; dans le même sens E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1107, p. 672.

⁷⁹⁷ A. COEURET, « La responsabilité pénale des personnes morales pour accident du travail », Dr. social 1996, p. 158.

⁷⁹⁸ A. COEURET, « La responsabilité pénale des personnes morales pour accident du travail », Dr. social 1996, p. 158.

⁷⁹⁹ Selon le professeur COEURET, les infractions commises à l'occasion de délégations portant sur « la gestion administrative » (embauche, licenciement, conclusion de conventions) peuvent être imputables à la personne morale. L'auteur des faits apparaît comme le mandataire de celle-ci. En revanche, les infractions commises à l'occasion des délégations de pouvoirs portant sur la « gestion technique » ne sauraient lui être imputées. A. COEURET, « La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture », Rev. sc. crim., 1992, p. 475, et spéc. p. 490 et 491.

⁸⁰⁰ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 368, p. 224.

⁸⁰¹ Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212 : Bull. crim., 2011, n° 202.

⁸⁰² Cass. crim., 23 mai 2006, n° 05-84846 ; Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 09-83991 : Dr. pén., 2010, comm., 74, note M. VERON.

⁸⁰³ Cass. crim., 20 juin 2006, n° 2006, n° 05-85.255 : Bull. crim., 2006, n° 188, D. 2007, p. 617, note J.-C. SAINT-PAU ; JCP G, 2006, II, 10199, note E. DREYER ; Dr. pén., 2006, comm., 128, 2^o esp., note M. VERON ; Rev. sc. crim., 2006, p. 825, obs. Y. MAYAUD ; Cass. crim., 15 févr. 2011, n° 10-85324 : Dr. pén., 2011, comm. 62, note M. VERON ; Cass. crim., 26 juin 2007, n° 06-84821 : Dr. pén., 2007,



II. La délégation comme moyen de défense

304. Actori incumbit probatio⁸⁰⁵. La charge de la preuve incombe au ministère public ou à la partie civile⁸⁰⁶. A eux de qualifier juridiquement l'infraction. Encore faut-il tenir compte d'un certain nombre de « présomptions de culpabilité⁸⁰⁷ » qui « ont pour effet, en droit comme en fait, de mettre à la charge de la personne poursuivie la preuve de son innocence, alors que la partie poursuivante ne dispose pas toujours des moyens pour le faire⁸⁰⁸ ».

305. En matière de travail dissimulé⁸⁰⁹, se fondant sur le pouvoir de direction de l'employeur a été créée une forme de présomption de culpabilité. Or, « le dirigeant comme tout citoyen, doit bénéficier de la présomption d'innocence et ne devrait pas supporter la preuve d'un acte qui, s'il s'était prouvé, lui permettrait d'échapper à une condamnation pénale. C'est au ministère public (...) qu'incombe cette charge de prouver l'absence de délégation⁸¹⁰ ». Si, pour la chambre criminelle, aucune présomption de culpabilité ne pèse sur l'employeur⁸¹¹, il n'en demeure pas moins que la partie poursuivie supporte la charge de la preuve (A) non en vertu d'une présomption mais en application du principe classique de droit civil selon lequel le défendeur doit apporter la preuve des moyens de défense qu'il invoque (B).

A. Invocation

306. Pour tenter de s'exonérer de sa responsabilité pénale, le chef d'entreprise peut invoquer une délégation de pouvoirs. Le plus tôt sera le mieux : « plus tôt la délégation

comm. 135, note M. VERON ; Cass. crim., 22 févr. 2011, n° 10-87.676 : Gaz. Pal. 30-31 mars 2011, p. 8, note J.-C. SAINT-PAU.

⁸⁰⁴ J.-F. CESARO, note sous Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212 : Bull. crim., 2011, n° 202; JCP S, 2011, 1543. Sur les conditions de la mise en cause de la responsabilité des personnes morales.

⁸⁰⁵ H. ROLAND, L. BOYER, Adages du droit français, Litec, 4^{ème} éd., p. 16.

⁸⁰⁶ Lorsqu'elle se constitue par la voie de l'action.

⁸⁰⁷ J. BUISSON, « Les présomptions de culpabilité », Procédures, 1999, p. 3.

⁸⁰⁸ S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure pénale, Litec, 7^{ème} éd., 2011, n° 518 et s, p. 551.

⁸⁰⁹ C. trav., art. L. 8221-4.

⁸¹⁰ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 93.

⁸¹¹ Cass. crim., 8 oct. 2002, n° 02-82754, 02-82755, 02-82756, 02-82758, 02-82759, 02-82760, 02-82771.



de pouvoirs [est] invoquée, plus il y aura là un indice favorable à sa reconnaissance⁸¹²». Invocable en première instance⁸¹³ et en cause d'appel⁸¹⁴, elle ne peut l'être pour la première fois devant la Cour de cassation⁸¹⁵. En outre, une invocation tardive peut affaiblir le caractère certain de la délégation de pouvoirs⁸¹⁶. Invoquée⁸¹⁷, elle impose au juge de répondre à ce moyen de défense⁸¹⁸.

B. Preuve

307. Aux termes de l'article 427 du Code de procédure pénale, « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». L'office de l'employeur (1°) et celui du juge (2°) sont tour à tour sollicités.

1°. L'office de l'employeur

308. Contradiction. « Aucun formalisme particulier ne conditionne la validité de la délégation de pouvoirs. Son existence est une question de fait ». L'écrit n'est pas nécessaire⁸¹⁹. A condition qu'elle soit certaine et dénuée de toute ambiguïté, la délégation pourrait être purement verbale et ne consister qu'en des consignes précises ou une mission spécifique confiée au salarié⁸²⁰. Reste que la Cour de cassation n'admet pas l'efficacité d'une délégation purement verbale⁸²¹. D'aucuns ont essayé de distinguer le régime de la preuve selon la nature des fonctions du salarié : les directeurs techniques bénéficieraient d'une délégation tacite alors que pour les autres salariés une délégation

⁸¹² A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 336, p. 198.

⁸¹³ Cass. crim., 13 juin 1991, n° 90-81544.

⁸¹⁴ Cass. crim., 5 janv. 1993, n° 92-81918 : Bull. crim., n° 6 ; Cass. crim., 29 juin 1999, n° 98-84993 : Dr. ouvrier, 1999, p. 383. Telle n'a pas toujours été la solution retenue par la Cour de cassation : Voir notamment : Cass. crim., 26 juin 1952 : Bull. crim., n° 168 ; Cass. crim., 23 févr. 1988 : Bull. crim., n° 93.

⁸¹⁵ Cass. crim., 26 sept. 2000, n° 00-80034 ; Cass. crim., 7 avr. 2004, n° 03-83512 ; Cass. crim., 8 juin 2004, n° 03-86331.

⁸¹⁶ CA Paris, 20^{ème} Ch. Corr., 3 juin 1988, JurisData n°1988-024616.

⁸¹⁷ Il n'appartient pas au juge d'en rechercher l'existence : Cass. crim., 23 nov. 1950 : Bull. crim., 1950, n° 267 ; Cass. crim., 26 juin 1952 : Bull. crim., 1952, n° 168.

⁸¹⁸ Implicitement Cass. crim., 22 janv. 1986, n° 84-95210 : Bull. crim., n° 30.

⁸¹⁹ Cass. crim., 26 juin 1979 : Bull. crim., n° 232.

⁸²⁰ SSL, *Notion de délégation de pouvoir*, 1996, n° 815, p. 14.

⁸²¹ Cass. crim., 11 mars 1993 : Bull. crim., n° 6.



de pouvoirs expresse serait exigée⁸²². Une telle distinction ne saurait être accueillie. La preuve de la délégation de pouvoirs ressort souvent, en pratique, d'un faisceau d'indices.

309. Exclusion des délégations formelles. La délégation de pouvoirs ne saurait être uniquement déduite d'un organigramme⁸²³, d'une fiche de fonction, « d'une charte de poste⁸²⁴ » figurant dans une convention collective⁸²⁵, d'une note de service⁸²⁶, d'un relevé de consignes courantes de sécurité⁸²⁷, d'une circulaire rédigée en termes généraux adressée à l'ensemble du personnel d'encadrement⁸²⁸, d'un règlement intérieur⁸²⁹. Néanmoins, le rôle probatoire de ces documents est essentiel s'ils sont « suffisamment précis et corroborés par un transfert effectif de pouvoirs⁸³⁰ ».

310. En pratique, il est important de formaliser la délégation par écrit⁸³¹. Le contrat de travail est son support naturel⁸³². La délégation doit être précise et complète, indiquant l'identité des protagonistes, son périmètre, son objet, la nature des pouvoirs transférés, les moyens dont dispose le délégataire, la date de prise d'effet de l'acte, sans oublier sa signature.

311. Faisceau d'indices. L'employeur doit apporter des éléments précis et convaincants permettant de démontrer l'effectivité du transfert du pouvoir. La preuve de cette effectivité n'est pas toujours fournie selon, que la délégation découle de la nature des fonctions⁸³³ ou de la structure de l'entreprise⁸³⁴. En outre, les preuves

⁸²² B. BOUBLI, « La délégation de pouvoirs depuis la loi du 6 déc. 1976, Dr. social, 1977, p.82.

⁸²³ Cass. crim., 28 janv. 1975 : Bull. crim., n° 32 ; Cass. crim., 15 janv. 1980, *Hiard*; Cass. crim., 29 janv. 1985 : JCP E, 1985, II, 14531, note O. GODARD.

⁸²⁴ Cass. crim., 22 mai 1990, n° 89-85416.

⁸²⁵ Cass. crim., 25 févr. 1992 : Bull. crim., n° 179.

⁸²⁶ Cass. crim., 17 juin 1997 : Bull. crim., 1997, n° 237 ; Cass., crim. 13 sept. 2005, n° 05-80035 ; Voir aussi Th. JOFFREDO, « La délégation de pouvoir le juge et l'entreprise », JCP S, 2006, 1886.

⁸²⁷ Cass. crim., 2 oct. 1979, *Cirilli*, n° 78-93334: Bull. civ. 1979, n° 267.

⁸²⁸ Cass. crim., 28 nov. 1979, *Sivieude*.

⁸²⁹ Cass. crim. 11 janv. 1955 : Bull. crim., n° 21.

⁸³⁰ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 339, p. 200.

⁸³¹ La forme écrite est recommandée par le ministère dans la circulaire du 2 mai 1977.

⁸³² Th. JOFFREDO, « La délégation de pouvoir le juge et l'entreprise », JCP S, 2006, 1886.

⁸³³ Cass. crim., 2 oct. 1979: Bull. crim., 1979, n° 267.

⁸³⁴ Cass. crim., 25 mai 1993, n° 92-85822.



communiquées doivent être « dignes de foi⁸³⁵ ». L'employeur doit enfin se garder de dénigrer les capacités du salarié concerné⁸³⁶.

2°. L'office du juge

312. La réalité et la portée de la délégation de pouvoirs sont laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond⁸³⁷. Leur décision doit être suffisamment motivée « de façon à permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur la qualité des faits⁸³⁸ ». Le contrôle des critères empruntés à l'autorité, aux moyens et à la compétence doit être opéré globalement⁸³⁹. En résulte une grande variété de décisions, l'appréciation du juge étant fonction de la nature de l'activité, de la taille de l'entreprise et du domaine dans lequel elle déploie son action. Faut-il en tirer la conclusion qu'un encadrement législatif s'impose ? Rien n'est moins sûr tant la loi aurait du mal à épouser l'extrême diversité des situations et à s'adapter à la réalité des entreprises.

Section II - L'imputation de la responsabilité aux personnes morales

313. Au regard des objectifs fixés par la loi, la responsabilité pénale des personnes morales apparaît nécessaire en matière d'infractions non intentionnelles. Néanmoins, elle s'adapte mal aux infractions intentionnelles. Comme pris par un sentiment d'inquiétude face à l'ampleur de la réforme, le législateur s'est prononcé en faveur du cumul des responsabilités pénales en ce qui concerne ces infractions. Retenir une conception cumulative et non alternative des responsabilités revient à condamner le

⁸³⁵ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 341, p. 201.

⁸³⁶ Ainsi, un chef d'entreprise qui, lors de la phase d'instruction, aurait maladroitement présenté un salarié comme un « *bon ouvrier, gentil mais pas d'une intelligence foudroyante, un bon exécutant* » ne saurait de façon crédible soutenir ultérieurement que l'intéressé était son délégataire (Cass. Crim., 17 févr. 2004, n° 03-81687).

⁸³⁷ Cass. crim., 3 déc. 1998 : Bull. crim., 1998, n° 332 ; Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87590, Bull. Joly Sociétés 2007, 1256, § 331, note D. CHILSTEIN.

⁸³⁸ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 342, p. 202.

⁸³⁹ « Cette appréciation globale (...) apparaît comme la seule solution possible dans la mesure où la frontière entre les critères jurisprudentiels est relativement poreuse » (Master II Droit pénal et science criminelle, Univ. Toulouse I, « La délégation de pouvoirs : jusqu'où ira le juge pénal dans le contrôle de l'organisation interne de l'entreprise », Droit pénal, 2009, n° 9, étude 16).



dirigeant pour une faute qu'il n'avait pas commise personnellement. Il peut paraître contradictoire de soutenir le caractère alternatif de la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales tout en dénonçant les effets pervers de cette responsabilité qui conduit à « déresponsabiliser » les personnes physiques. Conjuguer la volonté de « responsabiliser » les acteurs de l'entreprise et respecter scrupuleusement les principes de droit pénal relève de l'insurmontable. Quelles solutions s'offrent à nous ? Faut-il revenir en arrière et ne retenir la responsabilité des personnes morales qu'en cas d'infractions non intentionnelles ? Une telle solution serait vécue comme un insupportable retour au passé. La responsabilité des personnes morales est entrée dans les mœurs. La solution se trouve-t-elle dans la « redéfinition » des critères d'engagement de leur responsabilité et des règles de partage des responsabilités et leur stricte application par le juge ?

314. L'altération de la responsabilité des personnes physiques est le fruit de l'action conjuguée du législateur et du juge (§ préliminaire) ; le domaine (§I) et les conditions (§II) de la responsabilité sont par eux façonnés.

§Préliminaire - Les origines du mal

315. L'altération de la responsabilité des personnes physiques ne résulte pas tant de la lettre de la loi que des circonstances qui ont entouré l'admission de la responsabilité des personnes morales. Les arguments favorables à une telle admission (I) ne font pas oublier l'origine du mal (II).

I. Les arguments favorables

316. La personne morale est une réalité technique (A) créée dans le but de répondre à une réalité criminologique (B).

A. Une réalité technique



317. La personne morale est une réalité⁸⁴⁰. Dès lors qu'un groupement est doté « d'une volonté collective distincte des volontés individuelles de ses membres, il convient de lui reconnaître la personnalité juridique⁸⁴¹ ». Cette thèse trouve appui dans l'œuvre de DURKHEIM et notamment dans la notion de « volonté collective » ou de « conscience collective » qu'il définit comme « l'ensemble de croyances et de sentiments communs à la moyenne des membres d'une société⁸⁴² ». A cette réalité sociologique, s'ajoute une réalité technique consacrée par la Cour de cassation. La personnalité civile n'est pas une création de la loi. Elle appartient, en principe, à tout groupement « pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés⁸⁴³ ». La personnalité juridique est octroyée de manière « naturelle » sans intervention des pouvoirs publics. Néanmoins, le groupement doit parvenir « à un degré d'organisation suffisant pour qu'à la cacophonie des expressions individuelles succède une expression collective, traduisant les orientations et décisions arrêtées en commun⁸⁴⁴ ».

B. Une réalité criminologique

318. Aux termes de l'article 121-2 du Code pénal, la responsabilité des personnes morales peut désormais être engagée. Ce texte traduit « la volonté du législateur d'appréhender des comportements collectifs jusqu'ici hors de portée de toute répression pénale⁸⁴⁵ ». La nécessaire adaptation à de nouvelles formes de délinquance en matière économique, environnementale, sociale et sociétale, les nouvelles formes juridiques des entreprises, la puissance des groupes de sociétés, ont largement contribué à l'essor d'une telle responsabilité. Selon les MM. LE GUNEHÉC et DESPORTES, il s'agissait

⁸⁴⁰ Sur le refus d'admettre le concept même de personnalité morale : M. PLANIOL, *Traité de droit civ*, t. I, 1^{ère} éd., n° 3016. Sur la réalité de la personne morale voir : L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^{ème} éd., 1932, par L. TROTABAS, p. 101, n° 45 et s. ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1938, p. 381, n° 665 ; D. MAYER, *Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales*, in *Mél. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p.295.

⁸⁴¹ B. TEYSSIE, *Droit Civil – Les personnes*, Litec, 14^{ème} éd., 2012, n° 873, p. 449.

⁸⁴² De la division du travail social, 1893.

⁸⁴³ G. LEVASSEUR note sous Cass. 2^{ème} Civ., 28 janv. 1954, D. 1954, 217 ; JCP G 1954, II, 7978, concl. LEMOINE ; *Dr. social* 1954, p. 161, note P. DURAND.

⁸⁴⁴ B. TEYSSIE, *Droit Civil – Les personnes*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2012, n° 879, p. 451.

⁸⁴⁵ J.-F. CESARO, *Droit Pénal : Responsabilités*, J.-Cl., *Travail* Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 117.



de tirer les conséquences d'une « réalité criminologique » dont l'exposé des motifs du projet de Code pénal déposé en 1986 se fait l'écho. « L'immunité actuelle des personnes morales est d'autant plus choquante qu'elles sont souvent, par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre économique ou à la législation sociale ». A un droit de plus en plus complexe, une solution adaptée devait être recherchée. La reconnaissance de la responsabilité des personnes morales y contribue.

319. En outre, parmi les effets souhaités, la reconnaissance de la responsabilité des personnes morales devrait permettre d'aborder tout ou partie des thèmes abandonnés au droit administratif, donnant lieu à la création de multiples autorités administratives indépendantes chargées de réguler des pans entiers de l'activité économique et sociale. En effet, alors que les juridictions pénales se trouvaient dans l'incapacité de sanctionner la personne morale, le CSA, l'AMF ou la HALDE le pouvaient⁸⁴⁶. La reconnaissance par le Code pénal de la responsabilité des personnes morales aurait dû mettre fin « au développement d'un droit para-pénal dont l'application est confiée à des organismes qui voient leur légitimité (...) souvent contestée⁸⁴⁷ ».

II. Les arguments défavorables

320. Certains arguments « avancés à l'appui de la responsabilité pénale des êtres collectifs, purement utilitaires, ramènent le droit pénal à un droit de la sanction⁸⁴⁸ ». La reconnaissance de la responsabilité des personnes morales s'est faite en violation de nombreux principes de droit pénal (A). Alors qu'il est avant tout « porteur d'une éthique⁸⁴⁹ », le droit pénal tend de plus en plus à être appréhendé sous l'angle économique (B).

A. Une violation de nombreux principes

⁸⁴⁶ Pour une critique des autorités administratives indépendantes et plus particulièrement du défenseur des droits (anciennement HALDE) : cf. V. MANIGOT, Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise. Réflexions sur un risque, LexisNexis, Planète social, 2012, p. 222.

⁸⁴⁷ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 576, p. 545.

⁸⁴⁸ Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, Droit pénal général, Masson/Armand Colin, 5^{ème} éd., 2000, n° 370, p. 198.

⁸⁴⁹ Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, Droit pénal général, Masson/Armand Colin, 5^{ème} éd., 2000, n° 370, p. 198.



321. Une imputation artificielle. Une personne morale n'a pas de conscience⁸⁵⁰. Ce n'est qu'à travers ses organes ou ses représentants qu'elle est capable d'intelligence et de volonté. Lorsque la faute est commise par une personne physique, l'imputation morale et matérielle est directe. En matière de responsabilité des personnes morales, le lien avec l'infraction est indirect. L'imputation se fait par l'intermédiaire d'une personne physique qui n'est autre que le dirigeant ou son représentant. L'imputation de responsabilité est « en grande partie artificielle⁸⁵¹ ».

322. Principe de personnalité des peines. De nombreux auteurs ont dénoncé les effets néfastes d'une sanction pénale prononcée à l'encontre de « l'être collectif⁸⁵² ».

323. La généralisation de la responsabilité des personnes morales a entraîné une généralisation de la peine d'amende. Or, qu'elles frappent les dirigeants personnes physiques ou la personne morale, les peines pécuniaires apparaissent insuffisantes et peu dissuasives. Perçues sous un angle purement financier par les dirigeants d'entreprise, les peines d'amende sont répercutées sur la clientèle ou font l'objet de provisions en amont. Seule la dissolution présente un réel caractère dissuasif et préventif ; « mais est-on certain que les juges la prononceront pour condamner au chômage l'ensemble du personnel ?⁸⁵³ ». Définir le quantum de la peine suppose de s'interroger sur les effets d'une sanction à l'égard des tiers. A cet égard, la responsabilité des personnes morales porte atteinte au principe de personnalité des peines. La sanction frappe les autres associés, les salariés, et plus largement tous ceux qui vivent grâce à la personne morale alors qu'ils sont restés étrangers à la faute commise par un dirigeant au nom du groupement. Cette atteinte au principe de

⁸⁵⁰ « Le propos (...) ne saurait, pour autant masquer le caractère fictif de la reconnaissance à un groupe d'un attribut qui appelle pensée et volonté, ce qu'un groupement, en soi – et par-delà l'illusion des mots – ne possède jamais » (B. TEYSSIE, *Droit Civil – Les personnes*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2012, n° 877, p. 450). Voir en ce sens : Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Masson/Armand Colin, 5^{ème} éd., 2000, n° 370, p. 198 ; Ph. CONTE, *La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal*, in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, sous dir. J.-H. ROBERT et S. TZITZIS, éd. Panthéon Assas, 2001, p. 110.

⁸⁵¹ Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Masson/Armand Colin, 5^{ème} éd., 2000, n° 370, p. 198

⁸⁵² Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Masson/Armand Colin, 5^{ème} éd., 2000, n° 371, p. 198.

⁸⁵³ Ph. CONTE, P. MAISTRE du CHAMBON, *Droit pénal général*, Masson/Armand Colin, 5^{ème} éd., 2000, n° 372, p. 198.



personnalité des peines doit cependant être tempérée ; toute peine a des répercussions à l'égard des tiers⁸⁵⁴.

324. En outre, sanctionner « l'être collectif » peut avoir un effet positif en ce que cette mesure invite « la totalité de ses membres à surveiller efficacement l'activité des dirigeants⁸⁵⁵ ». Appliquée au droit du travail, cette surveillance peut s'exprimer par le recours au droit de retrait⁸⁵⁶ d'un salarié confronté à un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé mais aussi par le recours au droit d'alerte du comité d'entreprise en matière économique⁸⁵⁷ ou par celui du CHSCT en matière d'hygiène et de sécurité⁸⁵⁸.

325. Équité. La reconnaissance de la responsabilité des personnes morales a entraîné la confrontation de deux principes. L'un des objectifs poursuivis par la réforme participait d'un souci d'équité. Afin d'assurer le respect du principe aux termes duquel « nul n'est responsable que de son propre fait », il apparaissait nécessaire de limiter la responsabilité personnelle des dirigeants, ce dont témoigne l'exposé des motifs. La reconnaissance de la responsabilité des personnes morales aura pour effet de faire disparaître « la présomption de responsabilité pénale qui pèse en fait aujourd'hui sur des dirigeants à propos d'infractions dont ils ignorent parfois l'existence ». Mais la position ainsi exprimée entre en conflit avec la maxime selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi ». Vue comme « un gage d'efficacité du système répressif⁸⁵⁹ », elle interdit à l'auteur d'une infraction d'échapper à la répression en arguant de son ignorance des

⁸⁵⁴ En ce sens voir E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1074, p. 712 : « Une peine privative de liberté ou une peine d'amende prononcée à l'encontre d'un père de famille emporte nécessairement des conséquences sur le train de vie de la famille ».

⁸⁵⁵ W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, « Coll. Domat », 1988, n° 315. Voir aussi J. AMAR, « Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén.*, 2001, *Chr.*, n° 37, p. 5.

⁸⁵⁶ Le salarié confronté à un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé a le droit d'arrêter son travail et, si nécessaire, de quitter les lieux pour se mettre en sécurité. L'employeur ou les représentants du personnel doivent en être informés (C. trav., art. L. 4131-1).

⁸⁵⁷ (C. trav., art. L. 2323-78) L'examen de la jurisprudence confirme d'ailleurs le caractère particulièrement extensif de la notion de « faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise ». L'existence de tels faits a ainsi été considérée comme établie en présence, notamment, d'un droit d'alerte motivé par un projet de modification de la structure juridique d'une société (Cass. soc., 28 oct. 1996, n° 95-10274) ou par les problèmes techniques, fonctionnels et de coût liés à la mise en œuvre d'un projet informatique (Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-13434).

⁸⁵⁸ C. trav., art. L. 4131-2 et L. 4132-1 et s.

⁸⁵⁹ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Thèse, Dalloz, 2009, n° 32, p. 43 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit Pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 674-1, p. 649 ; M.-L. RASSAT, *Droit Pénal général*, 2^{ème} éd., 2006, n° 305, p. 355.



textes⁸⁶⁰. Comment un employeur, au regard de la multiplication des normes, peut-il connaître l'état du droit français ?⁸⁶¹ Si le législateur informe les citoyens de la nature des comportements interdits⁸⁶², « en échange il leur impose l'obligation de se renseigner avant d'agir⁸⁶³ ».

326. En conséquence, l'ignorance des comportements répréhensibles ne saurait justifier la mise en cause systématique de la responsabilité de la personne morale au détriment de celle de la personne physique. Le principe aux termes duquel « nul n'est responsable que de son propre fait » trouve aussi à s'appliquer aux personnes morales. En outre, la sanction pénale prononcée à l'encontre de la personne morale en lieu et place du dirigeant personne physique a pour effet de les « déresponsabiliser⁸⁶⁴ ».

B. Une responsabilité fondée sur une logique économique

327. Logique économique. Les dirigeants « perçoivent la règle comme une contrainte qu'il leur revient de gérer au mieux de leurs intérêts avant de prendre une décision⁸⁶⁵ ». La condamnation de la personne morale devient un paramètre pris en compte avant la création d'un groupement et surtout une fois celui-ci constitué. Les dirigeants « estiment qu'il est parfois finalement plus rentable de ne pas respecter la réglementation compte tenu de la faiblesse de la sanction au regard des avantages résultant de la violation de la règle⁸⁶⁶ ». Cette logique est renforcée par le critère d'imputation de l'infraction : la faute a-t-elle « profité » à la personne morale ? La

⁸⁶⁰ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 674-1, p. 649.

⁸⁶¹ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 675, p. 649. Le Doyen CARBONNIER a recours aux termes de « stockage législatif » qui accentue toujours selon ses propres termes, « le caractère artificiel de la présomption de connaissance ». « La maxime nul n'est censé ignorer la loi » en droit français, in Journées de la société de législation comparée, 1984, France, Grèce, RFA, URSS, Pays Nordiques, Italie) Revue trimestrielle de droit comparé, 1984, p. 321.

⁸⁶² F. ROUSSEAU, L'imputation dans la responsabilité pénale, Thèse, Dalloz, 2009, n° 32, p. 43.

⁸⁶³ R. MERLE, A. VITU, Traité de Droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 7^{ème} éd., 1997, Cujas, n° 582, p. 733.

⁸⁶⁴ H. MATSOPOULOU, « La généralisation de la responsabilité des personnes morales », Rev. Soc., 2004, p. 283.

⁸⁶⁵ J. AMAR, « Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales », Dr. pén., 2001, chron., n° 37, p. 4.

⁸⁶⁶ J. AMAR, « Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales », Dr. pén., 2001, chron., n° 37, p. 4.



notion de profit sous-entend la notion d'économie réalisée par le groupement en commettant l'infraction.

328. La solvabilité des personnes morales. Parmi les raisons de la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales, celui de leur solvabilité tient une place de choix⁸⁶⁷. Les personnes morales sont souvent des débiteurs plus solvables que les personnes physiques qui les dirigent. Mais cette considération détourne le droit pénal de sa finalité première : sa vocation rétributive⁸⁶⁸. La peine doit être « une souffrance infligée en compensation du mal causé à la société⁸⁶⁹ ». La fonction pécuniaire et indemnitaire constitue alors « un inutile doublon⁸⁷⁰ » puisqu'elle est assurée par la responsabilité civile.

§I. Le domaine de la responsabilité des personnes morales

329. La responsabilité des personnes morales vaut pour toutes, à l'exclusion de l'Etat (I). Elle peut trouver en principe à s'exercer à l'égard de toutes les infractions (II).

I. Les groupements punissables

330. Définir la notion de groupement punissable suppose que soient définis le champ d'application matériel (A) et le champ d'application temporel (B) du dispositif.

A. Le champ d'application matériel

331. Toutes les personnes morales sont susceptibles d'être tenues pour pénalement responsables qu'elles soient de droit public ou de droit privé, à but lucratif ou non,

⁸⁶⁷ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1076, p. 714.

⁸⁶⁸ « Remplir les caisses de l' [de l'Etat], indemniser [les victimes], tel n'est pas le rôle essentiel du droit pénal » (J.-Y. CHEVALLIER, Fallait-il consacrer la responsabilité pénale des personnes morales ?, in Mél. PAILLUSSEAU, Dalloz, 2003, p.110).

⁸⁶⁹ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 63, p. 31.

⁸⁷⁰ J.-Y. CHEVALLIER, Fallait-il consacrer la responsabilité pénale des personnes morales ?, in Mél. PAILLUSSEAU, Dalloz, 2003, p.110.



françaises ou étrangères. Peu importe qu'il s'agisse de groupements volontaires ou de groupements dont l'existence est légalement requise⁸⁷¹.

332. Les groupements volontaires. Parmi les groupements volontairement créés, certains sont à but non lucratif, d'autres à but non lucratif. Tous sont concernés, y compris les associations⁸⁷², les congrégations religieuses, les fondations, les partis politiques et les syndicats⁸⁷³. L'admission de la responsabilité pénale de ces derniers soulève cependant un certain nombre d'interrogations. Leur responsabilité peut être engagée en tant qu'employeur à l'occasion de manquements aux règles de droit du travail dont ils ont par ailleurs, pour certains d'entre eux, « la charge de dénoncer la violation⁸⁷⁴ ». Ils peuvent aussi voir leur responsabilité engagée en raison d'une infraction commise à l'occasion d'un conflit collectif⁸⁷⁵.

333. Les groupements dont la présence est légalement imposée peuvent aussi être tenus pour pénalement responsables. Tel est le cas des syndicats de copropriétaires et des institutions représentatives du personnel bénéficiant en vertu de la loi ou de la jurisprudence⁸⁷⁶ de la personnalité civile⁸⁷⁷ : comité d'entreprise⁸⁷⁸, comité

⁸⁷¹ Y. GUYON, « Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale ? », *Rev. Soc.* 1993, p. 235.

⁸⁷² Voir B. TEYSSIE, *Droit Civil – Les personnes*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2012, n° 886 et s., p. 458.

⁸⁷³ Voir B. TEYSSIE, *Droit Civil – Les personnes*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2012, n° 886 et s., p. 458. Bien qu'investie de la mission d'assurer la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres, la section syndicale ne dispose pas de la personnalité civile (Cass. soc., 22 mars et 18 juill. 1979 : *Dr. social*, 1980, p. 44, obs. J. SAVATIER).

⁸⁷⁴ En ce sens : A. COEURET, E. FORTIS, *Droit Pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 352, p. 213.

⁸⁷⁵ Sont imputables aux personnes morales les délits de destruction, dégradation et détérioration (C. pén., art. 322-1). Un délégué syndical peut-il engager « par ses actes au cours d'une grève la responsabilité pénale du syndicat qui l'a désigné ? » (A. COEURET, E. FORTIS, *Droit Pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 353, p. 213). Des éléments de réflexions peuvent être apportés par les solutions arrêtées par la Cour de cassation dans les années 1990. Les grévistes, « mêmes lorsqu'ils sont représentants du syndicat auprès de l'employeur ou des organes représentatifs du personnel au sein de l'entreprise, ne cessent pas d'exercer individuellement le droit de grève et n'engagent pas, par les actes illicites auxquels ils peuvent se livrer la responsabilité des syndicats auxquels ils appartiennent » (Cass. soc., 17 juill. 1990, n° 88-11937 : *Bull. civ.*, 1990, n° 375 ; n° 88-13494 : *Bull. civ.*, 1990, n°371). La solution pourrait cependant être amenée à évoluer au regard des nouvelles règles applicables à la responsabilité des personnes morales à condition que soit relevée une véritable participation du syndicat aux obstacles apportés à la liberté du travail. Cette participation serait le fait de délégués syndicaux agissant en représentation du syndicat personne morale.

⁸⁷⁶ Le juge reconnaît « à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ». Cass. civ. 2^{ème}, 28 janv. 1954 : *D.* 1954, 217, note G. LEVASSEUR, *JCP*, 1954, II, 7958, concl. LEMOINE.

⁸⁷⁷ Loin d'être acquise, la personnalité morale de ces institutions a dans un premier temps été écartée au stade des travaux parlementaires. Ces personnes morales participent à l'exercice de libertés publiques



d'établissement⁸⁷⁹, comité central d'entreprise⁸⁸⁰, comité d'entreprise européen⁸⁸¹, comité de groupe⁸⁸² ou CHSCT⁸⁸³. Si certaines, lorsque la personnalité morale est reconnue par le juge, dans le silence de la loi, estiment que ces « personnes morales de fait » sont exclues de toute responsabilité pénale⁸⁸⁴, il est permis de retenir l'opinion contraire⁸⁸⁵.

B. Le champ d'application temporel

334. Des interrogations surgissent tenant à la naissance (1°) et à la disparition (2°) des personnes morales.

1°. La naissance

335. La personnalité juridique n'est acquise qu'à l'issue d'une période de constitution ou après l'accomplissement d'un certain nombre de formalités. Tel est le cas pour les sociétés civiles ou commerciales, les GIE ou les associations. Seule la responsabilité des fondateurs (personnes physiques) pourrait être engagée au titre des infractions commises pendant la période de formation.

2°. La disparition

garanties par la Constitution. Néanmoins, la responsabilité de ces instances a finalement prévalu « en application du principe d'égalité devant la loi et de la considération que, même garantie par la Constitution, une liberté ne peut s'exercer discrétionnairement puisque le respect de la légalité s'impose à tout citoyen » (A. COEURET, E. FORTIS, *Droit Pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 353, p. 213). Les instances de représentation du personnel jouissent au même titre que les partis politiques ou les syndicats d'un statut privilégié : les peines les plus graves, parmi lesquelles la dissolution, ne leur sont pas applicables. Ce tempérament se justifie par le souci de protection de libertés constitutionnelles.

⁸⁷⁸ C. trav., art. L. 2325-1. La jurisprudence a étendu la personnalité civile à toutes les fonctions du comité (Cass. 2^{ème} Civ., 28 janv. 1954 : D. 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR).

⁸⁷⁹ C. trav., art. L. 2327-18.

⁸⁸⁰ C. trav., art. L. 2327-12.

⁸⁸¹ C. trav., art. L. 2343-7, al.1.

⁸⁸² Cass. soc., 23 janv. 1990, n° 86-14947 : Bull. civ., V, 1990, n° 20, Dr. social, 1990, p. 326, obs. J. SAVATIER; JCP E 1990, II, 15755.

⁸⁸³ Cass. soc., 17 avr. 1991, n° 89-17993, n° 89-43767, n° 89-43768, n° 89-43769, n° 89-43770 : Bull. civ., V, 1991, n° 206, Dr. social, 1991, p. 516 ; JCP E, 1991, II, 229, note H. BLAISE.

⁸⁸⁴ Y. GUYON, « Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale ? », Rev. Soc. 1993, p. 235.

⁸⁸⁵ J. MOULY, « La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail », LPA, 1993, p. 33.



336. La disparition d'une personne morale ouvre une phase de liquidation au cours de laquelle la personnalité survit⁸⁸⁶. Une infraction commise pendant cette période peut engager la responsabilité de la société. La dissolution et la fusion intéressent particulièrement le droit de la représentation collective, leur mise en œuvre supposant l'information et la consultation des institutions représentatives du personnel.

337. La dissolution « sonne le terme de l'existence sociale⁸⁸⁷ » d'un groupement. Quelle est son incidence en cas de poursuites engagées pour une infraction commise avant cette dissolution ? Aux termes de l'article 133-1 du Code pénal, la dissolution empêche ou arrête l'exécution de la peine. Toutefois, il peut être procédé au recouvrement de l'amende et des frais de justice ainsi qu'à l'exécution de la confiscation et ce jusqu'à la clôture des opérations de liquidation.

338. La fusion. En cas de fusion, la société absorbante ou celle résultant de la fusion ne pourrait être condamnée à la place des personnes morales absorbées ou ayant fusionné pour des infractions commises par elles⁸⁸⁸. Qu'il s'agisse d'une fusion-absorption ou d'une fusion-crédation, la Cour de cassation a réaffirmé avec force le principe de personnalité des peines. L'absorption « a fait perdre son existence juridique à la société absorbée⁸⁸⁹ ». La fusion entraîne la disparition immédiate de la personne morale, sans phase de liquidation et entraîne simultanément la transmission universelle de son patrimoine⁸⁹⁰. La Cour d'appel de Bastia a soutenu que « cette personne morale n'a jamais disparu et la société absorbante est substituée à celle-ci avec transmission universelle de tous ses droits, biens, et obligations⁸⁹¹ » ; la société absorbante aurait emprunté sa personnalité juridique et, selon la Cour d'appel de Pau, « épouse⁸⁹² » sa responsabilité pénale. Ces arguments ont été censurés par la Cour de cassation. La

⁸⁸⁶ C. Civ., art. 1844-8; C. Com., art. L. 237-2; L. 251-2.

⁸⁸⁷ I. URBAIN-PARLEANI, « La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions », note sous Cass. crim., 20 juin 2000 : Rev. Soc., 2001, p. 851.

⁸⁸⁸ Cass. crim., 20 juin 2000 : Bull. Crim. 2000, n° 237.

⁸⁸⁹ Cass. crim., 20 juin 2000 : Bull. Crim. 2000, n° 237 ; Cass. crim., 14 oct. 2003 : Bull. crim., 2003, n° 189.

⁸⁹⁰ C. com., art. L. 236-3 et L. 236-4.

⁸⁹¹ CA Bastia, 15 sept. 1999, censuré par Cass. crim., 20 juin 2000 : Bull. Crim. 2000, n° 237.

⁸⁹² CA Pau, 28 août 2002, censuré par Cass. crim., 14 oct. 2003 : Bull. crim., 2003, n° 189.



règle civiliste de dévolution universelle du patrimoine⁸⁹³ est « sans incidence sur un éventuel transfert de la responsabilité pénale⁸⁹⁴ ».

339. Bien que jouissant d'une parfaite assise constitutionnelle⁸⁹⁵ et conventionnelle⁸⁹⁶, la solution retenue génère « une résistance récurrente⁸⁹⁷ » de la part de la doctrine⁸⁹⁸ et de certains juges craignant d'assister à un accroissement des fusions de sociétés afin d'échapper à des poursuites. Appellant à une réforme législative⁸⁹⁹, une partie de la doctrine fonde son raisonnement sur le postulat suivant : si les droits fondamentaux reconnus aux personnes physiques peuvent l'être aux personnes morales, « les règles juridiques ne peuvent méconnaître la nature des choses, c'est-à-dire assimiler totalement les personnes physiques et les personnes morales⁹⁰⁰ ». Ce postulat est à l'origine de nombreuses tentatives d'évolution inspirées du droit boursier et du droit de la concurrence visant à lutter contre le risque de fraude.

340. En matière de droit boursier, le Conseil d'Etat a admis qu'une amende disciplinaire, mais non un blâme, puisse être infligée à la société absorbante lorsque

⁸⁹³ En absorbant, l'intégralité du patrimoine (actif et passif), la société absorbante ou nouvellement créée reste civilement responsable des infractions commises par la société absorbée.

⁸⁹⁴ L. GAMET, « Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », JCP G, I, 2001, 345.

⁸⁹⁵ Le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que selon les articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « nul n'est punissable que de son propre fait » et « qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive » (Cons. Const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, JO 19 juin, p. 9018 : D. 1999, Jur., p. 589, note Y. MAYAUD).

⁸⁹⁶ La Cour européenne des droits de l'homme déduit de l'article 6 § 2 de la convention du même nom relatif à la présomption d'innocence, « la règle fondamentale selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux ». Elle ajoute : « hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit » (CEDH, 29 août 1997, A. P. et E. L. c/Suisse, req., n° 19956/92, §. n° 48 : Gaz. Pal. 19-21 juill. 1998, p. 19).

⁸⁹⁷ I. URBAIN-PARLEANI, « La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions », note sous Cass. crim., 20 juin 2000 : Rev. Soc., 2001, p. 851. E. FORTIS, Y. MULLER, « La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption », JCP E, 2004, I, 1151.

⁸⁹⁸ Certains auteurs allaient même jusqu'à évoquer le suicide sans risque de personnes morales (P. TRUCHE, « Introduction au Colloque sur la responsabilité pénale des personnes morales », Rev. Soc., 1993, p. 231).

⁸⁹⁹ L. GAMET, « Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », JCP G, I, 2001, 345.

⁹⁰⁰ Y. GUYON, « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », AJDA 1998, p.136 ; L. GAMET, « Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », JCP G, I, 2001, 345 ; E. FORTIS, Y. MULLER, « La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption », JCP E, 2004, I, 1151.



l'auteur de l'infraction est la société absorbée⁹⁰¹. La chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu une solution analogue en cas de pratique anticoncurrentielle⁹⁰². Cette solution trouve sa raison d'être dans la notion d'« entreprise » retenue par le droit de la concurrence. L'« aptitude pénale⁹⁰³ » repose non sur la personne morale mais sur l'entreprise conçue comme une entité économique indépendante de toute forme sociale⁹⁰⁴ de sorte que la responsabilité pénale peut se transmettre malgré les transformations de l'entité⁹⁰⁵. La Cour de cassation n'a pas suivi ces tentatives de rapprochement⁹⁰⁶. En effet, les principes fondamentaux du droit pénal et de la procédure

⁹⁰¹ CE 22 nov. 2000, n° 207697 : Rec. Lebon ; AJDA 2000, p. 297, note M. GUYOMAR et P. COLLIN. Le Conseil d'Etat admet des atténuations à l'application des principes fondamentaux du droit pénal aux sanctions répressives non pénales. Le principe de personnalité des peines peut être écarté « lorsque, hors la matière pénale, il en va de l'efficacité et de la cohérence de la sanction » (A. REYGROBELLET, note sous CE 22 nov. 2000, préc., D. 2001, 1609).

⁹⁰² Cass. com., 23 juin 2004, n° 01-17896 : Bull. Civ. 2004, IV, n° 132 : « Les sanctions prévues à l'article L. 464-2 du Code de commerce [lesquelles revêtent un caractère pénal] sont applicables aux entreprises auteurs des pratiques anticoncurrentielles prohibées, et que lorsque entre le moment où les pratiques ont été mises en œuvre et le moment où l'entreprise a cessé d'exister juridiquement, les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise, et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle, et dès lors qu'il est sans conséquence que cette transmission ait été le fait de la loi ». En d'autres termes, la responsabilité pénale de la personne morale auteur matériel des faits est transférée à la personne morale qui a repris l'activité économique. La solution transparait déjà dans un rapport du Conseil de la concurrence : « si une entreprise cède la totalité de son activité économique et disparaît en tant qu'entreprise, l'entreprise cessionnaire sera alors considérée comme responsable de la pratique incriminée » (Rapp. Cons. Conc. 1991, p. XXXIII).

⁹⁰³ E. FORTIS, Y. MULLER, « La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption », JCP E, 2004, I, 1151.

⁹⁰⁴ C. Com., art. L. 410-1 et s. Le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise trouve sa source dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes (CJCE, 16 déc. 1975, Rec. CJCE 1975, I, p. 1175 ; CJCE, 28 mars 1984, Rec. CJCE 1984, I, p. 1679). Ce principe se justifie par la finalité répressive et réparatrice des sanctions de pratiques anticoncurrentielles « qui autoriserait un assouplissement du principe de personnalité des peines » (E. FORTIS, Y. MULLER, « La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption », JCP E, 2004, I, 1151).

⁹⁰⁵ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1081, p. 717.

⁹⁰⁶ La Cour de cassation a rejeté l'extension du principe de continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise hors du domaine du droit de la concurrence. Ainsi, en droit boursier, l'extension de ce principe a été soutenue par la Commission des opérations de bourse mais rejeté par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 14 mai 1997) et par la Cour de Cassation (Cass. com., 15 juin 1999 : Bull. civ., IV, 1999, n° 127) au motif que le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise est dépourvue de toute portée « dès lors que le sujet de droit de la réglementation boursière n'est pas l'entreprise mais la personne physique ou morale » (E. FORTIS, Y. MULLER, « La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption », JCP E, 2004, I, 1151). Pour le rejet de l'interprétation du Conseil d'Etat : Voir aussi Cass. crim., 20 juin 2000 : Bull. Crim. 2000, n° 237 ; Cass. crim., 14 oct. 2003 : Bull. crim., 2003, n° 189.



pénale ne s'appliquent pas avec la même rigueur⁹⁰⁷ dans chaque pan du droit ; le risque de fraude reste mesuré.

341. Le risque de fraude. La chambre commerciale de la Cour de cassation conditionne l'application du principe de personnalité des peines à l'absence de fraude à la loi susceptible de vicier l'opération⁹⁰⁸. La société ne saurait procéder à une scission, une fusion ou une dissolution dans le but avéré d'éluder toute poursuite⁹⁰⁹ ou toute condamnation. Cette réserve n'est pas reprise par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il n'en demeure pas moins que si une fusion avait pour objet de soustraire la personne morale aux poursuites engagées, la chambre criminelle n'hésiterait pas à faire échec au principe de personnalité des peines⁹¹⁰. Il resterait à démontrer l'existence d'une fraude à la loi. En rapportant la preuve de manœuvres frauduleuses par le biais d'un faisceau d'indices, il faudrait établir que la fusion a eu pour objet de soustraire la société aux poursuites et à une condamnation.

342. Une atteinte au principe de personnalité des peines est admise dans l'hypothèse où une condamnation pécuniaire est intervenue avant la fusion. Celle-ci se transmet vers la société absorbante par l'effet de la dévolution universelle du patrimoine⁹¹¹. La transmission ne porte que sur l'amende et non sur la responsabilité et suppose une condamnation définitive⁹¹². Si en théorie le risque de fraude à la loi existe, il reste en pratique peu vraisemblable au regard des statistiques et du besoin de stabilité des entreprises.

343. Plus inquiétante demeure l'hypothèse d'une société de « façade » qui servirait de paravent à ses dirigeants. Une telle société pourrait avoir le même objet, le même nom,

⁹⁰⁷ E. FORTIS, Y. MULLER, « La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption », JCP E, 2004, I, 1151.

⁹⁰⁸ La fraude à la loi est un acte régulier accompli dans l'intention d'éluder une disposition impérative et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la loi (G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8^{ème} éd., 2007). La fraude est « une limite naturelle aux effets des opérations de fusion et de scission » (A. COURET, note sous CA Paris, 14 mai 1997, JCP E, 1997, II, 973, p. 163).

⁹⁰⁹ Cass. com., 15 juin 1999 : Bull. civ., IV, 1999, n° 127.

⁹¹⁰ L. GAMET, « Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », JCP G, I, 2001, 345.

⁹¹¹ L'amende constitue une peine patrimoniale (Rép. Min. n° 37 : JOAN Q, 23 sept. 1991).

⁹¹² En droit pénal, l'exécution d'une sanction par une autre personne est contraire au principe de personnalité des peines. Néanmoins, des tempéraments sont admis par le Conseil constitutionnel pour les condamnations pécuniaires (Cons. const. 2 déc. 1976, n° 76-70 DC, JO, 7 décembre 1976, p. 7052 : Rec. Cons. const., 1976, p. 39).



une même organisation, les mêmes associés⁹¹³. Le risque de fraude est néanmoins, encore une fois, maîtrisé. La responsabilité des dirigeants personnes physiques doit être engagée. Certains auteurs voient dans l'interposition de personnes morales au minimum « une mise en scène accreditant le mensonge à la base de l'escroquerie ou de la tentative d'escroquerie⁹¹⁴ ».

344. S'il peut paraître choquant de ne pas pouvoir engager la responsabilité pénale de la personne morale bénéficiaire de la fusion ou de la scission pour des manquements commis par la société absorbée ou scindée, cette solution a un double mérite. Elle ne sacrifie aucun principe de droit pénal et permet de « responsabiliser » les dirigeants personnes physiques lesquels peuvent toujours voir leur responsabilité mise en œuvre.

II. Les infractions

345. De la généralisation de la responsabilité des personnes morales... Retenant un principe de spécialité, l'article 121-2 du Code pénal disposait que les personnes morales seraient pénalement responsables « dans les cas prévus par la loi ou le règlement ». Pour pouvoir être engagée, la responsabilité pénale de la personne morale devait être prévue spécialement par le texte qui définit l'infraction. Juridiquement, le principe de spécialité se justifiait par la nature de certaines infractions qui ne pouvaient pas être imputées à une personne morale. En 1994, le législateur a conservé une certaine frilosité à l'égard de la responsabilité des personnes morales. Elle s'explique par « le souci de prudence, par la volonté de maîtriser le développement de cette responsabilité nouvelle, de la cantonner dans des matières où elle apparaîtrait la plus utile ou la plus nécessaire⁹¹⁵ ».

346. Le principe de spécialité a été une source d'incohérences tant en ce qui concerne les infractions contenues dans le Code pénal que pour celles qui lui sont extérieures. Ainsi, la responsabilité des personnes morales ne pouvait être engagée qu'au titre des

⁹¹³ Créées pour « réaliser des « coups » sans en supporter les conséquences [,] ces personnes morales sont de pure forme ; elles n'ont aucune réalité » (E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1081, p. 717).

⁹¹⁴ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1081, p. 717 ; Sur la mise en œuvre du délit d'escroquerie : E. DREYER, Droit pénal spécial, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2^{ème} éd., 2012, n° 938 et s., p. 417.

⁹¹⁵ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 595, p. 657.



infractions de marchandage, de travail dissimulé ou d'emploi de main-d'œuvre étrangère. Les infractions d'entrave, de discrimination, de même que celles relatives à la durée du travail ou à la sécurité des travailleurs ne pouvaient être opposées à une personne morale. Ces lacunes ont conduit le législateur à procéder en théorie à une généralisation de la responsabilité des personnes morales.

347. ...à une fin théorique du principe de spécialité. Depuis le 31 décembre 2005, toutes les infractions susceptibles d'être reprochées à une personne physique peuvent également l'être à une personne morale⁹¹⁶. L'article 54 de la loi du 9 mars 2004 a supprimé dans l'article 121-2 du Code pénal les mots « dans les cas prévus par la loi et le règlement ». L'entrée en vigueur de cette disposition a été reportée afin de laisser un délai suffisant pour procéder aux adaptations nécessaires notamment quant à la définition et au quantum de la peine. Ce délai s'est malheureusement avéré inutile puisqu'aucune réflexion de fond n'a été menée. Seules quelques directives ont été prises par le ministère de la Justice. Leur objet portait sur les conséquences d'une telle généralisation et sur la manière dont les infractions nouvellement imputables vont prendre place dans la pratique des parquets et des juridictions.

348. A cette réflexion, la direction des affaires criminelles et des grâces a apporté une contribution sous la forme d'une circulaire du 13 février 2006. Celle-ci comporte en annexe une liste d'infractions pour lesquelles la responsabilité des personnes morales « présente un intérêt pratique particulier⁹¹⁷ ». Adressée aux parquets, elle constitue « la feuille de route (...) de laquelle [les magistrats] ne s'écarteront qu'exceptionnellement⁹¹⁸ ». La généralisation de cette forme de responsabilité n'a pas eu l'effet escompté. En dressant une liste des qualifications pénales réputées sensibles (A) d'où ressort celle des qualifications oubliées (B), l'administration a recréé un principe de spécialité.

A. Les qualifications pénales réputées sensibles

⁹¹⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁹¹⁷ Circulaire du 13 février 2006 - CRIM 2006 03 E8 - Relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice n° 101, 1^{er} janvier au 31 mars 2006.

⁹¹⁸ A. COEURET, « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail. », RJS, 2006, p. 843.



349. Parmi les qualifications pénales réputées sensibles, une distinction doit être opérée entre les infractions figurant dans le Code pénal et celles figurant dans le Code du travail.

350. Infractions figurant dans le Code pénal⁹¹⁹. La responsabilité des personnes morales doit être recherchée en cas d'atteinte involontaire à la vie⁹²⁰ ou à l'intégrité physique⁹²¹ ou psychique⁹²² de la personne. Elles peuvent être déclarées pénalement responsables d'un délit de risques causés à autrui⁹²³, de discrimination⁹²⁴, de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne⁹²⁵. La responsabilité des personnes morales peut être recherchée en cas d'atteinte à la vie privée⁹²⁶ ou d'atteinte aux droits de la personne résultant des fichiers ou traitements informatiques⁹²⁷.

351. Infractions figurant dans le Code du travail. Dès 1994, la responsabilité des personnes morales a pu être engagée à raison d'infractions relatives au travail clandestin, à l'emploi de la main d'œuvre étrangère ou aux trafics de main d'œuvre. Parmi les infractions nouvellement imputables et auxquelles il convient d'accorder une attention particulière, aux termes de la circulaire du 13 février 2006, le délit de non respect des règles d'hygiène et de sécurité prévu à l'article L. 4741-1 du Code du travail trouve une place de choix. Par cette référence, c'est « toute la matière de l'hygiène et de la sécurité du travail qui s'ouvre à la responsabilité pénale des personnes morales⁹²⁸ ». L'imputation d'infractions en matière d'hygiène et de sécurité est accrue par l'amplitude du domaine de l'article L. 4741-1 en ce qui concerne tant les activités visées que les prescriptions dont la violation peut constituer l'élément matériel de

⁹¹⁹ Il s'agit d'une liste non exhaustive des infractions prévues par le Code pénal qui intéressent les relations de travail.

⁹²⁰ C. pén., art. 221-7.

⁹²¹ C. pén., art. 222-21.

⁹²² C. pén., art. 222-33-2 et s.

⁹²³ C. pén., art. 223-1 et 2.

⁹²⁴ C. pén., art. 225-4 et 225-2.

⁹²⁵ C. pén., art. 225-16 ; C. pén., art. 225-13 à 15.

⁹²⁶ C. pén., art. 226-1.

⁹²⁷ C. pén., art. 226-64.

⁹²⁸ A. COEURET, « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail. », RJS, 2006, p. 843.



l'infraction⁹²⁹. Doivent également être considérés comme prioritairement imputables aux personnes morales et ce, en lien avec les infractions du Code pénal, le harcèlement moral et la discrimination.

B. Les oubliés

352. Délit d'entrave. L'absence du droit de la représentation collective et plus particulièrement du délit d'entrave doit être relevée. Jusqu'en 2005, les infractions relevant de ce champ n'étaient pas imputables aux personnes morales. Pourquoi cet oubli d'une infraction « majeure du droit pénal du travail dont la commission est parfois en étroite liaison avec des considérations économiques et financières se rapportant davantage au fonctionnement de la personne morale qui sert de support à l'entreprise qu'aux individus animant sa gestion⁹³⁰ ? La mise en cause de la responsabilité des personnes morales suppose deux conditions : la réalisation d'un fait matériel constitutif d'une infraction commise par un organe ou un représentant ; le caractère profitable de l'infraction. Ces deux critères ont fait l'objet d'une appréciation extensive. La Cour de cassation n'impose plus nécessairement d'identifier l'auteur - organe ou représentant - de l'infraction. Cette absence d'identification vaut pour les infractions non intentionnelles⁹³¹ et les infractions intentionnelles⁹³² « lorsque les faits illicites se rattachent à l'aspect de la politique de la personne morale notamment son aspect commercial⁹³³ ».

353. Au cas particulier de l'entrave, un clivage apparaît « entre [les infractions] qui par leur matérialité peuvent se rattacher à une politique de gestion de la personne morale et celles qui n'apparaissent que de manière erratique dans le fonctionnement de l'entreprise » ou qui sont nées d'un « conflit relationnel ». A la première catégorie se

⁹²⁹ L'amplitude est accentuée par les nombreux renvois auxquels procède l'article L. 4741-1 du Code du travail.

⁹³⁰ A. COEURET, « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail. », RJS, 2006, p. 843.

⁹³¹ Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85255 : Bull. crim., 2006, n° 188 ; D., 2007, 617, note J.-C. SAINT-PAU, 399, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, 1624, obs. C. MASCALA ; Rev. Soc. 2006, 895, note B. BOULOC ; Rev. sc. crim., 2006, 825, obs. Y. MAYAUD ; JCP 2006, II, 10199, note E. DREYER.

⁹³² Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80261 : Bull. crim., 2008, n° 873 ; Dr. pén., comm. 140, M. VERON ; Rev. Soc., 2008, p. 873, note H. MATSOPOULOU.

⁹³³ A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe. Retour sur une incrimination redoutée », RJS, 2011, p. 515.



rattachent les entraves commises à l'occasion de phases de négociation collective avec les organisations syndicales représentatives. En effet, les transferts d'entreprises, les opérations de fusion ou scission et plus largement toute opération économique ou financière emportant des conséquences sociales sont autant de projets intéressant l'entreprise et imposant l'information et la consultation des institutions représentatives du personnel⁹³⁴. A la seconde catégorie se rattachent les entraves au fonctionnement et à la mise en place des institutions représentatives du personnel, lesquelles résultent le plus souvent « d'une inimitié entre le mandataire des salariés et tel membre de la direction ou de l'encadrement⁹³⁵ », excluant toute condamnation de la personne morale, laquelle n'en retire aucun profit. Constitutives d'une faute « diffuse⁹³⁶ », les entraves de la première catégorie paraissent être seules concernées par la remontée automatique de l'imputation de l'infraction vers la personne morale⁹³⁷. Il n'en demeure pas moins qu'elles constituent des infractions intentionnelles, catégorie d'infractions pour lesquelles l'administration préconise d'engager cumulativement la responsabilité du dirigeant, personne physique, et celle de la personne morale. Il n'est pas certain que le délit d'entrave soit un terrain fertile pour l'engagement de la responsabilité des personnes morales.

354. Objectif. La circulaire ne fait aucune référence aux infractions relatives à la durée du travail et aux repos, ni à celles qui ont trait aux licenciements pour motif économique ou à la formation professionnelle. L'absence de référence à ces infractions,

⁹³⁴ Cass. soc., 27 mars 2012, n° 11-80565 : Bull. Civ. 2012, n° 83, JCP E, 2012, 1280, note F. DUQUESNE, JCP S, 2012, 1276, note Th. PASSERONE.

⁹³⁵ A. COEURET, « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail. », RJS, 2006, p. 843.

⁹³⁶ Est « diffuse », la faute qui, à raison de l'anonymat du processus décisionnel, ne peut pas être directement imputée à une personne physique ou à un groupe de personnes ayant la qualité d'organe ou de représentant. La Cour de cassation et certaines Cours d'appel ont admis une imputation « directe » d'une personne morale pour une faute diffuse (voir notamment Cass. crim., 22 févr. 2011, n° 10-87676 : Bull. crim., 2011, n° 33 ; Cass. crim., 29 sept. 2009, n° 09-80254 ; Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-80543 : Bull. crim., 2010, n° 49). Sur la théorie de la faute diffuse : J.-C. SAINT-PAU, *Le risque pénal dans l'entreprise, la responsabilité pénale des personnes morales*, Litec, Carré Droit, 2003, n° 124, p. 81 ; J.-C. SAINT-PAU, « Imputation directe et imputation présumée d'une infraction à une personne morale », D. 2012, 1381.

⁹³⁷ La Chambre criminelle a admis pour la première fois la responsabilité pénale de la personne morale pour défaut d'information et de consultation du comité d'entreprise. Au cas particulier, il s'agissait d'une réorganisation au moyen d'une simplification des systèmes de gestion et des méthodes de travail. (Cass. soc., 27 mars 2012, n° 11-80565 : Bull. civ. 2012, n° 83, JCP E, 2012, 1280, note F. DUQUESNE; JCP S, 2012, 1276, note Th. PASSERONE – Voir aussi : A. COEURET, *Le responsable en droit pénal du travail*, JCP S, 2013, 1223 ; A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe. Retour sur une incrimination redoutée », RJS, 2011, p. 515).



pour lesquelles les enjeux financiers sont réels, est d'autant plus surprenante que leur réalisation présente un intérêt certain pour les groupements. Reste qu'une telle absence doit être saluée au regard des valeurs que ces infractions protègent. Une telle solution ne peut que contribuer à la « responsabilisation » des personnes physiques. L'objectif de la circulaire du 13 février 2006 est d'orienter les poursuites vers les infractions dont l'élément matériel résulte de la violation d'une réglementation technique confirmant ainsi un maintien du principe de spécialité.

§II. Les conditions de la responsabilité des personnes morales

355. La généralisation de la responsabilité des personnes morales n'a pas emporté les effets escomptés. Parmi « les laissés-pour-compte », le droit de la représentation collective occupe une place de choix. L'on ne saurait tirer de cet oubli des conclusions hâtives car il ne fait aucun doute qu'à l'avenir, un juge pourrait engager la responsabilité de la personne morale au titre du délit l'entrave⁹³⁸, sous certaines conditions (I) et avec des effets non négligeables (II).

I. Les conditions de l'imputation

356. Artifice juridique. Le législateur et le juge n'ont pas établi un mécanisme d'imputation directe des infractions à la personne morale. Sa responsabilité est « indirecte⁹³⁹ », par représentation, ce qui implique que les éléments matériels et moraux de l'infraction soient d'abord caractérisés au regard d'une personne physique identifiable et identifiée, agissant en qualité d'organe ou de représentant de la personne morale (A). L'infraction est commise pour le compte de celle-ci (B).

A. L'identification nécessaire de l'organe ou du représentant

⁹³⁸ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », *SSL*, 2012, n° 1547, p. 11.

⁹³⁹ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit Pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 600, p. 572. Les mêmes auteurs emploient aussi les termes de responsabilité « par ricochet » ou « subséquente ».



357. La personne morale « n'agit jamais directement, mais seulement par l'entremise de personnes physiques⁹⁴⁰ ». L'application littérale de l'article 121-2 du Code pénal a conduit la chambre criminelle de la Cour de cassation à censurer les décisions de cours d'appel ayant omis de rechercher si les manquements constatés avaient été commis par un organe ou représentant de la personne morale au sens de ce texte⁹⁴¹. Pour être poursuivi, un acte doit avoir été accompli par un organe ou un représentant (1°) identifié (2°).

1°. Un organe ou un représentant

358. Organe. La notion d'organe correspond « au fonctionnement normal du groupement et renvoie à la structure de gestion dont il est doté en vertu de ses statuts ou par la loi⁹⁴² ». Toute personne physique dotée légalement ou statutairement d'un pouvoir de direction, d'administration ou de représentation peut, par ses actes, engager la responsabilité de la personne morale. Peuvent engager la responsabilité pénale des sociétés de capitaux, non seulement les organes de gestion (président, conseil d'administration, directoire, gérant, etc.) mais aussi les organes de contrôle (conseil de surveillance, assemblées générales d'actionnaires, etc.).

359. Représentant. Sont également visés par l'article 121-2 du Code pénal les représentants de la personne morale. La Cour de cassation a précisé qu'« ont la qualité de représentants, au sens de ce texte, les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ou une subdélégation des pouvoirs d'une personne ainsi déléguée⁹⁴³ ». La qualité de salarié du délégataire ne s'oppose pas à ce qu'il puisse, à

⁹⁴⁰ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 139.

⁹⁴¹ Cass. crim., 18 janv. 2000, n° 99-80318 : Bull. crim., 2000, n° 28, JCP E, 2001, II, p. 278, note F. MARMOZ.

⁹⁴² J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 140.

⁹⁴³ Cass. crim., 26 Juin 2001, n°00-83466 : Bull. crim., n° 161, JCP E 2002, II, 371, note D. OHL.



certaines conditions, être considéré comme le représentant de la personne morale susceptible comme tel d'engager sa responsabilité pénale⁹⁴⁴.

360. Si la question a fait l'objet d'âpres débats en doctrine⁹⁴⁵, la Cour de cassation a retenu une responsabilité de principe du dirigeant de fait. La commission d'une infraction pour le compte de la société par un tel dirigeant engage la responsabilité de la personne morale⁹⁴⁶.

361. Le salarié. La personne morale n'est pas pénalement responsable des infractions commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions par l'un de ses employés dès lors que celui-ci a agi de sa propre initiative et même si la personne morale a pu bénéficier de l'infraction⁹⁴⁷. Un préposé peut, néanmoins, engager la responsabilité civile de la personne morale⁹⁴⁸.

2°. Une identification nécessaire

362. Le juge tendait à faciliter la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne morale (a). La tendance s'est inversée, annonçant un retour à l'orthodoxie juridique (b).

a. Un courant jurisprudentiel « anonymiste »

⁹⁴⁴ Cass. crim., 1^{er} déc. 1998, n° 97-80560 : Bull. crim. 1998, n° 325, RJS, 1999, n° 216 ; Cass. crim., 14 décembre 1999 : Bull. crim., 1999, n° 306 ; Cass. crim., 26 juin. 2001, n° 00-83466 : Bull. crim. 2001, n° 161 ; Cass. crim., 23 nov. 2010, n° 09-85115 : Bull. crim., 2010, n° 186 ; Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212 : Bull. crim., 2011, n° 202, J.-F. CESARO, JCP S, 2011, 1543.

⁹⁴⁵ Une partie de la doctrine y était hostile ; la personne morale faisant « plutôt figure de victime que de coupable » (R. MERLE, A. VITU, Traité de Droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 605, p. 759). Une autre partie y était plus favorable. Une telle interprétation risquait « de nuire à l'efficacité de la répression et pourrait inciter certains à organiser par ce biais l'immunité pénale de la personne morale » (A. COEURET, « La responsabilité en droit pénal : continuité et rupture », Rev. sc. crim., 1992, p. 49 ; M. DELMAS-MARTY, « Les conditions de fond de la mise en jeu de la responsabilité », pénale », Rev. Soc., 1992, p. 305).

⁹⁴⁶ Cass. crim., 17 déc. 2003, n° 00-87872.

⁹⁴⁷ Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à son entrée en vigueur.

⁹⁴⁸ C. civ., art. 1384, al. 5.



363. Anonymat. Il n'est pas « toujours possible, ni toujours nécessaire, d'identifier un organe ou un représentant pour sanctionner une personne morale⁹⁴⁹ ». En effet, l'absence d'identification de l'organe ou du représentant auteur de l'infraction n'empêche pas la condamnation pénale de la personne morale. Ce courant jurisprudentiel « anonymiste⁹⁵⁰ » accroît amplement le processus de « déresponsabilisation » de la personne physique qui voit dans la personne morale une possibilité d'échapper à sa responsabilité pénale. Ce courant vise à la reconnaissance d'une responsabilité directe de la personne morale⁹⁵¹.

364. Sur « l'impossibilité » d'identifier l'organe ou le représentant. La responsabilité de la personne morale a pu être « directement » engagée en cas de « faute diffuse », définie comme une faute qui « à raison de l'anonymat du processus décisionnel, ne peut pas directement être imputée à une personne physique ou à un groupe de personnes ayant la qualité d'organe ou de représentant⁹⁵² ». La Cour de cassation et certaines Cours d'appel ont admis une imputation directe à la personne morale pour une faute diffuse notamment en matière d'hygiène ou de sécurité⁹⁵³.

⁹⁴⁹ J.-F. CESARO, *Droit Pénal : Responsabilités*, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, fasc. 82-20, n°144.

⁹⁵⁰ A. COEURET, « Responsabilité pénale de la personne morale pour accident du travail : vers la simplification ? », *SSL*, 2006, 1281 ; A. COEURET, « La délégation de pouvoirs et les responsabilités pénales dans l'entreprise », *RJS*, 2012, Chr. p. 3.

⁹⁵¹ Or pour reprendre les termes du Conseiller DESPORTES, la personne morale n'est pas « complice de son représentant, pas plus que celui-ci n'est son complice. Le représentant est la personne morale » (F. DESPORTES, *rapp. Cass. crim.*, 2 déc. 1997, n° 96-85484 : *Bull. crim.*, 1997, n° 408, *JCP G*, 1998, II, 10 023). Les partisans de la reconnaissance d'une responsabilité directe des personnes morales fondent leur espoir sur le droit européen et la pratique de certains Etats membres (Belgique). Le droit européen préconise que « l'entreprise devrait être responsable sans qu'il y ait ou non identification d'une personne physique ayant commis les faits ou omissions constitutifs » (Recommandation (88) 18 sur la responsabilité des entreprises pour infractions). Sur la faute directe voir : J.-Y. MARECHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », *JCP G*, 2009, n° 38, 249 ; J.-C. SAINT-PAU, « L'évolution de la responsabilité pénale des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation, in *Essai de philosophie pénale et criminologie*, vol. 10, D. 2012 ; J.-C. SAINT-PAU, « Les incidences des évolutions constitutionnelles et européennes sur la responsabilité pénale des personnes morales », *RLDA* sept. 2011, p. 14 et s.

⁹⁵² J.-C. SAINT-PAU, « Imputation directe et imputation présumée d'une infraction à une personne morale » *D.* 2012, n° 21, p. 1381 ; « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003, p.71

⁹⁵³ *Cass. crim.*, 29 sept. 2009, n° 09-80254 ; *Cass. crim.*, 9 mars 2010, n° 09-80543 ; *Cass. crim.*, 22 févr. 2011, n° 10-87676 ;



365. Sur la « nécessité » d'identifier l'organe ou le représentant. Aux côtés de la « faute diffuse », la Cour de cassation n'impose plus, pour certaines infractions, qu'on identifie l'organe ou le représentant auteur de celles-ci⁹⁵⁴.

366. S'agissant en particulier des infractions non intentionnelles d'imprudence ou de négligence, il est concevable de reprocher à la personne morale un manquement sans que soit précisément identifié son auteur lorsque le devoir de veiller au respect de la réglementation reposait nécessairement sur un organe ou un représentant de cette personne morale⁹⁵⁵. Certains arrêts vont jusqu'à occulter l'intervention du représentant lors de la condamnation de la personne morale. L'action d'un organe ou d'un représentant « se trouvait (...) irrémédiablement présumée⁹⁵⁶ ». Au sens de l'article L. 4741-1 du Code du travail, le débiteur de l'obligation de sécurité dans l'entreprise ne peut être que l'employeur ou son délégataire⁹⁵⁷. Par conséquent, l'inobservation d'une telle règle ne peut être que le fait d'un organe (l'employeur) ou d'un représentant (le délégataire), entraînant la responsabilité de la personne morale. Cette présomption, qualifiée de raccourci probatoire⁹⁵⁸ ou de preuve par implication⁹⁵⁹, a pour effet de privilégier les poursuites contre la personne morale. Elle s'inscrit dans la logique purement économique retenue à l'occasion de la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales. Elle n'en est pas moins critiquable car elle porte atteinte au principe

⁹⁵⁴ Ce courant jurisprudentiel ne fait pas l'unanimité auprès des juges. La Cour de cassation a pu ainsi exiger que soit identifiée la personne physique organe ou représentant avant toute condamnation de l'être moral (Cass. crim., 23 mai 2006, n° 05-84846 ; Rapp. Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 09-83.991 : Dr. pén., 2010, comm. 74, M. VERON).

⁹⁵⁵ La Cour de cassation a décidé que « la personne morale ne saurait se faire grief de ce que les juges du fond l'ont déclarée coupable du délit d'homicide involontaire sans préciser l'identité de l'auteur des manquements constitutifs du délit dès lors que cette infraction n'a pu être commise que pour le compte de la société que par ses organes ou représentants » (Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85255 : Bull. crim., 2006, n° 188, Rev. sc. crim., 2006, 825, obs. Y. MAYAUD, SSL 2006, obs. A COEURET). La solution a été réaffirmée par la suite (Cass. crim., 26 juin 2007, n° 06-84821 : Dr. pén., 2007, n° 135 ; Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-80800 : Bull. crim. 2008, n° 6, Dr. pén., 2008, n° 71 ; Cass. crim., 15 févr. 2011, n° 10-85324 : Dr. pén., 2011, comm. 62, note M. VERON. – Voir encore, Cass. crim., 22 févr. 2011, n° 10-87676 : Bull. crim., 2011, n°33 ; JurisData n° 2011-002133 ; Gaz. Pal. 30-31 mars 2011, p. 8, note J.-C. SAINT-PAU).

⁹⁵⁶ Cass. crim., 16 mars 2010, n° 09-82.041 : Dr. pén., 2010, comm. 74. ; Rapp. Cass. crim., 15 janv. 2008, n° 07-80.800 : Bull. crim. 2008, n° 6 ; Dr. pén., 2008, comm. 71, note M. VERON

⁹⁵⁷ J.-F. CESARO, note sous Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212 : JCP S, 2011, 1543.

⁹⁵⁸ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 360, p. 220 ; J.-C. SAINT-PAU, « Imputation directe et imputation présumée d'une infraction à une personne morale », D. 2012, 1381.

⁹⁵⁹ Y. MAYAUD, obs. sous Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85255 : Bull. crim., 2006, n° 188 ; Rev. sc. crim., 2006, 825.



d'interprétation stricte de la loi pénale, à l'exigence de précision suffisante de la loi pénale qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁹⁶⁰ ainsi qu'à la valeur rétributive du droit pénal.

367. Une telle solution ne saurait s'appliquer en principe aux infractions intentionnelles. Pourtant l'absence d'identification de l'organe ou du représentant n'a pas empêché la condamnation de la personne morale si les agissements en cause ont nécessairement été accomplis par un représentant ou par un organe⁹⁶¹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a étendu cette solution à des infractions intentionnelles de droit commun⁹⁶². Un arrêt rendu le 25 juin 2008 fait état d'un montage conduisant à l'établissement généralisé de fausses factures s'inscrivant dans le cadre de la politique commerciale de sociétés en sorte que ces faux ne pouvaient avoir été « commis pour le compte de celles-ci que par leur organe ou représentant⁹⁶³ ». Les infractions intentionnelles de droit commun ne sont pas imputées à des personnes déterminées. Un critère permettant de relier l'infraction aux organes et représentants de la personne morale poursuivie devait être trouvé. L'arrêt du 25 juin 2008 utilise celui de la politique commerciale. Ce critère peut être étendu aux autres politiques économique, sociale, environnementale, etc. Si le critère de la « politique d'entreprise » est intéressant et se révéler utile à l'avenir, une telle notion reste floue et risque d'accentuer le caractère systématique et direct de la responsabilité des personnes morales⁹⁶⁴.

b. Retour à l'orthodoxie juridique

⁹⁶⁰ Cette solution a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité laquelle n'a pas été transmise au Conseil Constitutionnel (Cass. QPC, 11 juin 2010, n° 09-87884, Dr. pén., 2010, comm. 111, note M. VERON).

⁹⁶¹ Cass. crim., 21 mars 2000, n° 98-84714 : Bull. crim., 2000, n° 128 : « Attendu qu'en déclarant les faits constitués à l'égard de la société Z..., la cour d'appel n'a pas méconnu l'article 121-2 du Code pénal, dès lors que la lettre d'avertissement avait nécessairement été produite par le représentant de cette société devant le conseil de prud'hommes et qu'une telle production, effectuée en connaissance de cause, caractérisait l'infraction en tous ses éléments en la personne de ce représentant ». Cet arrêt, antérieur aux premières décisions en matière d'infractions non intentionnelles, annonce un courant nouveau.

⁹⁶² En droit pénal du travail, la solution a été consacrée de manière erratique en matière de discrimination syndicale (Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 09-85152) et de manière significative en cas d'offre d'emploi discriminatoire (C. pén., art. 225-2, 5^{ème} ; Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85109 : Bull. crim., 2009, n° 126). Adde, A. COEURET, « La délégation de pouvoirs et les responsabilités pénales dans l'entreprise », RJS, 2012, chr., p.3 ; F. DUQUESNE, « L'imputation du délit de discrimination à la personne morale. A propos de l'indépendance des culpabilités », Dr. social, 2009, p. 1171.

⁹⁶³ Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80261 : Bull. crim., 2008, n° 167.

⁹⁶⁴ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 360, p. 220.



368. Fermeté. Le courant jurisprudentiel précédent est remis en cause par deux décisions de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 11 octobre 2011 et du 11 avril 2012. La Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir établi que les manquements résultaient de l'abstention d'un des organes ou représentants de la société et qu'ils avaient été commis pour le compte de celle-ci. N'est pas caractérisée l'infraction permettant d'engager la responsabilité pénale de la personne morale.

369. La première de ces deux décisions faisait état d'une délégation de pouvoirs. La Cour de cassation considère que le juge du fond s'est prononcé sans s'expliquer sur l'existence effective d'une délégation de pouvoirs ni sur le statut et les attributions des agents mis en cause propres à en faire des représentants de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal⁹⁶⁵. La Cour de cassation revenait « vers l'exigence d'une identification de la personne physique qui est l'auteur de l'infraction pour s'assurer qu'elle puisse effectivement être considérée comme un organe ou un représentant de la personne morale⁹⁶⁶ ». La décision rendue était annonciatrice de jours meilleurs.

370. Dans la seconde décision, plus explicite, la Cour de cassation se prononce exclusivement sur les conditions d'engagement de la responsabilité pénale. La Cour fait preuve d'une grande fermeté⁹⁶⁷ en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les manquements relevés à la charge d'une société résultaient de l'abstention de l'un de ses organes ou représentants et avaient été commis pour son compte⁹⁶⁸. Selon le Professeur SAINT-PAU, la Cour de cassation « oppose un refus explicite d'une imputation directe d'une infraction à une personne morale⁹⁶⁹ ». Faisant preuve d'orthodoxie⁹⁷⁰, la Cour retient une analyse littérale de l'article 121-2 du Code

⁹⁶⁵ Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212.

⁹⁶⁶ J.-F. CESARO, note sous Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212 : JCP S, 2011, n° 1543.

⁹⁶⁷ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, Chr. p. 516.

⁹⁶⁸ Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10-86974 : Bull. crim., 2012, n° 94; J.-C. SAINT-PAU, « L'imputation directe et imputation présumée d'une infraction à une personne morale », D. 2012, n° 21, p. 1381 ; A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, Chr. p. 516 ; S. BRISSY, JCP S, 2012, 1269.

⁹⁶⁹ J.-C. SAINT-PAU, note sous Cass. crim., 11 avr. 2012, D. 2012, n° 21, p. 1381.

⁹⁷⁰ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », SSL, 2012, n° 1547, p. 11.



pénal. Il appartient désormais au juge d'en apprécier strictement les conditions posées. Le juge doit vérifier que les infractions commises dans l'entreprise sont caractérisées dans le chef de personnes physiques identifiées agissant en qualité d'organe ou de représentant.

371. Personnalisation. Selon le Professeur ROBERT, ce revirement pourrait s'expliquer par des considérations « de politique criminelle⁹⁷¹ ». Les statistiques ministérielles démontrent le succès grandissant que rencontre la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales. Le nombre de poursuites est passé entre 2004 et 2008, de 2455 à 3858. Le nombre de condamnations prononcées a bondi de 794 à 1868. Or, un « passé pénal » peut compromettre des « affaires futures⁹⁷² », notamment dans les pays anglo-saxons dans lesquels les juristes portent une attention particulière aux condamnations intervenues. Ce revirement est annonciateur d'une phase de « responsabilisation » de la personne physique⁹⁷³, mettant en lumière le comportement de l'organe ou du représentant et conduisant à faire ressortir les devoirs incombant aux personnes physiques⁹⁷⁴. Désormais, la nature de l'infraction ne permet plus de présumer qu'elle a été commise par une personne ayant la qualité d'organe ou de représentant de la personne morale. A l'avenir, il faudra identifier avec précision les personnes physiques ayant commis les manquements aux règles de sécurité et justifier de leur qualité d'organe ou de représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal. Rendue en matière d'imprudence, la portée de cette décision ne saurait être limitée aux infractions non-intentionnelles.

⁹⁷¹ J.-H. ROBERT, « Resserrement des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales », JCP G, 2011, n° 1385.

⁹⁷² J.-H. ROBERT, « Resserrement des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales », JCP, G, 2011, n° 1385.

⁹⁷³ Pour les Professeur COEURET et DUQUESNE, cette personnalisation de l'auteur de l'infraction contribuera à « un infléchissement de la logique qui, jusqu'alors, privilégiait la responsabilité du groupement ». A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, Chr. p. 516.

⁹⁷⁴ L'arrêt intervenu « comme une condamnation catégorique du système simplificateur antérieurement mis au point par la chambre criminelle (...) [et tend] aussi vouloir refonder les bases de la responsabilité pénale des personnes morales et revenir à la conception initiale retenue par le législateur de 1992 » (A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, Chr. p. 516).



372. Appliqués aux infractions non intentionnelles, les arrêts précédents n'excluent en rien l'imputation présumée de l'infraction à un organe ou un représentant⁹⁷⁵ mais imposent l'identification préalable de l'organe ou du représentant⁹⁷⁶. La Chambre criminelle exige « une recherche approfondie des conditions de mise en œuvre des prérogatives de gestion⁹⁷⁷ » à l'image de ce qui existe lorsqu'à l'occasion d'un accident plusieurs sociétés sont présentes sur le site. La Cour de cassation commande qu'une description précise des conditions d'organisation du pouvoir ainsi que de la désignation des titulaires de prérogatives éventuellement déléguées soient opérées⁹⁷⁸. L'identification est d'autant plus nécessaire que l'infraction peut être le fait exclusif d'un salarié victime ou d'un tiers, excluant par la même que soit engagée la responsabilité de la personne morale. L'identification doit, en outre, permettre d'établir la qualité de délégataire du salarié. En effet, un juge pourrait considérer que tel salarié n'a pas de véritable délégation de pouvoirs permettant de l'assimiler au représentant de la personne morale et d'engager sa responsabilité⁹⁷⁹.

373. En matière d'infraction intentionnelle, l'identification de l'organe ou du représentant est d'autant plus nécessaire⁹⁸⁰ que les éléments constitutifs de l'infraction sont révélés en la personne de l'organe ou de représentant⁹⁸¹. Il n'y a pas d'emprunt de criminalité⁹⁸² mais « confusion de criminalité⁹⁸³ ». Le représentant « est la personne

⁹⁷⁵ En ce sens : J.-C. SAINT-PAU, note sous Cass. crim., 11 avr. 2012, D., 2012, n° 21, p. 1381

⁹⁷⁶ Pour une application récente : Cass. crim., 22 janv. 2013, n°12-80022 : Bull. civ., 2013, n°(en cours), Dr. pén., 2013, comm. M. VERON ; JCP S, 2013, 1369, Chron., A. COEURET.

⁹⁷⁷ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, Chr. p. 516 ; A. COEURET, « La délégation de pouvoirs et les responsabilités pénales dans l'entreprise », RJS, 2012, Chr. p. 3. F. DUQUESNE, note sous Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212 : Dr. social 2012, p. 93.

⁹⁷⁸ Cass. crim., 23 mai 2006, n° 05-84846 ; Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-87147, Dr. social, 2006, p. 1060, obs. F. DUQUESNE.

⁹⁷⁹ J.-F. CESARO, note sous Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212, JCP S, 2011, 1543.

⁹⁸⁰ Pour F. DESPORTES, « sauf à commettre le péché (véniel !) d'anthropomorphisme, [il ne voit] pas comment rapporter une telle preuve sans identifier la personne physique qui a commis l'infraction pour le compte de la personne morale car c'est sur la tête de cette personne physique que doit s'apprécier l'existence des éléments constitutifs du délit » (F. DESPORTES, rapp. Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85484 : Bull. crim., 1997, n° 408, JCP G, 1998, II, 10023). Le professeur SAINT-PAU abonde en ce sens : « la qualité de l'acteur – organe ou représentant – doit être établie avec certitude » (J.-Ch. SAINT-PAU, La responsabilité des personnes morales : réalité et fictions, in Le risque pénal dans l'entreprise, Litec, 2003, n° 146, p. 93).

⁹⁸¹ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », SSL, 2012, n° 1547, p. 11.

⁹⁸² B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, spéc. n° 330 et n° 332, p. 286 ; A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, Chr. p. 516 ; F. DESPORTES, rapp. Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85484, Bull. crim., 1997,



morale⁹⁸⁴ ». L'existence d'une infraction intentionnelle suppose de rapporter la preuve d'une intention. Le critère choisi par les juges repose sur la notion de « politique d'entreprise », laquelle se décline en politique sociale, environnementale, économique, sociétale ou sécuritaire. Ce critère permet de rapporter la preuve d'une intention criminelle. Il est un « révélateur de l'intention⁹⁸⁵ » et traduit la volonté de la personne morale. Il permet de caractériser en partie l'élément moral. Il ne s'agit pas ici de s'inscrire dans le mouvement qui a tendu à faire reposer la responsabilité des personnes morales sur la preuve d'une faute distincte⁹⁸⁶. Les éléments constitutifs de l'infraction s'apprécient sur la tête de l'organe ou de son représentant. La majeure partie de la doctrine s'accorde à reconnaître que la volonté de la personne morale ne s'apprécie qu'au travers de la personne physique, de même que l'élément matériel est le fait du dirigeant⁹⁸⁷. Autrement dit, « la responsabilité de la personne morale requiert la démonstration d'une volonté propre révélée en la personne de ses organes ou représentants sans emprunt direct de criminalité à la personne physique⁹⁸⁸ ».

374. Néanmoins, ce critère n'est pas suffisant eu égard aux nouvelles exigences posées par la Chambre criminelle. Avec l'arrêt du 11 avril 2012, la Cour de cassation entend faire application de sa jurisprudence antérieure initiée par une décision de la Chambre criminelle en date du 2 décembre 1997 aux termes de laquelle il appartenait au juge de rechercher si le représentant ou l'organe de la personne morale avait commis personnellement les faits constitutifs de l'infraction et si l'élément intentionnel était

n° 408, JCP G, 1998, II, 10 023 ; F. DESPORTES, F. LE GUHENEZ, *Droit Pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 600, p. 572. Pour certains auteurs, en cas d'infractions intentionnelles, la responsabilité des personnes morales ne peut s'expliquer que par un emprunt de criminalité fait à la personne physique par la personne morale (Voir notamment : J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 21^{ème} éd., 2012, n° 295 et s.).

⁹⁸³ F. DESPORTES, rapp. Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85484 : Bull. crim., 1997, n° 408 ; JCP G, 1998, II, 10023.

⁹⁸⁴ F. DESPORTES, rapp. Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85484 : Bull. crim., 1997, n° 408 ; JCP G, 1998, II, 10023.

⁹⁸⁵ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, Chr. p. 516.

⁹⁸⁶ Sur la thèse de la faute distincte : C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette, 1994, p. 74 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 5^{ème} éd. 2001, p. 376-377.

⁹⁸⁷ B. BOULOC, *Droit Pénal général*, 22^{ème} éd., 2011, n° 330, p. 287 ; F. DESPORTES, rapp. sous Cass. crim., 2 déc. 1997 : JCP G 1998, II, 10023.

⁹⁸⁸ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, chron., p. 516.



caractérisé⁹⁸⁹. La personne morale ne peut être responsable que si la personne physique ayant agi pour son compte avait la conscience et la volonté d'accomplir un délit. Le juge doit rechercher l'existence de la volonté du résultat et caractériser ainsi un dol spécial. Le juge doit tenir compte d'éléments factuels, concrets et subjectifs mais aussi du mobile pour caractériser l'intention. Parmi ces éléments, la notion de « politique d'entreprise » constitue l'un des révélateurs de l'intention criminelle. Le juge doit enfin s'assurer de l'existence d'un lien certain entre l'intention et l'intérêt du groupement.

B. L'identification nécessaire d'une « faute profitable »

375. Selon le Professeur SAINT-PAU, agir pour le compte d'une personne en la remplaçant s'entend « nécessairement d'une activité conforme à son intérêt⁹⁹⁰ ». La notion de faute profitable induit nécessairement la prise en compte d'un risque. Le groupement doit assumer les risques de son activité. L'idée d'une faute lucrative est présente (1°). Plus largement, la notion de faute commise pour le compte de la personne est « multiforme et varie selon le type d'infraction considérée car l'activité sociétaire ou associative est elle-même multiforme ». Faire émerger vers un critère subjectif complémentaire est nécessaire⁹⁹¹ (2°).

1°. La notion de faute « profitable » : le critère objectif

376. La circulaire générale du 14 mai 1993 précise que la personne morale n'est pas responsable des infractions commises par un dirigeant dans l'exercice ou à l'occasion

⁹⁸⁹ Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85484 : Bull. crim., 1997, n° 408 ; JCP G, 1998, II, 10 023, rapp. F. DESPORTES ; Bull. Joly, 1998, p. 512, note J.-F. BARBIERI ; Rev. Soc. 1998, p. 148, note B. BOULOC ; D. 1999, somm. 152, obs. G. ROUJOU de BOUBEE ; Cass. crim., 21 mars 2000 : Bull. n° 128 ; Cass. crim., 30 mai 2000 : Bull. crim., 2000, n° 206 ; Cass. crim., 11 mars 2003 : Bull. crim., 2003, n° 65.

⁹⁹⁰ J.-C. SAINT-PAU, La responsabilité des personnes morales : réalité et fictions, in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, 2003, n° 146, p. 93.

⁹⁹¹ D'autres voies, parmi lesquelles la transposition de la théorie de la « faute séparable des fonctions » applicables en droit civil et en droit administratif (E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1126, p. 681 ; J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale », in *Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit*, Dalloz, p. 1011) ou la reconnaissance d'une responsabilité pénale directe des personnes morales (J.-Y. MARECHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », JCP G, 2009, 249) doivent être écartées. Ces deux voies renforcent le sentiment de « déresponsabilisation » de la personne physique. En outre, la théorie de « la faute séparable des fonctions » exclut d'engager la responsabilité de la personne physique en cas de faute distincte commise dans le cadre des fonctions.



de l'exercice de ses fonctions, « si ce dirigeant agit pour son propre compte et dans son seul intérêt personnel, parfois même au préjudice de la personne morale⁹⁹² ». Cette formule laconique retenue par le Code pénal « paraît plus explicite par ce qu'elle exclut que par ce qu'elle inclut⁹⁹³ ». Pour la majeure partie de la doctrine, agir pour le compte de la personne morale signifie agir au nom et dans l'intérêt de celle-ci⁹⁹⁴. La faute « profitable » doit être analysée comme un intérêt économique. La consommation de l'infraction doit permettre à la personne morale de réaliser un profit⁹⁹⁵ ou du moins une économie. Cette approche objective convient aux infractions non intentionnelles. Les différentes négligences relevées en matière de santé ou de sécurité doivent permettre d'identifier la réalisation d'un profit ou d'une économie. La responsabilité de la personne morale est désormais nécessairement engagée en cas d'infraction non intentionnelle. Cette solution, aussi contestable soit-elle, se justifie par la volonté du législateur de limiter la responsabilité personnelle des dirigeants. Reste que ce critère ne s'accorde pas aux infractions intentionnelles et ce, à plusieurs titres. En premier lieu, il n'est pas toujours aisé de rapporter la preuve d'un avantage économique qui aurait pu bénéficier à la personne morale. En second lieu, les infractions intentionnelles sont imputables aux personnes morales « sur le seul constat de la faute commise par la personne physique⁹⁹⁶ ». Adopter une telle solution a pour effet de retenir systématiquement la responsabilité de l'être moral et de « déresponsabiliser » l'être physique face au risque pénal. Une interprétation complémentaire doit être proposée.

2°. L'évolution de la notion : vers un critère subjectif

377. Pour quelle raison la personne morale devrait-elle répondre systématiquement des manquements au droit de la représentation collective d'un responsable des relations

⁹⁹² Circ. 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à son entrée en vigueur.

⁹⁹³ M. DELMAS-MARTY, « Les conditions de fond de la mise en jeu de la responsabilité pénale », Rev. Soc. 1992, p. 302.

⁹⁹⁴ Rapp. D. MARCHAND, Doc., AN, Séance, 2 oct. 1989, n° 86; F. DESPORTES, art. 121-2, Code pénal, J-Cl. Pénal, 2001, n° 17; A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 372, p. 227.

⁹⁹⁵ J. POUYANNE, « L'auteur moral de l'infraction », Th., PUAM, 2003, n° 475 et s.

⁹⁹⁶ A. COEURET, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail », RJS, 2006, Chr., p. 843; Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85484; Bull. crim., 1997, n° 404, JCP G, 2008, II, n° 10 023, rapp. DESPORTES; RJS, 1998, n° 558.



sociales ou d'un DRH ? Ne conviendrait-il pas de vérifier qu'au comportement ponctuel du décideur ou à l'inimitié existant entre les protagonistes, correspond une pratique d'entrave de plus grande ampleur révélée par la politique affichée du groupement auquel il appartient ?⁹⁹⁷ Alors qu'il y était pourtant invité par une partie de la doctrine pénaliste⁹⁹⁸, le législateur n'a pas saisi l'occasion que représentait la généralisation de la responsabilité de la personne morale pour revenir sur le sens de cette seconde condition « en y voyant plus clairement que par le passé, l'exigence de ce que l'acte illicite du décideur a réellement profité à la personne morale ou à tout le moins qu'il est en cohérence avec son fonctionnement habituel⁹⁹⁹ ».

378. Critère politique. La faute doit profiter à la personne morale. Parmi les premières décisions rendues en matière de responsabilité pénale des personnes morales, un jugement du tribunal correctionnel de Versailles a fait l'objet de nombreux commentaires en ce qu'il illustre parfaitement le nouveau critère. Un chantier avait fait l'objet d'un marché entre la société A et la société B, laquelle avait conclu un certain nombre de contrats de sous-traitance. A l'occasion d'un chantier, l'inspection du travail a procédé à une opération de contrôle. Elle a considéré que la sous-traitance était constitutive du délit de marchandage dans la mesure où il s'agissait en réalité d'une opération à but lucratif ayant eu pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre et pour effet de causer un préjudice aux salariés des entreprises sous-traitantes. Il ressort de la lecture des procès-verbaux de l'inspection du travail que « la situation ayant prévalu (...) n'est pas une situation isolée mais correspond à une politique délibérée de l'entreprise¹⁰⁰⁰ ». Le recours à la sous-traitance a en effet été relevé sur d'autres chantiers. Cette stratégie avait été adoptée « dans le but d'éviter de perdre des marchés et de tenir des délais¹⁰⁰¹ ». Le délit de marchandage reproché à la société relevait « d'une pratique bien enracinée, presque « d'une culture d'entreprise¹⁰⁰² ». En conséquence, le critère « politique » joue un double rôle : traduire la volonté de la

⁹⁹⁷ A. COEURET, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail », RJS, 2006, Chr., p. 843.

⁹⁹⁸ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 335, p. 291.

⁹⁹⁹ A. COEURET, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail », RJS, 2006, Chr., p. 843.

¹⁰⁰⁰ T. Corr. Versailles, 18 déc. 1995, SA Tamerelle et a. : JCP 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT.

¹⁰⁰¹ T. Corr. Versailles, 18 déc. 1995, SA Tamerelle et a. : JCP 1996, II, 22640, note J.-H. ROBERT.

¹⁰⁰² J.-H. ROBERT, JCP 1996, II, 22640, note sous T. Corr. Versailles, 18 déc. 1995, SA TAMERELLE et a.



personne morale en permettant de caractériser l'élément moral de l'infraction et identifier le « bénéfice¹⁰⁰³ » qu'elle a pu retirer de l'opération. Le juge doit s'assurer que la décision « n'est pas en contradiction avec la volonté collective de la personne morale¹⁰⁰⁴ ». Seuls les actes qui s'inscriront dans cette « politique » ou cette stratégie d'entreprise pourront être reprochés à la personne morale. Les actes isolés ne sauraient l'être. Le critère politique apparaît alors comme la clé permettant de résoudre la question du cumul des responsabilités pour ce qui est des infractions intentionnelles.

II. Les effets de l'imputation : vers une responsabilité alternative ?

379. Ambiguïté. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits. Le législateur autorise le cumul des responsabilités afin d'éviter que la responsabilité des personnes morales ne devienne « un écran utilisé pour masquer les responsabilités personnelles¹⁰⁰⁵ ». Ces termes traduisent la crainte du législateur « d'une fuite en avant » alors même qu'il entend limiter le champ de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux¹⁰⁰⁶. Le législateur est pris entre la volonté d'imposer aux dirigeants un comportement exemplaire et celle de limiter leur responsabilité¹⁰⁰⁷. La solution ne se trouve pas dans le maintien d'une responsabilité cumulative mais dans l'adoption d'une responsabilité alternative. Une telle conception de la responsabilité des personnes morales est retenue pour les infractions non intentionnelles par la loi du 10 juillet 2000 (A). Pour les infractions intentionnelles, la redéfinition du critère du « profit » doit permettre d'adopter une telle conception de la responsabilité (B).

A. Les infractions non intentionnelles

¹⁰⁰³ Le bénéfice doit être ici compris comme un « avantage » et non comme un « profit » lequel sous entend un intérêt économique.

¹⁰⁰⁴ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, chron. p. 516.

¹⁰⁰⁵ Avant Projet définitif du Code pénal : Doc. Fr. 1978, p.42.

¹⁰⁰⁶ Circ. 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à son entrée en vigueur.

¹⁰⁰⁷ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 151.



380. L'article 121-2 du Code pénal, tel qu'issu de la loi du 10 juillet 2000¹⁰⁰⁸, est à l'origine de la conception alternative de la mise en cause de la responsabilité de la personne morale et de la personne physique¹⁰⁰⁹. Ce texte impose par principe le cumul des responsabilités : « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Cette règle s'applique « sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 du Code pénal ». Ainsi, seules les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. En l'absence d'une telle faute, seule la responsabilité de la personne morale pourra être engagée¹⁰¹⁰. La relaxe prononcée « au bénéfice des personnes physiques pour absence de faute caractérisée n'interdit pas de rechercher la responsabilité de la personne morale¹⁰¹¹ ». Par exception, une condamnation cumulative de la personne physique et de la personne morale est concevable¹⁰¹². Le juge peut aussi ne retenir que la responsabilité de la première et relaxer la seconde¹⁰¹³. La circulaire du 13 février 2006 « systématise cette solution¹⁰¹⁴ » et confirme cette interprétation. Les poursuites contre la seule personne morale doivent être privilégiées en cas d'infraction non intentionnelle mais également en cas d'infraction de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, de la seule inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière. La mise en cause de la personne physique n'interviendra

¹⁰⁰⁸ Loi n° 2000-647 du 10 juill. 2000, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels

¹⁰⁰⁹ P. MORVAN, « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », RJS, 2001, p. 283.

¹⁰¹⁰ Cass. crim., 24 oct. 2000, n° 00-80378 : Bull. crim., 2000, n° 308; RJS, 2001, n° 391.

¹⁰¹¹ J.-F. CESARO, Droit Pénal : Responsabilités, J.-Cl., Travail Traité, à jour au 28 juin 2005, Fasc. 82-20, n° 152.

¹⁰¹² Cass. crim., 7 juill. 1998, n° 97-81273 : Bull. crim., 2000, n° 308.

¹⁰¹³ Cass. crim., 26 oct. 2004, n° 03-86970 : Bull. crim., 2004, n° 254.

¹⁰¹⁴ A. COEURET, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail », RJS, 2006, Chr., p. 843.



qu'en cas de faute personnelle suffisamment établie et justifiant une condamnation pénale¹⁰¹⁵.

B. Les infractions intentionnelles

381. D'une responsabilité cumulative... En cas d'infraction intentionnelle, une condamnation cumulative est systématique. Personnes physiques et personnes morales sont réputées coauteurs ou complices de l'infraction. La circulaire du 13 février 2006 confirme cette position invitant les procureurs, en cas d'infraction intentionnelle, à engager les poursuites à la fois contre la personne physique, auteur ou complice des faits, et contre la personne morale dès lors que les faits ont été commis pour son compte par un de ses organes ou représentants¹⁰¹⁶. On ne peut ainsi aboutir qu'à un cumul systématique des responsabilités à moins d'être « doté d'un outil suffisamment efficace pour discerner le degré de convergence entre le mobile du décideur et l'intérêt qu'en retire la personne morale¹⁰¹⁷ ». Retenir systématiquement une responsabilité cumulative demeure contraire au principe selon lequel « nul n'est responsable que de son propre fait¹⁰¹⁸ ». Il contrevient en outre à la volonté de « justice » véhiculée par les auteurs du nouveau Code pénal¹⁰¹⁹. La redéfinition de la notion de « pour le compte » telle qu'exprimée précédemment permet de résoudre la question du cumul des responsabilités.

382. ...à une responsabilité alternative. La notion de « pour le compte » analysée en un critère subjectif doit permettre d'engager alternativement la responsabilité de la personne morale ou de la personne physique. En matière d'entrave, deux catégories d'infractions doivent être définies¹⁰²⁰ : les premières permettent d'engager la

¹⁰¹⁵ Circulaire du 13 février 2006 - CRIM 2006 03 E8 - Relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales, BOMJ n° 101, 1^{er} janvier au 31 mars 2006.

¹⁰¹⁶ Circulaire du 13 février 2006 - CRIM 2006 03 E8 - Relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales, BOMJ n° 101, 1^{er} janvier au 31 mars 2006.

¹⁰¹⁷ A. COEURET, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail », RJS, 2006, Chr., p. 843.

¹⁰¹⁸ C. pén., art. 121-1.

¹⁰¹⁹ B. BOULOC, Droit Pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 335, p. 291.

¹⁰²⁰ Sur cette distinction voir : A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe. Retour sur une incrimination redoutée », RJS, 2011, p. 515.



responsabilité de la personne morale ; les secondes permettent d'engager celle de la personne physique. Seules celles qui s'inscrivent dans cette « politique » ou cette stratégie d'entreprise peuvent être reprochées à la personne morale. La responsabilité de cette dernière pourrait être ainsi mise en cause en cas de manquements répétés en matière d'information et de consultation traduisant le peu d'intérêt que porte la direction au rôle des représentants du personnel. Ces entraves apparaissent comme « le prototype de ce qui est imputable à la personne morale parce qu'elles sont à l'évidence liées à une volonté de défense de ses intérêts¹⁰²¹ ». Sont ici visées les entraves commises à l'occasion d'opérations patrimoniales importantes (fusion, acquisition, scission) qui déclenchent des droits à information et à consultation préalables au profit du comité d'entreprise¹⁰²² ou celles correspondant à une transformation importante de l'organisation productive de l'entreprise¹⁰²³. A l'opposé, les actes isolés ne sauraient être reprochés aux personnes morales. Sont notamment visés les délits d'entrave résultant d'une inimitié entre la direction et les représentants du personnel. La personne morale ne doit pas assumer « les conséquences répressives des comportements individuels hostiles aux institutions représentatives des salariés¹⁰²⁴ ». Il est permis d'ajouter les entraves résultant d'un manquement à une obligation d'information et de consultation « ponctuelle » ou isolée, à moins que ne soit relevée une stratégie ou un fonctionnement irrespectueux du droit de la représentation collective¹⁰²⁵.

383. Cet argumentaire peut s'appuyer sur deux décisions de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Par la première, la Cour a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité selon laquelle l'article 121-2 du Code pénal était contraire au principe de légalité des délits et des peines : ce texte ne comporte aucune dérogation injustifiée au principe d'égalité devant la loi et ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence¹⁰²⁶. En considérant que cette question ne présentait pas un caractère sérieux, la Cour de cassation ne s'est-elle pas prononcée sur

¹⁰²¹ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », *SSL*, 2012, n° 1547, p. 11.

¹⁰²² C. trav., art., L. 2323-19 et s.

¹⁰²³ C. trav., art., L. 2323-6.

¹⁰²⁴ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », *SSL*, 2012, n° 1547, p. 11.

¹⁰²⁵ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », *SSL*, 2012, n° 1547, p. 11.

¹⁰²⁶ Cass. crim., 29 mars 2011, n° 11-90007 : *Bull. crim.*, 2011, n° 65 ; *RJS*, 2011, n° 652.



la manière dont les personnes morales seront poursuivies et condamnées ? Ce refus traduit un strict respect, au profit des personnes morales, du principe de personnalité des peines¹⁰²⁷. Par la seconde décision, la Cour « invite » les juges du fond à expliquer en quoi l'infraction reprochée à l'être moral a été accomplie pour son compte¹⁰²⁸, « ce qui pourrait ne pas être le cas si le dessein de l'auteur direct de l'entrave paraît trop éloigné de la recherche d'un profit ou d'une économie par le groupement¹⁰²⁹ ».

384. Cet argumentaire rejoint la doctrine¹⁰³⁰ qui se prononce en faveur de l'instauration d'une responsabilité pénale alternative conforme aux principes directeurs du droit pénal. Ainsi, pour le professeur BOULOC, les juges, à l'image de la solution en vigueur en matière d'entente ou d'abus de position dominante¹⁰³¹, doivent retenir « la responsabilité de la personne physique qu'en cas d'action volontaire et pour son propre compte et à la condition que la personne physique ait pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de l'infraction¹⁰³² ». La crainte d'une « déresponsabilisation » resurgit. Cette dernière demeure limitée en raison de l'évolution jurisprudentielle qui place à nouveau la personne physique au cœur du dispositif de la responsabilité des personnes morales et fait peser sur les dirigeants et les représentants de celle-ci l'obligation d'agir avec diligence. Le déclenchement des poursuites à l'égard de la personne morale et

¹⁰²⁷ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », *SSL*, 2012, n° 1547, p. 11.

¹⁰²⁸ Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10-86974 : *Bull. crim.*, 2012, n° 94 ; J.-Ch. SAINT-PAU, « L'imputation directe et imputation présumée d'une infraction à une personne morale », *D.* 2012, 1381 ; A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », *RJS*, 2012, chron. p. 516 ; S. BRISSY, *JCP S.*, 2012, 1269 ; Adde, A. COEURET, *Le responsable en droit pénal du travail*, *JCP S.*, 2013, 1223.

¹⁰²⁹ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », *RJS*, 2012, Chr. p. 516.

¹⁰³⁰ Voir : A. COEURET, « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe. Retour sur une incrimination redoutée », *RJS*, 2011, p. 515 ; A. COEURET, F. DUQUESNE, « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », *RJS*, 2012, Chr. p. 516 ; A. COEURET, F. DUQUESNE, « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », *SSL*, 2012, n° 1547, p. 11 ; A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 377 et s., p. 230. Dans ce dernier ouvrage les auteurs appliquent un raisonnement identique aux infractions liées à la discrimination et au prêt de main d'œuvre illicite ou délit de marchandage. Voir aussi : H. MATSOPOULOU, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. Soc.*, Févr. 2004, p. 283 ; E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2012, 2^{ème} éd., n° 1124 et s., p. 681.

¹⁰³¹ Ord. 1^{er} déc. 1986, art 17 ; C. Com., art. L. 420-6.

¹⁰³² B. BOULOC, *Droit Pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 335, p. 291.



l'éventuelle sanction qui en découle¹⁰³³ jouent alors pleinement leur rôle dissuasif à l'égard des personnes physiques.

385. En définitive, l'être physique serait considéré tantôt comme l'auteur de l'infraction tantôt comme « un rouage consentant mais pris dans une stratégie économique qui la dépasse¹⁰³⁴ » conduisant à l'engagement de la seule responsabilité pénale de la personne morale. Ainsi, en contradiction avec la solution préconisée par la circulaire du 13 février 2006, le déclenchement des poursuites ne serait plus par principe cumulatif mais alternatif. En l'absence de comportement de l'être physique révélant une volonté personnelle d'entrave, seule la responsabilité de la personne morale doit être engagée ; une telle solution est conforme à l'article 121-2 du Code pénal : s'il énonce que la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques, il n'impose aucunement « leur condamnation conjointe¹⁰³⁵ ».

386. Exception. Si l'identification de l'organe ou du représentant doit être systématiquement recherchée par le juge, il n'en demeure pas moins que cette solution de principe souffrira toujours d'exceptions, y compris en cas de délit intentionnel, dans les cas, envisagés par la circulaire d'application¹⁰³⁶, où l'identification de la personne physique est impossible parce que l'infraction est commise par un organe collégial. Ces infractions constitutives d'une faute diffuse doivent être strictement délimitées « si l'on veut éviter que la mise en cause de cette responsabilité ne devienne une solution de facilité pour les agents de la poursuite qui ne parviendraient pas à confondre la personne physique, auteur du délit¹⁰³⁷ ». La responsabilité de la personne morale ne doit être retenue qu'après une tentative préalable d'identification de la personne physique.

387. Conclusion - Une responsabilité partagée. Favoriser le partage des responsabilités dans l'entreprise, tel est le sens des solutions apportées. L'effectivité du droit de la représentation collective suppose une responsabilité partagée entre

¹⁰³³ La sanction infligée à la personne morale suffirait pour rétablir l'ordre public à condition que soit menée une réflexion de fond sur les peines encourues. Une amende ne saurait suffire.

¹⁰³⁴ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 377 et s., p. 230.

¹⁰³⁵ A. COEURET, F. DUQUESNE, « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », *SSL*, 2012, n° 1547, p. 11.

¹⁰³⁶ Circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 déc. 1992 relative à son entrée en vigueur.

¹⁰³⁷ F. DESPORTES, rapp. Cass. crim., 2 déc. 1997, n° 96-85484 : *Bull. crim.*, 1997, n° 408, *JCP G*, 1998, II, 10023.



l'employeur et les instances élues ou désignées de représentation du personnel. Leurs membres sont parmi les garants du bon fonctionnement de ces instances. S'ils les paralysent, ils se privent de l'exercice de leurs prérogatives et doivent en supporter les conséquences pénales ou civiles. Quant au chef d'entreprise, premier responsable dans l'entreprise, il peut tenter de s'exonérer de sa responsabilité au moyen d'une délégation de pouvoirs dont l'efficacité est néanmoins restreinte aux seuls aspects fonctionnels de la représentation du personnel, même si la porte n'est pas fermée à de plus vastes exonérations. Favoriser le partage des responsabilités, tel est le sens de la jurisprudence visant à restreindre la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales. Mais si le chef d'entreprise ne doit pas faire peser le risque pénal sur la seule personne morale, il ne doit pas en revanche supporter seul le poids d'infractions commises dans le cadre d'une stratégie économique qui le dépasse. Une responsabilité alternative s'impose.



Conclusion - Titre I

388. Afin de définir l'étendue des responsabilités, il appartient au juge de caractériser l'élément intentionnel de l'infraction en recourant au dol spécial ! L'auteur doit avoir eu connaissance de l'infraction et avoir voulu le résultat. Cette caractérisation ne pourra se faire qu'au moyen des mobiles. En matière d'entrave, le juge doit s'interroger sur le sens de l'infraction. Résulte-t-elle d'une inimitié ou d'une politique d'entreprise ? Intéresse-t-elle les aspects fonctionnels de l'instance ou ses attributions ? Une triple identification doit être recherchée: de l'auteur (en tenant compte de sa qualité de dirigeant, de salarié bénéficiant d'une délégation de pouvoirs, de salarié membre d'une instance de représentation du personnel ou de personne morale), de la nature de la responsabilité et de la nature de la sanction.

389. Facteur de « déresponsabilisation » dans l'entreprise, la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales doit être strictement encadrée. Lorsque la jurisprudence impose l'identification d'une personne physique et une détermination précise de la notion de « pour le compte de », elle s'inscrit dans cette perspective favorisant le partage des responsabilités et incitant la personne physique, dirigeant ou représentant, à agir dans le respect des normes en vigueur.

390. Ce souci de la « responsabilisation » des différents acteurs de l'entreprise ne saurait néanmoins se limiter aux éléments constitutifs de l'infraction et à l'identification des responsables. Aller au-delà s'impose¹⁰³⁸.

¹⁰³⁸ La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales a conduit à une généralisation de la peine d'amende. Or, le principe d'individualisation des peines, « applicables aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, est loin d'être respectée » H. MATSOPOULOU, La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Soc., févr. 2003, p. 287.



Titre II Un traitement effectif des responsabilités

392. Appliqué au droit pénal du travail, le principe d'opportunité intéresse à la fois le ministère public et l'inspection du travail. Or, celle-ci alimente le parquet en procès-verbaux. Mais peu sont dressés, et seuls quelques uns d'entre eux donnent effectivement lieu à des poursuites. A cette inefficacité constatée, des réponses structurelles ou « organisationnelles » peuvent être apportées (**Chapitre I**). D'autres, plus substantielles, peuvent également être envisagées (**Chapitre II**).



Chapitre I L'exercice des poursuites

393. Une clef de voûte. L'action du ministère public est conçue et aménagée par le Code de procédure pénale pour mettre en œuvre une réponse pénale¹⁰³⁹. Appliqué au droit de la représentation du personnel, cette réponse pénale fait souvent défaut. Les causes en sont structurelles et organisationnelles, tenant à l'absence de politique pénale du travail, l'absence de recours aux alternatives aux poursuites, ou encore au déficit de formation des magistrats et des inspecteurs du travail. Le ministère public joue un rôle décisif en ce qu'il remplit « par vocation les fonctions de l'accusation¹⁰⁴⁰ ». Il est « le maître d'œuvre de la réponse judiciaire¹⁰⁴¹ ». L'inspecteur du travail n'a pas le pouvoir de mettre en mouvement l'action publique. Son intervention préalable n'en demeure pas moins essentielle. « La bonne préparation des dossiers par les inspecteurs¹⁰⁴² » constitue l'une des clés du dispositif (**Section I**). Les victimes du délit d'entrave, le comité d'entreprise ou une organisation syndicale, disposent aussi d'un puissant moyen d'action par le biais d'éventuelles constitutions de partie civile (**Section II**).

¹⁰³⁹ Y. MAYAUD, Les recours au juge répressif, Dr. social, 1987, p. 510.

¹⁰⁴⁰ R. MERLE, A. VITU, Traité de droit criminel, Procédure pénale, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 325, p. 389.

¹⁰⁴¹ G. CLEMENT, « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », Mél. J. PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Cujas, 2006, p. 280.

¹⁰⁴² J.-H. ROBERT, « La répression », Dr. social, 2000, p. 955.



Section I - L'exercice de l'action publique

394. Originalité. L'efficacité du système répressif dépend de la qualité des constats, de la rapidité des transmissions des procédures au parquet et de l'étroitesse des relations entre les unités territoriales d'inspection du travail et les autorités judiciaires. L'exercice du principe d'opportunité des poursuites, et par conséquent le rôle du procureur (§II), ne peuvent être dissociés de l'action de l'inspection du travail dans la phase de constatation des infractions précédant la saisine du parquet (§I).

§I. L'inspecteur du travail : auteur du procès-verbal

395. Les inspecteurs du travail sont investis d'un pouvoir de contrôle social¹⁰⁴³ (I). Disposant du libre choix des suites qu'ils entendent donner aux contrôles menés, ils disposent du pouvoir de dresser des procès-verbaux. La qualité du document établi est l'une des clés de la mise en mouvement de l'action publique (II).

I. L'auteur du constat

396. Fondements. Nombreux sont les textes à donner compétence aux inspecteurs du travail pour relever les infractions par procès-verbal¹⁰⁴⁴. La compétence des inspecteurs du travail se fonde au premier chef sur l'article L. 8112-1 du Code du travail : « les inspecteurs du travail sont chargés de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail (...). Ils sont également chargés, concurremment avec les officiers et agents de police judiciaire, de constater les infractions à ces dispositions et stipulations ». L'inspection du travail « est omniprésente ; ses attributions la placent au cœur des relations de travail¹⁰⁴⁵ ».

¹⁰⁴³ Ch. LAZERGUES, « La constatation de l'infraction et les poursuites pénales », Dr. social, 1984, p. 480.

¹⁰⁴⁴ La Convention OIT n° 81 du 11 juill. 1947 est ratifiée par la France le 11 août 1950 – C. trav., art. L. 8112-1 et s.

¹⁰⁴⁵ Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », Dr. social, 1984, p. 448.



397. De l'indépendance.... Si, de manière générale, l'administration agit dans un milieu homogène et ne fait face qu'à une seule catégorie d'usagers¹⁰⁴⁶, il n'en est pas de même de l'administration du travail. Cette dernière intervient dans un milieu hétérogène¹⁰⁴⁷ où s'opposent des intérêts divergents : ceux des salariés et de l'employeur¹⁰⁴⁸. Garantie par les conventions internationales n° 81 (art. 6) et n° 129 (art. 8)¹⁰⁴⁹, l'indépendance de l'inspection doit être rangée au nombre des principes généraux du droit¹⁰⁵⁰ et des principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution¹⁰⁵¹. L'indépendance est « une garantie essentielle de l'effectivité du droit du travail¹⁰⁵² ». Élément des « principes de déontologie pour l'inspection du travail¹⁰⁵³ », le principe d'indépendance n'apparaît pas « comme un droit des agents concernés mais bien comme une garantie pour les citoyens de pouvoir bénéficier d'un service public organisé qui n'est soumis à aucune influence extérieure indue¹⁰⁵⁴ ». Le principe suppose que l'inspection du travail soit indépendante de l'autorité politique, qu'elle détienne des garanties en matière d'emploi et d'exercice de ses fonctions et dispose de moyens lui permettant d'exercer celles-ci. L'inspecteur du travail doit être à l'abri des influences extérieures : ingérences, pressions, menaces, qu'elles viennent des acteurs sociaux ou d'ailleurs. L'indépendance de l'inspection se traduit, entre autres, dans le libre choix de solliciter ou non la mise en œuvre de l'action pénale¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁴⁶ Ainsi, l'administration fiscale n'intervient qu'à l'égard des contribuables.

¹⁰⁴⁷ Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 448.

¹⁰⁴⁸ L'inspecteur du travail, compte tenu de ses attributions, est chargé de « faire respecter la loi et les règles objectivement posées. Son secteur d'intervention le place au cœur de la situation économique et sociale et des rapports sociaux entre salariés et employeurs. Les risques ou probabilités d'ingérence ou d'intervention ne sont pas nuls ni négligeables. D'où la nécessité de mettre ces agents à l'abri de toute intervention indue. Il s'agit d'une condition impérative, non seulement à l'efficacité de l'inspection du travail, mais aussi à son indispensable crédibilité aux yeux des parties en présence. En ce sens la notion, d'indépendance fait partie intégrante de la déontologie du corps » (CES, Rapp. 24 janv. 1996 sur l'inspection du travail).

¹⁰⁴⁹ Convention OIT n° 81 et 129 : « Le personnel de l'inspection sera composé de fonctionnaires publics dont le statut et les conditions de service assurent la stabilité dans leur emploi et les rendent indépendants de tout changement de gouvernement et de toute influence indue ».

¹⁰⁵⁰ CE 9 oct. 1996, n° 167511 : *Dr. social* 1997, p. 207 note X. PRETOT.

¹⁰⁵¹ Cons. Const., 17 janv. 2008, Déc., n° 2007-561 DC.

¹⁰⁵² Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 1^{ère} éd., 2009, p. 193.

¹⁰⁵³ *Déontologie de l'inspection du travail – DGT – 2010*.

¹⁰⁵⁴ X. DARCOS, préf., in *Déontologie de l'inspection du travail – DGT – 2010*.

¹⁰⁵⁵ Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 1^{ère} éd., 2009, p. 194.



398. ...au principe d'opportunité des poursuites. Ecartée dans un premier temps par les textes internationaux, le principe de libre décision est implicitement reconnu par l'article 17 de la Convention internationale du travail n° 81, lequel prévoit « qu'il est laissé à la libre décision des inspecteurs du travail de donner des avertissements ou des conseils au lieu de recommander des poursuites ». Cette position est confirmée par un arrêt du Conseil d'Etat relatif au décret du 24 novembre 1977 organisant les services extérieurs du travail et de l'emploi. Ni les textes internationaux, ni les dispositions législatives ne limitent « les attributions des inspecteurs du travail à la tâche exclusive du contrôle de la législation et de la réglementation du travail dans les entreprises ¹⁰⁵⁶ ».

399. L'existence d'une infraction dénoncée par un salarié ne saurait conduire un inspecteur du travail à dresser un procès-verbal¹⁰⁵⁷. L'administration du travail est chargée de faire respecter la réglementation. Elle a le pouvoir d'apprécier les moyens à mettre en œuvre et, par voie de conséquence, de mesurer l'opportunité de dresser un procès-verbal sans pour autant subir la censure du juge administratif¹⁰⁵⁸. Au demeurant, un contrôle juridictionnel restreint, lequel portera sur l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, peut toujours être exercé¹⁰⁵⁹.

400. Pour la Direction générale du travail, l'indépendance est « en interaction avec le principe de libre décision et les pouvoirs prévus par la législation¹⁰⁶⁰ ». Les instructions ministérielles¹⁰⁶¹ successives affirment que les agents de contrôle doivent disposer « d'un large pouvoir d'appréciation ». Le principe de libre décision ne porte que sur le

¹⁰⁵⁶ CE, 3 juill. 1981, Synd. Gén. CGT, Rec. 1981, p. 301.

¹⁰⁵⁷ CE, 3 oct. 1997, n° 161520, Concl. de D. CHAUVAUX, JCP G 1998, II, 10 020.

¹⁰⁵⁸ Le refus de dresser procès-verbal doit être assimilé à un acte administratif (CE, 26 mai 1965, Kutschera : AJDA, 1965, p. 473, note Laporte) susceptible d'être déféré au juge administratif ou de nourrir le contentieux de la responsabilité de l'administration.

¹⁰⁵⁹ Le contrôle restreint consiste pour le juge à vérifier que l'administration n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation. Ce contrôle concerne la qualification des faits ou le choix d'une décision (lorsque plusieurs solutions sont possibles). Quant à l'erreur manifeste d'appréciation, « l'objectif est d'imposer aux autorités un minimum de bon sens et de logique ou d'éviter des solutions déraisonnables. Ne sont censurées que les erreurs évidentes et grossières ». G. DUPUIS, M-J. GUEDON, P. CHRETIEN, Droit administratif, Sirey, 12^{ème} éd., 2011, n° 840, p. 664, n° 851, p. 670 et n° 853, p. 671.

¹⁰⁶⁰ Déontologie de l'inspection du travail – DGT – 2010, p. 15.

¹⁰⁶¹ Instruction DGT n° 11 du 12 sept. 2012 sur les procès-verbaux de l'inspecteur du travail, BO Min. Trav., 30 oct. 2012, 2012/10. Sur le caractère immuable de cette pratique : cf. Cl. CHETCUTI, « Réflexions sur l'inspection du travail », Dr. social, 1976, p. 30 - Instruction du 28 mars 2002, n° 2002-03 concernant les procès-verbaux de l'inspection du travail BO Min. Trav., 20 juin 2002, 2002/11-Instruction du 14 mars 1986 relative à l'établissement, à la transmission et au suivi des procès-verbaux.



choix des moyens juridiques. La liberté de faire ou ne pas faire est entière. En présence d'infractions par lui constatées, l'inspecteur du travail ne peut s'abstenir d'agir ; il n'a que le choix des modalités d'action de son intervention¹⁰⁶². Ce principe ne s'efface qu'en présence de dispositions expresses imposant à l'administration de susciter la mise en œuvre de l'action pénale¹⁰⁶³. Il constitue une exception à l'article 40 du Code de procédure pénale qui oblige les fonctionnaires à signaler au procureur les délits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

II. Le constat

401. Un outil essentiel. Lorsqu'il définit les missions de l'inspection du travail, le Code du travail reconnaît aux inspecteurs le pouvoir de verbalisation¹⁰⁶⁴. Le procès-verbal constitue « un outil essentiel. Son caractère dissuasif est incontestable¹⁰⁶⁵ ». Il participe « à l'objectif de respect du droit et permettre la sanction des infractions les plus graves¹⁰⁶⁶ ». Dans certaines circonstances, la constatation des infractions par procès-verbal doit être systématique et inconditionnelle.

402. « Patchwork¹⁰⁶⁷ ». La diversité des modes d'interventions¹⁰⁶⁸ trouve sa raison d'être dans l'autonomie des inspecteurs du travail, laquelle constitue une condition essentielle de l'efficacité de leur action¹⁰⁶⁹. Doivent être distingués le contrôle de conformité, l'adaptation de normes générales aux situations particulières ou la conciliation amiable, le conseil et l'information.

403. Observations. L'étude des rapports de l'inspection du travail pour 2011 révèle l'importance de la pratique des observations. L'activité des inspecteurs du travail est avant tout composée d'observations, conseils et conciliations qui ne sont pas vraiment prévus par la loi. Telle est l'originalité de l'intervention de l'inspection du travail

¹⁰⁶² Déontologie de l'inspection du travail – DGT – 2010, p. 21.

¹⁰⁶³ CE, 7 mai 1971 : Rec. CE p. 334 ; CE, 20 mars 1974 : Rec. CE., p. 200

¹⁰⁶⁴ C. trav., art. L. 8112-1.

¹⁰⁶⁵ Instruction DGT n° 11 du 12 sept. 2012 sur les procès-verbaux de l'inspecteur du travail, BO Min. Trav., 30 oct. 2012, 2012/10.

¹⁰⁶⁶ Instruction DGT n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit..

¹⁰⁶⁷ V. VIEILLE, « Inspecter le travail ou veiller à l'application du droit du travail : une mission impossible ? », Dr. social, 2006, p. 666.

¹⁰⁶⁸ C. CHETCUTI, Brefs propos sur les modalités d'interventions de l'inspection du travail, Dr. social, 1984, p. 465 – C. CHETCUTI, « Réflexions sur l'inspection du travail », Dr. social, 1976, p. 19.

¹⁰⁶⁹ V. TIANO, La réforme contestée de l'inspection du travail, Dr. social, 2006, p. 662.



marquée du sceau d'un fort décalage entre le droit et la pratique. Les compétences de l'inspecteur « révèlent mal la fonction. A la répression pénale, seule vraiment prévue et aménagée par les textes, s'est substituée une activité de surveillance et de tutelle administrative que les textes ignorent pratiquement¹⁰⁷⁰ ». Si certains tribunaux¹⁰⁷¹ ont pu analyser la lettre d'observation adressée à l'employeur afin qu'il régularise la situation comme une « mise en demeure » susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, de telles décisions ne peuvent que démontrer la nécessité de préciser les conditions et les effets de cette pratique.

404. La technique de l'observation est souvent choisie : il est « moins question de sanctionner le délit que d'obtenir effectivement le respect par l'employeur de la réglementation du travail¹⁰⁷² ». Trouve ici illustration la première fonction du droit pénal du travail : prévenir¹⁰⁷³. Le recours aux observations pose une question de fond : l'inspecteur peut-il être à la fois « conciliateur et gendarme ? L'une des missions ne chasse-t-elle pas l'autre ? Le mélange des genres est-il possible, souhaitable¹⁰⁷⁴ ? ». Il est en vérité justifié de distinguer les fonctions de prévention et de sanction.

405. La mise en demeure préalable apparaît « comme un attribut exclusif de l'autorité publique chargée de constater l'infraction et ou, à l'inverse, elle tend à obtenir du débiteur l'exécution volontaire de l'obligation légale en cause¹⁰⁷⁵ ». Dans le Code du travail, la mise en demeure préalable a pour seul domaine certaines infractions en matière d'hygiène et de sécurité¹⁰⁷⁶ et certaines infractions relatives aux règles d'organisation des services médicaux et sociaux du travail. Plus largement, la mise en demeure est nécessaire dans les situations suivantes : « prescriptions exigeant des modifications importantes (...), prescriptions pouvant donner lieu à des divergences

¹⁰⁷⁰ Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 446.

¹⁰⁷¹ TA Versailles, 31 déc. 1992, TA de Nantes 24 oct. 2000.

¹⁰⁷² P. DURAND, R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1947, t. 1, p. 364.

¹⁰⁷³ Ch. LAZERGUES, « La constatation de l'infraction et les poursuites pénales », *Dr. social*, 1984, p. 480.

¹⁰⁷⁴ J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. social*, 1975, p. 375.

¹⁰⁷⁵ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 74, p. 39. Pour le Professeur DELMAS-MARTY, la mise en demeure est le rappel de la loi : « dans la perspective d'améliorer de façon plus ponctuelle la connaissance des lois pénales, est apparue la technique du rappel : avant d'appliquer la loi, les autorités en rappellent l'existence au justiciable » (VI^{ème} Journées Françaises de Droit Pénal, Montpellier Novembre 1983).

¹⁰⁷⁶ C. trav., art. L. 4721-4 ; C. trav., art. L. 4721-1 ; C. trav., art. L. 4731-2.



d'interprétation en droit ou en fait, matières nouvellement réglementées¹⁰⁷⁷ ». Cette mise en demeure préalable peut être évincée lorsque les faits constatés sont de nature à porter une atteinte grave à l'intégrité physique des travailleurs¹⁰⁷⁸.

406. Résultant nécessairement d'un écrit¹⁰⁷⁹, la mise en demeure est un acte administratif individuel susceptible de « réclamation¹⁰⁸⁰ » auprès du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail, de l'emploi¹⁰⁸¹. Un délai d'instruction de 21 jours, renouvelable une fois si les nécessités de l'instruction l'imposent, lui est laissé. Cette réclamation revêt un caractère suspensif. La non-communication à l'employeur de sa décision vaut acceptation de la réclamation¹⁰⁸². Cette spécificité ne fait pas obstacle à un éventuel recours hiérarchique, lequel n'est pas suspensif. La mise en demeure constitue un acte administratif individuel susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir et d'engager la responsabilité de l'Etat¹⁰⁸³. La mise en demeure ne constitue pas un acte de poursuite¹⁰⁸⁴.

407. Certains auteurs voient dans cette technique une source d'ineffectivité du droit pénal du travail : de la mise en demeure à la décision de classement, « sans négliger tous les relais nécessaires à la transmission des procès-verbaux au ministère public, nombre d'affaires se perdent et aboutissent à l'impunité¹⁰⁸⁵... ce qui les conduit parfois à prôner une remise en cause de la procédure de mise en demeure¹⁰⁸⁶, oubliant le volet préventif du droit pénal.

¹⁰⁷⁷ C. CHETCUTI, « Brefs propos sur les modalités d'interventions de l'inspection du travail », Dr. social, 1984, p. 466.

¹⁰⁷⁸ C. trav., art. L. 4721-5.

¹⁰⁷⁹ C. trav., art. L. 4721-6. La mise en demeure est adressée au chef d'établissement et portée par écrit sur un registre spécifique datée et signée avec l'indication des contraventions constatées. Un délai est fixé à l'expiration duquel la contravention doit avoir disparu.

¹⁰⁸⁰ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 83, p. 42.

¹⁰⁸¹ C. trav., art. L. 4723-1.

¹⁰⁸² C. trav., art. R. 4723-3 et 4.

¹⁰⁸³ CE, 29 juin 1983, Min. Trav. c/ Sté ACEF, n° 38688.

¹⁰⁸⁴ Cass. crim., 10 déc. 1910 : D. P. 1912-5-24.

¹⁰⁸⁵ J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », Dr. social, 1975, p. 375.

¹⁰⁸⁶ En ce sens : N. ALVAREZ, Droit pénal du travail, Thèse, Université Paris I, 1974, Dactyl., p. 127-129 ; J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », Dr. social, 1975, p. 375.



408. S'il est « un pur mécanisme d'opportunité¹⁰⁸⁷ », ce préalable est nécessaire et s'accorde à la souplesse indispensable de la norme. Le droit perdrait beaucoup « à se défaire de tous les mécanismes de bonne justice qui évitent de recourir trop systématiquement à la justice répressive¹⁰⁸⁸ ». L'extension de ce préalable à de nombreuses inobservances des prescriptions légales ou réglementaires est, au demeurant, parfois souhaitée¹⁰⁸⁹.

409. En matière d'hygiène et de sécurité, l'inspecteur du travail apprécie, sous le contrôle du juge pénal ou, le cas échéant, du juge administratif, si l'installation répond aux prescriptions réglementaires. La mise en demeure ne peut aller au-delà de celles ainsi fixées. Il appartient à l'employeur mis en demeure de choisir les moyens permettant cette mise en conformité. Une telle procédure pourrait trouver application en matière de représentation collective. L'inspecteur du travail pourrait mettre l'employeur en demeure de procéder à telle consultation ou telle information sur tel sujet. De même, dans des situations de blocage, l'inspecteur du travail pourrait mettre le comité d'entreprise en demeure de rendre un avis tant dans les hypothèses dans lesquelles son avis lie l'employeur (chômage partiel, etc.) que dans le cas contraire. Il appartiendrait à l'inspection du travail de contrôler le degré d'information et de consultation des représentants du personnel. Une telle mise en demeure, en cas de restructuration, assurerait une protection optimale des salariés¹⁰⁹⁰. Conformément à la dimension de prévention du droit pénal, ces pratiques préalables à la saisine du juge répressif doivent être encouragées.

410. Contrôle de conformité. Bien que le pouvoir de sanction soit « consubstantiel à l'action de l'inspection du travail¹⁰⁹¹ », le procès-verbal est souvent perçu comme « un

¹⁰⁸⁷ Pour le Professeur MAYAUD ce préalable obligatoire permet de « juger de l'intérêt du recours au juge répressif en testant la bonne foi du contrevenant et en évitant des poursuites inutiles, à la fois pour lui et pour la société, lorsqu'il fait preuve d'un total repentir » (Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », *Dr. social* 1987, p. 510).

¹⁰⁸⁸ Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », *Dr. social* 1987, p. 510.

¹⁰⁸⁹ G. LEVASSEUR, *Droit social et Droit pénal*, in *Etudes de droit du travail* offert à André BRUN, Librairie sociale et économique, 1974, p. 318 ; J. MICHEL, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 446.

¹⁰⁹⁰ C. trav., art. L. 1233-57-5.

¹⁰⁹¹ J. BESSIERE, « L'inspection du travail, entre stabilité et évolutions », in *13 Paradoxes en Droit du travail*, ss dir. Ph. WAQUET, SSL, 2011, n° 1508, p. 41.



constat d'échec¹⁰⁹² », ce qui revient à nier la possibilité pour l'inspection du travail d'assurer une double fonction de conseil et de police¹⁰⁹³. L'inspecteur du travail doit utiliser le procès-verbal « en renfort de son action quotidienne¹⁰⁹⁴ ». Il demeure un moyen parmi d'autres permettant de tendre à une pleine effectivité de la règle¹⁰⁹⁵. La qualité du procès-verbal étant essentielle, il nous faut préciser ses conditions de validité, de fond (A) et de forme (B), avant de s'interroger sur la nature du contrôle exercé (C).

A. Les conditions de fond

411. Objectif. Le procès-verbal est « le constat d'infraction à des règles du Code du travail pénalement sanctionnées¹⁰⁹⁶ ». Il a pour objet de concentrer dans un document unique l'ensemble des données qui permettront dans un premier temps au parquet d'apprécier s'il y a lieu ou non de poursuivre l'auteur de l'infraction puis, dans un second temps, au juge pénal de prononcer, le cas échéant, une condamnation. La Direction générale du travail a publié le 12 septembre 2012¹⁰⁹⁷ une instruction relative à la rédaction des procès-verbaux de l'inspection du travail visant à renforcer l'efficacité du système d'inspection et à garantir l'effectivité de la règle de droit. Cette instruction

¹⁰⁹² Ch. LAZERGUES, « La constatation de l'infraction et les poursuites pénales », *Dr. social*, 1984, p. 484. « Le bon inspecteur est celui qui ne fait pas de procès-verbaux en définitive » (RENDU, *Table Ronde RPDS*, n° 357, Janv. 1975, p. 10). Le procès-verbal est vu aussi comme l'ultima ratio (J. BESSIERE, « L'inspection du travail, entre stabilité et évolutions », in *13 Paradoxes en Droit du travail*, ss dir. Ph. WAQUET ; SSL, 2011, n° 1508, p. 41 ; B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social*, 2000, p. 959 ; J.-E. RAY, « Sanctions et incitations en droit du travail », *Liaisons Sociales Magazine*, Janv. 2011, p. 96).

¹⁰⁹³ Sur les origines du débat : Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs de l'inspection du travail », *Dr. social*, 1984, p. 458 ; J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. social*, 1975, p. 380, spéc. ndbp n° 55 et 56.

¹⁰⁹⁴ « Les inspecteurs du travail verbalisent », *Revue Actes*, mai 1981, n° 31-32, p. 47 à 51.

¹⁰⁹⁵ La mise en œuvre de l'action pénale a pour objectif la modification du comportement du chef d'entreprise. L'éventuelle sanction pénale prononcée par le juge peut « présenter un caractère d'exemplarité de nature à rendre effective l'application du droit du travail » (Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 1ère éd., 2009, p. 288 - Dans le même sens voir les colloques : *Droit pénal du travail*, *Dr. social*, 1984 et 1994).

Les instructions ministérielles abondent en ce sens. L'instruction technique du 28 mars 2002 précise que le procès-verbal est « un moyen privilégié et indispensable à la fois pour faire sanctionner un comportement répréhensible mais aussi pour garantir l'application de la loi ». Voir aussi *Instruction DGT n° 11 du 12 sept. 2012*, op. cit.

¹⁰⁹⁶ Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 1ère éd., 2009, p. 288 – P. GUINOT, Th. KAPP, Ph. LAGRANGE, P. RAMACKERS, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, INTEFP, p. 129.

¹⁰⁹⁷ *Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012 sur les procès-verbaux de l'inspection du travail*, BOMT, 30 oct. 2012. Cette instruction annule et remplace celle du 28 mars 2002.



a pour objet d'actualiser les règles applicables et d'harmoniser « les pratiques professionnelles liées aux évolutions du système d'inspection du travail et aux changements réglementaires et jurisprudentiels intervenus en matière de procédure pénale ». Elle entend soutenir l'action des inspecteurs du travail, faciliter la rédaction des procès-verbaux et améliorer leur qualité.

1°. La description des faits constatés

412. Objectivité. La rédaction de la partie du procès-verbal relative au constat est un élément essentiel conditionnant la suite de la procédure. Les constats doivent être objectifs et ne comporter « aucun jugement de valeur ou de parti pris¹⁰⁹⁸ ». Dans le souci de renforcer cette objectivité, l'administration exige qu'aucune référence textuelle, ni aucune analyse ou déduction n'intervienne dans le constat. La description doit permettre de révéler les éléments nécessaires à la qualification juridique des faits.

413. Force probante. La qualité du constat est d'autant plus importante que les procès-verbaux dressés par l'inspection du travail font foi jusqu'à preuve contraire¹⁰⁹⁹. Cette force probante ne s'applique qu'aux constatations et non aux déductions de l'inspecteur du travail¹¹⁰⁰. Le procès-verbal n'a de valeur probante que « s'il est régulier en la forme, si son auteur a agi dans l'exercice de ses fonctions et a rapporté de sa compétence ce qu'il a vu, entendu ou constaté personnellement¹¹⁰¹ ». Ces constatations doivent permettre aux magistrats de disposer des éléments nécessaires pour « appréhender le plus concrètement possible la réalité des faits et d'apprécier la caractérisation de l'infraction¹¹⁰² ».

414. L'élément légal. Pour que l'infraction soit constituée, il faut que son auteur ou l'activité en cause soit assujetti à l'injonction ou l'interdiction qui fonde l'infraction.

¹⁰⁹⁸ Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit.

¹⁰⁹⁹ C. trav., art. L. 8113-7 – Il s'agit ici d'une dérogation à l'article 430 du Code de procédure pénale : « sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux et les rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements ». Pour exemple, les procès-verbaux de réunion du comité d'entreprise, rédigés par le secrétaire, n'a au regard de la loi pénale, que la valeur d'un simple renseignement (Cass. crim., 4 oct. 1977 : Bull. crim., n° 287).

¹¹⁰⁰ Cass. crim., 28 avr. 1975 : Bull. crim., n° 111, p. 311.

¹¹⁰¹ C. Proc. pén., art. 429.

¹¹⁰² Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit..



Lorsque le texte d'incrimination est lié à un seuil d'effectifs, il est nécessaire d'identifier les salariés concernés en les mentionnant directement dans le corps du procès-verbal ou en joignant un document mentionnant leur identité. Il appartient aussi à l'inspection du travail de préciser les situations dans lesquelles des règles particulières s'appliquent et d'établir par exemple l'existence d'un mandat de représentation du personnel ou d'un mandat syndical.

415. L'élément matériel. La spécificité du droit pénal du travail implique de la part de l'inspection du travail un effort d'explication, de pédagogie et de clarté. L'élément matériel est constitué « par la commission de faits contraires à l'obligation ou l'interdiction visée par le texte soit par une omission ou une carence¹¹⁰³ ». L'inspection du travail doit procéder à un travail d'enquête, de collecte et d'analyse. Pour certaines infractions, tel le délit d'entrave ou de discrimination, doivent être relevés les indices et circonstances susceptibles de les caractériser. Si des délits peuvent être constitués sur la base de certains comportements ou situations de travail, d'autres reposent sur les propos tenus par leur auteur. Ceux-ci doivent être rapportés de manière littérale¹¹⁰⁴. Il appartient en outre à l'inspection du travail de vérifier que les faits ne sont pas prescrits¹¹⁰⁵. A ce titre, la date de commission de l'infraction doit être rappelée avec précision. Constitutifs d'actes de procédure pénale, les procès-verbaux doivent être rédigés, datés et signés. Ils sont, par nature, considérés comme des actes de poursuite interruptifs de prescription¹¹⁰⁶. L'interruption de la prescription ayant pour effet de faire courir à nouveau le délai normal de prescription à compter de l'acte interruptif, la date de clôture du procès-verbal est ici essentielle.

416. L'élément intentionnel ne peut être déduit de la seule violation constatée de la règle. La preuve de la conscience d'enfreindre une prescription légale ainsi que de la volonté d'obtenir un certain résultat doit être rapportée¹¹⁰⁷. L'inspecteur du travail doit à ce stade relever les éléments, les indices, les faits (écrits, témoignages, etc.), les coïncidences permettant de caractériser l'élément intentionnel. Cette étape est

¹¹⁰³ Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit..

¹¹⁰⁴ Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit..

¹¹⁰⁵ La prescription de l'action publique est de dix ans pour les crimes, trois ans pour les délits et d'un an pour les contraventions (C. Proc. pén., art. 7 à 9).

¹¹⁰⁶ Cass. crim., 26 nov. 1985 : Bull. crim., n° 378 – Cass. crim., 17 déc. 1991 : Bull. crim., n° 483.

¹¹⁰⁷ Voir infra n° 89 et suivants.



essentielle en ce qu'elle constitue un travail préparatoire pour les magistrats du siège et du parquet. En matière d'entrave, l'inspecteur du travail doit se poser deux questions : les institutions représentatives du personnel ont-elles été empêchées d'exercer leur mission, notamment par manque d'information ou défaut de consultation ? L'auteur de l'infraction a-t-il voulu ce résultat ? A-t-il commis le délit d'entrave avec l'intention de nuire ? L'instruction de 12 septembre 2012 recommande à l'inspection du travail de joindre au procès-verbal les observations antérieures, les éventuels échanges, les mises en demeure préalable ou tout autre élément permettant de faire ressortir la volonté d'enfreindre la norme légale¹¹⁰⁸, la volonté du résultat et l'intention de nuire¹¹⁰⁹. La réponse à la seconde question découlera des échanges tenus avec l'auteur présumé à l'occasion d'entretiens organisés par l'inspecteur du travail.

2°. La qualification des infractions

417. Le constat est suivi d'une analyse juridique permettant la qualification pénale des actions ou omissions relevées. Formellement distincte des constatations, cette analyse prend la forme d'un avis soumis à l'appréciation des magistrats du parquet et du siège. Le rôle de l'inspection est alors de faciliter le travail du juge. Il lui appartient de faire expressément référence aux textes d'incrimination, d'explicitier leur articulation avec la jurisprudence. Avant de proposer une qualification pénale, l'inspecteur du travail doit établir la relation existant entre les textes d'incrimination et les textes de répression.

3°. L'imputabilité

418. Employeur. Il appartient à l'inspecteur du travail, auteur du procès-verbal, de mentionner les éléments permettant d'identifier le chef d'entreprise personne physique mais aussi, s'il lui apparaît nécessaire que des poursuites soient engagées à l'encontre

¹¹⁰⁸ Instr. DGT, n° 11 du 12 Sept. 2012 sur les procès-verbaux de l'inspection du travail, BOMT, 30 Oct. 2012.

¹¹⁰⁹ Cette étape est d'autant plus importante qu'elle détermine la nature des sanctions (administratives ou pénales). Si l'entrave porte sur les attributions des instances de représentation du personnel et a été commise avec l'intention de nuire, la voie pénale est ouverte, le cas échéant une sanction administrative pourra être prononcée.



de la personne morale, de mentionner la forme de celle-ci, l'identité du représentant ou de l'organe par le truchement duquel sa responsabilité est engagée. Le rôle de l'inspecteur du travail est ici primordial au regard de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité des personnes morales. Le juge doit vérifier que les infractions commises dans l'entreprise sont caractérisées dans le chef de personnes physiques expressément identifiées comme agissant en qualité d'organe ou de représentant des personnes morales¹¹¹⁰. Il appartient à l'agent de contrôle de rassembler l'ensemble des éléments permettant d'identifier l'auteur de l'infraction et d'apprécier sa qualité ; celle-ci est déterminée en fonction, notamment, de la structure juridique de la personne morale. Il est par conséquent nécessaire de joindre au procès-verbal un extrait K bis lequel permet d'identifier aisément le représentant légal de la personne morale et d'obtenir son casier judiciaire. Il appartient, le cas échéant, à l'inspection du travail de rapporter les éléments susceptibles de caractériser une gérance de fait.

419. Déléataire. Si l'appréciation de la validité d'une éventuelle délégation de pouvoirs appartient à l'autorité judiciaire, il convient de lui fournir toutes informations permettant d'en établir la réalité. L'inspection du travail doit s'intéresser à l'échelle des responsabilités et des pouvoirs dans l'entreprise, aux règles de désignation de leurs titulaires, au circuit habituel de prise de décision, au rôle des différents échelons hiérarchiques pour l'application du droit du travail. Il doit rassembler toutes les informations relatives à la compétence, à l'autorité et aux moyens du déléataire¹¹¹¹.

B. Les conditions de forme

420. Ni le Code du travail, ni le Code de procédure pénale n'imposent un quelconque formalisme. La direction générale du travail exhorte les inspecteurs du travail à « adopter et respecter la démarche¹¹¹² » décrite dans l'instruction du 12 septembre 2012. Les documents établis doivent être présentés de « façon claire, exhaustive et

¹¹¹⁰cf. Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87212 : Bull. crim., 2011, n° 202 - Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 10-86974 : Bull. crim., 2012, n° 94.

¹¹¹¹Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit.

¹¹¹²Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit.



structuré¹¹¹³ ». Une description précise et détaillée des faits constitue l'élément fondamental de la poursuite¹¹¹⁴.

1°. Les modalités du constat

421. Circonstances. La mention précise des éléments relevés par l'inspecteur du travail est impérative : elle permet au juge ultérieurement saisi d'avoir une vision complète des faits et de leur chronologie, sans compter que les procès-verbaux dressés par l'inspecteur du travail constituent des actes d'instruction ou de poursuite au sens de l'article 7 du Code de procédure pénale, par lesquels la prescription se trouve interrompue¹¹¹⁵. Les constats sont en principe effectués sur place. Toutefois, lorsque l'ensemble des documents nécessaires à l'établissement de l'infraction ont été réunis, le constat peut être établi à la DIRECCTE. Le lieu d'établissement du constat de l'infraction peut être tout point de la circonscription territoriale attribuée à l'agent qui le dresse dès lors que l'un des éléments constitutifs de l'infraction est localisé dans son ressort¹¹¹⁶. Les éléments constitutifs de l'infraction doivent être « rassemblés et portés à la connaissance [des agents de contrôle] en vertu de leur pouvoir d'enquête exercé dans le cadre de leur compétence territoriale, c'est-à-dire en rapport direct avec leur mission de contrôle des établissements (...) situés dans leur secteur d'inspection¹¹¹⁷ ». En outre, les éléments constitutifs de l'infraction doivent être relevés sur la base d'une communication de pièces en lien avec l'activité de contrôle de l'établissement¹¹¹⁸.

422. Le respect du « contradictoire ». La Direction générale du travail invite l'inspection du travail à veiller à l'objectivité des constats, le cas échéant en interrogeant l'employeur ou les salariés pour apprécier le degré d'application des règles

¹¹¹³ Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit.

¹¹¹⁴ Cet aspect apparaît dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation : « Les juges (...) observent que les circonstances de temps et de lieu relatives aux faits reprochés sont circonscrites avec clarté et précision, que les textes du Code du travail applicables à l'espèce ont bien été énoncés et que le procès-verbal de l'inspecteur du travail, base de poursuite, mentionne sans ambiguïté le nom des salariés concernés par les délits, la liste des entreprises où ils étaient détachés, et les dates de détachements (...) » (Cass. crim., 17 déc. 1991, n° 90-84813: Bull. crim., 1991, n° 483).

¹¹¹⁵ Cass. crim., 26 nov. 1985, n° 84-93304 : Bull. crim., 1985, n° 378.

¹¹¹⁶ Cass. crim., 7 oct. 1987, n° 86-95847 : Bull. crim., 1987, n° 342.

¹¹¹⁷ Cass. crim., 9 déc. 2003, n° 03-80781 : Bull. crim., 2003, n° 238.

¹¹¹⁸ Cass. crim., 9 déc. 2003, n° 03-80781 : Bull. crim., 2003, n° 238.



de droit du travail¹¹¹⁹. En contrepartie, l'inspecteur du travail est tenu à une obligation de confidentialité laquelle reçoit application chaque fois qu'un salarié membre ou non d'une institution représentative du personnel sollicite son intervention. Cette obligation trouve cependant une limite lorsque l'inspecteur est à l'origine de la visite de contrôle auquel cas, s'il peut recueillir utilement des informations auprès du personnel de l'entreprise, il est tenu d'informer le salarié de l'utilisation qui sera faite ultérieurement de son témoignage¹¹²⁰. S'agissant de leur valeur juridique, les déclarations ainsi recueillies ne sont pas considérées comme des témoignages au sens du Code de procédure pénale. Elles font foi en ce qui concerne leur réalité mais non leur sincérité¹¹²¹. L'inspecteur du travail peut joindre au procès-verbal les éléments communiqués en défense par l'employeur. L'ensemble doit être accompagné d'une analyse de l'agent de contrôle : il ne peut pas se contenter d'exposer les faits, notamment lorsqu'il s'agit de violation du droit syndical ou d'entrave à l'exercice des fonctions de représentant du personnel¹¹²². Son analyse est de nature à éclairer les autorités appelées à mettre ou non en mouvement l'action publique.

423. L'agent de contrôle est, par ailleurs, en droit de porter « les premiers éléments à la connaissance de l'auteur présumé de l'infraction en cours d'enquête selon les modalités qui lui semblent le plus appropriées¹¹²³ ». Cette démarche ne peut que renforcer l'évolution de l'inspection de travail vers un surcroît de neutralité, d'indépendance et d'objectivité.

2°. La rédaction

¹¹¹⁹ Convention OIT n° 81, art. 12.

¹¹²⁰ L'instruction souligne l'importance de mentionner l'identité du déclarant afin qu'il puisse être entendu par le juge en fonction des nécessités de l'enquête.

¹¹²¹ P. GUINOT, Th. KAPP, Ph. LAGRANGE, P. RAMACKERS, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, INTEFP, n° 625.

¹¹²² P. GUINOT, Th. KAPP, Ph. LAGRANGE, P. RAMACKERS, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, INTEFP, n° 628.

¹¹²³ Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit..



424. Rigueur. La Direction générale du travail impose des règles rigoureuses d'élaboration et de rédaction du procès-verbal. Elle préconise l'utilisation du modèle annexé à l'instruction de septembre 2012¹¹²⁴.

425. Ossature. Le procès-verbal s'ouvre sur un préambule présentant de manière synthétique le contenu de la procédure (résumé des faits, identité de l'entreprise et de l'agent de contrôle, textes applicables, etc.). Suivent les constatations, puis les développements relatifs à la qualification des infractions, à l'imputabilité et aux renseignements complémentaires. Cette dernière partie permet à l'agent de contrôle de rapporter les « conséquences, les enjeux économiques et sociaux, l'attitude de l'auteur de l'infraction au regard de la législation du travail¹¹²⁵ » de nature à déterminer le degré de gravité des faits et la sanction envisagée. Le procès-verbal s'achève par la signature de l'inspecteur du travail précédée de la date de la clôture¹¹²⁶.

426. Infractions multiples. L'ensemble des infractions doivent être relevées dans un même procès-verbal excepté si elles ressortent de domaines différents ou si l'urgence ou la complexité des investigations le justifient. Les infractions doivent alors faire l'objet de procédures distinctes afin de faciliter l'agencement du procès-verbal et son traitement judiciaire. Un contact préalable avec les services du parquet permet de définir au mieux les modalités d'établissement et de transmission des procédures.

C. Le contrôle du procès-verbal

427. Avant la transmission au procureur de la République et au représentant de l'Etat, l'agent de contrôle informe la personne visée au procès-verbal des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ainsi que des sanctions encourues¹¹²⁷.

1°. La double transmission du procès-verbal

¹¹²⁴ Nous renvoyons ici à la lecture de l'instruction du 12 septembre 2012.

¹¹²⁵ Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, op. cit.

¹¹²⁶ La date de clôture est celle de sa rédaction définitive avant la transmission au parquet.

¹¹²⁷ C. trav., art. L. 8113-7.



428. Obligation. Le Code du travail prévoit une double transmission au parquet et au préfet du département. Il n'impose pas de transmission « hiérarchique » au directeur régional ou de contre-signature de ce dernier. Néanmoins, il existe une pratique aux termes de laquelle les procès-verbaux ne sont pas transmis directement au parquet. En pratique, ils empruntent une voie hiérarchique et font à cette occasion l'objet d'un contrôle du directeur de l'unité territoriale.

429. Cette pratique résulte du décret n° 94-1166 du 28 décembre 1994 relatif à l'organisation des services déconcentrés du ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle¹¹²⁸. Le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation du travail et de l'emploi est chargé « des relations avec les autorités judiciaires sous réserve des attributions confiées par la loi aux inspecteurs du travail¹¹²⁹».

430. En outre, l'examen du procès-verbal par le directeur de l'unité territoriale résulte d'une série d'instructions pénales relative aux procès-verbaux de l'inspection du travail dont la dernière date du 12 septembre 2012¹¹³⁰. Cette transmission hiérarchique est justifiée par la nature « des suites réservées par les autorités judiciaires lesquelles sont largement fonction de la qualité et de la rigueur du document transmis¹¹³¹ ».

431. Le rôle du directeur de l'unité territoriale. Le directeur régional dispose d'un délai de 15 jours pour notifier d'éventuelles observations relatives à l'applicabilité des

¹¹²⁸ Ce décret a été modifié et codifié (C. trav., art. R. 8122-1) par la suite en 2009 (D. n° 2009-1377, 10 nov. 2009, art. 6, 2° relatif l'organisation et aux missions des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

¹¹²⁹ Pour l'exercice de ses compétences en matière d'actions d'inspection de la législation du travail, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi peut déléguer sa signature au chef du pôle en charge des questions de travail et aux responsables d'unités territoriales chargées des politiques du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et de développement des entreprises (C. trav., art. R. 8122-2). S'agissant de la transmission des procès-verbaux, la relation avec l'autorité judiciaire doit être organisée au niveau de l'unité territoriale.

¹¹³⁰ Cette pratique est ancrée dans la démarche de l'inspection du travail puisque dès le 19 décembre 1892, l'instruction ministérielle fait obligation aux inspecteurs du travail de transmettre leurs procès-verbaux aux inspecteurs divisionnaires lesquels les visent et décident s'il y a lieu de les transmettre ou non au parquet. S'en est suivie une série d'instructions ministérielles codifiant la pratique de la centralisation et de la transmission hiérarchique : Instruction ministérielle, 15 févr. 1903 - Instruction ministérielle, 16 Août 1948 - Instruction ministérielle du 23 juill. 1971 - Instruction ministérielle, 14 mars 1986 - Instruction ministérielle, 28 mars 2002, n° 2002-3 - Instr. DGT, n° 11 du 12 Sept. 2012, op. cit.

¹¹³¹ Instr. DGT, n° 11 du 12 Sept. 2012, op. cit.



textes invoqués, à la légalité du procès-verbal et à la qualité de sa rédaction¹¹³². Dans la mesure où l'agent de contrôle concerné n'estime pas devoir donner suite à ces observations, il adresse en l'état son procès-verbal au directeur de l'unité territoriale, qui le transmet au procureur de la République en y joignant, le cas échéant, une lettre d'accompagnement exposant son avis sur le dossier. Le directeur de l'unité territoriale doit faire connaître au rédacteur du procès-verbal la teneur de cet avis : il lui en adresse une copie.

432. Contribuant à ralentir le processus de transmission du procès-verbal au parquet, ce préalable n'est pas obligatoire¹¹³³. Aucun texte n'impose la transmission du procès-verbal de l'inspecteur du travail au directeur [régional]¹¹³⁴. L'article 40 du Code de procédure pénale commande en revanche à l'inspecteur du travail qui a connaissance d'un délit d'en informer sans délai le procureur. En conséquence, l'« obliger à transmettre le procès-verbal au directeur [régional], comme l'indique l'instruction pénale du [12 septembre 2012], est contraire à la fois à l'article L. 8113-7 du Code du travail et à l'article 40 du Code de procédure pénale¹¹³⁵ ».

433. Une telle pratique entre par ailleurs en conflit avec l'article 6 de la Convention OIT n° 81 relatif à l'indépendance de l'inspection du travail. Sur ce fondement, le Conseil d'Etat a pu juger que le directeur d'unité territoriale n'a pas le pouvoir d'enjoindre les inspecteurs du travail à dresser procès-verbal ou de se substituer à eux pour le faire¹¹³⁶. Dans le même sens, il a annulé une circulaire ministérielle prévoyant que la mise en œuvre de la sanction pénale ne devait pas être laissée à la seule initiative de l'inspecteur et confiant au directeur le pouvoir de décider des suites à donner aux infractions des employeurs¹¹³⁷. Le directeur d'unité territoriale n'est chargé des rapports

¹¹³² Instr. DGT, n° 11 du 12 Sept. 2012, op. cit., n° 3-1.

¹¹³³ Il est de jurisprudence constante que les circulaires ministérielles interprétatives et les instructions adressées par les ministres à leurs subordonnés n'ont pas de valeur juridique autonome, ne s'imposent pas aux tribunaux et ne sont pas opposables aux tiers (CE 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, Rec., p. 175). En ce sens - A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 103, p. 52.

¹¹³⁴ Cass. crim., 28 janv. 1997, n° 95-84257 note M. COHEN, « Les effets du procès-verbal d'un inspecteur du travail », *Dr. social*, 1997, p. 456.

¹¹³⁵ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 103, p. 52.

¹¹³⁶ CE 24 févr. 1988 : Rec. CE, Tables, p. 583, Concl. du Com. Gouv. de CLAUSADE, *Dr. social*, avr. 1989, p. 326.

¹¹³⁷ CE 3 oct. 1997 : JCP G II 10020



avec les autorités judiciaires que « sous réserve des attributions confiées par la loi aux inspecteurs du travail ». La question posée est alors celle de la nature du contrôle exercé par les directeurs d'unité territoriale.

434. L'instruction de la Direction générale du travail ne vise qu'un contrôle de l'applicabilité des textes invoqués et plus généralement de la légalité du procès-verbal et de la qualité de sa rédaction. S'agissant de la forme, le contrôle doit être d'autant plus strict que le procès-verbal encourt la nullité s'il n'est pas signé et daté ou s'il ne mentionne pas le nom et les qualités de l'agent de contrôle. L'annulation du procès-verbal emporte nullité de la procédure subséquente. Le contrôle hiérarchique effectué est un contrôle en opportunité¹¹³⁸. D'aucuns ont dénoncé ce caractère qui fait que « l'essentiel de la chaîne pénale se concentre sur ses moments administratifs initiaux¹¹³⁹ ». Si le choix de déclencher les poursuites appartient au procureur, celui de verbaliser ou non appartient à l'inspecteur, le choix de transmettre ou non appartient au directeur. Ce filtrage serait motivé « tantôt par l'importance de l'employeur, tantôt par celle de l'infraction¹¹⁴⁰ ». Si la première hypothèse est largement contestable et traduit un manquement grave de l'inspection du travail, la seconde n'est qu'une conséquence de l'orientation prise par les pouvoirs publics dans la définition de la politique pénale¹¹⁴¹.

435. Or, en raison de leurs fonctions, les directeurs régionaux, et incidemment les directeurs d'unité territoriale, sont chargés de mettre en œuvre la politique définie par les pouvoirs publics afin d'améliorer les relations et les conditions de travail dans les entreprises. Ils définissent les orientations générales des actions d'inspection de la législation du travail, qu'elles organisent et coordonnent. Les autorités centrale et locale

¹¹³⁸ Pour Bruno SILHOL, la « *DDTEFP n'exerce plus en pratique de contrôle de l'opportunité du procès-verbal* » (B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social*, 2000, p. 959). Cette affirmation doit être contestée dans la mesure où les instructions ministérielles exhortent les agents de contrôle à transmettre les procès-verbaux aux directeurs lesquels procèdent à un contrôle de légalité, de qualification et de forme. Ce contrôle permet aux directeurs de déterminer une cohérence dans l'action pénale.

¹¹³⁹ Ch. LAZERGUES, « La constatation de l'infraction et les poursuites pénales », *Dr. social*, 1984, p. 484.

¹¹⁴⁰ J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. social*, 1975, p. 375.

¹¹⁴¹ Il suffit de consulter les rapports successifs de l'inspection du travail pour comprendre l'importance de la santé et de la sécurité des salariés dans la politique pénale. L'élaboration d'une politique pénale conduit nécessairement à une forme de sélectivité dans l'application du droit.



doivent « veiller à la nécessaire complémentarité et à l'équilibre des actions décidées au niveau national ou local avec la part d'initiative de l'agent¹¹⁴² », de sorte que les directeurs doivent être informés de l'existence des procédures en cours. En pratique, ils peuvent avoir connaissance des procès-verbaux dressés grâce à CAP SITERE¹¹⁴³, outil destiné notamment à traiter le dossier, à partager l'information sur les établissements et structures complexes, à gérer les procédures de signalement et à suivre les procédures judiciaires¹¹⁴⁴. La transmission hiérarchique est indispensable en ce qu'elle permet aux directeurs d'unité territoriale d'assurer la cohérence de l'action pénale. Le principe d'indépendance doit s'articuler avec le principe de subordination hiérarchique¹¹⁴⁵. La mise en œuvre des politiques « se traduisant par des orientations et des actions collectives participe à l'exercice normal des missions¹¹⁴⁶ » sans qu'aucune atteinte soit portée au principe d'indépendance¹¹⁴⁷. Toutefois, l'inspecteur doit conserver la possibilité de transmettre directement le procès-verbal au parquet, peu important que cette transmission directe soit justifiée par l'urgence ou non. Il ne s'agit finalement que de mettre en œuvre l'une des priorités du plan de modernisation et de développement de l'inspection du travail élaboré en 2006 visant à conférer la priorité au contrôle¹¹⁴⁸. L'un des objectifs fixés est que chaque inspecteur puisse « consacrer une part significative de son temps aux priorités du plan régional et une part à l'initiative de l'agent¹¹⁴⁹ ».

436. Célérité. Aucune disposition légale n'impose de respecter des délais de transmission en ce qui concerne les procès-verbaux. Le manque de célérité dans la

¹¹⁴² Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 1ère éd., 2009, p. 197.

¹¹⁴³ Arrêté du 6 oct. 2006 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel, dénommé "CAP SITERE", destiné à la gestion des dossiers d'établissement par les agents des services du secteur travail du ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et du logement, JO n° 244 du 20 oct. 2006, n° 3, art. 3. – Cet outil est en cours d'évolution (Le projet « *Pour un ministère fort* » en cours d'étude (<http://www.sud-travail-affaires-sociales.org>)).

¹¹⁴⁴ Arrêté du 6 oct. 2006, op. cit., art. 1.

¹¹⁴⁵ Convention OIT sur l'inspection du travail, n° 81, 1947, art. 4 – En ce sens Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013, p. 332.

¹¹⁴⁶ Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013, p. 332.

¹¹⁴⁷ CE, 24 mai. 2000, n° 210558.

¹¹⁴⁸ Plan de modernisation et de développement de l'inspection du travail, 9 mars 2006.

¹¹⁴⁹ Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013, p. 54.



transmission des procès-verbaux au parquet est souvent dénoncé¹¹⁵⁰. Le délai de rédaction était avant 2012 d'un à quatre mois conduisant à des délais de quatre à six mois pour la transmission au parquet. Un procès-verbal de gendarmerie en matière d'accident du travail est transmis sous quinze jours. Il était nécessaire de réduire ces délais dans la mesure où l'efficacité de la réponse pénale dépend de la brièveté des délais entre la constatation de l'infraction et la condamnation.

437. L'instruction du 12 septembre 2012 prévoit que la transmission doit avoir lieu dans un délai n'excédant pas deux mois à compter de la date du constat. A l'heure des nouvelles technologies et au regard des enjeux en termes de crédibilité de l'action des services d'inspection du travail tant auprès des services judiciaires que des usagers, il importe de réduire au maximum les délais de transmission des procès-verbaux. Il faut dès lors envisager une transmission dans les quinze jours suivant la date du dernier constat.

2°. L'information

438. De l'auteur de l'infraction. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives¹¹⁵¹, l'agent de contrôle doit informer la personne visée au procès-verbal¹¹⁵². Cette information systématique était déjà préconisée par l'Administration¹¹⁵³. Elle l'est encore dans l'instruction du 12 septembre 2012¹¹⁵⁴. Il s'agit d'une information

¹¹⁵⁰ Ch. LAZERGUES, « La constatation de l'infraction et les poursuites pénales », *Dr. social*, 1984, p. 484 ; Ph. AUVERGNON, « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », *Dr. social*, 1996, p. 603 ; A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 103, p. 52.

¹¹⁵¹ En l'absence de précision, ces nouvelles dispositions s'appliquent à compter du lendemain du jour de la publication de la loi au Journal Officiel soit le 24 mars 2012.

¹¹⁵² C. trav., art. L. 8113-7. L'innovation doit être saluée en ce qu'elle est enfin conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (A. COEURET, E. FORTIS, « La place du droit pénal en droit du travail », *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 36).

¹¹⁵³ Instruction technique n°2002-03 du 28 mars 2002 concernant les procès-verbaux de l'inspection du travail : « L'agent verbalisateur indique exclusivement au plaignant qu'il a dressé un procès-verbal qui a été transmis au parquet, en précisant le numéro d'ordre sous lequel celui-ci l'a enregistré et la référence des infractions constatés. Mais en aucun cas, il ne doit être transmis de copie de procès-verbal ».

¹¹⁵⁴ Instr. DGT, n° 11 du 12 Sept. 2012, op. cit., n° V-4.



de la personne visée par le procès-verbal, non de la communication d'une copie du procès-verbal¹¹⁵⁵.

439. Cette solution avait été suggérée par le Conseil d'Etat amené à se prononcer sur la proposition d'étendre à toutes les infractions aux règles de droit du travail passibles d'une peine d'amende inférieure ou égale à 7500 euros l'obligation faite aux inspecteurs et contrôleurs de travail de communiquer à l'employeur, au plus tard dans le délai d'un mois, les procès-verbaux constatant ces infractions. Pour le Conseil d'Etat, l'établissement et le traitement d'un procès-verbal établi par un inspecteur du travail doivent obéir aux règles issues de la convention OIT n° 81 relative à l'inspection du travail et à celles fixées par le Code de procédure pénale. Il en ressort qu'un procès-verbal constitue « autant un acte d'information destiné au Parquet, qu'un élément de procédure pénale. A ce titre, le procès-verbal est couvert par le secret de l'enquête institué par l'article 11 du code de procédure pénale tel qu'interprété par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹⁵⁶ ».

440. Dans une procédure donnant lieu à une instruction, les parties ne sont pas autorisées à obtenir copie des procès-verbaux et ce, en considération du principe du secret de l'instruction posé à l'article 11 du Code de procédure pénale¹¹⁵⁷. Au stade du jugement, les parties ont en revanche libre accès aux pièces du dossier, notamment aux procès-verbaux, en vertu de l'article 6, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il importe peu qu'elles soient assistées ou non par un avocat¹¹⁵⁸.

441. De la victime de l'infraction. L'inspection du travail se doit d'informer la victime de l'infraction, laquelle peut être amenée à exercer l'action civile devant les juridictions pénales ou civiles. Pour l'inspection du travail, connaître le choix de la

¹¹⁵⁵ Conformément à l'article L. 8113-7 du Code du travail, ce n'est qu'en cas d'infraction aux dispositions relatives à la durée du travail qu'un exemplaire d'un procès-verbal doit être remis à la personne visée au procès-verbal.

¹¹⁵⁶ Avis du Conseil d'Etat du 19 septembre 2011.

¹¹⁵⁷ Les avocats sont habilités à recevoir des copies de l'ensemble des pièces du dossier, notamment des procès-verbaux (C. Proc. pén., art. 114). Ils peuvent transmettre une reproduction des copies obtenues à leur client (C. Proc. pén., art. 114-1)

¹¹⁵⁸ Cass. crim., 12 juin 1996, n° 96-80219 : Bull. crim., 1996, n°248.



victime d'exercer l'action constitue un élément pertinent à exploiter lorsqu'il souhaite que des poursuites soient engagées¹¹⁵⁹.

§II. Le ministère public : auteur de la décision sur la poursuite

442. Un dogme¹¹⁶⁰. Les poursuites constituent « l'acte procédural par lequel une partie à la procédure, exerçant son action, saisit une juridiction d'instruction ou de jugement, ouvrant ainsi le procès pénal¹¹⁶¹ ». Le procureur de la République reçoit les plaintes et « apprécie la suite à leur donner¹¹⁶² » donc la pertinence des poursuites (I). Toute infraction « poursuivable n'est pas nécessairement poursuivie¹¹⁶³ ». Les infractions « poursuivables » sont nombreuses en droit de la représentation du personnel mais peu d'entre elles font l'objet de poursuites et, a fortiori, de condamnations. Le classement sans suites a des causes multiples : « imperceptibilité » des enjeux, insuffisante qualité des procès-verbaux, complexité de la réglementation. Quelles solutions apportées (II) ?

I. Le principe d'opportunité des poursuites

443. L'infraction « poursuivable » s'entend comme celle « commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique¹¹⁶⁴ ». Le contenu (A) et les limites doivent être précisés (B). Une alternative peut être trouvée (C).

A. Une définition

444. Entre indépendance et corrélation. Le système de l'opportunité des poursuites s'oppose à celui de la légalité. Dans ce dernier système, lequel trouve application dans

¹¹⁵⁹ L'information de la victime est impérative car l'exercice de l'action civile constitue un obstacle à l'engagement de poursuites administratives par l'inspecteur du travail.

¹¹⁶⁰ J. PRADEL, Procédure Pénale, éd. Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 578, p. 515.

¹¹⁶¹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1465, p. 955.

¹¹⁶² C. Proc. pén., art. 40, al. 1.

¹¹⁶³ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, Traité de procédure pénale, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1138, p. 754.

¹¹⁶⁴ C. Proc. pén., art. 40-1.



de nombreux Etats européens¹¹⁶⁵, notamment en Allemagne ou en Espagne, le ministère public est tenu de mettre en mouvement l'action publique lorsqu'il estime que les faits portés à sa connaissance constituent une infraction « poursuivable » quels que soient leur gravité ou leurs circonstances. Parmi les bienfaits de ce système, figurent la lisibilité du droit et l'égalité des citoyens devant la loi. En outre, l'action des parquets serait encadrée par la loi et « non surveillée par un ministre soucieux de leurs performances¹¹⁶⁶ ». Entendre respecter l'égalité des citoyens devant la loi est un objectif louable mais conduit inévitablement à un engorgement des tribunaux. L'automatisme des poursuites paralyse l'action du juge pénal. Si l'égalité du citoyen devant la loi¹¹⁶⁷ doit « guider l'action du ministère public¹¹⁶⁸ », une distinction doit être faite entre égalité et égalitarisme. L'accomplissement du principe d'égalité des citoyens devant la loi ne doit pas contraindre à l'uniformité. Il existe « des circonstances tenant à l'acte ou à la personne, qui justifient, pour la même infraction, des traitements différents¹¹⁶⁹ ». Le principe d'égalité doit se conjuguer « avec un principe inhérent à l'acte judiciaire : celui d'individualisation¹¹⁷⁰ ».

445. Or, le système de l'opportunité des poursuites offre « la faculté¹¹⁷¹ » au parquet de ne pas poursuivre tous les auteurs d'infractions. Ce système individualise « la répression dès le stade de la poursuite, en fonction, notamment de la personnalité de l'auteur présumé et de la gravité des faits reprochés¹¹⁷² ». Préconisé par le Conseil de

¹¹⁶⁵ Le principe de légalité des poursuites est notamment en vigueur en Allemagne, en Espagne, en Italie, au Portugal (cf. Sénat, Etude de législation comparée, n° 195, mars 2009, L'instruction des affaires pénales).

¹¹⁶⁶ J. LEBLOIS-HAPPE, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », JCP G, 2010, n° 168.

¹¹⁶⁷ Le principe d'égalité entre les justiciables a valeur constitutionnelle (Constitution du 4 oct. 1958, art. 2 – Déclaration des droits de l'homme, art. 2).

¹¹⁶⁸ G. CLEMENT, « Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale », in *Le droit Pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges, J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 276.

¹¹⁶⁹ M. DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *Rev. sc. crim.*, 1994, p. 154.

¹¹⁷⁰ G. CLEMENT, « Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale », in *Le droit Pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges, J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 277.

¹¹⁷¹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de Procédure pénale*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1140, p. 755.

¹¹⁷² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de Procédure pénale*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1140, p. 755. Pour les professeurs MERLE et VITU, l'opportunité des poursuites permet d'accorder plus d'importance « à la vie de l'affaire et à ses transformations. L'appréciation de l'intérêt général n'a pas lieu une fois pour toutes, au début des poursuites ; elle sous-tend chacune des décisions essentielles prises par le Ministère public, aux moments marquants du déroulement de la procédure » (R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 325, p. 389).



l'Europe¹¹⁷³, ce système permet aux tribunaux de maîtriser le flux des affaires et d'adapter la répression à chaque situation¹¹⁷⁴. Individualisant la poursuite, il porte néanmoins atteinte à l'égalité des citoyens devant la loi¹¹⁷⁵. Il méconnaît le principe de légalité criminelle¹¹⁷⁶. Les deux systèmes, en présence, pris « à l'état pur, sont défectueux¹¹⁷⁷ ». D'aucuns ont estimé qu'il fallait les assortir de correctifs, ce qui peut conduire à relever certaines corrélations¹¹⁷⁸. De même que des correctifs sont apportés à la flexibilité du système de l'opportunité, les Etats qui ont adopté le système de la légalité des poursuites y apportent quelques tempéraments. Ainsi, l'Allemagne renonce à poursuivre les infractions de faible importance, ne troublant pas gravement l'ordre public¹¹⁷⁹.

B. Des limites

446. Des correctifs ont été apportés au système de l'opportunité des poursuites afin d'éviter tout abus de la part du parquet tenté de ne prendre en considération que « l'intérêt social¹¹⁸⁰ ».

447. Le premier correctif résulte du contrôle hiérarchique. Cette subordination hiérarchique¹¹⁸¹ est « un trait fondamental de l'organisation du ministère public¹¹⁸² ». Le

¹¹⁷³ Recommandation du Conseil de l'Europe, n° 87 sur la simplification de la justice pénale, 17 sept. 1987, p. 2 et s. ; Recommandation du Conseil de l'Europe, n° 19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, 6 oct. 2000, p. 1 et s.

¹¹⁷⁴ B. BOULOC, Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 592, p. 582.

¹¹⁷⁵ Les professeurs MERLE et VITU soulignent le risque d'arbitraire: « il est de plus à craindre que, sous le couvert, de l'opportunité, ne s'introduise un intolérable arbitraire, puisque, dit-on le ministère public classera peut-être certaines affaires pour obéir à des injonctions du gouvernement, ou pour favoriser certains coupables haut placés » (R. MERLE, A. VITU, Traité de droit criminel, Procédure pénale, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 324, p. 388).

¹¹⁷⁶ Le principe d'opportunité des poursuites n'est pas contraire à l'article 6,§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. crim., 21 sept. 1993 : Gaz., Pal. 1993, II, 573).

¹¹⁷⁷ J. PRADEL, Procédure Pénale, éd. Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 577, p. 514; dans le même sens R. MERLE, A. VITU, Traité de droit criminel, Procédure pénale, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 324, p. 388.

¹¹⁷⁸ J. PRADEL, Procédure Pénale, éd. Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 577, p. 514.

¹¹⁷⁹ Des auteurs notent un rapprochement des deux systèmes. De même que certains correctifs sont apportés à la flexibilité du système de l'opportunité, les Etats ayant adopté le système de la légalité des poursuites y apportent des tempéraments. L'Allemagne renonce à poursuivre les infractions de faible importance, ne troublant pas gravement l'ordre public (F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, Traité de Procédure pénale, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1140, p. 755).

¹¹⁸⁰ B. BOULOC, Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 598, p. 589.

¹¹⁸¹ De ce trait caractéristique fondamental, l'amovibilité et la révocabilité des magistrats du parquet découlent. Les magistrats du ministère public peuvent être déplacés, rétrogradés ou révoqués par le garde



procureur est un représentant de l'exécutif¹¹⁸³. En application du principe d'opportunité des poursuites, le ministère public demeure libre de prendre une décision conforme « à son sentiment personnel¹¹⁸⁴ ». Toutefois, cette libre décision doit s'intégrer dans une politique pénale plus large.

448. Dans le souci de garantir l'égalité des citoyens devant la loi, le Code de procédure pénale prévoit que les décisions sur l'action publique doivent être prises en considération de la politique pénale conduite au niveau national par le ministre de la Justice, lequel adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique¹¹⁸⁵. Cette politique publique doit déterminer les priorités à mettre en

des sceaux après un avis « simple » de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature. A l'inverse, les magistrats du siège sont inamovibles et sont nommés après avis conforme du CSM.

¹¹⁸² B. BOULOC, Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 171, p. 150.

¹¹⁸³ « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux » (Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, art. 5) qui représente le pouvoir exécutif et conduit la politique pénale définie par le gouvernement.

¹¹⁸⁴ B. BOULOC, Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 601, p. 592.

¹¹⁸⁵ C. Proc. pén., art. 30 - Sur cette pratique : M. DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », Rev. sc. crim., 1994, p. 154. Une loi relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique a été adoptée par le Parlement le 27 juillet 2013 (L. n°2013-669 relative aux attributions du Garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique). Cette loi prévoit une modification substantielle des relations entre le garde des sceaux et les parquets en prohibant la possibilité pour le ministre d'adresser des instructions dans des affaires individuelles. La loi abroge partiellement l'article 30 du Code de procédure pénale (al. 3).

Autre « nouveauté », la responsabilité de conduire la politique pénale est confiée au Garde des sceaux. La loi se contente ici de reprendre les dispositions existantes au sein du Code de Procédure pénale (C. Proc. pén., art. 30, al. 1 sur la conduite de la politique pénale par le Garde des sceaux). Toutefois, elle confie la conduite de l'action publique aux procureurs généraux près les Cours d'appel. Cette solution est de conduire à une application changeante de la loi pénale selon les Cours d'appel.

Toutefois, la loi a le mérite de confirmer une pratique existante en invitant les procureurs généraux à dresser un rapport annuel portant sur l'activité et la gestion des parquets de leurs ressorts. Le rapport portera sur l'application des lois et la mise en œuvre des instructions générales. Le but est de « *nourrir la politique pénale pour l'adapter si nécessaire, de prendre si besoin des initiatives législatives et de répondre à des questions parlementaires* ». (Ch. TAUBIRA, 27 mars 2013, Présentation du projet de loi aux Procureurs généraux). Reste qu'il s'agit d'une simple confirmation puisque cette mission découlait de la nature même des fonctions confiées au Procureur général. En application de l'article 35 du Code de procédure pénale, il doit veiller à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la cour d'appel et au bon fonctionnement des parquets de son ressort. Interlocuteur privilégié du ministre de la Justice, le procureur général doit lui rendre compte de la mise à exécution de ses instructions dans son ressort.

A ce premier projet de loi, s'ajoute un projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature. Il prévoit une « intervention de Conseil dans les nominations des magistrats est substantiellement renforcée. La nomination de l'ensemble des magistrats du parquet, y compris les procureurs généraux, est subordonnée à son avis conforme. Le pouvoir disciplinaire à l'égard de ces mêmes magistrats, qui appartenait au ministre de la justice, lui revient désormais » (Exposé des motifs). La solution était préconisée de longue date par la doctrine (J. PRADEL, J.-P. LABORDE, « Du ministère public en matière pénale, A l'heure d'une éventuelle autonomie ? », D. 1997, chron. p. 161 – H. MAYNIER, F. CASORLA, « Du procureur général près la Cour de cassation au procureur général de la



œuvre et fixer les orientations générales de l'action publique. La finalité d'une telle politique réside dans la volonté d'« inscrire le traitement individuel des contentieux dans un cadre d'ensemble visant à une application cohérente de la loi, en fixant des priorités compte tenu des circonstances et en veillant au respect de l'égalité entre les citoyens¹¹⁸⁶».

449. L'action publique est elle-même harmonisée au niveau régional par le procureur général. Ce dernier est chargé d'animer et de coordonner l'action des procureurs de la République¹¹⁸⁷ ainsi que la conduite de la politique pénale par les parquets de son ressort¹¹⁸⁸. Il appartient au procureur de la République de définir localement les priorités pénales en liaison avec les différents représentants de l'Etat de son ressort (préfet, recteur, directeurs des administrations décentralisées, etc.). Les priorités définies dans le cadre de plans départementaux de sécurité doivent être adaptées aux réalités locales. Cette adaptation conduit à reconnaître l'existence d'une véritable « politique des procureurs¹¹⁸⁹». Cette politique, qui n'est qu'une heureuse conséquence du principe d'opportunité des poursuites, entraîne une hétérogénéité des pratiques à l'échelon régional¹¹⁹⁰ qui rend nécessaire « un suivi et une évaluation, une harmonisation et une coordination des pratiques, un contrôle et un suivi de l'action¹¹⁹¹». Ce suivi et cette

République », *Gaz. Pal.*, 1993, 1, *Doctr.*, p. 359 - M. DELMAS-MARTY, « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », *Rev. sc. crim.*, 1994, p. 154).

Cette loi et ce projet de réforme méritent d'être salués bien qu'une fois encore des critiques peuvent être émises. L'ultime étape devrait conduire le législateur à confier au procureur général près la Cour de cassation les fonctions de chef du parquet afin d'éviter d'accorder une totale liberté aux procureurs généraux pouvant entraîner de graves inégalités entre les parquets. A ce titre, il pourrait enjoindre les procureurs généraux près les Cours d'appel d'engager ou de faire engager les poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites (J. PRADEL, J.-P. LABORDE, « Du ministère public en matière pénale, A l'heure d'une éventuelle autonomie ? », *D.* 1997, *chron.* p. 161). Seraient conciliés les principes de la séparation des pouvoirs avec celui nécessaire hiérarchie du ministère public (J. PRADEL, « La procédure pénale, à l'aube du troisième millénaire », *D.* 2000, *chron.* p. 1).

¹¹⁸⁶ Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur la justice, P. TRUCHE, *Doc. Française*, 1997.

¹¹⁸⁷ Les procureurs généraux fixent des objectifs, ou des actions prioritaires. D'autres recourent à des lettres de mission.

¹¹⁸⁸ C. Proc. pén., art. 35. – Les procureurs généraux participent aux plans départementaux de sécurité routière, aux cellules de lutte contre les violences scolaires, aux comités départementaux des chefs de services financiers.

¹¹⁸⁹ G. CLEMENT, Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale, in *Le droit Pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mél., J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 288.

¹¹⁹⁰ J. VOLFF, *Le ministère public, Que sais je ?* PUF, p. 44.

¹¹⁹¹ G. CLEMENT, « Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale », in *Le droit Pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mél., J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 288. J. PRADEL ; J.-P. LABORDE, « Du ministère public en matière pénale, à l'heure d'une éventuelle autonomie », *D.* 1997, *Chron.*, p. 142.



coordination résultent de la structure pyramidale du ministère public. Elle se traduit matériellement de manière formelle par la rédaction de rapports ou de manière informelle par les échanges nombreux au sein du parquet et entre le ministère public et le Garde des sceaux¹¹⁹².

450. Reste que ce principe de subordination hiérarchique n'est pas sans limites. Les procureurs généraux et les procureurs de la République disposent d'un pouvoir propre d'engagement des poursuites sans ordre de leurs supérieurs ou contre leur volonté. De telles poursuites demeurent régulières¹¹⁹³.

451. L'instauration d'une politique pénale permet au système de l'opportunité des poursuites de conjuguer le principe d'égalité et celui de l'individualisation des poursuites. L'égalité des citoyens devant la loi « oblige à des réponses pénales cohérentes à l'échelon national, régional, et local ¹¹⁹⁴ ». Une politique pénale cohérente ne doit pas avoir pour effet de négliger les disparités existantes à chaque échelon. Il appartient au ministère public de « prioriser » les infractions en fonction de leur gravité mais aussi des caractéristiques propres de son action¹¹⁹⁵.

452. Deuxième correctif. Le Code de procédure pénale prévoit une obligation d'information générale. Ce devoir est protéiforme et conduit à placer le ministère public au cœur du processus pénal.

453. Première branche du devoir d'information, les acteurs du ministère public sont tenus de faire part à leur supérieur des affaires importantes. Ce devoir implique en outre la rédaction d'un rapport à chaque échelon. Le procureur de la République dresse un état des lieux de l'activité et de la gestion du parquet¹¹⁹⁶. Un devoir identique est à la

¹¹⁹² Cette pratique est confirmée par le projet de loi exposé plus haut.

¹¹⁹³ « Si par exemple, le Procureur général interdit à un procureur de la République d'exercer l'action publique, le procureur de la République peut tout de même agir et saisir valablement la juridiction répressive. Si au contraire, un procureur général donne au procureur de la République l'ordre de poursuivre et que celui-ci refuse, le procureur général n'a pas la possibilité d'engager les poursuites en ses lieu et place », B. BOULOC, *Procédure Pénale*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 174, p. 152.

¹¹⁹⁴ G. CLEMENT, « Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale », in *Le droit Pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mél., J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 277.

¹¹⁹⁵ Recommandation du Conseil de l'Europe, n° 19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, 6 oct. 2000, n° 3.

¹¹⁹⁶ C. Proc. pén., art. 35.



charge du procureur général près la Cour d'appel, lequel adresse au Garde des sceaux un rapport d'activité sur la politique pénale menée dans le ressort de la Cour¹¹⁹⁷.

454. Seconde branche du devoir d'information, lorsque le ministère public exerce les poursuites ou a recours à une mesure alternative, il se doit d'aviser les plaignants et les victimes. De même, en cas de classement sans suites, le procureur doit en informer ces dernières en leur précisant « les raisons juridiques ou d'opportunité¹¹⁹⁸ » à l'origine de sa décision. Cette exigence d'information et de motivation conduit « à donner plus de transparence à la justice et réduire le nombre des classements car une motivation pouvant s'avérer malaisée, une réponse systématique sera plus fréquente¹¹⁹⁹ ».

455. Troisième branche du devoir d'information, il appartient au ministère public d'informer ses partenaires locaux ou régionaux de ses pratiques et de l'orientation de sa politique pénale. Les parquets ont développé une politique de communication en direction des élus¹²⁰⁰. Ils peuvent porter à leur connaissance ou à celle des représentants de l'Etat (préfet, recteur ou directeurs des administrations décentralisées, etc.) le taux de réponse pénale accompagné d'explications¹²⁰¹. Ce devoir d'information et de concertation s'accomplit au sein des instances locales telles que les conseils communaux et départementaux de prévention de la délinquance¹²⁰². La participation à de telles instances de concertation impose au ministère public « le sens du dialogue et de la communication [et leur permet] d'explicitier la conduite de l'action publique et les choix procéduraux ainsi que les priorités de politique pénale¹²⁰³ ».

456. Troisième correctif. « L'inertie du ministère public est contrée par l'action de la victime¹²⁰⁴ ». Le Code de procédure pénale ouvre à la partie civile la possibilité de porter plainte avec constitution de partie civile¹²⁰⁵. Le parquet est alors dans l'obligation

¹¹⁹⁷ Projet de loi sur l'indépendance de la Justice présenté en Conseil des ministres.

¹¹⁹⁸ C. Proc. pén., art. 40-2.

¹¹⁹⁹ J. PRADEL, Procédure Pénale, éd. Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 578, p. 515.

¹²⁰⁰ Rapport Min. Justice, « Maires/ministère public », Dir. des Aff. Crim., et des Grâces, nov. 2003.

¹²⁰¹ Rapport Min. Justice, « Maires/ministère public », Dir. des Aff. Crim., et des Grâces, nov. 2003.

¹²⁰² D. n° 2002-999, 17 juill. 2002 relatif aux dispositifs territoriaux de sécurité et de coopération pour la prévention et la lutte contre la délinquance

¹²⁰³ G. CLEMENT, Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale, in Le droit Pénal à l'aube du troisième millénaire, Mél., J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 290.

¹²⁰⁴ J. LEBLOIS-HAPPE, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », JCP G, 2010, 168.

¹²⁰⁵ C. Proc. pén., art. 85.



de poursuivre. Il ne peut faire obstacle à l'action de la partie civile pour des raisons d'opportunité¹²⁰⁶.

457. Quatrième correctif. Plus que d'un correctif, il s'agit plutôt d'un obstacle temporaire. L'exercice des poursuites par le ministère public est subordonné à une mise en demeure préalable. Celle-ci reçoit application pour les infractions commises en matière d'hygiène ou de sécurité des salariés¹²⁰⁷. Cette mise en demeure pourrait être étendue à d'autres dispositions, et singulièrement à celles relatives aux institutions représentatives du personnel. Le délai de régularisation serait fonction de la nature de l'infraction.

C. Une alternative

458. Examen. La question posée au parquet réside dans « l'utilité concrète de la répression¹²⁰⁸ ». S'il appartient au législateur de définir la nature des comportements répréhensibles, il revient à l'autorité compétente d'appliquer la loi avec « discernement¹²⁰⁹ ». Le ministère public, appelé à se prononcer « sur le bien-fondé apparent de l'action publique¹²¹⁰ », doit examiner les faits portés à sa connaissance. Le Conseil de l'Europe propose une grille de lecture permettant de respecter tant le principe d'égalité de tous devant la loi que celui visant à individualiser la justice pénale. La décision d'engager des poursuites ou d'y renoncer doit se fonder sur la gravité, la nature, les circonstances et les conséquences de l'infraction, mais aussi la personnalité du suspect, la condamnation envisageable, les effets de cette condamnation et la situation personnelle de la victime¹²¹¹. Il appartient d'abord au parquet de s'assurer de l'existence de l'ensemble des éléments caractérisant l'infraction. Il lui appartient ensuite de déterminer « le sujet passif de l'action publique¹²¹² ». S'agit-il d'une personne

¹²⁰⁶ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de Procédure pénale*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1140, p. 755.

¹²⁰⁷ C. trav., art. L. 4721-4.

¹²⁰⁸ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 325, p. 389.

¹²⁰⁹ J. LEBLOIS-HAPPE, « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », *JCP G*, 2010, n° 168.

¹²¹⁰ B. BOULOC, *Procédure Pénale*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 590, p. 580.

¹²¹¹ Recommandation du Conseil de l'Europe, n° 87 sur la simplification de la justice pénale, 17 sept. 1987, p. 2 et s.

¹²¹² B. BOULOC, *Procédure Pénale*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 165, p. 144.



physique ou d'une personne morale ? La personne visée bénéficie-elle de faits justificatifs, d'une cause de non imputabilité ou d'immunité ? Le parquet se prononce enfin sur la recevabilité de l'action publique. Il doit s'assurer de l'existence des conditions permettant le prononcé par le juge d'une éventuelle condamnation. Des réponses apportées par le ministère public, la décision d'engager ou non les poursuites découlera.

459. Une réponse pénale¹²¹³. Le parquet peut décider d'engager les poursuites par la voie d'une citation directe, en incitant l'ouverture d'une information judiciaire par un juge d'instruction ou en recourant aux techniques dites « de poursuites alternatives » à l'image de la comparution immédiate ou de la convocation sur procès-verbal. A côté de l'exercice des poursuites et du classement sans suites, une troisième voie lui est ouverte, celle de l'alternative aux poursuites. Le ministère public subordonne « sa décision à l'attitude ultérieure de l'auteur de l'infraction ¹²¹⁴ » en recourant notamment à la médiation pénale, à la composition pénale ou à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Sous réserve de remplir les conditions légalement posées, l'utilisation d'alternatives aux poursuites conduit au classement sans suites des infractions. L'emploi de ces mécanismes remédie à l'encombrement des tribunaux et rend plus efficace l'action de la justice.

460. L'exercice des poursuites et l'emploi de mesures alternatives constituent les deux mouvements de la « réponse pénale¹²¹⁵ ». Cette notion prend la forme, en pratique, du taux d'affaires « poursuivables ». En 2011, le taux de réponse pénale était de 88,7%. Son corollaire, le taux de classement sans suites, représente la part des affaires « poursuivables » qui n'ont pas reçu de réponse judiciaire. S'agissant de la décision du ministère public d'engager les poursuites, cette dernière est marquée du sceau de l'irréversibilité. Le ministère public ne peut revenir sur une décision de poursuite. Le principe d'indisponibilité interdit au parquet d'arrêter les poursuites une fois qu'elles sont engagées. L'action publique ne peut s'achever que par une décision du juge

¹²¹³ La notion de « réponse pénale » est apparue dans l'article 6 de la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et programmation pour la Justice (n° 2002-1138, JORF 10 sept. 2002, p. 14934).

¹²¹⁴ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 328, p. 392.

¹²¹⁵ Sur l'étude des modalités d'exercice de la réponse pénale voir Section II du présent chapitre.



d'instruction (un non lieu), ou d'une juridiction de jugement (une relaxe ou une condamnation). Ce système permet d'assurer le respect du principe d'indépendance entre les juridictions d'instruction et de jugement¹²¹⁶.

461. Un classement sans suites. Une première catégorie de classements sans suites concerne les infractions insusceptibles de poursuites que l'auteur de l'infraction soit inconnu, ou en raison de l'extinction de l'action publique, ou encore parce que l'infraction est insuffisamment caractérisée. En 2011, cette catégorie représentait plus de 70 % (3 333 020) des affaires traitées (4 751 586) par les services du Parquet¹²¹⁷. Ces affaires sont considérées comme non « poursuivables » en raison de charges insuffisantes¹²¹⁸.

462. Une seconde catégorie concerne les classements sans suites précédés de la réussite de l'une des mesures alternatives aux poursuites, laquelle n'a pas été provoqué l'extinction de l'action publique. Cette catégorie concerne aussi les classements sans suites « secs » ou d'opportunité non précédés d'une quelconque réponse pénale. Sur les 30% restant (1 418 566), les infractions ayant donné lieu à des poursuites représentent 44,3% (628 368) et celles ayant donné lieu à des alternatives aux poursuites représentent 39,3% (558 003¹²¹⁹) des affaires traitées. Les classements sans suite ne représentent que 11,3% des affaires « poursuivables » (159 676). Le législateur a fait preuve d'hostilité à l'égard de tels classements, ces derniers ne pouvant être justifiés que par des « circonstances particulières liées à la commission des faits¹²²⁰ ». La rédaction du troisièmement de l'article 40-1 du Code de procédure pénale devait accroître le nombre des classements sans suite ordinaires. Reste que le législateur est demeuré silencieux quant à la nature des circonstances justifiant un classement d'opportunité. En pratique, le ministère public recourt à de tels classements face à des infractions mineures, ne représentant pas une réelle menace pour l'ordre public. L'inaction de la victime ou son opposition à l'engagement d'une action publique, le comportement fautif de la victime, la réparation spontanée assurée par l'auteur de

¹²¹⁶ J. PRADEL, Procédure Pénale, éd. Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 578, p. 515.

¹²¹⁷ En 2011, 5 243 334 procès-verbaux ont été reçus.

¹²¹⁸ Les chiffres clés de la Justice 2012, Ministère de la Justice.

¹²¹⁹ Les chiffres clés de la Justice 2012, Ministère de la Justice.

¹²²⁰ C. proc. pén., art. 40-1.



l'infraction, la régularisation de la situation sont autant de données permettant au ministère public d'asseoir une décision de classement d'opportunité¹²²¹. Lorsque l'employeur fait « amende honorable¹²²² », la réparation du dommage peut prendre une forme pécuniaire ou matérielle. Auteur d'un délit d'entrave, ayant donné lieu à la transmission d'un procès-verbal au ministère public, l'employeur régularise sa situation en procédant à l'information et à la consultation des représentants du personnel. Le ministère public peut alors s'abstenir d'engager des poursuites.

463. La décision de classement sans suites est une mesure d'administration judiciaire¹²²³, dépourvue de l'autorité de la chose jugée¹²²⁴. Une telle décision peut donner lieu à un recours hiérarchique de la victime auprès du procureur général près la Cour d'appel¹²²⁵. En outre, la victime d'une infraction classée peut mettre en mouvement l'action publique par le biais d'une plainte avec constitution de partie civile ou par voie de citation directe devant une juridiction de jugement.

II. Le principe d'opportunité des poursuites en droit pénal du travail

464. Les causes de classement sans suites sont nombreuses. Certaines causes sont propres au droit du travail, d'autres sont inhérentes à toute infraction (A). Le classement sans suites emporte des effets non négligeables sur l'action de l'administration (B). Toutefois, des remèdes existent (C).

¹²²¹ Les chiffres clés de la Justice 2012 visent les recherches infructueuses, les désistements ou carences du plaignant, un état mental déficient, la responsabilité de la victime, le désintérêt, la régularisation, le préjudice, le trouble peu important.

¹²²² L'amende honorable était une peine infamante d'Ancien Régime. La peine consistait pour le condamné à reconnaître publiquement sa faute et à en demander pardon à Dieu, à la société et aux hommes. Très courante, cette peine était seule appliquée aux fautes d'une faible gravité.

¹²²³ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 329, p. 392 ; A. VITU, « Le classement sans suite », *Rev. sc. crim.*, 1947, p. 505.

¹²²⁴ Cette décision a un caractère provisoire. Le ministère public peut encore revenir sur sa décision à condition que l'action publique ne soit pas éteinte. Il importe peu que de nouveaux éléments soient intervenus ou non. Le ministère public n'a pas à justifier sa décision.

¹²²⁵ La décision de classement sans suite n'est pas une décision juridictionnelle mais une décision administrative (Cass. crim., 6 juin 1952 : *Bull. crim.*, n° 142 ; Cass. crim., 5 déc. 1972 : *Bull. crim.*, n° 375, *Rev. sc. crim.*, 1973, p. 716, obs. J.-H. ROBERT).



A. Les causes du classement sans suites

465. Causes propres au droit du travail. Les causes du classement sans suites en droit du travail sont quasi « idéologiques ». Le ministère public est peu disposé à engager des poursuites contre les chefs d'entreprise. Ces derniers ne perçoivent pas nécessairement « les enjeux financiers et sociaux attachés à l'infraction¹²²⁶ ». S'il ne fait aucun doute que les magistrats contribuent « à l'ineffectivité du droit pénal du travail¹²²⁷ », il ne s'agit pas ici de dénoncer un quelconque désintérêt pour la matière. L'imperceptibilité des enjeux trouve sa justification dans la complexification croissante du droit du travail et sa versatilité. L'on ne peut que constater l'enrichissement constant du droit de la santé et de la sécurité, la spécificité de la réglementation en matière de durée du travail, l'évolution continue du droit de la représentation collective et ses péripéties jurisprudentielles, ou encore l'impact de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 relatif à la sécurisation de l'emploi sur les restructurations mais aussi sur les modalités d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel. La place prise par le droit européen et le droit international ou les questions prioritaires de constitutionnalité aggravent le phénomène¹²²⁸. L'ineffectivité du droit du travail tiendrait au droit du travail¹²²⁹. Or, la formation des magistrats en droit du travail est quasi absente des programmes de l'Ecole nationale de la magistrature. Il appartient aux magistrats de s'informer et de se former eux-mêmes ce qui nécessite « un investissement en temps (...) important¹²³⁰ ». Ce dernier élément est corroboré par une constatation factuelle : le taux de classement sans suites est moins élevé là où il existe un magistrat spécialisé.

¹²²⁶ B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social*, 2000, p. 962.

¹²²⁷ J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. social*, 1975, p. 388.

¹²²⁸ Th. KAPP, J.-P. TERRIER, P. RAMACKERS, « Les mutations de l'inspection du travail », *SSL*, 2012, n° 1561, p. 4.

¹²²⁹ « Ainsi, passe-t-on à l'organisation du procès du droit du travail : droit obèse, composé de normes de nature et d'intérêt divers que l'on retrouve dans un code qui n'en a que le nom, compilation dans laquelle le plus grand des compétents ne pourrait se retrouver. Le ministre du travail, Jacques Barrot, a indiqué combien cette complexité du droit du travail, « pour réelle qu'elle soit sur certains points, peut aussi être parfois l'alibi de l'incivisme ou de refus de l'engagement » (Circ. DRT 96/1 du 30 janvier 1996, relative aux orientations d'action dans le domaine des relations de travail) » (Ph. AUVERGNON, « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », *Dr. social*, 1996, p. 598).

¹²³⁰ B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social*, 2000, p. 962.



466. Causes inhérentes à toute infraction. Toute règle de droit comporte « un pourcentage toujours appréciable parfois considérable d'ineffectivité¹²³¹ ». Ces ineffectivités partielles trouvent leur source dans des causes fortuites ou réfléchies. Les premières sont étrangères à la volonté des gouvernants : le criminel échappe à la justice. Les secondes résultent de la volonté du ministère public. Ce phénomène de « tolérance administrative¹²³² » est défini par le Doyen CARBONNIER comme un « acte de volonté du pouvoir à des fins d'intérêt public¹²³³ ». Ce phénomène conduit le ministère public à ne plus croire opportun d'exercer les poursuites et ce, même en présence des éléments constitutifs de l'infraction. Mais ce phénomène n'est pas irréversible. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir des poursuites soient à nouveau engagées. Le principe d'opportunité des poursuites peut conduire à rendre ineffectives un certain nombre d'infractions, notamment celles de faible gravité qui n'intéressent pas ou peu l'ordre public. Le principe d'opportunité des poursuites trouve pleinement à s'appliquer dans cette dernière catégorie. En fonction de la nature de l'infraction, de sa gravité, mais aussi des choix arrêtés au titre de la politique pénale nationale ou locale, le ministère public effectue un choix dans l'engagement des poursuites. Le critère emprunté est celui de la gravité de l'infraction et de l'atteinte portée à l'ordre public ; il renvoie à la distinction opérée par GAROFALO, lequel distingue les crimes et délits par nature des crimes par détermination de la loi. Si les premiers peuvent se définir comme « des actes graves réprouvés par la collectivité », les seconds ont été érigés par l'Etat « en infractions pour des raisons politiques, économiques, sociales, liées à son action¹²³⁴ ». Le droit pénal du travail, spécialement le délit d'entrave, appartient à la catégorie des infractions par détermination de la loi. Ces infractions ne bénéficient pas d'une présomption de gravité. En outre, le ministère public a tendance « à considérer que la vie intérieure (...) des entreprises relève d'un ordre privé et donc intéresse peu l'ordre public¹²³⁵ ». A l'exception des infractions relatives à la santé et à la sécurité et celles relatives au travail illégal, les autres infractions de droit pénal du travail, ne sont pas prioritaires.

¹²³¹ J. CARBONNIER, *Flexible Droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 142.

¹²³² J. CARBONNIER, *op. cit.*, p.141.

¹²³³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p.141.

¹²³⁴ J. LEAUTE, « Criminologie et science pénitentiaire », PUF, 1972, p. 29.

¹²³⁵ B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social*, 2000, p. 962.



467. Il n'existe pas a priori de prédispositions au désintéret du ministère public pour le droit pénal du travail. Toutefois, consciemment ou non, il ne mesure pas nécessairement son importance et les enjeux qui s'y attachent. L'inspection du travail doit faire preuve de pédagogie en annexant un rapport à ses procès-verbaux précisant notamment les enjeux de l'infraction¹²³⁶.

B. Les effets du classement sans suites

468. Nocif. Un classement d'opportunité favorise « chez l'auteur de l'infraction un sentiment d'impunité et chez la victime un sentiment d'injustice et d'insécurité¹²³⁷ » et « décrédibilise » l'action de l'inspection du travail.

469. « Zhǐ lǎohǔ¹²³⁸ » (Tigre de papier). La décision de classement sans suites, lorsqu'elle se « justifie » par la faible gravité de l'infraction, entraîne une perte de crédibilité de l'inspection du travail¹²³⁹. Elle est nécessairement analysée comme un désaveu mettant l'inspecteur du travail en difficulté face à l'entreprise verbalisée qu'il est amené à revoir par la suite. Le juge a-t-il « pleine conscience d'avoir un pouvoir singulier, celui de décrédibiliser la parole et l'intervention de l'inspecteur dans l'entreprise¹²⁴⁰ »? Le système de l'inspection du travail se fonde sur la menace du procès-verbal qui permet d'obtenir une régularisation de la situation. Elle est la « pierre angulaire de la prévention ; or tout s'effondre si la menace n'a pas d'effet dissuasif, si c'est un tigre de papier¹²⁴¹ ».

470. Dépénalisation de fait. Il existe « un très faible niveau de répression pénale, surtout si on le rapproche du nombre élevé d'infractions constatées par les seuls services

¹²³⁶ B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », Dr. social, 2000, p. 962.

¹²³⁷ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, Traité de procédure pénale, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1160, p. 768.

¹²³⁸ Lentigre de papier est la traduction littérale de l'expression chinoise « zhǐ lǎohǔ », désignant une chose apparemment menaçante, mais en réalité inoffensive.

¹²³⁹ « Tout inspecteur sait les dangers qu'encourt son action future dans l'entreprise dès lors que son procès-verbal sera classé sans suites (...) » (Ph. AUVERGNON, « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », Dr. social, 1996, p. 604) – « La relaxe, comme la faiblesse des condamnations, sont autant de fils qui retiennent la main de celui qui pourrait dresser procès-verbal » (J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », Dr. social, 1975, p. 380).

¹²⁴⁰ Ph. AUVERGNON, op. cit., Dr. social, 1996, p. 604.

¹²⁴¹ B. SILHOL, op. cit., p. 962.



de l'inspection du travail au cours de leurs activités de contrôle¹²⁴² ». Sans, toutefois, se garder d'interpréter « cette disproportion entre faits constatés et faits sanctionnés comme une preuve d'ineffectivité du droit¹²⁴³ », il n'en demeure pas moins que l'on assiste à une dépenalisation de fait de pans entiers de la législation du droit pénal du travail¹²⁴⁴.

C. Les remèdes au classement sans suites

471. Comment améliorer l'articulation des interventions du juge et de l'inspection du travail ? La mission de celle-ci ne peut être réduite à une fonction répressive. Elle est aussi majoritairement préventive. Des procès-verbaux sont dressés lorsque l'infraction est empreinte d'une certaine gravité et nécessite une réponse pénale¹²⁴⁵. L'inspection du travail peut avoir du mal à comprendre des classements sans suite ou des condamnations insignifiantes. A l'opposé, le ministère public reste parfois dubitatif devant les procès-verbaux dressés par les inspecteurs du travail. Il attend souvent un avis ou un commentaire technique explicitant les raisons du procès-verbal.

472. Chantiers¹²⁴⁶. L'élaboration d'une véritable politique pénale en droit du travail (1°) et le développement des relations institutionnelles entre parquets et directions du travail (2°) s'imposent.

1°. Un partenariat privilégié

¹²⁴² E. SERVERIN, «L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal », Dr. social, 1994, p.657.

¹²⁴³ E. SERVERIN, op. cit., Dr. social, 1994, p.657.

¹²⁴⁴ La dépenalisation de fait ne conduit pas nécessairement à une ineffectivité totale de la règle de droit. Le recours par l'inspection du travail à des moyens divers (mise en demeure, lettre d'observations, etc.) rend effective, du moins partiellement, l'application du droit du travail dans les entreprises. L'utilisation de ces moyens alternatifs conduit à s'interroger sur l'utilité de la sanction en droit pénal.

¹²⁴⁵ Les inspecteurs du travail estiment que « *le tri de gravité a été fait* » (Ph. AUVERGNON, Etude sur les sanctions et mesures correctives de l'inspection du travail : le cas de la France, Rapp. BIT, avr. 2011, n° 3.5.).

¹²⁴⁶ Ph. AUVERGNON, S. LAVIOLETTE, Respect du droit du travail : entre politique de contrôle et politique pénale, DRTEFP, 2004, p. 73 ; Th. KAPP, J-P. TERRIER, P. RAMACKERS, Le système d'inspection du travail en France, Liaisons Sociales, 2013, 2^{ème} éd., p. 434 ; Ph. AUVERGNON, Etude sur les sanctions et mesures correctives de l'inspection du travail : le cas de la France, Rapp. BIT, avr. 2011, n° 3.6.



473. Un concept. L'information « initie la transparence, la concertation et le dialogue¹²⁴⁷ ». Dès les années 1970, a été établi un lien entre parquet et inspection du travail dans certaines régions¹²⁴⁸. Le principe de ces rencontres est posé par un ensemble de circulaires du ministère de la Justice¹²⁴⁹ et une note conjointe des ministères de la Justice et du Travail du 28 mars 2002¹²⁵⁰. Est privilégié le principe de concertation entre l'inspection du travail et les parquets. Une meilleure connaissance des attributions, des contraintes et des limites des actions respectives est « de nature à régler, en les anticipant, des difficultés qui pourraient naître d'une simple incompréhension des règles qui régissent nos fonctionnements¹²⁵¹ ». Cette concertation se traduit en pratique par des réunions périodiques. Est préconisée une réunion annuelle¹²⁵². A notre sens, le nombre de rencontres doit être fonction de la taille, du nombre et de l'implantation géographique des différents services, tant judiciaires qu'administratifs.

474. Cette concertation vise un triple objectif : 1) la compréhension de la politique suivie, par l'inspection du travail ; le ministère public est invité à « améliorer la prise en charge du traitement pénal par un examen attentif des procédures initiées par l'inspection du travail au moyen d'une présentation des actions de contrôle retenues localement par le directeur¹²⁵³ » ; 2) améliorer le suivi judiciaire des procès-verbaux (résultats des audiences, existence de voies de recours, etc) ; 3) obtenir dans certains cas graves un traitement prioritaire.

475. Le dialogue. Lorsque l'inspecteur du travail se situe dans la perspective d'une sanction pénale, il ne dispose d'aucun moyen officiel pour suivre la procédure engagée et connaître son résultat. Il appartient aux agents de contrôle et aux magistrats du

¹²⁴⁷ G. CLEMENT, « Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale », in *Le droit Pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mél., J. PRADEL, Cujas, 2006, p.290.

¹²⁴⁸ M. COLCOMBET, *Table Ronde, RPDS*, n° 357, janv. 1975, p. 18-19.

¹²⁴⁹ *Circ. Min. Justice*, 2 mai 1977 ; *Circ. Min. Justice*, 1^{er} mars 1990.

¹²⁵⁰ Note d'orientation – Min. Justice – Min. Travail, n° 2002-04 du 28 mars 2002 concernant les relations entre les parquets et les directions départementales du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, *BO Trav.*, n° 2002/11, 20 juin 2002.

¹²⁵¹ Note d'orientation – Min. Justice – Min. Travail, n° 2002-04 du 28 mars 2002, *op. cit.*, introduction.

¹²⁵² J. MICHEL, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 256.

¹²⁵³ Note d'orientation – Min. Justice – Min. Travail, n° 2002-04 du 28 mars 2002, *op. cit.*, introduction.



parquet chargés du droit du travail de nouer des contacts personnels réciproques¹²⁵⁴. De tels contacts peuvent se traduire par un effort de coordination. Mais un tel dialogue dépend de la bonne volonté des protagonistes.

476. Absentes, informelles, personnalisées ou institutionnalisées, l'existence de relations entre les services diffère selon les régions¹²⁵⁵. L'approche retenue par le département des Landes en matière de suivi des procédures pénales a valeur d'exemple. Une relation personnalisée a été mise en place entre un agent de l'inspection du travail et le Parquet. L'inspecteur du travail centralise les procès-verbaux et les demandes d'avis du ministère public. Il assiste aux audiences relatives au droit du travail lesquelles sont spécialisées. Il assure « un suivi très dynamique des procédures transmises au Parquet en lui présentant personnellement l'intégralité des dossiers ainsi que leurs enjeux économiques et sociaux¹²⁵⁶ ». Dans un département limitrophe, un mode de fonctionnement analogue a été adopté. Marqué par l'absence de référent, il repose néanmoins sur une relation personnalisée conduisant à une information systématique des dates d'audience et à une assistance à celles-ci. Cette collaboration, minimale ou maximale, est efficace et effective. Elle conduit le parquet à ne procéder à aucun classement sans suite des procès-verbaux, à des délais de jugement satisfaisants et à l'utilisation des procédures alternatives aux poursuites. Il appartient à la Direction générale du travail et aux ministères du Travail et de la Justice d'assurer la généralisation de ces pratiques.

477. Au sein du ministère public, il appartient au procureur de la République de désigner un membre du parquet comme référent ou interlocuteur privilégié de l'inspection du travail. Cette exigence de spécialisation des membres du parquet n'est pas nouvelle. Une circulaire interministérielle du 28 octobre 1997 recommande aux procureurs de la République de « sectoriser » l'organisation des parquets de « façon à

¹²⁵⁴ J. MICHEL, *op. cit.*, p. 257.

¹²⁵⁵ Cf. « L'approche département par département » en région Aquitaine opérée en 2004 par Ph. AUVERGNON, S. LAVIOLETTE (cf. *Respect du droit du travail : entre politique de contrôle et politique pénale*, DRTEFP, 2004, p. 46).

¹²⁵⁶ Ph. AUVERGNON, S. LAVIOLETTE, *op. cit.*, p. 48.



mieux adapter l'exercice de l'action publique à la réalité de la délinquance et allier ainsi proximité dans le temps (...), à la proximité dans l'espace¹²⁵⁷ ».

478. La question d'un éventuel recours au traitement instantané¹²⁵⁸ demeure. Ce système¹²⁵⁹ « recouvre au profit de la société et de la victime, une réponse pénale rapide et adaptée : les procédures sont traitées dans la mesure du possible dans le temps le plus proche de la constatation des faits et de l'aboutissement de l'enquête ». Le « traitement » induit l'exercice par le ministère public de l'opportunité des poursuites. Il convient de parvenir à la simultanéité du temps de l'enquête de police et du temps du parquet. Ce traitement peut assurer¹²⁶⁰ « l'instantanéité des deux phases d'enquêtes¹²⁶¹ » et la célérité de la procédure. L'existence de nouveaux modes d'exercice des poursuites ou d'alternatives aux poursuites, de même que les innovations en matière de nouvelles technologies rendent nécessaire la création de nouvelles formes de communication. Le développement de la téléphonie mobile, le courrier électronique, la visioconférence sont autant de moyens techniques au service de la justice avec lesquels le ministère public doit se familiariser¹²⁶² en vue de faciliter le dialogue établi entre les enquêteurs et le parquet¹²⁶³.

479. Le traitement instantané présente un intérêt certain en droit pénal du travail et singulièrement en matière de santé et de sécurité à l'occasion d'accidents du travail conduisant au décès d'un salarié et en matière de représentation du personnel à l'occasion de restructurations donnant lieu à des procédures d'information et de

¹²⁵⁷ Circ. Interministérielle relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, 28 oct. 1997, II, 3. - Recommandation du Conseil de l'Europe, n° 19 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, 6 oct. 2000, n° 8.

¹²⁵⁸ F. ZOCCHETTO, Rapport d'information n° 17 du sénat relatif aux procédures accélérées de jugement en matière pénale, 2005-2006.

¹²⁵⁹ Sur la question de la nature juridique : cf. C. MIANSONI, « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales », AJ Pénal, 2012, p. 152.

¹²⁶⁰ Pour une opinion contraire : G. CLEMENT, « Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale », in *Le droit Pénal à l'aube du troisième millénaire*, MéL., J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 274. Sur cette question voir B. BASTARD, C. MOUHANA, *L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales*, Arch. Pol. Crim., 2006/1, n° 28.

¹²⁶¹ C. MIANSONI, « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales », AJ Pénal, 2012, p. 152 ; F. DEBOVE, « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », Dr. pén., 2006, Etude, n° 19.

¹²⁶² B. BASTARD, C. MOUHANA, « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », Arch. Pol. Crim., 2006/1, n° 28, p. 153.

¹²⁶³ C. MIANSONI, op. cit., p. 152.



consultation. Ce mode d'organisation assure l'instauration d'un dialogue entre les services du parquet et ceux de l'inspection du travail.

480. La transparence. En 2007, a été créé au sein de la direction générale du travail l'Observatoire des suites pénales réservées aux procès-verbaux de l'inspection du travail¹²⁶⁴. Evaluer et valoriser l'action pénale de l'inspection du travail tel est l'objectif poursuivi : l'observatoire doit connaître des suites réservées aux procédures pénales transmises aux parquets par l'inspection du travail, apporter un appui aux services déconcentrés dans la mise en œuvre de l'outil pénal et améliorer la qualité rédactionnelle des procès-verbaux. Il doit faciliter l'élaboration de propositions en matière de sanction pénale ou administrative. Enfin, il doit permettre d'élaborer une politique pénale du travail en concertation avec le ministère de la Justice.

2°. Vers une politique pénale du travail

481. L'ensemble des moyens présentés ne sauraient être efficaces qu'à la condition de s'inscrire dans une politique pénale du travail¹²⁶⁵. Le ministère public est la clé de voûte de la déclinaison régionale de la politique pénale définie par le gouvernement. Il lui appartient de déterminer les priorités en fonction des réalités de son ressort. Or, en matière de droit du travail, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de politique pénale gouvernementale ; au mieux les parquets sont dans l'auto-définition¹²⁶⁶ (a). La mise en œuvre d'une politique pénale induit plusieurs évolutions : une réflexion menée sur la formation des magistrats (b), le recours systématique aux alternatives aux poursuites (c) et l'instauration d'audiences spécialisées (d).

¹²⁶⁴ Note DGT du 14 mars 2007 relative à la mise en place d'un observatoire des suites pénales réservées aux procès-verbaux de l'Inspection du travail.

¹²⁶⁵ En ce sens : J. MICHEL, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 254 : « S'il est une mesure qui recueille le consensus, c'est bien celle de la définition et de la mise en œuvre d'une véritable politique pénale. Pas une rencontre avec les personnels de l'inspection du travail, leurs organisations syndicales, les associations de l'inspection du travail et les confédérations syndicales de salariés sans que n'ait été déplorée l'absence totale de toute politique pénale en droit du travail et sans que l'accent ait été mis avec une particulière insistance sur l'impérieuse nécessité qu'il y a de la définir et de la mettre en œuvre ».

¹²⁶⁶ Ph. AUVERGNON et S. LAVIOLETTE, *Respect du droit du travail : entre politique de contrôle et politique pénale*, DRTEFP, 2004, p. 73.



a. **Une détermination conjointe**

482. Les ministères de la Justice et du Travail doivent déterminer conjointement la politique pénale du travail en procédant à la réécriture de la note d'orientation du 28 mars 2002. Cette politique doit tenir compte des actions nationales et locales, des problématiques propres à l'inspection du travail, de la politique pénale des parquets. Il convient de déterminer, au regard notamment des résultats fournis par l'Observatoire des suites pénales, les infractions présentant un degré de gravité justifiant qu'elles soient traitées en priorité. Parmi ces infractions, celles relatives à la santé et la sécurité, au travail dissimulé et à la représentation du personnel (spécialement celles relatives à l'information et la consultation en matière de restructuration) doivent être traitées prioritairement. Il faut définir avec précision les règles de fonctionnement du parquet, des unités territoriales et des inspecteurs du travail avec l'ambition de sensibiliser le premier aux procédures spécifiques à l'inspection du travail. Il est par ailleurs nécessaire de prévoir la formalisation du suivi administratif des procédures, peu important qu'il s'agisse des signalements au titre de l'article 40 du Code de procédure pénale ou des procès-verbaux, et de traiter des modalités d'exercice des voies de recours et de la connaissance des avis de classement sans suites et de leurs motifs.

483. Dans le ressort des tribunaux de grande instance dans lesquels se trouvent des zones importantes d'activités industrielles ou tertiaires, il importe que soit créée une section spécialisée dans les infractions sociales, économiques et financières à la tête de laquelle se trouverait un magistrat du parquet spécialisé. Il lui appartiendra non seulement d'orienter les investigations et d'en suivre les développements, mais aussi d'établir par un dialogue constant un climat propice à une application effective des priorités de politique pénale du travail. Pour les autres tribunaux de grande instance, la participation d'un représentant de l'unité territoriale aux audiences ou à certaines d'entre elles, notamment pour les procédures « sensibles », serait pertinent.

b. **La formation**

484. La formation des magistrats (1) et des inspecteurs du travail (2) comporte d'incontestables marges de progression.



1) La formation des magistrats

485. Formation initiale. Outre les différents stages qu'ils sont amenés à effectuer dans le cadre de leur formation à l'ENM, les auditeurs de justice sont assujettis à des périodes d'étude et de préparation aux premières fonctions. Ces périodes ont notamment pour objectif¹²⁶⁷ l'acquisition des compétences fondamentales du métier de magistrat¹²⁶⁸ et l'acquisition des techniques professionnelles fondamentales communes ou propres aux différentes fonctions¹²⁶⁹. Les formations s'organisent autour de différents pôles portant notamment sur le processus de décision et de formalisation de la justice civile et pénale, sur la communication judiciaire, sur l'administration de la justice ou sur la « vie de l'entreprise ».

486. Chaque pôle de formation dispense deux cycles de formation : le premier commun à tous les auditeurs, le second tenant compte de la fonction choisie¹²⁷⁰. S'agissant du pôle de formation « vie de l'entreprise », les enseignements dispensés à tous les auditeurs portent sur l'environnement économique et social et donnent lieu à des conférences relatives à l'intelligence économique, la régulation ou le dialogue social. En outre, les auditeurs sont sensibilisés au « management » des entreprises ainsi qu'aux différentes étapes de la vie des sociétés (constitution, procédures collectives, dissolution, etc.). Le second cycle de formation tenant compte de la fonction choisie, et précédant l'entrée en fonction, vise à approfondir les contentieux et les procédures propres aux futures fonctions exercées au pénal et au civil (délinquance économique, financière et technique).

487. Les enseignements dispensés portent en droit sur le droit processuel¹²⁷¹, non (ou très peu) sur le droit matériel¹²⁷². Ne pourrait-on pas envisager d'inclure au sein du

¹²⁶⁷ Programme pédagogique, août 2012, <http://www.enm-justice.fr>.

¹²⁶⁸ Il s'agit des compétences en matière d'éthique, de déontologie ou de communication (IX - Programme pédagogique, août 2012, objectifs des séquences de formation).

¹²⁶⁹ Les thèmes abordés portent sur la prise de décision, l'écrit judiciaire, l'oralité judiciaire, etc. (IX - Programme pédagogique, août 2012, objectifs des séquences de formation).

¹²⁷⁰ La période précédant la première prise de fonction doit permettre aux auditeurs d'approfondir les techniques professionnelles ainsi que d'acquérir des éléments d'environnement propres à l'exercice de la fonction choisie (IX - Programme pédagogique, août 2012, objectifs des séquences de formation).

¹²⁷¹ Sont visés les enseignements relatifs à la procédure pénale, la procédure civile, l'organisation juridictionnelle privée, etc.

¹²⁷² Ou substantiel – sont visés les enseignements qui attraient « *au fond du Droit, fondé sur les divisions du Droit* » (G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 2008).



cursus de formation des magistrats, spécialement dans le second cycle de formation précédant la première prise de fonction, un enseignement portant sur le droit matériel en lien avec la fonction choisie ou avec le champ d'intervention du magistrat lorsque la fonction choisie reste large ?

488. Formation continue. Les actions de formation continue prennent en compte le droit matériel. Le droit social, au même titre que les autres branches du droit, paraît « davantage pris en compte dans le cadre de la formation continue¹²⁷³ ». En 2013, des actions de formation ont notamment été organisées sur l'actualité jurisprudentielle en droit du travail, le contentieux de la sécurité sociale ou encore la lutte contre le travail illégal¹²⁷⁴.

2) La formation des inspecteurs du travail

489. Formation initiale et continue. Dispensée par l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, la formation initiale des inspecteurs du travail comporte en alternance des périodes d'enseignement à l'Institut et des stages hors de ce dernier. Les enseignements dispensés au cours de ces deux périodes portent notamment sur les politiques du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, l'entreprise et les différents milieux d'intervention, le cadre juridique et les instruments de l'action de l'administration, ou les disciplines juridiques, scientifiques et techniques touchant aux relations et conditions de travail¹²⁷⁵. Des enseignements de droit pénal sont présents tout au long du cursus de formation¹²⁷⁶. Ils visent à permettre aux inspecteurs du travail de maîtriser la procédure et le droit pénal ainsi que la rédaction des constats et des procès-verbaux. Cette formation est complétée par un stage en juridiction et au sein des services déconcentrés au cours desquels les inspecteurs-élèves sont amenés à rédiger des procès-verbaux.

¹²⁷³ J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 268.

¹²⁷⁴ Catalogue 2013 de la formation continue, ENM, <http://www.enm-justice.fr>.

¹²⁷⁵ Arrêté du 28 juin 2000, fixant les modalités de la formation et les conditions d'évaluation et de sanction de la scolarité des inspecteurs-élèves, NOR : MESO0010486A, art. 3.

¹²⁷⁶ Pour une présentation exhaustive de la formation : J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 260 - <http://www.institut-formation.travail.gouv.fr/>.



490. Les inspecteurs du travail bénéficient d'une formation continue articulée autour des règles de procédure pénale et l'élaboration d'une stratégie pénale en lien avec le ministère public¹²⁷⁷.

491. Vœu. Le renforcement des formations induit nécessairement celui des liens entre l'INTEFP et l'ENM¹²⁷⁸. Ce rapprochement doit permettre aux magistrats et aux inspecteurs du travail d'appréhender les enjeux économiques, sociaux et judiciaires et d'approfondir la connaissance de leurs métiers respectifs. Il apparaît nécessaire de développer, au sein même des cursus de formation initiale et continue, des stages d'accueil réciproque¹²⁷⁹. Ce rapprochement « s'inscrit – et s'impose – tout naturellement dans le cadre de la mise en œuvre d'une véritable politique pénale en droit du travail¹²⁸⁰ ».

c. Systématiser le recours aux alternatives aux poursuites

492. Troisième voie. Nées de la pratique des parquets, les mesures alternatives constituent une véritable troisième voie¹²⁸¹. Les membres du ministère public sont encouragés à y recourir afin de désengorger les tribunaux tout en assurant une réponse pénale aux procès-verbaux transmis par l'inspection du travail¹²⁸².

1) La finalité des alternatives aux poursuites

493. Désengorger. Le recours aux alternatives réparatrices ou punitives visent « à accroître la capacité de traitement de l'institution judiciaire, c'est-à-dire à augmenter le

¹²⁷⁷ Sur le contenu des formations : cf. J. MICHEL, op. cit., p. 262 - <http://www.institut-formation.travail.gouv.fr/>.

¹²⁷⁸ L'INTEFP organise ainsi des cycles de formation à destination des magistrats : Catalogue 2013 de la formation continue, ENM, <http://www.enm-justice.fr>.

¹²⁷⁹ J. MICHEL, op. cit., p. 269.

¹²⁸⁰ J. MICHEL, op. cit., p. 269.

¹²⁸¹ L'article 40-1 du Code de procédure pénale, tel qu'il résulte de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (n° 2004-204, art. 68), identifie distinctement trois voies : l'engagement des poursuites, le recours à une alternative aux poursuites et le classement sans suites. La loi du 9 mars 2004 « *installe clairement les alternatives aux poursuites comme une voie nouvelle ouverte à l'action publique* » (M.-C. DESDEVISES, L'option entre prévention et répression : les alternatives aux poursuites, un nouveau droit pénal des majeurs, in Mél. R. OTTENHOF, Le champ pénal, Dalloz, 2006, p. 168).

¹²⁸² Puisqu'elles apportent une réponse pénale à une infraction, les alternatives aux poursuites constituent une action à fin publique (Ph. CONTE, « La nature juridique des procédures alternatives aux poursuites : de l'action publique à l'action à fin publique ? », Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et sciences criminologiques, PUAM, 2007, p. 189).



rapport entre la quantité de décisions produites et le temps et les moyens nécessaires pour y parvenir¹²⁸³ ». Il faut désengorger les juridictions en redessinant les modalités d'intervention des magistrats.

494. Accroître la célérité. Le recours aux alternatives aux poursuites s'inscrit dans l'exigence de célérité des procédures mentionnée à l'article préliminaire du Code de procédure pénale¹²⁸⁴. Ce dernier dispose « qu'il doit être définitivement statué sur l'accusation dont [une] personne fait l'objet dans un délai raisonnable¹²⁸⁵ ». Toutefois, les mesures alternatives ne sont pas « nécessairement fondées sur l'idée d'une urgence à répondre à une situation particulière. Elles visent plus largement à systématiser et diversifier les réponses pénales¹²⁸⁶ ». La notion de célérité induit une exigence de qualité et exclut, la notion de rapidité. Une circulaire du 13 décembre 2002 précise que « les mesures alternatives aux poursuites font partie intégrante des réponses pénales et doivent à ce titre en respecter toutes les exigences de qualité¹²⁸⁷ ». Le ministère public veille « à la qualité des procédures et à la rigueur dans l'examen des charges¹²⁸⁸ ».

495. Systématiser. Pour le Professeur PRADEL, « l'une des idées majeures du législateur [en 2004] est le principe d'une réponse judiciaire systématique¹²⁸⁹ ». Cet objectif de « systématisation¹²⁹⁰ » d'une réponse pénale n'apparaît qu'implicitement

¹²⁸³ C. VIENNOT, *Le procès-pénal accéléré, Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, 2012, n° 9, p. 9.

¹²⁸⁴ L'exigence de célérité est « un élément récurrent » des réformes de l'institution judiciaire. L'auteur dresse la liste des nombreux rapports et ouvrages ayant dénoncé les lenteurs de l'institution judiciaire. Elle s'emploie à déterminer le sens, la nature et la valeur de cette exigence de célérité. L'auteur considère que la célérité est « une notion plus large que celle de délai raisonnable [au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme], permettant à la fois d'assurer le respect de cette exigence européenne et l'accroissement de l'efficacité de l'institution judiciaire » (C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré, Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, 2012, n° 16 et s., p. 13 et s.).

¹²⁸⁵ C. Proc. pén., art. préliminaire ; C. Org. Jud., art. L. 111-3 ; cf. B. BOULOC, *La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ?*, *Rev. sc. crim.*, 2001, n° 1, p. 55.

¹²⁸⁶ C. VIENNOT, *op. cit.*, n° 18 et s., p. 16 et s.

¹²⁸⁷ Circ.13 déc. 2002, NOR. JUS. D. 0230200 C.

¹²⁸⁸ Circ.13 déc. 2002, NOR. JUS. D. 0230200 C.

¹²⁸⁹ J. PRADEL, *Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité (1^{ère} et 2^{ème} parties)*, *JCP G*, 2004, p. 821 et p. 881.

¹²⁹⁰ Le recours systématique aux mesures alternatives contribue à l'éclatement de la finalité de la procédure pénale. Le professeur PRADEL observe que les lois adoptées au début des années 2000 « confirment l'idée maîtresse d'une procédure à deux vitesses : durcissement pour la grosse criminalité, accélération et simplification pour la moyenne criminalité. Décidément il y a bien éclatement... » (J. PRADEL, *La procédure pénale française aujourd'hui: éclatement ou nouvel équilibre?* Cujas, 2003, p. 617). Sur la finalité de la procédure pénale : R. GASSIN, *Considérations sur le but de la procédure pénale*, in *Mél.*, J. PRADEL, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Cujas, 2006, p. 114.



dans le Code de procédure pénale¹²⁹¹ mais ressort explicitement des rapports WARSMANN¹²⁹² et ZOCHETTO¹²⁹³ ainsi que de circulaires ministérielles. Pour le ministère de la Justice, l'article 40-1 du Code de procédure pénale « affiche en effet clairement l'objectif de la généralisation de la réponse pénale¹²⁹⁴ ». Le législateur attend du ministère public qu'un classement sans suite ne soit plus décidé à raison notamment de la faible gravité de l'infraction¹²⁹⁵ ou d'un manque de moyens¹²⁹⁶.

496. Diversifier et graduer. Le législateur accompagne en pratique cet objectif de systématisation en diversifiant les mesures alternatives¹²⁹⁷. La diversification des réponses pénales « induite par le développement des procédures accélérées permet (...) d'instituer une graduation des réponses¹²⁹⁸ ». Il appartient au ministère public de diversifier et de graduer ses réponses en fonction de la gravité de l'infraction, de la personnalité et du parcours de son auteur. La réponse pénale doit être en adéquation avec la nature et la gravité de l'infraction¹²⁹⁹.

¹²⁹¹ Le Code de procédure pénale précise que si l'auteur des faits est connu, le classement sans suite « en opportunité » ne peut intervenir que si des circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient (C. Proc., pén. art. 41-1).

¹²⁹² Rapp. J.-L. WARSMANN, Commission des lois de l'Assemblée nationale, 14 mai 2003, p. 202.

¹²⁹³ Rapp. F. ZOCHETTO, Commission des lois du Sénat, sept. 2003, p. 286.

¹²⁹⁴ Circ. Min., CRIM 2004-04 E8 du 14 mai 2004 relative à la présentation des dispositions de procédure pénale immédiatement applicables de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n° 1-1. Lorsqu'une infraction est commise par un auteur identifié, le procureur de la République doit apporter une réponse pénale consistant « soit en la mise en mouvement de l'action publique, soit en une procédure alternative » (Circ. Min., 14 mai 2004, préc.).

¹²⁹⁵ S'agissant des infractions de faible gravité, la circulaire du 14 mai 2004 précise que « l'objectif de généralisation de la réponse pénale, qui peut, dans les cas les moins graves, consister dans (...) le rappel à la loi, devrait avoir pour conséquence d'inciter les parquets à utiliser plus fréquemment cette mesure, notamment dans des cas où, par le passé, la procédure faisait l'objet d'un simple classement sans suite en raison de la faiblesse du trouble à l'ordre public ou du préjudice » (Circ. du 14 mai 2004, op. cit., n° 1-1).

¹²⁹⁶ Jusqu'au début des années 2000, les classements d'opportunité étaient justifiés par le manque de moyens (Rapport HAENEL, les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée, n° 513, Paris, Sénat, 1998, p. 6). Ces classements seraient « motivés par l'impossibilité matérielle de répondre à l'ensemble des faits portés à la connaissance des autorités judiciaires » (C. VIENNOT, *Le procès-pénal accéléré, Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, 2012, n° 10, p. 9).

¹²⁹⁷ En dix ans, le législateur a, pas à pas, légalisé ces mécanismes. En 1993, le législateur expérimente la médiation pénale et la réparation directe à l'égard de la victime. Ces solutions sont complétées par des lois du 23 juin 1999 et du 9 mars 2004.

¹²⁹⁸ C. VIENNOT, *Le procès-pénal accéléré, Etude des transformations du jugement pénal*, Dalloz, 2012, n° 11, p. 11.

¹²⁹⁹ Le professeur PRADEL distingue les affaires non sérieuses, des affaires moyennement sérieuses, des affaires assez sérieuses et des affaires très sérieuses. A chaque catégorie, il propose d'appliquer corrélativement une réponse pénale : la médiation pénale, puis la composition pénale, puis la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, et enfin l'engagement immédiat des poursuites (J. PRADEL, *Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité* (1^{ère} et 2^{ème} parties), JCP G, 2004, p. 821 et p. 881).



2) La mise en œuvre des alternatives aux poursuites

497. Les critères. Quelle que soit l'infraction commise¹³⁰⁰, le procureur de la République peut recourir à une mesure alternative lorsqu'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits¹³⁰¹. Ces trois critères ne sont pas cumulatifs¹³⁰². Le recours aux alternatives est réservé aux faits de faible gravité, élucidés, reconnus par le mis en cause ou non sérieusement contestables¹³⁰³. En d'autres termes, le choix du procureur de la République est fonction de la nature et de la gravité de l'infraction, des antécédents et de la personnalité de son auteur, de l'existence d'une victime et de sa qualité.

498. L'exécution. L'exécution de la mesure alternative est en principe sans incidence sur l'action publique¹³⁰⁴. Cette solution paraît juridiquement fondée mais contrevient « à la logique même des alternatives aux poursuites¹³⁰⁵ ». L'auteur de l'infraction peut « théoriquement faire l'objet de poursuites postérieurement à la réalisation des mesures prescrites¹³⁰⁶ ». En pratique, la bonne exécution de la mesure est suivie d'un classement sans suites d'opportunité. Toutefois, ce classement sans suite n'interdit pas à la victime de déclencher des poursuites¹³⁰⁷. Pour éviter un tel écueil, il est nécessaire que le ministère public informe tant la victime que l'inspecteur du travail dès la décision de mettre en œuvre une formule alternative.

499. L'articulation des procédures. Le Code de procédure pénale prévoit un principe de gradation de la réponse pénale¹³⁰⁸. L'efficacité et la crédibilité de ces

¹³⁰⁰ Circ. Crim. 2004-03 E5/16-03-04, BO, Min. Justice, n° 93, n° 1-2-1 : « Il n'existe aucune restriction légale quant au contentieux susceptibles de relever du champ des alternatives aux poursuites impliquant tant des personnes physiques que des personnes morales ».

¹³⁰¹ C. Proc. pén., art. 41-1.

¹³⁰² F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1162, p. 769.

¹³⁰³ Circ. Crim. 2004-03 E5/16-03-04, BO, Min. Justice, n° 93, n° 1-2-1.

¹³⁰⁴ Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80003 : Bull. crim., 2011, n° 141.

¹³⁰⁵ F. DESPREZ, note sous Cass. crim., 21 juin 2011, n° 11-80003 : Bull. crim., 2011, n° 141, D. 2011, p. 2379 - J.-B. PERRIER, « Alternatives aux poursuites : l'orthodoxie juridique face à l'opportunité pratique », D. 2011, p. 2349.

¹³⁰⁶ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1175, p. 778.

¹³⁰⁷ Cass. crim., 17 janv. 2012, n° 10-88226 : Bull. crim., 2012, n° 12.

¹³⁰⁸ C. Proc. pén., art. 41-1.



mesures prises se fondent « sur la certitude d'une sanction, en cas d'échec imputable à l'auteur¹³⁰⁹ ». La direction des affaires criminelles et des grâces précise que cette règle « de cohérence (...) s'applique à toutes les affaires, y compris les moins graves¹³¹⁰ ». Une réponse graduée et proportionnée doit être apportée. Aussi, en cas de non-exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites. Trois situations doivent être distinguées.

500. Première situation, l'auteur du délit d'entrave, refuse de déférer à la convocation. La circulaire ministérielle invite le ministère public à procéder à une nouvelle convocation ainsi qu'aux vérifications d'usage. Au regard du comportement de l'auteur des faits, la voie de la composition pénale apparaît inopportune. Il appartient au ministère public d'engager les poursuites.

501. Deuxième situation, l'exécution des obligations imposées est incomplète. Le ministère public appréciera l'opportunité des poursuites compte tenu de l'échec imputable à l'auteur et des difficultés que ce dernier a pu rencontrer dans la mise en œuvre de la mesure. La voie de la composition pénale peut constituer « une solution juste et équilibrée¹³¹¹ ».

502. Troisième situation, la réitération des faits alors que l'auteur a déjà bénéficié d'une mesure alternative. Le ministère de la justice privilégie l'engagement des poursuites pénales à moins de proposer dans le cadre d'une composition pénale « une mesure particulièrement substantielle et tangible¹³¹² » : une amende ou une obligation de formation.

3) La diversité des mesures alternatives

503. Les articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale dressent une liste des mesures alternatives aux poursuites. Toutes ces mesures, à l'exception de la composition pénale, relèvent de l'exercice des prérogatives du procureur sans que soit

¹³⁰⁹ Circ. Crim., 2004-03 E5/16-03-04, BO, Min. Justice, n° 93, n° 2.2.1.

¹³¹⁰ Circ. Crim., 2004-03 E5/16-03-04, BO, Min. Justice, n° 93, n° 2.2.1.

¹³¹¹ Circ. Crim., 2004-03 E5/16-03-04, BO, Min. Justice, n° 93, n° 2.2.2.

¹³¹² Circ. Crim., 2004-03 E5/16-03-04, BO, Min. Justice, n° 93, n° 2.2.2.



mise en mouvement l'action publique¹³¹³. Parmi ces mesures alternatives, seules celles se trouvant en adéquation avec le droit pénal du travail sont ici répertoriées.

504. Rappeler. Le législateur a consacré une pratique ancienne des parquets. Le rappel à la loi consiste, dans le cadre d'un entretien solennel, à rappeler à l'auteur des faits le contenu de la règle de droit, la peine prévue et la sanction encourue en cas de réitération des faits. Cette mesure doit favoriser la prise de conscience chez le mis en cause des conséquences de ses actes tant pour la société que pour la victime. Le contexte spécifique du droit pénal du travail rend nécessaire le respect d'un certain formalisme. Afin d'assurer la graduation de la réponse pénale, il est essentiel que le rappel à la loi soit notifié verbalement¹³¹⁴ par un délégué du procureur. Cette notification doit avoir lieu soit au sein du tribunal de grande instance soit dans l'une des Maisons du droit.

505. Régulariser. Le procureur de la République peut demander à l'auteur des faits de réparer le dommage résultant de ceux-ci. Au cas particulier, il n'est pas exclu que le procureur invite l'employeur à procéder à la consultation de l'instance de représentation du personnel, à lui délivrer telle information ou tel document, etc. Toutefois, une telle injonction reste en pratique de peu d'effet, voire, est inadaptée. L'inspection du travail dispose déjà d'un arsenal de mesures tendant à effacer les manquements au droit de la représentation collective. En outre, cette mesure apparaît inadaptée au regard des délais de transmission du procès-verbal par l'inspection du travail. Dans les phases de restructuration par exemple, l'urgence s'impose¹³¹⁵.

¹³¹³ C. Proc. pén., art. 41-1.

¹³¹⁴ La circulaire du 14 mai 2004 prévoit que le rappel peut être adressé par courrier. Cette solution doit, au regard des spécificités du droit pénal du travail, être écartée (Circ. Crim., 04-16-E8, 14 mai 2004).

¹³¹⁵ La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi prévoit que l'administration peut être saisie de toute demande tendant, avant transmission de la demande de validation ou d'homologation, à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information relatifs à la procédure en cours ou de se conformer à une règle de procédure prévue par les textes législatifs, les conventions ou accords collectifs. L'autorité administrative se prononce dans un délai de cinq jours (C. trav., art. L. 1233-57-7). Les contentieux relèvent de la compétence en premier ressort du tribunal administratif. Est exclu tout recours en référé devant le tribunal de grande.



506. Réparer. La réparation du dommage résultant des faits recherche « le désintéressement effectif de la victime (...) par le dédommagement de nature pécuniaire¹³¹⁶ ».

507. Orienter. La mesure d'orientation consiste à demander à l'auteur des faits de prendre contact avec une structure de formation. L'article 41-1, 2° identifie une série de stages qui n'intéressent pas le droit pénal du travail. Toutefois, cette liste n'est pas limitative. Aussi en matière d'hygiène et de sécurité, le ministère public oriente les employeurs vers les structures de formation institutionnelle à l'image des CRAMA ou de l'OPPBTP¹³¹⁷. Au cas particulier du droit de la représentation du personnel, il pourrait enjoindre les employeurs à suivre des stages de formation sur le fonctionnement et les missions des institutions représentatives du personnel auprès de l'administration du travail, des Universités, des OPCA, ou des structures privées.

508. Concilier. La mesure de médiation pénale¹³¹⁸ consiste, grâce à l'intervention d'un tiers, « à mettre en relation leur auteur et la victime afin de trouver un accord sur les modalités de réparation mais aussi de rétablir un lien et de favoriser, autant que possible, les conditions de non réitération de l'infraction alors même que les parties sont appelées à se revoir ». La médiation ne peut être mise en œuvre qu'à la demande ou avec l'accord de la victime. Le contenu des accords trouvés est varié : réparation en nature du dommage causé, engagement d'adopter dans l'avenir un comportement spécifique, etc. En cas de réussite de la médiation, l'accord fait l'objet d'un procès-verbal dressé par le procureur de la République ou le médiateur et signé par l'ensemble des parties. Appliquée au droit de la représentation collective, la médiation apparaît comme une mesure à exploiter dans les situations de paralysie à l'occasion desquelles les torts sont partagés. Le procès-verbal de l'inspection du travail doit être transmis dans les plus brefs délais. La mesure de médiation favorisera « l'apaisement des conflits

¹³¹⁶ Circ. Crim., 2004-03 E5/16-03-04, BO, Min. Justice, n° 93, n° 2.1.1.

¹³¹⁷ Ph. AUVERGNON, S. LAVIOLETTE, Respect du droit du travail : entre politique de contrôle et politique pénale, DRTEFP, 2004, p. 59.

¹³¹⁸ Pour une étude approfondie de la médiation pénale : G. BLANC, « La médiation pénale », JCP G, 1994, 3760 ; Ch. LAZERGUES, Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle, Rev. sc. crim., 1997, p. 186. Pour un point de vue pratique de la médiation pénale : Th. LEBEHOT, « Le cadre juridique de la médiation pénale », AJ Pénale 2011, p. 216 ; E. MAUREL, « Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République », AJ Pénal 2011, p. 219.



alors qu'une sanction pénale peut les attiser¹³¹⁹ ». Les membres d'une instance de représentation du personnel sont amenés à se côtoyer à nouveau dans le cadre tant de leurs fonctions professionnelles que de leurs activités « syndicales ». La poursuite ne peut que « générer des rancœurs, source de réitération prochaine¹³²⁰ ».

509. Composer. La composition pénale¹³²¹ constitue une alternative aux poursuites punitives « dans la mesure où elle tend à sanctionner la personne impliquée¹³²² ». La nature punitive de cette alternative commande l'intervention d'un juge¹³²³. La composition pénale ne peut être mise en œuvre si l'action publique est engagée par la partie civile. Elle est applicable à tous les délits punis d'une peine principale d'amende ou d'un emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans. A ce titre, la circulaire du ministère de la Justice précise que la mesure de composition pénale « d'une densité particulière compte tenu de sa spécificité procédurale, de son contenu et de ses effets juridiques, doit être exclusivement réservée aux affaires qui auraient pu faire l'objet d'une citation devant le tribunal correctionnel¹³²⁴ ». L'article 41-2 du Code de procédure pénale énumère limitativement les mesures susceptibles d'être proposées dans le cadre de la composition. Dix-sept mesures sont assimilables à des peines complémentaires. Trois mesures : l'amende de composition¹³²⁵, l'obligation d'effectuer un stage de formation et la réparation du dommage causé par l'infraction¹³²⁶ intéressent le droit pénal du travail.

¹³¹⁹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1170, p. 775.

¹³²⁰ S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure Pénale*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1362, p. 901.

¹³²¹ Pour une étude approfondie de la composition pénale : cf. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure Pénale*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1388, p. 916 - F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1187, p. 786 ; J. PRADEL, *Procédure Pénale*, Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 598 et s., p. 529 ; J. PRADEL, « Une consécration du « plea bargaining » à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », D. 1999, Ch. p.379 – J. LEBLOIS-HAPPE, « De la transaction pénale à la composition pénale », JCP G, 2000, n° 3, p. 63.

¹³²² S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure Pénale*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1369, p. 906.

¹³²³ Cons. Const., Déc. 95-360 DC, 2 févr. 1995 relative à l'injonction pénale, JO 7 févr., p. 2097.

¹³²⁴ Circ. Crim., 2004-03 E5/16-03-04, BO, Min. Justice, n° 93, n° 2.1.2.

¹³²⁵ Le montant de l'amende de composition ne peut excéder celui de l'amende encourue, au cas particulier 3750€ (C. trav., art. L. 2328-1 (notamment)). Il doit être fixé en tenant compte de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne (C. pén., 132-24).

¹³²⁶ Cette mesure est issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Loi Perben II.



510. La composition se déroule en trois temps¹³²⁷ : le procureur de la République propose les mesures et recueille l'accord de l'auteur des faits ; il appartient au président du tribunal de valider la composition¹³²⁸ ; l'auteur des faits exécute les mesures sous le contrôle du procureur de la République ou de son délégué. L'exécution de la composition pénale conduit à l'extinction de l'action publique¹³²⁹ et à l'inscription de la composition au bulletin n° 1 du casier judiciaire pour une durée de trois ans¹³³⁰. Toutefois, l'action civile survit¹³³¹. L'échec de la composition peut résulter tant du rejet que de l'inexécution totale ou partielle des mesures proposées. Il appartient au procureur de la République d'engager les poursuites soit par citation directe soit en recourant à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹³³². En cas de condamnation, il appartiendra au magistrat du siège de tenir compte des sommes déjà versées et du travail accompli¹³³³.

d. Des audiences spécialisées

511. Spécialisation. Quelle que soit la taille du tribunal de grande instance et ses spécificités, l'instauration d'audiences spécialisées en droit pénal du travail doit être privilégiée. Ces litiges seraient regroupés lors d'une même audience. Néanmoins, il ne serait pas exclu que ces audiences connaissent d'autres litiges extérieurs au droit du

¹³²⁷ Sur la procédure de mise en œuvre de la composition pénale : cf. S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1388, p. 916 - F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, Traité de procédure pénale, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1187, p. 786 ; J. PRADEL, Procédure Pénale, Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 598 et s., p. 529.

¹³²⁸ A ce titre, le juge est chargé de vérifier la régularité de l'acte. Il ne peut que valider ou refuser de valider la composition.

¹³²⁹ Certains auteurs s'interrogent sur le risque de dérive « dans le transfert de l'acte de juger ou du moins perçu comme tel du siège au parquet » (C. LAZERGUES, « La dérive de la procédure pénale », Rev. sc. crim., 2003, p. 644). Toutefois, ce risque doit être écarté car les mesures alternatives revêtent « un caractère préventif et ne [sauraient] prêter à confusion avec une quelconque peine » (G. CLEMENT, Les métamorphoses du ministère public en matière pénale, in Mél., J. PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Cujas, 2006, p.284). Ces mesures n'emportent pas extinction de l'action publique à l'exception de la composition pénale. En effet, les mesures proposées dans le cadre de la composition peuvent être assimilées à des peines entraînant une confusion des pouvoirs des magistrats du siège et du parquet. Reste que la composition pénale comporte « un aspect juridictionnel » puisqu'elle fait l'objet d'une validation du juge. La décision appartient au juge et non au ministère public.

¹³³⁰ La mention est retirée du casier judiciaire à condition que l'auteur des faits n'ait subi aucune autre condamnation à une sanction pénale (criminelle ou correctionnelle) ou n'ait pas exécuté une nouvelle composition pénale (C. Proc. pén., art. 769).

¹³³¹ Cass. crim., 24 juin 2008, n° 07-87511 : Bull. crim., 2008, n° 162 - L'action civile est portée devant le tribunal correctionnel statuant à juge unique sur les seuls intérêts civils.

¹³³² En ce sens : J. PRADEL, « Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité (1^{ère} et 2^{ème} parties) », JCP G, 2004, p. 825.

¹³³³ C. Proc. Pén. art. 41-2.



travail¹³³⁴. L'instauration de telles audiences n'est pas toujours réalisable au regard de la faiblesse du contentieux en droit pénal du travail dans certaines juridictions. D'aucuns estiment que la spécialisation des audiences conduirait à « déculpabiliser les employeurs qui se retrouvent alors uniquement entre délinquants patronaux¹³³⁵ ». Toutefois, outre un éventuel gain de temps, les audiences spécialisées ou semi-spécialisées rendent possible la présence de l'inspection du travail. Elles permettent une meilleure sensibilisation des magistrats et rendent possible la détermination « d'une ligne jurisprudentielle claire sur un contentieux précis¹³³⁶ ». Le recours à la spécialisation des audiences est concevable quel que soit le procédé d'engagement des poursuites¹³³⁷.

1) La voie lente

512. La citation directe, du ministère public ou de la partie lésée qui devient alors partie civile, est utilisée pour saisir le tribunal correctionnel. La citation directe prend la forme d'un exploit d'huissier comportant notamment la désignation du ministère public, celle de l'huissier auteur de l'exploit, la dénomination et les coordonnées de la personne poursuivie et la détermination précise des faits¹³³⁸. La tâche du ministère public est simplifiée en droit pénal du travail, puisqu'il dispose du procès-verbal transmis par l'inspection du travail.

2) Des voies rapides

513. Les délits d'entrave répétés commis à l'occasion de restructurations peuvent conduire à la suspension de l'opération prononcée par le juge des référés. A cette sanction civile doit être ajoutée, lorsqu'est caractérisée une volonté de nuire et que les faits sont répétés, une sanction pénale. Le cadre dans lequel l'entrave a été commise

¹³³⁴ Ph. AUVERGNON, S. LAVIOLETTE, *Respect du droit du travail : entre politique de contrôle et politique pénale*, DRTEFP, 2004, p.61.

¹³³⁵ Ph. AUVERGNON, S. LAVIOLETTE, *op. cit.*, p.61.

¹³³⁶ Ph. AUVERGNON, S. LAVIOLETTE, *op. cit.*, p.61.

¹³³⁷ Une fois que le procureur de la République a pris la décision de poursuivre. Il lui appartient de mettre en mouvement l'action publique. L'information est obligatoire pour les crimes et facultative pour les délits. Le procédé de l'information vise à saisir un juge d'instruction lequel sera chargé d'instruire l'affaire. Il est indispensable dans les affaires complexes « dont il paraît difficile de mettre à jour toutes les ramifications et où les responsabilités précises apparaissent malaisément¹³³⁷ ». Ce procédé reste peu utilisé en matière d'entrave et doit être écarté¹³³⁷.

¹³³⁸ Sur les conditions de forme de la citation directe cf. J. PRADEL, *Procédure Pénale*, Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 605, p. 537 ; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure Pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 344, p. 409.



appelle une répression plus rapide que le procédé de la citation directe. Le ministère public dispose de deux voies : la convocation par procès-verbal, le plaider-coupable¹³³⁹.

514. La convocation par procès-verbal¹³⁴⁰. Expérimenté sous le vocable « rendez-vous judiciaire », la convocation par procès-verbal peut se définir comme « une voie procédurale de poursuite consistant à saisir un tribunal devant lequel le procureur de la République convoque une personne à laquelle il a lui-même notifié la prévention¹³⁴¹ ». Ce procédé est ouvert pour tous les délits ; peu importe la nature et le quantum de la peine encourue¹³⁴². Le procureur de la République invite l'auteur des faits à comparaître devant le tribunal dans un délai compris entre dix jours et deux mois. Il lui indique le lieu, la date et l'heure de l'audience¹³⁴³. La convocation vaut citation à personne¹³⁴⁴.

515. La poursuite alternative : le plaider-coupable¹³⁴⁵. Créée par la loi du 9 mars 2004, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité permet au procureur de la République, pour des délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, de proposer une ou plusieurs peines à un prévenu qui reconnaît sa culpabilité et qui accepte la qualification pénale retenue. En cas d'accord de l'auteur des faits, la ou les peines proposées doivent faire l'objet d'une homologation

¹³³⁹ Le recours à la comparution immédiate doit être écarté, le délit d'entrave étant exclu du champ d'application de ce procédé. Le champ d'application « s'expliquait par le caractère exceptionnel de cette procédure qui voulait normalement exclure les infractions trop peu graves pour justifier un tel moyen procédural, ou trop graves pour permettre une poursuite et un jugement accélérés alors que le prévenu risquait une forte peine de prison » (S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1568, p. 989).

¹³⁴⁰ Pour une présentation approfondie de la convocation par procès-verbal : J. PRADEL, Procédure Pénale, Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 607, p. 539.

¹³⁴¹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, op. cit., n° 1596, p. 998.

¹³⁴² C. Proc. pén., art. 397-6.

¹³⁴³ C. Proc. pén., art. 394, al. 1.

¹³⁴⁴ C. Proc. pén., art. 410.

¹³⁴⁵ C. Proc. pén., art. 495-7 à 495-16 ; Pour une étude approfondie : Circ. Crim-04-12-E8-02.09.04, Présentation des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. J. PRADEL, Procédure Pénale, Cujas, 16^{ème} éd., 2011, n° 613, p. 545 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1603 et s., p. 1000 ; B. BOULOC, Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 596-1, p. 588. ; J. PRADEL, Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité (1^{ère} et 2^{ème} parties), JCP G, 2004, I, 132, n° 20et s. ; C. SAAS, De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur, Rev. sc. crim., 2004, p. 827 ; P.-J. DELAGE, Résistances et retournements. Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure de « plaider-coupable », Rev. sc. crim., 2010, p. 831.



par le président du tribunal de grande instance¹³⁴⁶. Ce magistrat peut, par la même décision, statuer sur la demande de dommages et intérêts formée par la victime.

516. Le ministère public peut recourir à cette reconnaissance préalable en cas d'affaires simples et reconnues, pour lesquelles le prévenu est prêt à assumer une sanction dès lors qu'elle intervient rapidement. La sanction doit être prévisible. Le recours à cette procédure présente un intérêt certain dans les contentieux techniques tenant par exemple au non-respect des règles d'hygiène et de sécurité¹³⁴⁷. Elle doit permettre une meilleure « régulation des flux pénaux, en mettant à la disposition des juridictions correctionnelles plus de temps pour se consacrer à l'examen des procédures les plus complexes¹³⁴⁸ ». Elle entend désengorger les audiences correctionnelles, diminuer les délais de jugement et conduire au prononcé de peines mieux adaptées et plus efficaces puisqu'elles sont acceptées par l'auteur du délit.

Section II - L'exercice de l'action civile

517. Face à l'inertie du ministère public, l'institution représentative du personnel élue ou désignée victime d'un délit d'entrave est en droit d'en demander la réparation en exerçant une action en dommages-intérêts devant un tribunal civil ou devant un tribunal répressif¹³⁴⁹. Ce dernier sera appelé à statuer tant sur l'action publique, objet principal du procès, que sur l'action en réparation du dommage.

¹³⁴⁶ L'ordonnance d'homologation doit être motivée. Il ne s'agit pas d'une simple validation comme dans le cadre de la composition pénale. L'homologation consiste en « une approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui supposant du juge un contrôle de légalité et un contrôle d'opportunité » (G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2002, 3^{ème} éd.). Il appartient au juge de vérifier la réalité des faits et leur qualification juridique. Il doit également vérifier que le prévenu a reconnu les faits en présence de son avocat et accepté la ou les peines. Enfin, il lui appartient de vérifier la légalité et la proportionnalité des peines. (Sur la distinction homologation-validation : cf. Ph. CONTE, « La nature juridique des procédures alternatives aux poursuites : de l'action publique à l'action à fin publique ? », Mélanges R. GASSIN, *Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 189 ; A. VALOTEAU, « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. pén.*, 2006, ch. n° 8).

¹³⁴⁷ Circ. Crim-04-12-E8-02.09.04, Op. cit., n° 1.3.1.

¹³⁴⁸ Circ. Crim-04-12-E8-02.09.04, Op. cit., Paragraphe introductif.

¹³⁴⁹ B. BOULOC, *Procédure Pénale*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 225, p. 206.



518. Deux recours distincts. L'action publique peut être mise en mouvement par la partie lésée devant la même juridiction et en même temps que l'action publique ou devant une juridiction civile séparément de l'action publique. Outre des justifications historiques¹³⁵⁰, ce droit d'option a des motifs pratiques. Le recours à la voie criminelle permet de remédier « à une éventuelle inertie du ministère public¹³⁵¹ ». La victime jouit d'avantages non négligeables parmi lesquels : l'économie des frais d'un procès civil, le bénéfice des preuves rassemblées par le ministère public. En outre, la célérité des procédures est accrue. Le choix de la victime est en principe marqué du sceau de l'irrévocabilité¹³⁵². Toutefois, l'irrévocabilité ne prive pas la victime du droit d'intenter devant le tribunal répressif une action civile différente¹³⁵³.

519. Devant le tribunal répressif, ce droit s'exerce concomitamment à l'action publique si la victime retient la voie de l'intervention¹³⁵⁴. En cas d'inertie du ministère public, la victime peut citer directement le prévenu devant la juridiction de jugement en recourant à un exploit d'huissier¹³⁵⁵. La citation directe met en mouvement l'action publique et l'action civile. La victime devient partie civile¹³⁵⁶.

520. Portée devant un tribunal civil, l'action civile donne lieu à un jugement civil distinct du jugement pénal relatif à l'action publique. Le juge civil bénéficie d'une

¹³⁵⁰ R. MERLE, A. VITU, *Traité de Droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 356, p. 421 - B. BOULOC, *Procédure Pénale*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 284 et s., p. 274.

¹³⁵¹ R. MERLE, A. VITU, *op. cit.*, n° 356, p. 421.

¹³⁵² Ce choix résulte d'un adage latin : *Electa una via, non datur recursus ad alteram*. Le choix n'est pas irrévocable si la victime a opté pour la voie criminelle (C. Proc. pén., art. 4). L'irrévocabilité de l'option ne vaut que si la victime a choisi la voie civile (C. Proc. pén., art. 5) avec, cependant, des tempéraments. L'irrévocabilité n'est retenue que si la condition que « les deux actions successivement portées devant la juridiction civile et devant le tribunal répressif ont le même objet, la même cause et mettent en présence les mêmes parties » (R. MERLE, A. VITU, *Traité de Droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 5^{ème} éd., 2001, n° 358, p. 423).

¹³⁵³ A ainsi, été jugée recevable l'intervention de deux salariés délégués du personnel comme parties civiles au procès pénal et ce alors même qu'ils avaient engagé auparavant une autre action contre leur employeur devant le conseil de prud'hommes. Cette dernière action trouvait son fondement dans l'inexécution d'obligations contractuelles tandis que celle exercée devant la juridiction répressive tendait à la réparation du préjudice moral résultant de l'infraction pénale ayant porté atteinte à l'exercice des fonctions de représentants du personnel (Cass. crim., 7 juill. 1970 : Bull. crim., 1970, n° 237).

¹³⁵⁴ Sur le temps de l'intervention : cf. Cass. crim., 17 juin 2008 : Bull. crim., 2008, n° 149. Sur les modalités de l'intervention : cf. C. Proc. pén., art.419 et s.

¹³⁵⁵ C. Proc., Pén., art. 551.

¹³⁵⁶ Il faut recourir à la plainte avec constitution de partie civile dans les cas où la citation directe n'est pas possible, soit parce que l'auteur de l'infraction est inconnu soit parce que l'information judiciaire est obligatoire (crime). Sur les conditions et les effets de la constitution de partie civile voir B. BOULOC, *Procédure Pénale*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 303 et s., p. 294.



indépendance absolue à l'égard du juge pénal lorsqu'il rend son jugement avant la mise en mouvement de l'action publique. La chose jugée au civil n'a aucune autorité au criminel¹³⁵⁷. Tel n'est pas le cas lorsque le juge civil est saisi postérieurement à la mise en mouvement de l'action publique ou au jugement pénal. L'article 4 du Code de procédure pénale aux termes duquel le criminel tient le civil en état trouve à s'appliquer¹³⁵⁸. La décision de surseoir à statuer exige la réunion de deux conditions : l'action publique doit être exercée effectivement devant la juridiction pénale ; l'action vindicative et l'action indemnitaire doivent être relatives aux mêmes faits¹³⁵⁹. Le principe précédemment exposé porte en soi la règle selon laquelle la chose jugée au criminel a autorité sur le civil¹³⁶⁰. Si les actions publique et civile sont distinctes, et si le tribunal civil ne statue qu'après la décision du juge pénal, le juge civil « ne jouit pas d'une liberté entière d'appréciation et de décision¹³⁶¹ ». Les conditions d'exercice de l'action civile lui confèrent un caractère accessoire. Ce caractère est lié à la dualité des objectifs poursuivis par l'action civile.

521. Un double objectif. L'action civile présente les traits d'une action en responsabilité civile délictuelle. Il ne s'agit pas pour autant « d'une action en réparation

¹³⁵⁷ Le juge civil peut statuer « aussitôt sans attendre l'engagement et le jugement de l'action publique, et il a toute liberté d'appréciation et de décision » (B. BOULOC, Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 312, p. 303).

¹³⁵⁸ « Ce texte traduit la volonté d'éviter une éventuelle contrariété des jugements. Cet adage vise à assurer « la primauté de la décision du juge pénal qui intéresse la société sur la décision civile qui n'intéresse que les particuliers » (H. ROLAND, L. BOYER, Adages du droit français, Litec, 4^{ème} éd., 1999, p. 124-125).

¹³⁵⁹ Cass. req. 5 juin 1982 : D. 1883, I, 291 ; Cass. civ., 13 mars 1950 : D. 1950, 414. « La Cour de cassation considérait que le sursis s'imposait au juge civil « dès que la décision à intervenir sur l'action publique était susceptible d'influer sur celle de la juridiction civile » (Voir notamment : Cass. civ., 21 juin 1957 : JCP, 1958, II, 10598, note CACHIA ; Cass. civ., 9 juill. 1980 : JCP 1980, IV, 361 – Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1993 : Bull. civ., 1993, n° 1). Depuis la loi du 5 mars 2007 (L. n° 2007-291, JO, 6 mars 2007, p. 4206), l'application de ce principe d'ordre public (Cass. civ., 16 juin 1936 : S. 1936, I, 131) est toutefois limitée aux seules actions civiles en réparation du dommage causé par l'infraction (C. Proc. pén., art. 4.).

¹³⁶⁰ H. ROLAND, L. BOYER, op. cit., p. 125 - Sur l'autorité de la chose jugée : voir S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 2651 et s., p. 1575 ; B. BOULOC, Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 977 et s., p. 1026.

¹³⁶¹ B. BOULOC, op. cit., n° 321, p. 311 - Nombreux sont les arrêts de la Cour de cassation à rappeler que l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil s'attache « à ce qui a été définitivement, nécessairement et certainement décidé par le juge pénal sur l'existence du fait qui forme la base commune de l'action civile et de l'action pénale, sur sa qualification ainsi que sur la culpabilité de celui à qui le fait est imputé » (Voir notamment : Cass. civ. 1^{ère}, 24 oct. 2012, n° 11-20442 : Bull. civ., I, n° 209. ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 2009, n° 08-11163 : Bull. civ., II, 2009, n° 140. – Cass. soc., 27 sept. 2006, n° 05-40208 : Bull. civ., V, 2006, n° 292. – Cass. civ., 4 avr. 1960 : Bull. civ., n° 19).



d'un dommage d'origine quelconque, mais d'un dommage qui puise sa source dans une infraction à la loi pénale¹³⁶² ». Elle dépend de l'action publique.

522. L'action civile poursuit une finalité patrimoniale¹³⁶³. L'objectif de ce « recours réparateur » est d'obtenir le versement de dommages-intérêts en réparation du dommage résultant de l'infraction que ce soit devant les juridictions répressives ou les juridictions civiles. Toutefois, elle peut également avoir pour objet d'obtenir la remise en l'état ou le remboursement des frais de procédure nés du procès pénal.

523. Lorsqu'elle est exercée devant les tribunaux répressifs, une finalité rétributive s'y ajoute. L'exercice de l'action civile met en mouvement l'action publique. L'action civile a une fin extrapatrimoniale. Une distinction doit être opérée entre le droit d'exercer l'action civile et celui de demander le versement de dommages-intérêts : « l'impossibilité de demander au juge répressif réparation du dommage subi ne prive pas du droit d'exercer l'action civile¹³⁶⁴ ». Cette solution est confirmée par l'article 418 du Code de procédure pénale : la demande de dommages-intérêts est purement potentielle¹³⁶⁵. L'action civile a un effet pénal. Elle peut être exercée uniquement dans le but d'aboutir au prononcé d'une condamnation¹³⁶⁶. Action indemnitaire, l'action civile apparaît comme une voie exceptionnelle, le juge pénal n'ayant pas, en principe, à connaître de l'indemnisation d'un préjudice¹³⁶⁷. Action exceptionnelle, seul celui qui a personnellement subi un préjudice découlant directement de l'infraction peut exercer l'action civile. Ainsi, en matière d'entrave, l'action civile n'est ouverte qu'aux seules instances élues ou désignées de représentation du personnel. Or, si le délit d'entrave est une infraction impersonnelle, il peut être commis par un élu ou une institution représentative du personnel. Un tel fait ne crée-t-il pas un préjudice à l'endroit des salariés ou de l'employeur ? Ce préjudice peut-il conduire à l'élargissement du cercle

¹³⁶² B. BOULOC, Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 228, p. 208.

¹³⁶³ Sur la distinction action civile à fin extrapatrimoniale et patrimoniale : cf. M. DELMAS-MARTY, Droit pénal des affaires, 3^{ème} éd., I, p. 234 à 236 ; B. BOULOC, Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012, n° 227, p. 207.

¹³⁶⁴ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 212, p. 126.

¹³⁶⁵ C. Proc. pén., art. 418, al. 3 : « La partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé ».

¹³⁶⁶ S. GUINCHARD, J. BUISSON, op. cit., n° 1171, p. 818.

¹³⁶⁷ Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », Dr. social, 1987, p. 510.



des auteurs d'une action civile (§II) en tout état de cause exercée dans les limites que tracent les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale (§I).

§I. Les limites de l'action civile : la notion d'intérêt à agir

524. La jurisprudence relative à l'application de l'article 2 du Code de procédure pénale est abondante, complexe et fluctuante. La Cour de cassation s'est employée à interpréter strictement les conditions de recevabilité de l'action civile. Elle est un droit exceptionnel¹³⁶⁸ qui, en raison de sa nature, doit être contenu dans les limites fixées par le législateur¹³⁶⁹ (I). Les habilitations législatives accordant à des associations la possibilité de déclencher les poursuites se sont néanmoins multipliées¹³⁷⁰ (I).

I. La définition originelle de l'action civile

525. Un trio. L'action civile n'est recevable que si le préjudice subi est actuel, personnel et direct.

526. Un préjudice actuel. Pour la Chambre criminelle, « est réparable, le préjudice qui apparaît au juge du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate¹³⁷¹ ». Le préjudice actuel s'oppose au préjudice éventuel lequel dépend d'événements inconnus avant leur réalisation. Le préjudice actuel existe effectivement au moment de la mise en mouvement de l'action civile et est réparable¹³⁷².

527. Un préjudice direct. Le caractère direct du préjudice constitue la condition « cardinale¹³⁷³ » de recevabilité de l'action civile exercée devant un tribunal répressif.

¹³⁶⁸ Voir en ce sens S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1173, p. 818 - F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, Traité de procédure pénale, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1314, p. 858.

¹³⁶⁹ Cass. crim., 8 avr. 1986, n° 85-91987 : Bull. crim., 1986, n° 116.

¹³⁷⁰ P. MAISTRE DU CHAMBON, « Ultime plainte pour sauver l'action publique », in Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et Sciences criminologiques, PUF, 2007, p. 283. Sur le dévoiement de l'action civile : Voir A. DECOCQ, L'avenir funèbre de l'action publique, Mél. F. TERRE, Dalloz-PUF-Jurisque, 1999, p. 781 ; S. GUINCHARD, Les moralistes au prétoire, Mél. FOYER, PUF, 1997, p. 477.

¹³⁷¹ Cass. crim., 21 oct. 2003, n° 02-85836 : Bull. crim., 2003, n° 196.

¹³⁷² Cass. crim., 26 oct. 1994, n° 93-85463 : Bull. crim., 1994, n° 340.

¹³⁷³ S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1170, p. 817.



Le préjudice causé par la réalisation de l'infraction est subi par la victime directe ou initiale. Le préjudice doit être « en relation de causalité directe avec l'infraction¹³⁷⁴ ». Pour la Chambre criminelle, le dommage doit « prendre directement sa source dans le délit poursuivi¹³⁷⁵ ». Est irrecevable l'action des personnes qui invoquent un dommage sans lien direct avec l'infraction poursuivie¹³⁷⁶. Le préjudice est indirect « s'il est en rapport causal trop lointain avec l'infraction¹³⁷⁷ ». Un salarié ne subit aucun préjudice direct par suite du détournement de tout ou partie de la subvention de fonctionnement du comité d'entreprise par un membre de ce dernier¹³⁷⁸. Reste que la notion de « préjudice direct » est difficile à appréhender¹³⁷⁹.

528. Un préjudice personnel. L'action civile est réservée à ceux qui « ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction¹³⁸⁰ ». Une atteinte a été portée à leur intégrité physique, à leur patrimoine, leur honneur ou leur intégrité morale. Dans « la pureté originelle de l'action civile, seule peut prétendre à ce droit la personne qui a été elle-même atteinte par l'infraction poursuivie¹³⁸¹ ».

529. Valeur sociale protégée. « A toute infraction correspond une valeur à défendre, à toute incrimination se rattache un intérêt protégé, et c'est cette valeur ou cet intérêt qui sont en définitive le critère de causalité directe indispensable à la recevabilité de l'action¹³⁸² ». Le ministère public et la victime doivent « défendre une valeur identique, de telle sorte que la partie civile en défendant ses propres intérêts participe à la défense

¹³⁷⁴ Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », Dr. social 1987, p. 514.

¹³⁷⁵ Cass. crim., 9 mai 2007: Bull. crim., 2007, n° 120.

¹³⁷⁶ Cass. crim., 14 févr. 2006: Bull. crim., 2006, n° 36.

¹³⁷⁷ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 219, p. 130.

¹³⁷⁸ Cass. crim., 16 oct. 1997 : Bull. crim., 1997, n° 341; Dr. ouvrier, 1998, p. 46, note RICHEVAUX.

¹³⁷⁹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, Traité de procédure pénale, Economica, 2^{ème} éd., 2012, n° 1370, p. 901 ; S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1217 et s., p. 840.

¹³⁸⁰ C. Proc. pén., art. 2.

¹³⁸¹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1179, p. 822.

¹³⁸² Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », Dr. social 1987, p. 514.



de l'intérêt général¹³⁸³ ». En l'absence de concordance entre le préjudice allégué et l'intérêt protégé par l'infraction, l'action civile doit être déclarée irrecevable¹³⁸⁴.

II. La définition actuelle de l'action civile

530. Evolution. La Cour de cassation a octroyé la qualité de victime pénale aux victimes civiles « qui lui paraissaient particulièrement dignes d'intérêts¹³⁸⁵ ». Tel est le cas des héritiers reprenant l'action civile du de cujus¹³⁸⁶ et des proches de la victime immédiate¹³⁸⁷.

531. L'article 3, al. 2 du Code de procédure pénale dispose que l'action civile est recevable pour tous chefs de dommages, matériels, corporels ou moraux, découlant des faits objets de la poursuite. Originellement ce texte a été inséré afin de permettre aux victimes de blessures involontaires à l'occasion d'accidents de la circulation d'être indemnisées de leur dommage matériel et corporel¹³⁸⁸. La Chambre criminelle a admis la recevabilité de constitutions de partie civile sur ce fondement¹³⁸⁹ et a étendu cette solution à d'autres infractions¹³⁹⁰. Ainsi admet-elle la constitution de partie civile des personnes qui ne sont pas, au sens strict, des victimes de l'infraction mais ne sont que des victimes collatérales ayant subi un préjudice découlant des faits qui donnent lieu à

¹³⁸³ P. MAISTRE DU CHAMBON, « Ultime plainte pour sauver l'action publique », in Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et Sciences criminologiques, PUF, 2007, p. 285 - Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », Dr. social 1987, p. 514.

¹³⁸⁴ La victime qui agit devant les tribunaux répressifs « n'obéit pas qu'à des préoccupations indemnitaires, elle poursuit un objectif vindicatif » (P. MAISTRE DU CHAMBON, op. cit., p.284).

¹³⁸⁵ S. GUINCHARD, J. BUISSON, Procédure Pénale, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1216, p. 840.

¹³⁸⁶ Cass. Ass. Plén., 9 mai 2008, n° 05-87379 : Bull. crim., 2008, n° 1 – M. SANCHEZ, « Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 9 mai 2008 », Dr. pén., étude 12, p. 13.

¹³⁸⁷ Cass. crim., 9 févr. 1989, Sté Ford France, n° 87-81359 : Bull. crim., 1989, n° 63 ; D. 1989, 614, note BRUNEAU ; D. 1989, 389, obs. PRADEL.

¹³⁸⁸ Cass. crim., 16 mars 1964 : Bull. crim., 1964, n° 94.

¹³⁸⁹ Voir en ce sens : F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, op. cit., n° 1371, p. 901.

¹³⁹⁰ La Chambre criminelle considère que le vol d'un bien n'est pas nécessairement préjudiciable au seul propriétaire de celui-ci mais il peut l'être également aux emprunteurs ou aux utilisateurs, la soustraction les mettant dans l'impossibilité de rendre ou d'utiliser le bien (Cass. crim., 5 mars 1990 : Bull. crim., 1990, n° 103 ; Cass. Crim., 12 janv. 1994 : Bull. crim., 1994, n° 16). Pour une solution contraire: cf. Cass. crim., 23 avr. 2003, n° 02-84375 : Bull. crim., 2003, n° 84 : L'infraction d'entrave à la liberté du travail a pour objet de protéger cette liberté. Une société s'était constituée partie civile dans le but d'obtenir le versement de dommages-intérêts. La cour d'appel avait admis que les barrages ayant entraîné la fermeture du magasin pendant une matinée avaient causé à cette société une perte commerciale. Pour la chambre criminelle, le préjudice dont la réparation était demandée n'était que la conséquence indirecte de l'infraction. Seuls les salariés non grévistes peuvent être considérés comme des victimes directes de l'infraction.



des poursuites. Le dommage subi, qu'il soit matériel, moral ou corporel, résulte bien de la commission de l'infraction pénale ; toutefois, n'est pas caractérisée l'atteinte à l'intérêt légitime protégé par la loi pénale.

532. Attentatoire au caractère exceptionnel de l'action civile, l'intervention des victimes collatérales devant les juridictions pénales est cependant admise afin d'éviter « un émiettement des procès et de permettre au juge pénal, qui a une bonne connaissance des faits poursuivis, de statuer à la fois sur l'action publique et sur l'indemnisation du dommage¹³⁹¹ ».

§II. Les auteurs de l'action civile

533. A qui la qualité de victime pénale peut-elle être reconnue ? En matière d'entrave, certains peuvent à coup sûr s'en prévaloir (I). Pour d'autres, le débat est ouvert (II).

I. Les auteurs incontestés de l'action civile

534. Incontestés. Il n'est point de débat lorsque sont remplies les conditions posées par l'article 2 du Code de procédure pénale. Ainsi en est-il des institutions représentatives du personnel pour les atteintes portées à leurs attributions ou à leur fonctionnement (A). D'autres groupements bénéficient d'une habilitation législative générale à l'image de celle accordée aux organisations syndicales pour défendre l'intérêt collectif de la profession (B).

A. L'exercice de l'action civile par les institutions représentatives

535. Défense des intérêts propres. Les institutions représentatives du personnel peuvent se constituer partie civile à condition que l'infraction leur cause un préjudice direct et personnel. Tel le cas du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité

¹³⁹¹ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, op. cit., n° 1371, p. 901.



et des conditions de travail au titre de l'entrave mise à leur fonctionnement : elle leur cause nécessairement un préjudice direct dont ils sont fondés à demander réparation¹³⁹².

536. Défense des intérêts collectifs. Le comité d'entreprise et le CHSCT n'ont pas vocation à représenter les différentes catégories de personnel ni les intérêts généraux de la profession¹³⁹³. Le CHSCT a pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail¹³⁹⁴. Le comité d'entreprise a pour objet d'assurer l'expression collective des salariés permettant la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions relatives notamment à la gestion de l'entreprise et à l'organisation du travail¹³⁹⁵. Leur éventuelle constitution de partie civile suppose qu'ils justifient d'un préjudice direct et personnel découlant des infractions poursuivies. S'agissant de délits d'homicide ou de blessures involontaires subis par des tiers, l'action civile du CHSCT est irrecevable faute que soient remplies les conditions posées par l'article 2 du Code de procédure pénale¹³⁹⁶. De même en est-il pour le comité d'entreprise¹³⁹⁷.

537. Nécessité d'un mandat. Ni le président¹³⁹⁸, ni le secrétaire du comité n'en sont les représentants légaux. Il leur appartient de désigner, à l'issue d'une délibération¹³⁹⁹,

¹³⁹² Sur l'entrave pour défaut de consultation du comité d'entreprise et du CHSCT : Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04-83101 : Bull. crim., 2005, n° 129, Dr. pén., comm., note J.-H. ROBERT; Dr. social, 2005, p. 856, note F. DUQUESNE ; Ch. NEAU-LEDUC, « La responsabilité du dirigeant employeur : éclairage d'actualité », RLDA, 2006, p. 78.

¹³⁹³ F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail, LGDJ, 2000, n° 280, p. 322.

¹³⁹⁴ C. trav., art. L. 4612-1.

¹³⁹⁵ C. trav., art. L. 2323-1.

¹³⁹⁶ L'arrêt concernait l'effondrement du terminal de l'aéroport Roissy-CDG. L'action civile d'un syndicat de pilote fut jugée recevable alors que celle du CHSCT fut écartée (Cass. crim., 11 avr. 2005, n° 05-82414 : Bull. crim., 2005, n° 254, JCP S, 2006 note A. MARTINON ; F. DUQUESNE, « La constitution de partie civile du CHSCT en cas de délits d'homicides et de blessures involontaires », Dr. social, 2006, p. 43 ; H. GABA, « Action syndicale : concurrence ou complémentarité avec les prérogatives des IRP et les droits individuels », JSL, 2013, n° 335, p.4).

¹³⁹⁷ Cass. crim., 28 mai 1991, n° 90-83957 : Bull. crim., 1996, n° 226 – Sur l'action en justice du comité d'entreprise : Voir M. KELLER, P. MAYNIAL, « Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du comité d'entreprise ? », RDT, 2007, p. 428 ; M. VERICEL, « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins des intérêts ses salariés de l'entreprise », Dr. social, 2007, p. 1153.

¹³⁹⁸ Le chef d'entreprise, en sa qualité de président du comité d'entreprise, ne peut le représenter en justice que s'il a été mandaté à cet effet (Cass. soc., 11 novembre 1986 : Bull. civ. V, p. 399, n° 527 ; F. SEBE, « Le président du comité d'entreprise : son rôle, ses droits, ses obligations », CLCE, 2013, n° 124, p. 12).

¹³⁹⁹ Pour pallier en urgence l'irrégularité des mandats de représentation du comité d'entreprise, la majorité des membres du comité central d'entreprise ont tenté de procéder à une confirmation en signant un document hors toute réunion. Ils soutenaient à l'audience qu'ils étaient prêts à confirmer le mandat. Le



l'un de leurs membres, investi d'une délégation expresse de pouvoir, pour les représenter en justice¹⁴⁰⁰. En pratique, ce rôle revient souvent au secrétaire du comité d'entreprise¹⁴⁰¹ ou du CHSCT¹⁴⁰², plus rarement à un autre membre du comité¹⁴⁰³. Une distinction doit être effectuée entre l'action initiale en justice du comité et l'exercice des voies de recours. Un mandat général vaut sur ces deux terrains. Si le mandat ne vise pas l'exercice des voies de recours, l'appel du mandataire suppose qu'il soit muni d'un pouvoir spécial. À défaut l'appel interjeté est irrecevable, sauf régularisation dans le délai de recours¹⁴⁰⁴.

B. L'exercice de l'action civile par les organisations syndicales

538. Action dans l'intérêt collectif de la profession. Les organisations professionnelles ont le droit d'agir en justice et peuvent devant toutes les juridictions exercer les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession¹⁴⁰⁵.

539. Conditions. Pour que l'action exercée par le syndicat prospère, il faut que soit relevé un fait source d'un préjudice direct ou indirect, occasionnant un dommage matériel ou moral à une catégorie professionnelle que le syndicat représente et dont l'intérêt collectif est atteint. Ce dernier ne se confond ni avec les intérêts individuels des salariés¹⁴⁰⁶ ni avec l'intérêt général¹⁴⁰⁷. Une organisation syndicale a-t-elle un intérêt à agir en cas de méconnaissance des prérogatives des institutions représentatives du personnel ? « Le non respect des attributions reconnues aux représentants du personnel

tribunal de grande instance répond péremptoirement que de tels « mandats » ne sauraient se substituer à la délibération de l'instance collégiale (TGI Paris, 22 mars 2012, n° 12/51982).

¹⁴⁰⁰ Sur les conditions de la délégation cf. F. SEBE, « Le secrétaire du CE : un acteur incontournable dans l'entreprise », CLCE, 2011, n° 102, p. 5.

¹⁴⁰¹ Cass. soc., 4 avr. 2001, n° 99-40677.

¹⁴⁰² Cass. soc., 7 déc. 2004, n° 02-19076.

¹⁴⁰³ Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-18268.

¹⁴⁰⁴ Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17041 – v. F. BARBE « Le secrétaire doit avoir un pouvoir pour saisir le juge », CLCE n° 90, févr. 2010, p. 16.

¹⁴⁰⁵ Sur la notion d'intérêt collectif de la profession : v. B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 101 et s., p. 60.

¹⁴⁰⁶ Le syndicat n'est pas recevable à défendre en son nom les intérêts propres du salarié : v. en ce sens : Cass. crim., 11 mai 1999, n° 97-82169 – Cass. soc., 23 janv. 2008, n° 05-16492 : Bull. civ., 2008, n° 22.

¹⁴⁰⁷ Cass. crim., 22 déc. 1987 : D., 1988, somm. 355, obs., J. PRADEL ; Cass. soc., 24 juin 2008, n° 05-16492.



porte-t-il un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession¹⁴⁰⁸ » ? La Cour de cassation répond par l'affirmative : le défaut de réunion, d'information ou de consultation des institutions représentatives du personnel porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession à laquelle appartiennent les salariés de l'entreprise. Une organisation syndicale peut agir sur le fondement de l'entrave mise au fonctionnement d'une institution représentative : elle est, en soi, source de préjudice pour l'ensemble de la profession concernée¹⁴⁰⁹. La règle posée tant par la chambre criminelle¹⁴¹⁰ que par la chambre sociale¹⁴¹¹ de la Cour de cassation dispense les organisations syndicales d'apporter la preuve de l'atteinte aux intérêts collectifs de la profession¹⁴¹². Certaines décisions récentes sont néanmoins susceptibles de remettre en cause partiellement cette solution. Toutes gravitent autour d'une question : l'action exercée dans l'intérêt collectif de la profession est-elle recevable lorsque les représentants du personnel ont été consultés mais insuffisamment informés ? Ces décisions sont-elles annonciatrices d'un retour à l'orthodoxie juridique ?

540. Printemps 2011. Deux décisions de la Cour d'appel de Paris rendues les 4 et 19 mai 2011 marquent le début d'une évolution. La première est née de la décision d'une société du secteur agroalimentaire de confier ses « stands financiers » à une filiale du groupe, spécialisée dans les services bancaires et les assurances. Pour la société, cette opération s'analysait en une modification de la situation juridique de l'employeur avec transfert d'une entité économique autonome. Une organisation syndicale avait demandé la communication du contrat conclu entre la société mère et sa filiale en vue d'organiser le transfert de l'activité. Pour la Cour d'appel de Paris, dès lors que la procédure d'information et de consultation des comités d'entreprise concernés a été régulièrement mise en œuvre¹⁴¹³, la défense de l'intérêt collectif de la profession « ne peut permettre à

¹⁴⁰⁸ E. LAFUMA, note sous CA Paris, 19 mai 2011, n° 09/24383, Dr. ouvrier, 2011, n° 760, p. 682.

¹⁴⁰⁹ Cass. crim., 7 oct. 1959, n° 58-93562 ; Cass. crim., 16 nov. 1999 : Dr. ouvrier, 2000, p. 180 ; Cass. crim., 23 oct. 2007, n° 06-86458 : Bull. crim., n° 249 ; Cass. crim. 26 mai 2009, n° 08-82979.

¹⁴¹⁰ Cass. crim., 3 déc. 1996 : Bull. crim., 1996, n° 441.

¹⁴¹¹ Cass. soc., 20 oct. 1998 : Dr. social, 1999, p. 91, obs. J. SAVATIER - Cass. soc., 24 juin 2008, n° 07-11411 : Bull. n° 140, Dr. ouvrier, 2008, p. 626, note C. MENARD.

¹⁴¹² Voir : M. COHEN, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009, p. 1129.

¹⁴¹³ En l'espèce la procédure d'information et de consultation a donné lieu à un avis d'abstention à l'unanimité du comité central d'entreprise et à un avis favorable à l'unanimité du comité d'entreprise de la société spécialisée.



un syndicat d'agir en justice au lieu et place du comité d'entreprise, seul en charge de l'appréciation concrète du contenu de l'information qui lui est donné¹⁴¹⁴ ».

541. Le second arrêt est né de la décision d'un comité d'entreprise, suivi par plusieurs organisations syndicales, d'agir en justice pour défaut d'information et de consultation dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Le tribunal de grande instance avait considéré que le comité d'entreprise avait reçu les informations nécessaires. Le comité avait acquiescé au jugement. En revanche, deux organisations syndicales interjetèrent appel de la décision. Selon la Cour d'appel de Paris, si l'action à caractère collectif reconnue au syndicat l'autorise à obtenir le respect des dispositions légales imposant l'existence d'une procédure d'information et de consultation dans l'entreprise au profit d'une institution représentative du personnel, seule cette dernière reste en charge de « l'appréciation in concreto de la régularité et de la pertinence des modalités d'une telle procédure qui a effectivement été mise en œuvre¹⁴¹⁵ ». Si l'action syndicale peut accompagner l'action du comité d'entreprise, elle ne peut s'y substituer.

542. La solution retenue par la Cour d'appel de Paris conduit à opérer une distinction selon qu'est invoqué un défaut ou une irrégularité de consultation. Cette distinction est unanimement condamnée par la doctrine¹⁴¹⁶ en ce qu'elle fait notamment dépendre la recevabilité de l'action du motif invoqué¹⁴¹⁷. Elle semble difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour de cassation, dans sa formation criminelle, aux termes de laquelle « le fait d'apporter entrave au fonctionnement d'un comité d'entreprise est, en lui-même, générateur d'un préjudice subi par la profession (...) dont les syndicats (...) ont qualité pour demander réparation¹⁴¹⁸ ». Or, l'action tendant à contester la régularité de la procédure de consultation ne peut se distinguer de celle tendant à contester son

¹⁴¹⁴ CA Paris, 4 mai 2011, n° 10/15514.

¹⁴¹⁵ CA Paris, 19 mai 2011, n° 09/24383.

¹⁴¹⁶ « L'argument tiré de l'absence de contestation du comité d'entreprise ou de son acquiescement semble davantage relever de l'appréciation du bien fondé de la demande que de sa recevabilité » (A. STOCKI, « Information-consultation du comité d'entreprise sur les conséquences de la restructuration menée par une société tierce », note sous CA Paris, 28 janv. 2013, n° 12/18102, Cah. Soc., 2013, n° 251, p.121) ; Adde, E. LAFUMA, note sous CA Paris, 19 mai 2011, n° 09/24383 ; Dr. ouvrier, 2011, n° 760, p. 682 ; O. LEVANNIER GOUËL, « L'action syndicale liée à l'action du comité d'entreprise : l'action syndicale sous tutelle », note sous CA Paris, 19 mai 2011, n° 09/24383, SSL, 2011, n° 1499, p. 11.

¹⁴¹⁷ A. STOCKI, op. cit., p.122.

¹⁴¹⁸ Cass. crim., 28 nov. 1984, n° 83-93094 : Bull. crim., 1984, n° 375.



existence, une procédure imparfaite étant assimilable à une absence de procédure¹⁴¹⁹. Reste que la chambre sociale ne semble pas retenir cette distinction et concentre, à juste titre, le débat sur l'intérêt à agir des organisations syndicales.

543. Automne 2012. Trois arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation les 11 et 26 septembre puis le 27 novembre 2012, semblent manifester un retour à l'orthodoxie : la Cour adopte une position stricte s'agissant de la notion d'intérêt à agir. Consécutif au pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 2011, l'arrêt du 27 novembre 2012¹⁴²⁰, après avoir relevé que le comité d'entreprise s'était désisté de son appel, acquiesçant ainsi au jugement ayant constaté qu'il avait été régulièrement informé et consulté, décide qu'un syndicat était irrecevable à agir : aucun fait susceptible de porter un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'il représentait n'était établi. La Cour de cassation se place sur le terrain de l'intérêt à agir pour déclarer l'action du syndicat irrecevable. Un auteur¹⁴²¹ considère qu'elle a adopté une solution de principe. L'action en justice d'une organisation syndicale serait irrecevable lorsque le comité d'entreprise s'estime rempli de ses droits. Une telle approche laisserait apparaître en filigrane la distinction entre l'irrégularité et l'absence d'information et de consultation. Néanmoins, s'il est certain que la chambre sociale concentre le débat sur l'intérêt à agir d'une organisation syndicale, elle n'a pas adopté une solution de principe rejetant toute action syndicale lorsque le comité d'entreprise s'estime rempli de ses droits. La spécificité des faits¹⁴²² ne permet pas de tirer des enseignements généraux de cet arrêt, au demeurant non publié au bulletin. Le constat préalable du désistement du comité d'entreprise traduisant l'absence de faute de l'employeur selon la Cour d'appel, a conduit cette dernière à juger « en amont¹⁴²³ » la recevabilité de l'action. Elle a adopté une solution pragmatique afin vraisemblablement, de faire l'économie d'un débat au fond. Confirmé par la Cour de

¹⁴¹⁹ O. LEVANNIER GOUËL, « L'action syndicale liée à l'action du comité d'entreprise : l'action syndicale sous tutelle », note sous CA Paris, 19 mai 2011, n° 09/24383, SSL, 2011, n° 1499, p. 11.

¹⁴²⁰ Cass. soc., 27 nov. 2012, n° 11-22798, inédit.

¹⁴²¹ A. WULVERYCK, Interview, AEF.info, Dépêche n° 176223.

¹⁴²² Les organisations syndicales se sont jointes à l'action initiée par le comité d'entreprise ; une fois débouté par le juge de première instance, le comité s'est désisté de son appel acquiesçant au jugement.

¹⁴²³ Aurélien WULVERYCK précise qu'une autre solution avait été évoquée à l'occasion de l'audience devant la Cour d'appel. Il s'agissait de déclarer l'action recevable, le juge aurait dû alors apprécier s'il y avait une faute de l'employeur. Selon toute vraisemblance, le juge aurait débouté les organisations syndicales eu égard notamment à la position adoptée par le comité d'entreprise (A. WULVERYCK, Interview, AEF.info, Dépêche n° 176223).



cassation le raisonnement a le mérite de « recentrer » indirectement le débat sur la notion d'intérêt à agir.

544. Le 11 septembre 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé l'analyse retenue par la Cour d'appel de Paris le 4 mai 2011 : « si les syndicats professionnels peuvent (...) exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt de la profession qu'ils représentent, notamment en cas de défaut de réunion, d'information ou de consultation des institutions représentatives du personnel lorsqu'elles sont légalement obligatoires, ils ne sont pas recevables à agir pour demander communication à leur profit de documents qui, selon eux, auraient dû être transmis au comité d'entreprise¹⁴²⁴ ». La Cour de cassation ne retient pas la distinction opérée entre inexécution et irrégularité de la procédure d'information et de consultation¹⁴²⁵. Le recours à l'adverbe « notamment » traduit la volonté de la Cour de ne pas restreindre la recevabilité de l'action syndicale à la seule inexécution de la procédure d'information et de consultation¹⁴²⁶. Une organisation syndicale pourrait invoquer en justice l'irrégularité de cette procédure mais à condition d'établir qu'un préjudice direct ou indirect a été porté à l'intérêt collectif de la profession. Autre enseignement qu'il est permis de tirer de l'arrêt de la chambre sociale : elle fonde sa décision sur la notion d'intérêt à agir excluant toute présomption d'existence d'un préjudice. Ce retour à l'orthodoxie est conforme à la jurisprudence criminelle¹⁴²⁷ et civile de la Cour de cassation selon laquelle le défaut de réunion, d'information ou de consultation des institutions représentatives du personnel porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession¹⁴²⁸. La Chambre sociale a jugé recevable l'action en référé d'une organisation syndicale dans le but de mettre fin à un trouble manifestement illicite affectant l'intérêt collectif de la profession, obtenant ainsi la suspension d'une mesure adoptée par l'entreprise, et ce alors même que le comité

¹⁴²⁴ Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22014 : Bull. crim., 2012, n° 226.

¹⁴²⁵ Pour un avis contraire : v. G. LOISEAU, note sous Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22014 : Bull. crim., 2012, n° 226, JCP S, 2012, 1521.

¹⁴²⁶ Y. TARASEWICZ, C. JACQUELET, L'action du syndicat face aux droits du comité d'entreprise et des salariés, SSL, 2012, n° 1554, p. 10.

¹⁴²⁷ Pour la chambre criminelle, le fait de porter entrave au comité d'entreprise est « en lui-même générateur d'un préjudice subit par la profession » (Cass. crim., 7 oct. 1959, n° 58-93562 - Cass. crim., 28 nov. 1984, n° 83-93094 : Bull. crim., 1984, n° 375). En outre, l'action d'une organisation syndicale est indépendante de celle du comité d'entreprise.

¹⁴²⁸ Cass. crim., 3 déc. 1996 : Bull. crim., 1996, n° 441 - Cass. soc., 24 juin 2008, n° 07-11411 : Bull. n° 140, Dr. ouvrier, 2008, p. 626, note C. MENARD.



n'était pas partie à l'instance¹⁴²⁹. De ces arrêts deux principes peuvent être déduits : l'existence d'un préjudice est toujours présumée lorsqu'une organisation syndicale relève un défaut de consultation ; dès lors, en revanche, qu'elle entend contester la régularité de la procédure de consultation, elle doit établir l'existence d'un préjudice direct ou indirect porté à l'intérêt collectif de la profession.

545. Au cas particulier, la Cour a dénié au syndicat « le droit d'agir en défense des intérêts collectifs de la profession pour obtenir la communication [à son profit] de documents dont le comité d'entreprise aurait dû être le destinataire¹⁴³⁰ ». L'organisation syndicale entendait prendre connaissance de documents que le comité d'entreprise n'avait pas consulté. Elle agissait dans son seul intérêt¹⁴³¹. La décision d'irrecevabilité s'imposait : le Code du travail organise la procédure d'information et de consultation en cas de changement dans la situation juridique de l'employeur¹⁴³² au profit du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Un syndicat ne saurait prétendre être le destinataire des informations visées ni bénéficier d'une quelconque procédure de consultation¹⁴³³. Mais il est permis de penser qu'une action syndicale visant à ordonner la communication au profit du comité d'entreprise des documents litigieux aurait été jugée recevable¹⁴³⁴.

546. En évinçant la présomption d'existence d'un préjudice lorsqu'une organisation syndicale conteste la régularité de la procédure d'information et de consultation, la Cour de cassation vise deux objectifs : écarter tout risque d'immixtion d'une

¹⁴²⁹ Cass. soc., 24 juin 2008, n° 07-11411 : Bull. n° 140, Dr. ouvrier, 2008, p. 626, note C. MENARD.

¹⁴³⁰ S. TOURNAUX, « De quelques précisions sur l'action syndicale en défense des intérêts collectifs », Lexbase hebdo, 2012, n° 499.

¹⁴³¹ Cette allégation est corroborée par la lecture des demandes signifiées à la Cour d'appel. Le syndicat demandait au juge « d'enjoindre la société (...) d'avoir à produire le contrat commercial la liant à sa filiale » (CA Paris, 4 mai 2011, n° 10/15514).

¹⁴³² C. trav., art. L. 2323-19.

¹⁴³³ Pour le professeur LOISEAU, le syndicat n'est pas « institutionnellement fondé à y avoir accès » (G. LOISEAU, note sous Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22014 : Bull. crim., 2012 : A paraître ; JCP S, 2012, 1521. Dans le même sens cf. S. TOURNAUX, « De quelques précisions sur l'action syndicale en défense des intérêts collectifs », Lexbase hebdo, 2012, n° 499 ; Y. TARASEWICZ, C. JACQUELET, « L'action du syndicat face aux droits du comité d'entreprise et des salariés », SSL, 2012, n° 1554, p. 10). En sens contraire : H. GABA, « Un syndicat ne peut se voir communiquer un document destiné normalement au CE », CLCE, 2012, n° 119, p. 25 ; H. GABA, « Action syndicale : concurrence ou complémentarité avec les prérogatives des institutions représentatives du personnel et les droits individuels », JSL, 2013, n° 335, p. 4.

¹⁴³⁴ En ce sens v. S. TOURNAUX, op. cit., n° 499 ; Y. TARASEWICZ, C. JACQUELET, op. cit., p. 10 ; H. GABA, « Un syndicat ne peut se voir communiquer un document destiné normalement au CE », CLCE, 2012, n° 119, p. 25 – En sens contraire : G. LOISEAU, op. cit., JCP S, 2012, 1521



organisation syndicale dans les prérogatives du comité d'entreprise « pour en tirer un avantage dans son intérêt propre¹⁴³⁵ » ; lutter contre le risque d'immobilisme suspect du comité d'entreprise.

547. La Cour a confirmé sa position dans un autre arrêt. Au cas particulier, deux organisations syndicales avaient agi afin d'obtenir le paiement de la subvention de fonctionnement due à un comité d'entreprise qui, pour sa part, ne sollicitait rien. Or, une organisation syndicale « n'a pas qualité pour agir au lieu et place d'un comité d'entreprise afin d'obtenir le versement de sa subvention de fonctionnement¹⁴³⁶ ». Si la méthode convainc, la solution, néanmoins, peut surprendre dans la mesure où l'action des organisations syndicales était justifiée par l'intérêt des salariés « de voir agir à leur profit un comité d'entreprise rempli de ses moyens financiers légaux pour fonctionner du point de vue économique¹⁴³⁷ ».

548. La Cour de cassation amorce un retour partiel à l'orthodoxie symbolisé par la nécessité pour une organisation syndicale de caractériser l'existence d'un préjudice et d'un intérêt à agir lorsque l'action porte sur la régularité de la procédure de consultation¹⁴³⁸.

¹⁴³⁵ G. LOISEAU, note sous Cass. soc., 11 sept. 2012, n° 11-22014 : Bull. crim., 2012, n° 226, JCP S, 2012, 1521.

¹⁴³⁶ Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-13091, inédit.

¹⁴³⁷ D. BOULMIER, note sous Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-13091, inédit : Dr. social, 2013, p. 84.

¹⁴³⁸ A la lumière de la solution qu'elle a dégagée le 28 janvier 2013, la Cour d'appel de Paris nous invite à un nouveau rendez-vous en 2014 (Y. TARASEWICZ et C. JACQUELET, « L'action du syndicat face aux droits du comité d'entreprise et des salariés », SSL, 2012, n° 1554, p. 10). En effet, la Cour déclare que l'action des organisations syndicales sollicitant la suspension de la procédure de consultation du comité d'entreprise européen est irrecevable au motif que seuls les représentants du personnel sont en droit de critiquer « la pertinence et la loyauté des informations délivrées à cette occasion » (CA Paris, 28 janv. 2013, n° 12/18102, RJS, 2013, n° 388 - A. STOCKI, Information-consultation du comité d'entreprise sur les conséquences de la restructuration menée par une société tierce, Cah. Soc., 2013, n° 251, p.121). Toutefois, la position de la Cour d'appel n'est pas partagée par les autres juridictions du fond comme en témoigne une ordonnance de référé du 16 octobre 2012. Le président du tribunal de grande instance du Havre a considéré qu'un syndicat était recevable à agir en suspension d'un plan de réorganisation au motif que le président du CHSCT n'avait pas respecté l'obligation de transmettre aux membres de l'instance les documents nécessaires au recueil de leur avis quinze jours avant la réunion du comité et ce alors que ce dernier n'était pas partie à l'instance et avait émis un avis sur le projet (TGI Havre, 16 oct. 2012, n° 12/391, Dr. ouvrier, févr. 2013, p. 145, note E. BAUDEU ; dans le même sens TGI Thionville, 22 avr. 2008).



II. Les auteurs contestés de l'action civile

549. Contestés¹⁴³⁹. Deux catégories de personnes sont affectées par le non respect des règles relatives aux institutions représentatives du personnel : les salariés et l'employeur. L'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise ne peut causer un préjudice direct à un salarié de l'entreprise qui n'est pas membre du comité¹⁴⁴⁰. Toutefois, le salarié est une victime « civile » (A). La question de la recevabilité de l'action civile de l'employeur fondée sur une entrave qui ne lui est pas imputable demeure (B).

A. L'exercice de l'action civile par les salariés

550. L'abus de confiance (1°) et le délit d'entrave (2°) sont deux infractions intéressant particulièrement les salariés.

1°. L'abus de confiance

551. Le détournement de la subvention de fonctionnement versée au comité d'entreprise ne porte pas directement préjudice aux salariés. Ces derniers ne sauraient se constituer partie civile devant une juridiction répressive contre les membres du comité pour abus de confiance¹⁴⁴¹. En raisonnant par analogie, une solution identique pourrait être retenue s'il s'agissait d'un détournement partiel de la subvention destinée aux activités sociales et culturelles, encore qu'il faille tenir compte de la destination spécifique des fonds versés par l'employeur au titre de ces activités. « Le comité d'entreprise assure, contrôle ou participe à la gestion de toutes les activités sociales et culturelles établies dans l'entreprise prioritairement au bénéfice des salariés ou de leur famille, quel qu'en soit le mode de financement (...) »¹⁴⁴². Si la subvention de fonctionnement n'intéresse par essence que le comité d'entreprise, celle versée au titre

¹⁴³⁹ Toute personne « qui invoque un dommage actuel direct et certain et qui se prévaut d'un intérêt légitime juridiquement protégé, et qui (...) est en situation de solliciter réparation du juge civil, n'est pas pour autant une victime au sens pénal » (P. MAISTRE DU CHAMBON, « Ultime plainte pour sauver l'action publique », in Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et Sciences criminologiques, PUF, 2007, p. 284).

¹⁴⁴⁰ Cass. crim., 6 mars 1975 : Bull. crim., 1975, n° 74.

¹⁴⁴¹ Cass. crim., 16 oct. 1997, n° 96-86231 : Bull. crim., 1997, n° 341.

¹⁴⁴² C. trav., art. L. 2323-83.



des activités sociales et culturelles intéresse les salariés et leurs familles. Un détournement, même partiel, de la subvention destinée à ces activités aurait pour conséquence d'en priver le salarié lui causant un préjudice qui pourrait alimenter un intérêt à agir en justice pour abus de confiance.

2°. Le délit d'entrave

552. Alors même que « les salariés [ont] un certain intérêt à la bonne application des règles gouvernant leurs institutions représentatives¹⁴⁴³ », la Cour de cassation déclare irrecevable leur constitution de partie civile en raison d'un défaut de réunion ou de consultation : ce dernier ne leur inflige pas un préjudice personnel¹⁴⁴⁴. Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 17 mai 2011 en matière d'élections professionnelles, n'est-il pas cependant porteur d'une évolution¹⁴⁴⁵ ? Licencié pour faute grave, un salarié contestait son licenciement et réclamait des dommages-intérêts à raison de l'absence de mise en place des institutions représentatives du personnel. Alors même que l'entreprise remplissait les conditions de seuils d'effectifs rendant obligatoire l'organisation des élections professionnelles, l'employeur s'était consciemment abstenu d'agir. Un salarié pouvait-il, à titre individuel, réclamer des dommages-intérêts en raison de cette défaillance ? La Cour d'appel d'Angers l'avait exclu¹⁴⁴⁶. Censurant cette décision, la Cour de cassation souligne que « l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts¹⁴⁴⁷ ».

¹⁴⁴³ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 216, p. 129.

¹⁴⁴⁴ Cass. crim., 3 déc. 1996, n° 95-84647 : Bull. Crim. n° 441 ; Cass. soc., 7 déc. 1999, n° 97-43106 : Bull. crim., 1999, n° 470.

¹⁴⁴⁵ Cf. R. VATINET, L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail, in La sanction pénale en droit du travail sous dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 204, spéc. n° 227.

¹⁴⁴⁶ CA Angers, 15 déc. 2009.

¹⁴⁴⁷ Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852 : Bull. civ., 2011, n° 108.



553. La solution n'est pas nouvelle¹⁴⁴⁸. Le législateur et le juge ont reconnu que le défaut d'information et de consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel ouvrait droit, en l'absence de procès-verbal de carence, au versement d'une indemnité. Ainsi, en matière de licenciement pour motif économique, cette défaillance ouvre droit pour le salarié au versement d'une indemnité au moins égale à un mois de salaire brut¹⁴⁴⁹. Une solution analogue est adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de licenciement pour inaptitude professionnelle. En cas de défaillance, le salarié a droit à une indemnité au moins égale à douze mois de salaires¹⁴⁵⁰. Circonscrite jusqu'à présent, cette décision ouvre la voie à une indemnisation systématique.

554. Droits fondamentaux. La solution adoptée résulte d'une application combinée de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (lequel garantit le droit de tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise), de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif au droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, de l'article 8, § 1 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne (selon lequel les États membres veillent à ce que des procédures administratives ou judiciaires appropriées permettent de faire respecter les obligations édictées) et des articles 1382 du Code civil, L. 2323-1 et L. 2324-5 du Code du travail. Pour la Chambre sociale, la faute délictuelle commise par l'employeur cause « nécessairement un préjudice aux salariés¹⁴⁵¹ ». L'omission de l'employeur « qui ne pourrait pas se justifier par la production d'un procès-verbal de carence établi à elle seule l'existence de ce préjudice¹⁴⁵² ». Les textes ci-dessus rappelés permettent d'évaluer le préjudice moral subi par le salarié.

¹⁴⁴⁸ Sur les sanctions spécifiques envisagées par la loi et la jurisprudence : J.-Y. KERBOURC'H, note sous Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852 : Bull. civ., 2011, n° 108, JCP S, 2011, n° 1419.

¹⁴⁴⁹ C. trav., art. L. 1235-15.

¹⁴⁵⁰ Cass. soc., 7 déc. 1999, n° 97-43106.

¹⁴⁵¹ Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852 : Bull. civ., 2011, n° 108.

¹⁴⁵² J.-Y. KERBOURC'H, note sous Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852 : Bull. civ., 2011, n° 108, JCP S, 2011, n° 1419.



555. Perspectives. Se fondant notamment sur les mécanismes de responsabilité civile, l'arrêt précédent ouvre de nouvelles perspectives¹⁴⁵³. L'action en justice, qu'elle soit pénale ou civile, repose en priorité sur l'intérêt à agir. Dans la décision du 17 mai 2011, le salarié justifiait d'un tel intérêt en ce qu'il était privé d'une possibilité de représentation et de défense de ses intérêts, valeur sociale protégée par l'infraction. La faute de l'employeur était constitutive tant d'une faute civile que d'une faute pénale¹⁴⁵⁴. Le salarié, en défendant ses propres intérêts, participe à la défense de l'intérêt général, de sorte qu'il peut se constituer partie civile et provoquer le déclenchement des poursuites pénales contre l'employeur au titre du délit d'entrave¹⁴⁵⁵. Une plume particulièrement autorisée semble entériner cette solution¹⁴⁵⁶. Toutefois, cette action doit être strictement circonscrite. L'absence de procès-verbal de carence est ici déterminante.

556. En outre, si en matière de mise en place des institutions représentatives du personnel, le préjudice subi est certain, personnel et directement causé par l'infraction, il n'est pas sûr qu'une défaillance au stade du fonctionnement d'une institution donne aux salariés un intérêt à agir. L'information et la consultation constituent avant tout des prérogatives propres aux représentants du personnel¹⁴⁵⁷. Ces perspectives tracées

¹⁴⁵³ R. VATINET, L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail, in *La sanction pénale en droit du travail* sous dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 227.

¹⁴⁵⁴ C. trav., art. L. 2316-1 ; C. trav., art., L.2328-1

¹⁴⁵⁵ « Cependant la généralité des termes employés par son attendu de principe permettent d'y voir une décision riche de potentialités. Tous les salariés de l'entreprise n'ont-ils pas à souffrir du même préjudice non seulement en l'absence de mise en place du comité d'entreprise mais aussi chaque fois que les droits consultatifs de celui-ci sont méconnus préalablement à l'adoption de décisions qui intéressent l'ensemble du personnel » (R.VATINET, op. cit., n°227).

¹⁴⁵⁶ L. PECAUT-RIVOLIER, Y. STRUILLOU, *Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel*, SSL, 2011, n° 1515, p. 6 : « L'absence d'institution représentative, si elle n'est pas justifiée par un procès-verbal de carence, justifie donc, systématiquement, la sanction de l'employeur sur le plan de la responsabilité civile individuelle, sans préjudice d'éventuelles poursuites pénales sur le fondement du délit d'entrave ».

¹⁴⁵⁷ La chambre criminelle de la Cour de cassation a assoupli sa jurisprudence s'agissant des conditions de recevabilité de l'action civile. Toutefois, la valeur sociale défendue par le ministère public diffère de celle défendue par le salarié. Le délit d'entrave garantit le bon fonctionnement des instances de représentation du personnel et le respect de leurs attributions. Les membres des instances de représentation du personnel au même titre que l'employeur, qui la préside, sont garants du bon fonctionnement desdites instances, de leur efficacité et de leur crédibilité, autant de valeurs sociales protégées par le délit d'entrave. En outre, cette infraction garantit indirectement aux salariés la possibilité d'être représentés et de défendre leurs intérêts. De sorte qu'en cas d'entrave portant sur le fonctionnement des représentants du personnel, le salarié peut subir un dommage actuel et certain découlant des faits de l'infraction et ainsi, se prévaloir d'un intérêt légitime juridiquement protégé. Il n'en demeure pas moins que ce préjudice est indirect. Le salarié ne peut « par voie de conséquence s'adresser au juge pénal, alors même que son préjudice trouve



doivent être pour partie rejetées en ce qu'elles font peser sur l'employeur une épée de Damoclès¹⁴⁵⁸ bridant son action.

B. L'exercice de l'action civile par l'employeur

557. Abus de confiance. La Cour de cassation rejette la constitution de partie civile de l'employeur en présence d'un abus de confiance commis par le secrétaire du comité d'entreprise¹⁴⁵⁹. Le détournement des fonds de ce dernier n'est pas de nature à causer un préjudice direct à l'entreprise. Peu importe qu'elle soit à l'origine de la dénonciation des faits¹⁴⁶⁰.

558. Une distinction doit être établie entre les intérêts de l'entreprise et ceux du comité afin de prévenir toute confusion. Un détournement opéré aux dépens du comité ne cause pas à l'employeur un préjudice direct lui permettant d'agir en son nom propre. Peu importe que les fonds du comité proviennent pour l'essentiel de versements effectués par l'entreprise. Une fois versés, ces fonds sortent « définitivement du patrimoine de l'entreprise pour entrer dans celui du comité¹⁴⁶¹ ».

559. Délit d'entrave. Un employeur est-il recevable à agir sur le fondement du délit d'entrave en cas de dysfonctionnement qui ne lui serait pas imputable ? Selon, la Cour de cassation, un président de comité d'entreprise ne saurait citer en correctionnelle le secrétaire dudit comité pour entrave à son fonctionnement, le président n'ayant subi aucun préjudice direct et personnel et n'ayant reçu aucun mandat de la part du comité pour agir¹⁴⁶². L'absence de préjudice direct et personnel au sens du Code de procédure pénale¹⁴⁶³ exclut toute constitution de partie civile de l'employeur. Toutefois, de tels arguments ne sont pas insurmontables. Ainsi, a été jugée recevable l'action civile de l'employeur à l'encontre du secrétaire du comité d'entreprise qui n'établissait pas les

son origine dans une infraction » (P. MAISTRE DU CHAMBON, « Ultime plainte pour sauver l'action publique », in Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et Sciences criminologiques, PUF, 2007, p. 284).

¹⁴⁵⁸ L'employeur vivra quotidiennement sous la menace d'une plainte avec constitution de partie civile ou d'une citation directe.

¹⁴⁵⁹ Cass. crim., 6 avr. 2005, n° 04-85.799 : Dr. social, 2005, p. 825, note P.-Y. VERKINDT.

¹⁴⁶⁰ Cass. crim., 23 nov. 1992, n° 92-81499 - Cass. crim., 6 avr. 2005, n° 04-85799.

¹⁴⁶¹ obs. sous Cass. crim., 23 novembre 1992 : RJS, 1993, n° 161.

¹⁴⁶² Cass. crim., 26 mai 1998, n° 97-80079 - Cass. crim., 6 avr. 2005, n° 04-85799.

¹⁴⁶³ CA Paris, 16 Oct. 1998, D. 1999, inf. rap., p. 2.



procès-verbaux des réunions¹⁴⁶⁴. L'entreprise a pour obligation de veiller au bon fonctionnement des institutions représentatives des salariés. L'employeur a intérêt à poursuivre toute personne qui met obstacle à leur fonctionnement régulier.

560. Qu'en est-il lorsque le comité d'entreprise a recours à des manœuvres dilatoires visant à faire échouer ou retarder un projet de l'entreprise ? En paralysant eux-mêmes les institutions représentatives du personnel, les élus portent atteinte à l'intérêt économique et social de l'entreprise, mais ils nuisent aussi au bon fonctionnement de l'institution concernée justifiant ainsi une action de l'employeur : ce dernier a un « véritable intérêt à ce que [les institutions représentatives du personnel] fonctionnent normalement et à ce qu'elles soient crédibles¹⁴⁶⁵ » au regard notamment de la place considérable qu'elles s'occupent. Le détournement de fonds, le recours à des manœuvres dilatoires sont autant de faits constitutifs du délit d'entrave au fonctionnement régulier de l'institution concernée en ce qu'ils portent atteinte à sa crédibilité et réduisent son efficacité¹⁴⁶⁶.

561. Conclusion. Politique pénale. Garantir l'effectivité et l'efficacité de la représentation collective suppose de « perfectionner » la voie pénale et de vaincre l'inertie du ministère public. L'identification des causes du classement sans suites a permis de déterminer les moyens d'y remédier. L'efficacité du système répressif doit reposer sur une politique pénale du travail d'envergure. Définie conjointement par les ministères du Travail et de la Justice, elle doit reposer sur des priorités et des objectifs communs. Elle suppose de développer des actions de formation à destination des magistrats et des inspecteurs du travail. Elle impose de diversifier l'exercice des poursuites en recourant à des mécanismes alternatifs et en développant les audiences spécialisées. L'action civile de la victime constitue un moyen efficace de vaincre l'inertie du ministère public. A cet égard, l'élargissement du cercle des auteurs de l'action civile à l'employeur paraît pertinent. Outre le caractère impersonnel du délit

¹⁴⁶⁴ CA Paris, 15 mars 1999, JurisData n° 1999-022923. La Cour de cassation valide implicitement cette interprétation dans un arrêt du 10 mai 2005. La Cour condamne pour entrave et abus de confiance le trésorier et le secrétaire d'un comité d'entreprise qui ont procédé à des transferts de fonds sans attendre la délibération du comité (Cass. crim., 10 mai 2005, n° 04-84118 : Dr. social, 2005, p. 936, obs. F. DUQUESNE).

¹⁴⁶⁵ P.-Y. VERKINDT, note sous Cass. crim., 6 avr. 2005, n° 04-85.799 : Dr. social, 2005, p. 825.

¹⁴⁶⁶ A. COEURET, E. FORTIS, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 219, p. 130.



d'entrave¹⁴⁶⁷, la politique d'assouplissement des conditions de recevabilité de l'action civile menée par la Chambre criminelle « militent en faveur¹⁴⁶⁸ » d'une action civile de l'employeur. Une telle solution se justifie au regard de l'obligation légale qui pèse sur lui de veiller au bon fonctionnement des institutions représentatives du personnel.

¹⁴⁶⁷ Il ne résulte nullement du Code du travail que le délit d'entrave ne puisse être commis que par l'employeur ou son représentant.

¹⁴⁶⁸ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 218, p. 130.



Chapitre II - Le prononcé des sanctions

563. Un constat. Les circonstances ne manquent pas dans lesquelles, les entreprises préfèrent « privilégier le succès de l'opération économique et assumer le risque pénal¹⁴⁶⁹ ». Les peines d'amende et d'emprisonnement encourues en matière d'entrave ne permettent pas de répondre aux fonctions de la sanction pénale. Elles ne suffisent pas toujours à convaincre les employeurs de respecter les normes régissant les relations de travail. Une insuffisante individualisation de la sanction contribue à leur inadéquation.

564. Une réponse. Si les développements relatifs à l'exercice des poursuites ont permis d'apporter des réponses d'ordre structurel et « organisationnel » au manque de célérité de la sanction, la quête de l'effectivité suppose désormais de se préoccuper de sa nature. Une réflexion en deux temps doit être menée. L'inadéquation des peines encourues en matière d'entrave aux fonctions de la sanction pénale ne doit pas conduire à exclure les peines de référence. Dès lors, la question tenant à un éventuel accroissement de la sévérité des peines principales doit être posée. Elle constituera le premier temps de notre réflexion. Des efforts en matière d'individualisation de la peine doivent par ailleurs être fournis. Le juge correctionnel ne doit plus s'en tenir au prononcé d'une amende (**Section I**). Il doit non seulement faire appel aux techniques de variation de la sanction mais aussi diversifier la réponse pénale en recourant aux peines complémentaires et aux peines alternatives. A cet égard, la recherche de sanctions « positives » tournées vers l'avenir est impérative (**Section II**).

¹⁴⁶⁹ P. MORVAN, A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?, in La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 238, p. 147.



Section I - L'objet de la sanction pénale

565. La peine est une réponse édictée par la loi « à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction¹⁴⁷⁰ ». Les peines encourues en matière d'entrave n'ont qu'un effet limité (§1). L'accroissement de la sévérité des peines de référence peut contribuer à un surcroît d'effectivité du dispositif¹⁴⁷¹ (§2).

§I. Les fonctions de la sanction pénale

566. Triptyque. La sanction pénale est utilisée autant pour prévenir que pour éduquer ou punir. Ces trois fonctions ressortent de l'article 132-24 du Code pénal : « la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions ». Les quelques condamnations prononcées en matière d'entrave ne permettent pas de mesurer précisément leur valeur punitive (III). La sanction pénale ne joue guère le rôle dissuasif (II) et pédagogique (I) qui en est en principe attendu.

I. La fonction pédagogique oubliée

567. Nécessité. « Une répression qui ne se préoccupe pas de réadapter les délinquants fait une œuvre vaine ou inhumaine¹⁴⁷² ». Le législateur entend favoriser la « resocialisation » de l'auteur de l'infraction en recourant à des modes d'individualisation des peines ou à d'autres mesures permettant d'éviter l'incarcération¹⁴⁷³. Or, parmi les sanctions prononcées et ce, quelle que soit la nature de l'infraction, ni l'emprisonnement ni la peine d'amende n'ont une quelconque vertu

¹⁴⁷⁰ G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF, 2007.

¹⁴⁷¹ L'accroissement de la sévérité n'emportera un retour à l'effectivité qu'à condition qu'il soit accompagné d'une véritable politique pénale du travail. A défaut, le seul accroissement de la sévérité (tel que le sous-entend le ministère du Travail dans le « Projet Pour un ministère fort ») ne suffira pas à faire prendre conscience aux entreprises du risque pénal. La crainte suscitée par cet accroissement ne durera qu'un temps (celui de l'effet d'annonce).

¹⁴⁷² B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 502, p. 415.

¹⁴⁷³ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 65, p. 31.



éducative. La privation de liberté, rarement retenue en matière d'entrave¹⁴⁷⁴, a au contraire un effet « désocialisant »¹⁴⁷⁵. La mission de réinsertion est pourtant une obligation légale¹⁴⁷⁶. D'autres peines, à l'instar des stages de citoyenneté ou de formation, ont en revanche une vertu socialisante en ce qu'elles « inculquent ou rappellent un certain nombre d'exigences fondamentales¹⁴⁷⁷ ».

II. La fonction dissuasive altérée

568. Notion. La première fonction du droit pénal est d'être « un droit expressif des valeurs essentielles d'une société et des règles d'organisation de la vie en société¹⁴⁷⁸ ». La fonction d'intimidation a toujours eu les faveurs du législateur¹⁴⁷⁹ et de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁸⁰. La peine ne doit pas être seulement « envisagée par rapport au coupable mais aussi par rapport à une collectivité¹⁴⁸¹ ».

569. La prévention spéciale « s'entend de l'inhibition de l'activité délictueuse chez les délinquants¹⁴⁸² ». Elle vise à éviter que l'auteur d'une infraction déjà condamné se rende coupable de récidive. Toutefois, de nombreuses études ont démontré que la

¹⁴⁷⁴ Pour des exemples de condamnations avec sursis : Cass. crim., 8 nov. 2011, n° 10-82151 ; Cass. crim., 13 avr. 2010, n° 09-83649 ; Cass. crim., 25 sept. 2007, n° 06-84.599 ; Bull. crim., 2007, n° 222 ; Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-85141 ; Bull. crim., 2004, n° 22 ; TGI, Strasbourg, 4 Mars 1988, Dr. ouvrier, 1988, p. 510.

¹⁴⁷⁵ « L'enfermement ne sert aujourd'hui qu'à punir de manière bête et aveugle » (E. NOËL, M. SANSON, Aux côtés des détenus. Un avocat contre l'Etat, Bourin Editeur, 2013). Voir sur la surpopulation carcérale : B. PENAUD, De l'inflation législative à la surpopulation carcérale : pour une réforme des peines, Gaz. Pal., 20-22 sept. 2009, p. 4 ; L.-H.-C. HULSMAN, Défense sociale nouvelle et critères de discrimination, in Mél. ANCEL, Pedone, t. 2, p. 22.

¹⁴⁷⁶ L. n° 2009-1436, 24 nov. 2009, art. 1 : « Le régime d'exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions ».

¹⁴⁷⁷ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1199, p. 809.

¹⁴⁷⁸ C. LAZERGUES, La diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction au droit pénal du travail, Rev. sc. crim., 1992, p. 493.

¹⁴⁷⁹ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 497, p. 412 - E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1195, p. 805.

¹⁴⁸⁰ La Cour EDH évoque « l'effet dissuasif du droit pénal » (CEDH, 19 févr. 1997, Laskey, Jaggard et Brown c/ RU, req. n° 21627/93, §44). Les peines doivent présenter une certaine gravité lorsqu'elles répriment la violation d'un droit garanti (CEDH, 1^{er} Juin, 2010, Gäfgen c/ Allemagne, req. 22978/05, § 124).

¹⁴⁸¹ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1203, p. 812.

¹⁴⁸² P. MORVAN, A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?, in La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 243, p. 149.



sanction, même répétée, ne suffit pas à éteindre « l'intérêt à accomplir l'acte puni ¹⁴⁸³ ». Un auteur particulièrement averti recourt aux concepts fondamentaux du « comportementisme » afin d'accroître l'efficacité de la sanction ¹⁴⁸⁴. Le « behaviorisme » identifie cinq principes ¹⁴⁸⁵ :

- intensité : la sanction doit être d'une intensité élevée plutôt que graduellement augmentée ¹⁴⁸⁶ ;
- immédiateté : le laps de temps entre la commission de l'infraction et la punition doit être bref ;
- non contradiction : la sanction ne doit pas être contredite par des récompenses obtenues antérieurement ou postérieurement ;
- continuité et cohérence : la sanction doit être perçue comme certaine et à la hauteur de celle attendue ;
- obligation de proposer une conduite alternative non punie et offrant une récompense équivalente ;

570. La prévention générale « s'entend de l'inhibition de l'activité criminelle à laquelle les non-délinquants pourraient éventuellement s'adonner ¹⁴⁸⁷ ». Certaines études ont tenté d'établir un lien entre la sévérité de la peine et la criminalité ¹⁴⁸⁸. Mais

¹⁴⁸³ P. MORVAN, *Criminologie*, LexisNexis, 2013, n° 265 et s., p. 165 et s.

¹⁴⁸⁴ Le professeur MORVAN recommande au législateur de prendre en compte ces caractères lorsqu'il édicte des sanctions en droit social. Pour cet auteur, « l'objectif des pouvoirs publics en matière sociale est de modifier les comportements (et parfois les mentalités des représentants des employeurs) en leur adressant des stimuli impliquant un renforcement ou une punition » (P. MORVAN, *A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?*, in *La sanction en droit du travail*, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 234, p. 230).

¹⁴⁸⁵ P. MORVAN, *Criminologie*, LexisNexis, 2013, n° 271 et s., p. 167 et s.

¹⁴⁸⁶ « Pour dissuader de recommencer, il semble qu'il faudrait que les premières peines qu'ils ont subies aient été sévères et pénibles alors que les délinquants primaires sont souvent traités avec bienveillance par les tribunaux pour leur donner des chances de poursuivre honorablement leur vie » (J.-L. BERGEL, *Une problématique des sanctions pénales ?*, in Mél. R. GASSIN, *Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 91).

¹⁴⁸⁷ P. MORVAN, *Criminologie*, LexisNexis, 2013, n° 238, p. 147.

¹⁴⁸⁸ R. GASSIN, « La confrontation du système français de la sanction pénale avec les données de la criminologie », *D.* 1969. 177 et s. Voir aussi P. MORVAN, *Criminologie*, LexisNexis, 2013, n° 265 et s., p. 165 et s. ; R. GASSIN, S. CIMAMONTI, Ph. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2011, n° 809, p. 715.



l'aggravation des sanctions est « dépourvue d'effet d'intimidation collective¹⁴⁸⁹ ». Accroître la sévérité des peines encourues n'engendre aucune diminution du nombre d'infractions commises. L'idée selon laquelle la menace d'une sanction détourne de l'infraction reste une vue de l'esprit¹⁴⁹⁰.

571. L'absence de sanction systématique en matière d'entrave, prive la sanction d'effet dissuasif¹⁴⁹¹. Les causes génériques d'altération de cette fonction sont nombreuses. Outre l'absence de certitude et de célérité, l'individualisation de la peine a « nécessairement pour conséquence de limiter son caractère dissuasif¹⁴⁹² ». L'absence de « publicité¹⁴⁹³ » ou de transparence dans l'exécution de la sanction pénale¹⁴⁹⁴ constitue une autre cause d'altération¹⁴⁹⁵.

572. En droit pénal du travail, l'effet dissuasif ne réside pas tant dans la sanction pénale, laquelle se traduit en matière d'entrave par le paiement d'une amende dont les maxima¹⁴⁹⁶ ne sont jamais prononcés, mais dans l'éventuelle médiatisation de l'infraction et dans l'accomplissement des démarches procédurales. La garde à vue et la comparution devant le tribunal correctionnel seraient vécues par les chefs d'entreprise comme une expérience traumatisante.

¹⁴⁸⁹ P. MORVAN, A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?, in La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 238, p. 147.

¹⁴⁹⁰ J. PRADEL, Droit pénal général, Cujas, 16^{ème} éd., 2012, n° 565, p. 500 ; E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1196, p. 805 – P. MORVAN, Criminologie, LexisNexis, 2013, n° 265 et s., p. 259 et s. ; B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 497, p. 412.

¹⁴⁹¹ Il suffit pour s'en convaincre de consulter les statistiques de l'observatoire de suites pénales (L'inspection du travail en France en 2011, Rapp. Min. Trav., Nov. 2012, annexes, n° IIC Verbalisation 2011 et suites judiciaires en 2006 et 2007).

¹⁴⁹² E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1196, p. 805.

¹⁴⁹³ Toutefois, la publicité est sensiblement plus forte en matière d'entrave que dans d'autres domaines notamment en raison de l'affichage et de la distribution de tracts syndicaux.

¹⁴⁹⁴ En ce sens cf. E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1197, p. 806 – J.-P. DOUCET, La loi pénale, Saint Gildas de Rhys, 3^{ème} éd., 2003, p. 362, n° III-113.

¹⁴⁹⁵ A la fonction dissuasive de la peine, a longtemps été associée une exigence tenant à son exemplarité. L'exemplarité de la peine était fondée sur l'idée que « la présence du peuple doit porter la honte sur le front du coupable, et la présence du coupable dans l'état où l'a réduit son crime doit porter dans l'âme du peuple une instruction utile » (Rapport sur le projet de Code pénal, in Œuvres de M. LEPÉLTIER SAINT FARGEAU, A. LACROSSE, Bruxelles, 1826, p. 124). La même idée sera reprise par J. BENTHAM (in Traité de législation civile et pénale, Rey et Gravier, éd. 1830, 3^{ème} éd., t.2, p. 286).

¹⁴⁹⁶ De 2008 à 2011, le montant moyen des amendes prononcées au titre du délit d'entrave était respectivement de 1993€, 1685€, 1847€ et 2168€. Le maximum de 3750€ est rarement atteint toutefois, l'on dénote une constante augmentation du quantum moyen de l'amende depuis 2009 (Source : Les condamnations inscrites au casier judiciaire (années consultées : 2008 à 2011), www.justice.gouv.fr).



III. La fonction rétributive recherchée

573. Notion. La fonction de rétribution est inhérente à la notion de peine¹⁴⁹⁷. Toute infraction doit être suivie d'une sanction afin de rétablir l'ordre public violé. Selon BECCARIA, une peine « doit être essentiellement publique, prompte, nécessaire, la moindre des peines applicables dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi¹⁴⁹⁸ ». La sanction doit être proportionnée à la gravité de l'infraction¹⁴⁹⁹. La sanction est supposée afflictive : elle est ressentie par l'auteur des faits comme « une souffrance ou tout au moins une privation, une gêne sensible¹⁵⁰⁰ ». Toutes les peines, qu'elles soient restrictives de liberté ou patrimoniales, sont afflictives. La peine est aussi infamante « puisqu'elle désigne le condamné à la réprobation sociale¹⁵⁰¹ ».

574. Application. S'agissant du délit d'entrave, est perceptible l'inadéquation des sanctions au regard de la gravité des faits. Si l'on écarte la peine de prison laquelle n'est que parcimonieusement prononcée, le quantum de l'amende est modeste¹⁵⁰². Pour l'employeur, le bénéfice retiré de l'infraction est généralement plus important que les désagréments liés au prononcé de la peine¹⁵⁰³. Bien qu'existant, le caractère afflictif et infamant demeure mesuré. La gêne occasionnée sur le plan patrimonial est souvent supportée par l'entreprise¹⁵⁰⁴. Quant à l'opprobre, elle reste limitée au cadre de celle-ci¹⁵⁰⁵.

¹⁴⁹⁷ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 500, p. 413.

¹⁴⁹⁸ BECCARIA, Dei Delitti e delle pene, 1764.

¹⁴⁹⁹ Une théorie nouvelle du « sentencing » se développe dans de nombreux pays anglo-saxons. Cette théorie « prône la nécessité d'une proportionnalité entre la gravité des infractions commises et la sévérité des peines prononcées » (J.-L. BERGEL, Une problématique des sanctions pénales ?, in Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et sciences criminologiques, PUAM, 2007, p. 92). Voir aussi R. GASSIN, S. CIMAMONTI, Ph. BONFILS, Criminologie, Dalloz, 7^{ème} éd., 2011, n° 724.

¹⁵⁰⁰ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 803, p. 599.

¹⁵⁰¹ J. PRADEL, Droit pénal général, Cujas, 16^{ème} éd., 2012, p. 564.

¹⁵⁰² « Le quantum ridicule de l'amende correctionnelle incite les dirigeants à privilégier le succès de l'opération économique et assumer le risque pénal » P. MORVAN, A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?, in La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 248, p. 154.

¹⁵⁰³ Le propos doit toutefois être mesuré lorsque le condamné est un salarié titulaire d'une délégation de pouvoir.

¹⁵⁰⁴ A. COEURET, E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », Rev. sc. crim., 2000, p. 37.

¹⁵⁰⁵ Certaines condamnations peuvent avoir une résonance internationale. Certaines entreprises anglo-saxonnes sont particulièrement vigilantes s'agissant du passé pénal des salariés.



575. Solution. La fonction de prévention ou de dissuasion de la peine est intimement liée à la fonction punitive. Il est « indéniable que l'effet intimidant de la peine devient plus tangible lorsque la menace d'un châtement concret s'abat avec certitude sur un délinquant déterminé¹⁵⁰⁶ ». Ce n'est que parce qu'une peine est certaine, sévère et prononcée avec célérité qu'elle remplit sa fonction rétributive et par conséquent sa fonction dissuasive. Certitude, célérité, sévérité, publicité apparaissent comme les traits caractéristiques permettant d'accroître l'efficacité de la sanction pénale et l'effectivité de la norme qu'elle protège.

§II. L'identification des sanctions pénales

576. Peines de référence. Dans l'arsenal des peines correctionnelles cohabitent les peines privatives de liberté et les peines d'amende. Toute infraction doit « nécessairement être punie de l'une ou l'autre de ces peines¹⁵⁰⁷ ». Selon l'article L. 2328-1 du Code du travail « le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité d'entreprise, (...), soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier, (...) est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros¹⁵⁰⁸ ». S'agissant des peines encourues par les personnes morales, la peine d'amende, encourue de plein droit par tous les groupements, correspond au quintuple de l'amende à laquelle est exposée une personne physique. La personne morale peut aussi être condamnée à l'une des peines énumérées à l'article 131-39 du Code pénal à condition qu'elle soit expressément prévue par la loi, parmi lesquelles, seules l'exclusion des marchés publics et la publicité de la décision. L'étude des peines principales de référence induit de distinguer la sanction pénale commune (I) des sanctions pénales propres (II).

¹⁵⁰⁶ R. MERLE, A. VITU, *Traité de Droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 654, p. 824.

¹⁵⁰⁷ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général, Economica*, 16^{ème} éd., 2009, n° 756, p. 720.

¹⁵⁰⁸ C. trav., art. L. 2328-1.



I. La sanction pénale de l'amende

577. L'amende est « une pénalité pécuniaire consistant dans l'obligation de verser au trésor public une somme déterminée par la loi¹⁵⁰⁹ ». En matière d'entrave, le quantum de la peine n'en est pas considérable¹⁵¹⁰, ce qui peut inciter « les dirigeants à privilégier le succès de l'opération économique et assumer le risque pénal¹⁵¹¹ ». Faut-il pratiquer la multiplication des amendes (A) ? Est-il pertinent d'en revaloriser le montant (B) ?

A. L'extension de la règle de multiplication des amendes

578. Spécificité. Le Code pénal pose le principe selon lequel, lorsqu'à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé¹⁵¹². Spécificité du droit pénal du travail, le Code du travail tient parfois compte du nombre de salariés affectés par l'infraction dans le but d'accroître la répression¹⁵¹³. Ainsi, en matière d'hygiène et de sécurité, le législateur prévoit une multiplication du nombre d'amendes par le nombre de salariés concernés par l'infraction¹⁵¹⁴. L'utilisation de ce coefficient multiplicateur peut conduire au prononcé d'une amende au montant considérable lorsque plusieurs centaines de salariés sont concernés¹⁵¹⁵. En outre, le recours à ce coefficient n'exclut pas l'application de celui applicable aux personnes morales ce qui

¹⁵⁰⁹ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2007.

¹⁵¹⁰ La gêne occasionnée sur le plan patrimonial est souvent supportée par l'entreprise (En ce sens voir A. COEURET, E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », *Rev. sc. crim.*, 2000, p.37).

¹⁵¹¹ P. MORVAN, A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?, in *La sanction en droit du travail*, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 238, p. 147.

¹⁵¹² C. pén., art., 132-3 – cf. Sur le concours réel d'infractions : B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 750 et s., p 562.

¹⁵¹³ A. COEURET, E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2012, n° 443, p. 267.

¹⁵¹⁴ C. trav., art. L. 4741-1 – Cette multiplication des amendes trouve à s'appliquer en matière contraventionnelle (cf J.-F. CESARO, *Droit pénal – Sanctions*, J.-Cl. Travail, Fasc. 82-25, n° 73).

¹⁵¹⁵ Cass. crim., 15 févr. 2011, n° 10-87185 : Ainsi s'agissant du non respect du SMIC, le Tribunal de Police de Lyon a prononcé une peine d'amende d'un montant égal à 516 000€ (3000€ multiplié par 172 salariés).



peut entraîner une double multiplication l'une par le nombre de salariés, l'autre par cinq voire par dix en cas de récidive¹⁵¹⁶.

579. Mise en place des institutions. Dérogatoire aux règles du droit commun, la multiplication des amendes apparaît particulièrement adaptée aux infractions commises dans le champ du droit du travail dès lors qu'elles affectent inévitablement l'ensemble des salariés de l'entreprise. D'aucuns s'interrogent sur la possibilité d'étendre cette règle¹⁵¹⁷. Au préalable, il apparaît important de rappeler qu'elle ne s'applique qu'aux seuls cas dans lesquels l'infraction affecte directement les salariés¹⁵¹⁸. Ainsi, en est-il de l'infraction aux dispositions d'une convention collective étendue en matière de salaire¹⁵¹⁹ ou de la violation des dispositions relatives au repos dominical¹⁵²⁰. La Cour de cassation s'oppose à l'extension d'un coefficient multiplicateur à des infractions qui n'affectent pas directement les salariés¹⁵²¹. Ainsi, cette règle ne saurait s'appliquer par principe au délit d'entrave, cette infraction n'affectant qu'indirectement les salariés. Une telle multiplication pourrait néanmoins présenter un intérêt certain s'agissant de l'entrave à la mise en place des institutions représentatives du personnel. Privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts, les salariés sont affectés directement par l'infraction.

B. La revalorisation du quantum de la peine d'amende

580. Une nécessité. Au titre du délit d'entrave, le quantum des amendes ne dépasse pas le seuil de 3750 euros. Ce montant introduit « inconsciemment, mais inévitablement, dans l'esprit du juge [et des employeurs] l'idée selon laquelle les infractions en droit du travail ne présentent pas un caractère de gravité équivalent aux infractions de droit commun prévues par le Code pénal¹⁵²² ». L'infraction n'emporterait

¹⁵¹⁶ A. COEURET, Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail, RJS, 2006, p. 851.

¹⁵¹⁷ J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 279.

¹⁵¹⁸ J.-F. CESARO, Droit pénal – Sanctions, J-Cl. Travail, Fasc. 82-25, n° 78.

¹⁵¹⁹ C. trav., art. R. 2263-3.

¹⁵²⁰ C. trav., art. R. 3135-2.

¹⁵²¹ Cass., 4 déc. 1936, D. Hebdomadaire, 1937, p. 136.

¹⁵²² J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 275.



qu'un trouble minime à « l'ordre social public »¹⁵²³. Il y a là une source d'affaiblissement de la norme pénale et, plus largement, l'une des sources d'ineffectivité du droit du travail et de « banalisation » de la voie répressive.

581. En outre, la faiblesse du quantum est d'autant plus marquante¹⁵²⁴ que les peines correctionnelles prévues par le Code pénal débutent pour les plus faibles, à six mois d'emprisonnement et à 7500 euros d'amende et s'élèvent à un an d'emprisonnement et à 15000 euros d'amende¹⁵²⁵. Se fondant sur une règle non écrite mais respectée de manière constante¹⁵²⁶, les auteurs du nouveau Code pénal ont opéré une corrélation entre les deux peines principales¹⁵²⁷. Ce mode de détermination a, par la suite, été généralisé aux infractions nouvellement créées en dehors du Code pénal. Cette revalorisation, qui peut paraître excessive¹⁵²⁸, se justifie par « la volonté du législateur de permettre au juge (...) de sanctionner efficacement les délinquants les plus fortunés [et] par l'institution de la responsabilité pénale des personnes morales dont les capacités financières sont sans commune mesure avec celles des personnes physiques¹⁵²⁹ ». Impératif d'efficacité et d'effectivité, la revalorisation du quantum se justifie aussi par une volonté d'harmonisation des peines délictuelles situées hors du Code pénal ou dans son périmètre¹⁵³⁰. La revalorisation se justifierait en raison de la nature de la valeur sociale protégée ; le droit de la représentation collective revêt une valeur fondamentale¹⁵³¹. A cet égard, la sanction pénale ne serait encourue qu'à la condition que l'entrave concerne les attributions des instances de représentation du personnel et qu'une volonté de nuire ait été caractérisée.

582. Application. Le quantum des peines d'amende au titre du délit d'entrave ne devrait pas être inférieur au quantum minimum des peines d'amende correctionnelles

¹⁵²³ J. MICHEL, op. cit., p. 275.

¹⁵²⁴ J. MICHEL, op. cit., p. 274.

¹⁵²⁵ Cette disparité se justifie par une raison historique. Les infractions réprimées par le Code du travail ont été codifiées avant l'adoption du nouveau Code pénal.

¹⁵²⁶ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 559, p. 451.

¹⁵²⁷ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1285, p. 868.

¹⁵²⁸ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 833, p. 793.

¹⁵²⁹ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, op. cit., n° 833, p. 793.

¹⁵³⁰ En ce sens voir Ministère du Travail, Pour un ministère fort (<http://www.sud-travail-affaires-sociales.org>)

¹⁵³¹ L'accroissement de la sévérité pourrait être justifié par le caractère fondamental du droit de la représentation collective.



prévues par le Code pénal, donc compris entre 7 500 € et 15 000 € d'amende. Cette revalorisation emporterait une majoration des peines applicables en cas de récidive. Le quantum de la peine sera porté au maximum à 75 000 € pour les personnes morales. Aux termes de l'article 131-38 du Code pénal, le taux de l'amende est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques. Il appartiendra au juge de moduler le montant de l'amende en fonction des capacités financières de la personne physique ou morale condamnée.

II. Les sanctions pénales hors amende

583. Parmi les sanctions pénales hors amende, certaines, à l'instar de la peine d'emprisonnement, ne sont applicables qu'aux seules personnes physiques. D'autres, énumérées à l'article 131-9 du Code pénal, sont encourues par les personnes morales uniquement. En conséquence, il nous appartient de nous interroger sur la place de la peine d'emprisonnement (A) et sur la nécessité de recourir à des sanctions prises sur le fondement de l'article 131-9 du Code pénal en matière d'entrave (B).

A. L'emprisonnement

584. Peine de principe. Supprimé en matière contraventionnelle, l'emprisonnement demeure en matière correctionnelle. En matière d'entrave, l'emprisonnement est prévu dès la première infraction¹⁵³² ; il constitue une alternative à l'amende. L'emprisonnement est rarement prononcé par les tribunaux correctionnels. Lorsqu'il est prononcé, il ne s'agit que très rarement d'une peine de prison ferme¹⁵³³, plus souvent d'une peine de prison avec sursis¹⁵³⁴. En témoigne la quinzaine de décisions rendues par la chambre criminelle de la Cour de cassation depuis 1988¹⁵³⁵.

¹⁵³² C. trav., art. L. 2328-1.

¹⁵³³ Aucune peine de prison ferme n'a été prononcée depuis 2007. Les peines d'emprisonnement ferme prononcées en 2004 (1), 2005 (3), et 2007 (1) étaient d'une durée comprise entre un et trois mois (Sources : Les condamnations inscrites au casier judiciaire de 2004 à 2010, www.justice.gouv.fr).

¹⁵³⁴ Entre une et cinq peines d'emprisonnement avec sursis simple sont prononcées par an depuis 2008 (Sources : Les condamnations inscrites au casier judiciaire (années consultées : 2008 à 2011), www.justice.gouv.fr)

¹⁵³⁵ Cass. crim., 8 nov. 2011, n° 10-82151 ; Cass. crim., 13 avr. 2010, n° 09-83649 ; Cass. crim., 25 sept. 2007, n° 06-84599 ; Bull. crim., 2007, n° 222 ; Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-85141 ; Bull. crim., 2004, n° 22 ; Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 03-81366 ; Bull. crim., 2003, n° 190 ; Cass. crim., 16 sept.



585. Critiques. Perçue naguère comme la sanction pénale idéale¹⁵³⁶, « la privation de liberté s'expose aujourd'hui à une sérieuse contestation¹⁵³⁷ ». Si l'objectif recherché était de réinsérer l'individu dans la société par le travail, la réforme pénitentiaire d'après-guerre n'a jamais produit les effets escomptés. Face à cet échec flagrant, certains auteurs n'hésitent pas à prôner le refus de l'emprisonnement¹⁵³⁸ le réservant aux seules condamnations pour crime ou délit en récidive¹⁵³⁹. Cette solution est déjà retenue pour certaines infractions relevant du droit pénal du travail ; seule la récidive peut conduire au prononcé d'une peine d'emprisonnement pour les infractions aux dispositions relatives aux contrats à durée déterminée¹⁵⁴⁰, au travail temporaire¹⁵⁴¹, aux services de santé au travail¹⁵⁴², à l'hygiène et à la sécurité¹⁵⁴³. Les infractions mettant en cause la sécurité des personnes¹⁵⁴⁴ sont uniquement punies d'une peine d'amende pour les primo-délinquants. Cette solution présente l'avantage d'apporter une réponse pénale graduée.

B. Les sanctions pénales encourues sur prévision de la loi

586. Inadéquation. S'agissant des peines énumérées à l'article 131-39 du Code pénal, il faut exclure d'emblée les confiscations (al. 8° et 10°) et les interdictions de détenir un animal (al. 11°) ou d'émettre des chèques (al. 7°). Une solution identique est retenue à l'égard de la dissolution (al.1°) qui, en raison de ses conditions

2003, n° 02-86661 : Bull. crim., 2003, n° 164 ; Cass. crim., 28 juin 1994, n° 93-82824 ; Cass. crim., 29 nov. 1988, n° 86-92693.

¹⁵³⁶ La privation de liberté était « la peine par excellence dans les sociétés civilisées » (P. ROSSI, *Traité de Droit pénal*, 1829, t. 3, p. 169).

¹⁵³⁷ E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1279, p. 865.

¹⁵³⁸ M. ANCEL, « La prison pour qui ? », *Rev. Pénit.*, 1976, p. 702 et s. - E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1278 et s., p. 865. Certains s'interrogent même sur l'opportunité de recourir aux châtiments corporels. « Quelques coups de badine sur le bas du dos, ou sur la plante des pieds sont moins dégradants et moins pénibles pour un condamné que la cohabitation dans une cellule avec un drogué » (J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, Saint Gildas de Rhys, 3^{ème} éd., 2003, p. 397, n° III-217).

¹⁵³⁹ La privation de liberté ne serait plus encourue par les primo-délinquants mais uniquement par les récidivistes.

¹⁵⁴⁰ C. trav., art. L. 1248-1 à 3.

¹⁵⁴¹ C. trav., art. L. 1254-1 à 10.

¹⁵⁴² C. trav., art. L. 4541-1.

¹⁵⁴³ C. trav., art. l. 4741-1. Cette liste est non exhaustive.

¹⁵⁴⁴ Les infractions mettant en cause la sécurité des personnes sont d'une gravité supérieure à celle d'une infraction mettant en cause le droit de la représentation collective.



d'application¹⁵⁴⁵, ne peut qu'être exclue. En outre, alors même qu'elles feraient l'objet d'une prévision de la loi, les sanctions restantes apparaissent en inadéquation avec les faits d'entrave¹⁵⁴⁶. L'exclusion des marchés publics (al. 5°) et l'interdiction de lancer un appel public à l'épargne (6°) peuvent être retenues lorsque l'infraction est sans rapport avec les marchés publics et financiers. Toutefois, « quel juge judiciaire oserait priver du droit de concourir aux marchés publics une personne condamnée pour [délit d'entrave¹⁵⁴⁷] » ? Ces sanctions présentent un caractère de gravité certain et doivent être prévues par les seules dispositions du Code des marchés publics et du Code des marchés financiers¹⁵⁴⁸. Choisir une peine qui n'affecte pas directement les salariés est un exercice difficile. Les victimes directes ou indirectes du délit d'entrave n'ont pas à subir « les conséquences des sanctions pénales infligées à l'être moral qui les emploie¹⁵⁴⁹ ». Or, les peines précédentes (l'exclusion des marchés publics, de la fermeture de l'établissement ou de l'interdiction d'exercer une activité professionnelle) ne sont pas sans incidence sur la situation des salariés et, plus largement, sur celle de l'entreprise¹⁵⁵⁰. Parmi les mesures énumérées à l'article 131-39 du Code pénal, seule la peine d'affichage et de diffusion présente un intérêt certain. Reste qu'en matière d'entrave, cette peine n'est pas prévue.

587. Pour être encourues, les sanctions énumérées à l'article 131-9 du Code pénal doivent être prévues par la loi. En outre, ces peines ne peuvent être prononcées à l'encontre des infractions entrant, à compter du 31 décembre 2005, pour la première fois dans le champ d'application de la responsabilité des personnes morales. Seule une peine d'amende est encourue de plein droit par les auteurs (personnes morales) d'un délit

¹⁵⁴⁵ Le juge pénal peut recourir à la dissolution lorsque la personne morale a été créée ou, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans (C. pén., art. 131-39).

¹⁵⁴⁶ Le juge pénal pourrait toutefois y recourir en cas d'entraves répétées d'une gravité certaine où l'intention de nuire serait particulièrement avérée.

¹⁵⁴⁷ J.-H. ROBERT, *Le coup d'accordéon ou le volume pénale des personnes morales*, Mél. B. BOULOC, *Les droits et le Droit*, Dalloz, 2006, p. 983.

¹⁵⁴⁸ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 984 – C. Marchés publics art., 43.

¹⁵⁴⁹ J. MOULY, *La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail*, PA, 1993, n° 120, p. 33 – A. COEURET, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail*, RJS, 2006, chron., p. 843 ; P. LE CANNU, « Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale », PA, 1993, n° 120, p. 16.

¹⁵⁵⁰ Rappelons que lorsqu'il existe au sein d'une personne morale citée ou amenée à comparaître devant une juridiction de jugement, des représentants du personnel, le ministère public les avise de la date et de l'objet de l'audience, par lettre recommandée adressée dix jours au moins avant la date de l'audience (C. pén., art. R. 131-53).



d'entrave¹⁵⁵¹. Toutefois, plusieurs auteurs suggèrent de permettre l'application de certaines peines complémentaires dès lors qu'elles seraient encourues par les personnes physiques¹⁵⁵². Cette solution est préconisée par la circulaire d'application de la loi du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité des personnes morales¹⁵⁵³. Au cas particulier du délit d'entrave, le juge peut prononcer une peine complémentaire d'affichage et de diffusion de la décision à l'encontre de la personne physique¹⁵⁵⁴. Cette peine pourrait être prononcée à l'encontre de la personne morale alors même qu'aucun texte ne le prévoit. Toutefois, cette solution est source d'insécurité¹⁵⁵⁵. Il est regrettable que « la suppression du principe de spécialité ait été adoptée sans concertation ni réflexion sérieuse sur les aménagements de la législation¹⁵⁵⁶ ». Les auteurs sont nombreux à inviter le législateur à reprendre le travail afin notamment d'établir une concordance entre les peines prévues pour les personnes physiques et celles encourues par les personnes morales¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵¹ Telle est la solution retenue par la circulaire du 13 février 2006 laquelle préconise « qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires spécifiques ; les autres peines susceptibles d'être prévues contre les personnes morales en application des articles 131-39 et 131-43 du Code pénal ne sont pas encourues et ne peuvent être prononcées ».

¹⁵⁵² B. BOULOC, « Les personnes morales toujours responsables pénalement », Rev. Droit des affaires, Lamy, 2006, p. 10 - F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 856, p. 825 ; M.-E. CARTIER, De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos. In Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2006, p. 120.

¹⁵⁵³ Circ. 13 févr. 2006, relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204, du 9 mars 2004, généralisant la responsabilité pénale des personnes morales, NOR : JUSDO630016C.

¹⁵⁵⁴ C. pén., art. 131-10.

¹⁵⁵⁵ A ce titre, la loi du 12 mai 2009, laquelle fait suite au rapport J.-M. COULON, parachève la généralisation de la responsabilité pénale. Rappelant que la loi Perben II a généralisée la responsabilité pénale, elle se contente d'extraire les dispositions pénales (dans ou hors le Code pénal) qui prévoyaient encore cette responsabilité et énonçaient la peine encourue. Ces précisions inutiles sont maintenant supprimées. Source de simplification, ce parachèvement reste toutefois incomplet. Il ne répond pas aux attentes de la doctrine.

¹⁵⁵⁶ M.-E. CARTIER, De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos, in Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2006, p. 120.

¹⁵⁵⁷ J.-C. PLANQUE, « Réflexions en matière de responsabilité pénale des personnes morales », Gaz. Pal., 4-6 janv. 2009, p. 11 - M.-E. CARTIER, op. cit., p. 120 - P. LE CANNU, « Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale », PA, 1993, n° 120, p. 16 - J.-H. ROBERT, Le coup d'accordéon ou le volume pénale des personnes morales, Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2006, p. 983 ; H. MATSOPOULOU, « La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », Rev. Des Sociétés, 2004, p. 283.



588. Innovation. Les sanctions encourues par la personne morale sont tournées vers le passé¹⁵⁵⁸. Orientée vers la répression, la sanction est nécessairement négative. La peine ne peut pas « se désintéresser du passé. La considération principale (...) pour le juge se situe dans le passé : infraction commise, dommage social causé, trouble dans l'ordre public, faute de l'auteur¹⁵⁵⁹ ». Toutefois, la peine ne peut se désintéresser totalement de sa fonction pédagogique. Ne pourrait-on soumettre la personne morale à l'élaboration d'un plan visant à prévenir les faits objets de l'incrimination¹⁵⁶⁰ ? Cette pratique est inspirée du « corporate-compliance ». Les entreprises établissent « un programme de conformité visant à prévenir la commission d'infractions pénales¹⁵⁶¹ ». L'objectif est de recenser les comportements répréhensibles et d'identifier les mesures permettant d'y remédier. L'élaboration d'un tel programme autoriserait l'entreprise à échapper à une condamnation ou à bénéficier d'une diminution de la sanction. Appliquée à l'entrave mais aussi aux obligations propres à la santé et à la sécurité¹⁵⁶², une telle pratique pourrait permettre à l'entreprise, en lien avec l'administration du travail et les représentants du personnel, de déterminer les bonnes pratiques à mettre en œuvre afin d'anticiper et d'amender le processus d'information et de consultation des représentants du personnel. Le plan ne saurait rester une « coquille vide ». Il doit comprendre des objectifs précis, déterminer les moyens d'y parvenir et ceux permettant leur évaluation¹⁵⁶³. Sans constituer une cause d'irresponsabilité pénale¹⁵⁶⁴, ce plan révélerait la bonne foi de l'auteur des faits pouvant motiver une décision de relaxe ou une sanction atténuée. Sa mise en œuvre constituerait une sanction positive qui pourrait être prononcée avant l'exercice des poursuites par le procureur au titre des alternatives aux poursuites ou après l'exercice des poursuites par le juge à l'occasion d'un ajournement du prononcé de la peine avec injonction de faire.

¹⁵⁵⁸ « Pourquoi avoir négligé l'aspect positif des mesures qui sont de nature à amender l'action des personnes morales ? » (P. LE CANNU, « Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale », PA, 1993, n° 120, p. 21).

¹⁵⁵⁹ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 501, p. 414.

¹⁵⁶⁰ D'autres auteurs préconisent que le juge puisse prononcer des injonctions de faire afin de remédier à la situation répréhensible et de permettre aux personnes morales d'amender leur comportement.

¹⁵⁶¹ M.-E. CARTIER, De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos, in Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2006, p.113.

¹⁵⁶² En ce sens : J.-C. PLANQUE, Réflexions en matière de responsabilité pénale des personnes morales, Gaz. Pal., 4-6 janv. 2009, p. 11.

¹⁵⁶³ Le contenu du plan fera l'objet de développements ultérieurs

¹⁵⁶⁴ M.-E. CARTIER, De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos, in Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2006, p. 113.



589. Conclusion. Accroître seulement la sévérité des peines de référence est inefficace¹⁵⁶⁵ à moins que la sanction pénale ne soit publiée, certaine et prononcée avec célérité¹⁵⁶⁶. La certitude de la sanction ne s'oppose pas à son individualisation. A ce titre, il est nécessaire de recourir tant aux mécanismes classiques de graduation des peines qu'aux peines complémentaires. La création de sanctions positives, à l'instar de « l'injonction de faire », s'inscrit dans cette démarche d'individualisation.

Section II - L'individualisation de la sanction pénale

590. Libre choix¹⁵⁶⁷. En matière correctionnelle, sauf la peine d'emprisonnement ferme¹⁵⁶⁸, le juge n'a pas à motiver sa décision¹⁵⁶⁹ et ce, quelle que soit la nature de la sanction prononcée. Il détermine librement la sanction qu'il entend infliger. Toutefois, il doit faire « œuvre de pédagogie¹⁵⁷⁰ » en explicitant les raisons pour lesquelles telle sanction a été adoptée. La sanction ne serait-elle pas mieux accueillie si le condamné connaissait les raisons qui ont conduit à son prononcé¹⁵⁷¹ ? En ayant recours au principe de personnalisation, le juge peut faire varier l'intensité de la peine (§1). Il peut aussi adapter la sanction pénale en la diversifiant. Le Code pénal lui permet de prononcer à titre de peines principales des peines complémentaires (§2).

¹⁵⁶⁵ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 16^{ème} éd., 2012, n° 565, p. 500 ; E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1196, p. 805 – P. MORVAN, *Criminologie*, LexisNexis, 2013, n° 265 et s., p. 259 et s. ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 497, p. 412.

¹⁵⁶⁶ La peine doit être perçue comme certaine et à la hauteur de celle attendue. En ce sens : P. MORVAN, *A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?*, in *La sanction en droit du travail*, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 244, p. 149.

¹⁵⁶⁷ La sanction pénale s'applique « à des faits objectifs, commis dans des circonstances particulières par un auteur dont le passé, la personnalité, la responsabilité, l'environnement, la situation, ... varient dans chaque cas, si bien que le droit pénal, sous peine d'être aveugle, doit permettre au juge d'en tenir compte en infligeant une peine » (J.-L. BERGEL, *Une problématique des sanctions pénales ?*, in *Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et sciences criminologiques*, PUAM, 2007, p. 92).

¹⁵⁶⁸ C. pén., art. 132-19, al. 2.

¹⁵⁶⁹ Voir E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1519 et s., p. 995 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la chambre criminelle », *Dr. pén.*, avr. 2003, chr. 11.

¹⁵⁷⁰ E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, 1^{ère} éd., n° 365, p. 154.

¹⁵⁷¹ Il s'agit de présenter succinctement les circonstances de l'infraction, d'explicitier les éventuelles causes d'irresponsabilité mais aussi les éventuelles causes d'aggravation ou de minoration de la peine. (Sur le principe d'absence de motivation et sur la conformité de ce principe au regard de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme : cf. E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, 1^{ère} éd., n° 360 et s., p. 152 et s.).



§I. L'intensité de la sanction pénale

591. Objectif. Le principe de personnalisation est inscrit à l'article 132-24 du Code pénal¹⁵⁷². La peine doit concilier la protection de la société, la sanction du coupable et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions. A l'aune de cet objectif, le juge correctionnel doit déterminer la nature et le quantum de la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur (I). Le Code pénal invite le juge correctionnel à ne pas prononcer une peine d'emprisonnement à moins que la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur la rendent nécessaire. Le juge doit, en tout état de cause, déterminer la sanction pénale adéquate (II).

I. Les critères de variation

592. Le juge pénal n'est pas un simple « distributeur de peines fixes¹⁵⁷³ ». La peine est choisie par le juge en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction (A) et des circonstances de celle-ci (B).

A. La personne

593. Les éléments neutres ne révèlent aucun jugement de valeur¹⁵⁷⁴. Lorsque les juges prononcent une peine d'amende, ils déterminent son montant en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction¹⁵⁷⁵. Il appartient à l'employeur ou à son représentant de rapporter les éléments permettant d'établir la situation financière dans laquelle se trouve l'entreprise. Fait-elle face à des difficultés économiques structurelles ou conjoncturelles ? Fait-elle l'objet d'une procédure de redressement ou

¹⁵⁷² Sur la valeur constitutionnelle du principe de personnalisation : v. F. DESPORTES, F. LE GUHENEZ, *Droit Pénal général, Economica*, 2009, 16^{ème} éd., n° 941 et s., p. 897 – S. FROSSARD, « Quelques réflexions relatives au principe de personnalité des peines », *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 703.

¹⁵⁷³ R. MERLE, A. VITU, *Traité de Droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 97, p. 149.

¹⁵⁷⁴ E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine, Litec*, 2010, 1^{ère} éd., n° 350, p. 147.

¹⁵⁷⁵ La citation informe le prévenu qu'il doit comparaître à l'audience en possession des justificatifs de ses revenus ainsi que de ses avis d'imposition ou de non-imposition, ou les communiquer à l'avocat qui le représente (C. proc. pén., art. 389).



de liquidation judiciaire ? En outre, il appartiendra au juge de tenir compte de la dimension de l'entreprise. S'agit-il d'une PME, d'une entreprise familiale, d'une multinationale, etc. ? Dans les entreprises de petite taille, l'employeur a-t-il les moyens de recourir « à une assistance juridique pertinente¹⁵⁷⁶ » ? Au sein des entreprises de grande taille, le juge appréciera « l'architecture des délégations (...) à mettre le chef d'entreprise à l'abri de toute poursuite au titre des infractions entrant dans le champ du transfert opéré¹⁵⁷⁷ ».

594. Les éléments psychologiques. En droit pénal, le juge peut se fonder sur des éléments afférents à l'auteur de l'infraction. Il tient compte de la minorité et « de la situation de faiblesse psychologique » de ce dernier. L'auteur des faits était-il atteint d'un trouble psychique ayant aboli son discernement ? Spécificité du droit pénal du travail, le juge ne s'attardera pas sur ces éléments.

595. Passé pénal. Le juge doit tenir compte du passé pénal de l'employeur. L'auteur des faits est-il primo-délinquant, récidiviste, multirécidiviste ? Entrent dans le champ de la personnalisation « tous les antécédents para-pénaux, fiscaux, administratifs, (...) à même d'éclairer le juge dans sa prise de décision¹⁵⁷⁸ ». Le juge doit s'appuyer sur l'expertise de l'inspection du travail et sur les relations qu'elle entretient avec la société. Parmi les antécédents administratifs, le juge doit se référer aux lettres d'observation, aux mises en demeure qui ont pu être adressées à l'employeur. La qualité du procès-verbal, la qualité du rapport annexé et la présence à l'audience de l'inspection du travail seront ici déterminantes.

B. L'infraction

596. Circonstances. Le juge a recours aux mobiles au moment de déterminer le quantum et la nature de la peine. Il peut moduler la sanction pénale en fonction des circonstances dans lesquelles l'infraction est intervenue. Son examen portera sur les relations entretenues par les institutions représentatives du personnel avec la direction,

¹⁵⁷⁶ B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », Dr. social, 2000, n° 11, p. 940.

¹⁵⁷⁷ B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », Dr. social, 2000, n° 11, p. 940.

¹⁵⁷⁸ E. GARÇON, V. PELTIER, Droit de la peine, Litec, 2010, 1^{ère} éd., n° 353, p. 149. Le juge peut tenir compte de ces éléments à condition qu'ils aient été soumis au respect du contradictoire (Cass. crim., 2 juill. 1998 : Bull. crim., 1998, n° 213).



sur le comportement de chacun à l'occasion des réunions ou en dehors d'elles. L'étude des procès-verbaux de réunion est particulièrement probante. L'employeur conteste-t-il constamment le rôle des représentants du personnel ou, au contraire, donne-t-il des gages de sa volonté de créer un dialogue social de qualité ? L'élaboration en concertation avec les instances de représentation du personnel d'un plan de bonnes pratiques constitue un facteur d'individualisation favorable dès lors qu'elle intervient après la commission d'entraves. L'employeur fait-il face à des manœuvres dilatoires répétées de la part des membres des instances de représentation du personnel afin de retarder tel ou tel projet ? Une étude approfondie des comportements des acteurs de l'entreprise est déterminante.

II. Les techniques de variation

597. Une peine d'emprisonnement ferme ne doit être prononcée que si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur la rendent nécessaire, toute autre sanction apparaissant manifestement inadéquate¹⁵⁷⁹. A condition que la personnalité et la situation du condamné le permettent, cet emprisonnement doit faire l'objet d'une mesure d'aménagement : semi-liberté¹⁵⁸⁰, placement à l'extérieur¹⁵⁸¹, fractionnement de la peine¹⁵⁸². Outre ces mécanismes de variation propres à l'emprisonnement¹⁵⁸³, d'autres dispositifs permettent une adaptation de la peine, en l'atténuant via l'ajournement ou le sursis (A) ou en l'aggravant en cas de récidive (B).

A. L'atténuation

598. Le Code du travail assortit de sanctions pénales l'inobservation des prescriptions édictées pour assurer la santé et la sécurité des salariés ou l'information et la consultation de leurs représentants du personnel. Mais la condamnation du prévenu constitue-t-elle « une réponse appropriée, dans la mesure où le but poursuivi (...) est

¹⁵⁷⁹ C. pén., art. 132-24.

¹⁵⁸⁰ C. pén., art. 132-25, al. 1.

¹⁵⁸¹ C. pén., art. 132-25, al. 7.

¹⁵⁸² C. pén., art. 132-28.

¹⁵⁸³ Le fractionnement de l'amende est toutefois possible à condition qu'il réponde à un motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social (C. pén., art. 708, al. 3).



moins de punir que d'obtenir la mise en conformité de telle mesure avec la loi¹⁵⁸⁴ » ? A cet égard, l'ajournement avec injonction ou le sursis avec mise à l'épreuve présentent un intérêt certain. Autre hypothèse, le chef d'une entreprise familiale est exposé à de multiples fautes de gestion commises de manière non intentionnelle. S'il redoute la sanction pénale, il « l'assume comme une fatalité tant il a la conviction qu'il ne peut échapper à l'erreur et que plaider l'erreur de droit est un exercice difficile¹⁵⁸⁵ ». La dispense de peine ne mérite-t-elle pas d'être utilisée ? L'atténuation au stade du prononcé de la peine (1°) ou au stade de son exécution (2°) peut se révéler pertinente.

1°. L'atténuation au stade du prononcé de la peine

599. Le « pardon judiciaire¹⁵⁸⁶ ». Lorsqu'il apparaît que le reclassement du prévenu est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé, le juge peut dispenser de peine l'auteur des faits incriminés¹⁵⁸⁷. Il y a « dissociation immédiate et définitive entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine¹⁵⁸⁸ ». La dispense de peine s'applique à toutes les sanctions principales et entraîne l'exclusion des peines complémentaires¹⁵⁸⁹.

600. L'ajournement¹⁵⁹⁰. Lorsque les conditions de la dispense de peine ne sont pas remplies mais qu'elles pourraient l'être dans un avenir proche¹⁵⁹¹, le juge peut ordonner l'ajournement du prononcé de la peine. La juridiction renvoie sa décision sur le fond à une date ultérieure.

¹⁵⁸⁴ F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 1028, p. 961.

¹⁵⁸⁵ B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », *Dr. social*, 2000, n° 11, p. 940.

¹⁵⁸⁶ P. COUV RAT, « L'ajournement du prononcé de la peine. De quelques difficultés », *Rev. sc. crim.*, 1985, p. 622. Adde, « Partout où existe une autorité disciplinaire, que ce soit dans la famille au profit du père ou dans les administrations au profit des supérieurs hiérarchiques, la première loi de la bonne discipline... c'est presque toujours, à moins de cas absolument graves, le pardon pour la première faute. La société serait donc seule à ne jamais pardonner » (R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, 2^{ème} éd., 1909, éd. Alcan, p. 196).

¹⁵⁸⁷ C. pén., art. 132-59.

¹⁵⁸⁸ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 16^{ème} éd., 2012, n° 565, p. 500.

¹⁵⁸⁹ Le juge doit statuer sur l'action civile (C. pén., art. 132-58, al. 2).

¹⁵⁹⁰ Th. PAPT HEODOROU, « La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français », *Rev. sc. crim.*, 1997, p. 15.

¹⁵⁹¹ J. PRADEL, *op. cit.*, n° 565, p. 500.



601. Le juge peut ordonner l'ajournement simple du prononcé de la peine lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est en voie d'être acquis, que le dommage causé est en voie d'être réparé et que le trouble résultant de l'infraction va cesser. La présence du prévenu à l'audience est indispensable.

602. Dans des conditions identiques à l'ajournement simple, le tribunal correctionnel peut prononcer un ajournement avec mise à l'épreuve pendant un an au plus¹⁵⁹². Il peut imposer l'observation de l'une ou plusieurs obligations mentionnées à l'article 132-45 du Code pénal parmi lesquelles l'obligation de suivre un enseignement ou une formation professionnelle ou de réparer tout ou partie des dommages causés par l'infraction¹⁵⁹³. Aussi séduisant soit-il, ce mécanisme n'apparaît pas adapté à la réalité du monde de l'entreprise au regard des contraintes qu'emporte la mise à l'épreuve¹⁵⁹⁴.

603. L'ajournement avec injonction s'applique à un prévenu personne physique ou personne morale. Sa présence à l'audience n'est pas déterminante. Cette décision d'ajournement ne peut intervenir qu'une seule fois. Le Code du travail a recours à ce mécanisme en matière d'égalité professionnelle. Est retenu le principe d'une dispense de peine au profit de l'employeur déclaré coupable de discrimination sexuelle s'il répond à l'injonction du juge dans un délai déterminé par des mesures concrètes propres à assurer le rétablissement de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes¹⁵⁹⁵.

604. Ce mécanisme ne peut être mis en œuvre que si un texte d'incrimination le prévoit. Il est permis de regretter que ce système ne soit pas davantage praticable¹⁵⁹⁶,

¹⁵⁹² C. pén., art. 132-63. Seules les personnes physiques peuvent bénéficier d'un ajournement avec mise à l'épreuve.

¹⁵⁹³ C. pén., art. 132-45, al. 1, 5°, 18. Voir E. GARÇON, V. PELTIER, *Droit de la peine*, Litec, 2010, 1^{ère} éd., n° 658 et s, p. 272.

¹⁵⁹⁴ Au cours du délai d'épreuve, le prévenu doit satisfaire aux mesures de contrôle qui lui sont imposées par le Code pénal, notamment répondre aux convocations du juge de l'application des peines et du travailleur social ou prévenir des éventuels changements de résidence ou des déplacements effectués (C. pén., art. 132-43 et 132-44).

¹⁵⁹⁵ L'adoption des mesures doit se faire en concertation avec le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel (C. trav., art. L. 1146-2 et 3 ; J.-F. CESARO, « Un nouveau droit de l'égalité professionnelle ? », *Dr. social*, 2008, p. 654 ; J.-F. CESARO, *Les sanctions*, in *L'égalité en droit social*, LexisNexis, 2012, p. 97).

¹⁵⁹⁶ A. COEURET, E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », *Rev. sc. crim.*, 2000, p. 37 ; F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 1026, p. 960 ; Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », *Dr. social*, 1987, p. 514 ; Ch. LAZERGUES, « La



spécialement en matière d'entrave. A ce titre, l'injonction pourrait être de deux ordres. En premier lieu, le juge pourrait enjoindre l'employeur de procéder à l'information et à la consultation des représentants du personnel conformément aux prescriptions légales. Toutefois, cette voie apparaît inopérante au regard du temps judiciaire¹⁵⁹⁷. Seconde voie, le juge pourrait enjoindre l'employeur de procéder à l'élaboration d'un plan de bonnes pratiques. Si la menace de la sanction ne constitue pas une incitation suffisante, le Code pénal permet au juge d'assortir l'injonction d'une astreinte¹⁵⁹⁸. Ces possibilités de dissuasion sont plus « profitables à la justice et au monde du travail que la voie de la répression pure et dure¹⁵⁹⁹ ».

605. Issue. Quel que soit le mécanisme retenu, l'ajournement du prononcé de la peine « oblige à reconvoquer le délinquant donc à audiencer à nouveau son affaire, [occasionnant] une surcharge de travail¹⁶⁰⁰ ». A l'audience de renvoi, tenant compte de la conduite du prévenu, le juge peut soit le dispenser de peine, soit prononcer la peine prévue par la loi, soit ajourner une nouvelle fois son prononcé¹⁶⁰¹.

2°. L'atténuation au stade de l'exécution de la peine

606. Le sursis simple¹⁶⁰². Le juge correctionnel qui prononce une peine peut ordonner qu'il soit sursis à son exécution¹⁶⁰³. Le prévenu doit être averti en personne des conséquences qu'entraînerait une condamnation pour une nouvelle infraction commise

diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction au droit pénal du travail », Rev. sc. crim., 1992, p. 499.

¹⁵⁹⁷ De longs mois séparent la commission de l'infraction du prononcé de la peine. A cet égard, la saisine du juge des référés ou de l'administration du travail s'agissant de l'information et de la consultation dans une phase de restructuration apparaît plus efficiente.

¹⁵⁹⁸ A condition que le texte d'incrimination le prévoit (C. pén., art. 132-67).

¹⁵⁹⁹ Y. MAYAUD, « Les recours au juge répressif », Dr. social, 1987, p. 514.

¹⁶⁰⁰ Ch. LAZERGUES, « La diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction au droit pénal », Rev. sc. crim., 1992, p. 497.

¹⁶⁰¹ C. pén., art. 132-60 et s.

¹⁶⁰² Pour un descriptif complet du sursis simple : E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1530 et s., p. 1005 - E. GARÇON, V. PELTIER, Droit de la peine, Litec, 2010, 1^{ère} éd., n° 615, p. 257.

¹⁶⁰³ Lorsque l'auteur des faits est une personne physique, le sursis est applicable en matière correctionnelle, aux condamnations d'emprisonnement prononcées pour une durée inférieure ou égale à cinq ans au plus, à l'amende, à la peine de jours-amende, aux peines complémentaires à l'exception de la peine d'affichage. Lorsque le délinquant est une personne morale, le sursis est applicable en matière correctionnelle aux condamnations à une amende et à certaines peines énumérées à l'article 131-39 du Code pénal (C. pén., art. 132-32).



dans des délais fixés par le juge. Le sursis simple emporte suspension de l'exécution de la peine pendant une durée de cinq ans maximum¹⁶⁰⁴. Si aucune infraction n'a été commise dans le délai fixé, la condamnation initiale est déclarée non avenue. Dans le cas contraire, la condamnation initiale est mise à exécution. Le sursis est révoqué.

607. Le sursis à l'exécution de la condamnation n'est pas « autre chose que la substitution d'une peine judiciaire personnelle à une menace judiciaire anonyme¹⁶⁰⁵ ». A l'égard de certains employeurs¹⁶⁰⁶, primo-délinquants ou récidivistes, cette suspension de l'exécution de la peine produit « une menace suffisante pour [les] inciter à se conduire correctement¹⁶⁰⁷ ». Est constaté un engouement certain pour le prononcé d'une peine d'emprisonnement avec sursis en matière d'entrave. En témoigne la quinzaine de décisions rendues par la Cour de cassation depuis 1988¹⁶⁰⁸. Ce « relatif engouement¹⁶⁰⁹ » pour le prononcé d'une peine avec sursis trouve sa source dans diverses interventions du législateur. Ce dernier exhorte les juges correctionnels au prononcé du sursis et à n'appliquer la peine d'emprisonnement qu'après avoir spécialement motivé le choix de celle-ci¹⁶¹⁰.

608. Le sursis avec mise à l'épreuve a un champ d'application limité. Applicable aux seules personnes physiques, il ne peut être prononcé que pour une condamnation à une peine de prison d'une durée inférieure ou égale à cinq ans¹⁶¹¹. La mise à l'épreuve est une procédure contraignante pour l'auteur des faits. Elle aboutit à une véritable « mise en tutelle du délinquant¹⁶¹² ». Elle participe surtout d'« une liberté surveillée¹⁶¹³ » en ce qu'elle emporte application de mesures de contrôle et impose des obligations de faire ou de ne pas faire visées à l'article 132-45 du Code pénal. Un tel

¹⁶⁰⁴ C. pén., art. 132-35.

¹⁶⁰⁵ P. CUCHE, Précis de droit criminel, Dalloz, 5^{ème} éd., 1934, p. 217.

¹⁶⁰⁶ Seraient potentiellement visés ici les dirigeants d'entreprises de grande taille.

¹⁶⁰⁷ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1530, p. 1005.

¹⁶⁰⁸ Cass. crim., 8 nov. 2011, n° 10-82.151 ; Cass. crim., 13 avr. 2010, n° 09-83649 ; Cass. crim., 25 sept. 2007, n° 06-84.599 : Bull. crim., 2007, n° 222 ; Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-85141 : Bull. crim., 2004, n° 22 ; Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 03-81366 : Bull. crim., 2003, n° 190 ; Cass. crim., 16 sept. 2003, n° 02-86661 : Bull. crim., 2003, n° 164 ; Cass. crim., 28 juin 1994, n° 93-82824 ; Cass. crim., 29 nov. 1988, n° 86-92693.

¹⁶⁰⁹ E. GARÇON, V. PELTIER, Droit de la peine, Litec, 2010, 1^{ère} éd., n° 613, p. 256.

¹⁶¹⁰ C. pén., art. 132-19, al. 2.

¹⁶¹¹ C. pén., art. 132-40 et s.

¹⁶¹² B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 799, p. 597.

¹⁶¹³ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1548, p. 1012.



mécanisme doit être exclu en cas d'entrave à moins qu'il ne fasse l'objet d'une adaptation aux réalités économiques et sociales de l'entreprise¹⁶¹⁴.

B. L'aggravation

609. La récidive légale. Une personne n'est en état de récidive légale qu'à la condition que « les deux infractions qui lui sont successivement reprochées ont été séparées entre elles par un jugement devenu définitif de condamnation¹⁶¹⁵ ». En l'absence de jugement, il n'y a que concours réel d'infractions¹⁶¹⁶. L'état de récidive légale s'apprécie objectivement au moyen d'une comparaison entre deux termes.

610. Le premier est constitué par une condamnation pénale définitive et toujours existante, prononcée par une juridiction française. Le second résulte de la commission d'une nouvelle infraction. Si plusieurs situations peuvent être distinguées, nous n'envisagerons que l'hypothèse de la récidive purement correctionnelle. La récidive conduit au relèvement des peines principales à condition que le prévenu, déjà condamné définitivement pour un délit, commette, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration de la précédente peine, un délit identique¹⁶¹⁷. Spéciale¹⁶¹⁸, la récidive ne peut être caractérisée que par la commission d'infractions relevant de la même qualification.

611. Conséquences. La récidive emporte le doublement des peines d'emprisonnement et d'amende encourues. Appliquée au délit d'entrave, la peine d'emprisonnement serait de deux ans. En raisonnant par analogie avec la règle qui joue en matière d'hygiène et de sécurité, la peine actuelle d'un an d'emprisonnement pourrait être réservée au seul récidiviste. Quant à la peine d'amende, elle oscillerait entre 15 000 et 30 000 euros s'agissant de la condamnation d'une personne physique. Le quantum de

¹⁶¹⁴ A cet égard, l'une des adaptations à réaliser consisterait en la suppression des convocations et des visites du travailleur social. De même, l'obligation de prévenir le juge des déplacements que l'employeur serait amené à accomplir est de nature à faire obstacle à la bonne exécution de ses obligations professionnelles.

¹⁶¹⁵ E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1399, p. 923.

¹⁶¹⁶ C. pén., art. 132-2.

¹⁶¹⁷ C. pén., art. 132-10.

¹⁶¹⁸ F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 925, p. 882 ; C. de JACOBET de NOMBEL, Théorie générale des circonstances aggravantes, Dalloz, coll., NBT, 2006, n° 117 ; E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1428, p. 941.



la peine serait portée à 150 000 euros au maximum pour les personnes morales. En effet, lorsque la récidive est constituée, la personne morale encourt le décuple de l'amende prévue pour les personnes physiques.

§II. L'adaptation de la sanction pénale

612. Diversification. Nombreux sont les auteurs à appeler à une diversification des sanctions pénales. Ils souhaitent qu'il soit recouru plus fréquemment aux peines complémentaires que le Code pénal permet de prononcer à titre de peines principales en matière correctionnelle¹⁶¹⁹ (I). Le juge pénal dispose d'autres moyens de diversification de la sanction pénale parmi lesquels le jour-amende et la sanction-réparation. Ils doivent être privilégiés (II).

I. Le recours aux peines complémentaires

613. Parmi les peines complémentaires, seuls l'affichage et la diffusion de la décision (A) ou l'obligation de formation (B) présentent un intérêt certain.

A. La sanction médiatique

614. Name and shame à la française. L'impact d'une condamnation sur l'image de l'entreprise est important aux yeux des dirigeants. En témoignent les protestations des organisations patronales¹⁶²⁰ suite à la mise en place d'un classement des grandes entreprises en matière de prévention du stress professionnel. Ce système permettait d'évaluer l'état d'avancement dans la mise en œuvre d'une politique de prévention du stress au travail¹⁶²¹. L'atteinte à l'image des entreprises était caractérisée. Le conseil

¹⁶¹⁹ C. pén., art. 131-5-1 et 131-11.

¹⁶²⁰ Face aux réclamations patronales, le système, « inspiré de la pratique du name and shame fit long feu (...) et fut retiré » (P. MORVAN, A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?, in La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 231, p. 140 ; J.-E. RAY, Sanctions et incitations en droit du travail, Liaisons sociales Magazine, Janv. 2011, p. 96).

¹⁶²¹ Le ministère du Travail n'avait publié sur le site internet « travailler-mieux.gouv.fr » que la liste classée verte. Il s'agissait des entreprises qui avaient déclaré avoir signé un accord ou engagé un plan d'action concerté. Les autres listes, orange et rouge, n'ont pas fait l'objet de publication. Elles visaient les entreprises ayant déclaré avoir engagé une ou plusieurs réunions de négociation d'un accord (orange) ou



d'orientation sur les conditions de travail observait que « cette stigmatisation avait imprimé à la négociation collective sur ce thème un élan qui était retombé avec la baisse de la pression gouvernementale¹⁶²² ».

615. La sanction d'affichage ou de diffusion a un réel retentissement en ce qu'elle porte atteinte à l'image, à la réputation d'une société. Elle peut « guider les choix de la clientèle d'un groupe, détourner le public d'une organisation philanthropique, déconsidérer un syndicat¹⁶²³ ». Toutefois, la diffusion ou l'affichage demeure l'ultime peine infamante en ce qu'elle cherche « à atteindre le condamné dans la réputation qu'il a auprès de ses concitoyens¹⁶²⁴ ». La publication est une sanction pénale qui doit être strictement encadrée et réservée à la seule personne morale¹⁶²⁵.

616. Conditions. La publication peut se faire par voie d'affichage ou de diffusion. Il appartient au juge de préciser la durée et les lieux de l'affichage. Il peut également ordonner la diffusion d'un communiqué dont il aura précisé le contenu. La diffusion peut être effectuée par insertion au Journal officiel ou dans d'autres publications de presse. Ces modalités sont alternatives. Un juge ne saurait prononcer l'affichage et la diffusion sauf si un texte spécial le prévoit. Les frais d'affichage ou de diffusion sont supportés par le condamné mais ne peuvent excéder le maximum de l'amende encourue¹⁶²⁶.

B. L'obligation de formation : une sanction pédagogique

celles ayant répondu négativement au questionnaire du ministère ou n'ayant apporté aucun élément permettant de constater un engagement de négociation ou d'action sur le stress (rouge).

¹⁶²² P. MORVAN, A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?, in La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 231, p. 140.

¹⁶²³ P. LE CANNU, « Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale », PA, 1993, n° 120, p. 17.

¹⁶²⁴ B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 628, p. 494.

¹⁶²⁵ La peine d'affichage ou de diffusion constitue « une résurgence de la peine d'exposition publique ». Elle produit un « effet afflictif en dehors du droit pénal des affaires car la flétrissure morale qui en résulte peut rejaillir sur la famille du condamné, ce qu'il ne souhaite pas forcément » (E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1306, p. 880).

¹⁶²⁶ C. pén., art. 131-35.



617. Expérimentation. Dans une étude sur les sanctions et mesures correctives de l'inspection du travail¹⁶²⁷, le Professeur AUVERGNON a relevé le développement de diverses pratiques¹⁶²⁸ prises localement dans le cadre des mesures alternatives aux poursuites. Parmi les initiatives observées, il relève la formation des chefs d'entreprise qui ont fait l'objet de procès-verbaux de l'inspecteur du travail en matière d'hygiène et de sécurité ou de santé au travail. Cette pratique des « stages professionnels » s'inscrit dans le cadre de la composition pénale qui peut être proposée par le procureur de la République avant l'exercice des poursuites¹⁶²⁹. Pour le ministère de la Justice, le domaine de la sécurité et de la santé au travail constitue l'un des champs d'application des « stages alternatifs aux poursuites¹⁶³⁰ ». Il est permis de regretter que le ministère de la Justice n'ait pas généralisé cette pratique des « stages professionnels » aux autres branches du droit du travail, spécialement au droit de la représentation collective. Ce « stage professionnel » constituerait une sanction pénale particulièrement appropriée pour les chefs d'entreprises familiales ou de petite taille. Les stages peuvent « se décliner, dans leur variété, en diverses qualifications, expresses ou tacites, plus ou moins imprégnées de considérations répressives (...) le stage gouverne le choix punitif¹⁶³¹ ». Le stage peut être une cause d'extinction de la poursuite¹⁶³², une obligation du sursis avec mise à l'épreuve¹⁶³³, une modalité de l'ajournement avec injonction ou une peine¹⁶³⁴.

618. Objectif. L'objectif du stage est d'apporter « une réponse pédagogique et [de tendre] à la prévention de la réitération (...). Il doit favoriser une prise de conscience de la nature et des conséquences de la transgression de la loi¹⁶³⁵ ». Il vise à faire connaître et à expliquer les textes législatifs et réglementaires applicables, à inciter les chefs

¹⁶²⁷ Ph. AUVERGNON, Etude sur les sanctions et mesures correctives de l'inspection du travail, Document de travail, n° 15 avril 2011, BIT, p. 53.

¹⁶²⁸ Ph. AUVERGNON, n° 15 avril 2011, BIT, p. 54.

¹⁶²⁹ C. proc. pén., art. 41-2, 7.

¹⁶³⁰ Circ. Min. Just. DACG, 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur, n° CRIM.04-3/E5-16-03-04. Dans le même sens : « Le domaine de la sécurité et de la santé au travail est donc directement concerné par la composition pénale » (Note DGT relative aux stages professionnels et aux alternatives aux poursuites, 20 avr. 2010, réf. D.10-0553).

¹⁶³¹ G. VERMELLE, Stages, in Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, p. 1138.

¹⁶³² C. Proc. pén., art. 41-1 et 2.

¹⁶³³ C. pén., art. 132-45.

¹⁶³⁴ C. pén., art. 131-6.

¹⁶³⁵ Circ. Min. Just. DACG, 16 mars 2004, op. cit., annexe fiche n° 7.



d'entreprise à prendre en compte le droit de la représentation collective. Ce stage tend à faire évoluer les comportements des responsables d'entreprises et de leurs salariés.

619. Contenu. Le stage n'a « véritablement de sens que s'il est en rapport avec l'infraction commise¹⁶³⁶ ». La formation s'organiserait autour d'ateliers théoriques et d'ateliers pratiques. Ateliers théoriques d'abord, le contenu de la formation pourrait être adapté à la situation personnelle de l'entreprise et de son responsable. A ce titre, l'élaboration d'un questionnaire sur la situation de l'entreprise au regard du droit de la représentation collective permettrait d'en adapter le contenu. Des ateliers pourraient aborder de manière très générale les thèmes de la mise en place, du fonctionnement ou des attributions des institutions représentatives du personnel. D'autres, plus « ciblés », pourraient porter sur le thème de l'infraction relevée : les budgets du comité d'entreprise, la communication des informations au comité d'entreprise ou encore l'articulation des consultations dans une phase de restructuration. Ateliers pratiques, la formation doit proposer aux chefs d'entreprise des mises en situation et favoriser l'échange de bonnes pratiques.

620. Les modalités du stage doivent être déterminées par décret. Le stage professionnel obéit à « des exigences pédagogiques¹⁶³⁷ » lesquelles tiennent notamment à la détermination d'un calendrier, des programmes, des lieux, du contrôle et de la validation du contenu de la formation. L'animation des stages professionnels par les directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi doit être nourrie par les interventions des différents acteurs du droit social : universitaires, inspecteurs du travail, médecins du travail, avocats, magistrats, etc. La formation a un coût. Un mécanisme analogue à celui existant en matière de diffusion du jugement peut être adopté : les frais de formation sont supportés par le prévenu à hauteur du maximum de l'amende encourue.

II. Le recours aux peines alternatives

621. L'institution de peines alternatives à l'image du jour-amende (A) et de la sanction-réparation (B) qui peuvent être prononcées à la place de l'amende ou de

¹⁶³⁶ G. VERMELLE, Stages, in Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, p. 1137.

¹⁶³⁷ G. VERMELLE, Stages, in Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, p. 1137.



l'emprisonnement à titre de peine principale, ouvre la voie à la personnalisation des peines.

A. Le jour-amende

622. « A mi-chemin entre l'amende et l'emprisonnement¹⁶³⁸ » le jour-amende est encourue par les personnes physiques en matière correctionnelle. La peine de jours-amende présenterait en matière d'entrave un double intérêt. Elle constituerait tant une alternative à l'emprisonnement qu'un moyen de justice sociale.

623. Une alternative à l'emprisonnement. Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, le juge correctionnel peut, à la place de l'emprisonnement, prononcer une peine de jours-amende. Le Code pénal ne présente pas expressément cette peine comme une alternative à l'emprisonnement¹⁶³⁹. Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'elle permet au juge correctionnel de sanctionner autrement un chef d'entreprise qui ne présente aucune « dangerosité » imposant de le priver de liberté. Le juge dispose d'« un substitut en numéraire aux journées d'enfermement qui auraient pu être prononcées¹⁶⁴⁰ ».

624. Un moyen de justice sociale ? Le législateur a entendu parvenir au prononcé « de peines pécuniaires qui représentent le même sacrifice financier pour tous les condamnés, par la diminution de leur niveau de vie proportionnelle à l'importance de leurs ressources¹⁶⁴¹ ». La peine de jours-amende est distincte de la peine d'amende. Elles ne peuvent être prononcées cumulativement¹⁶⁴². Ce mécanisme ne constitue pas « une technique d'individualisation de la peine¹⁶⁴³ » ni une « simple modalité de

¹⁶³⁸ E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1291, p. 872.

¹⁶³⁹ Aucun texte, à l'exception de la circulaire d'application, n'interdit au juge de prononcer cumulativement une peine de jours-amende et une peine d'emprisonnement. Au demeurant cette solution n'a jamais été pratiquée (Voir J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Themis », 6^{ème} éd. 2005, p.446 ; F. DESPORTES, F. LE GUHENEC, *Droit Pénal général*, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 788 et s., p. 744 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Préc., Dalloz, 22^{ème} éd., 2011, n° 560, p. 452).

¹⁶⁴⁰ E. DREYER, *Droit Pénal général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1291, p. 872 ; dans le même sens : B. SCHÜTZ, *Les jours-amende : entre l'espoir et la réalité*, in Mél. A. VITU, *Droit pénal contemporain*, Cujas, 1989, p. 460.

¹⁶⁴¹ B. SCHÜTZ, *Les jours-amende : entre l'espoir et la réalité*, in Mél. A. VITU, *Droit pénal contemporain*, Cujas, 1989, p. 460.

¹⁶⁴² C. pén., art. 131-9.

¹⁶⁴³ B. BOULOC, *Chronique législative*, Rev. sc. crim., 1983, p. 691.



calcul¹⁶⁴⁴ ». Toutefois, elle permet d'adapter le quantum de l'amende en fonction de la situation financière du prévenu. L'institution du jour-amende présente un intérêt certain en ce qu'elle peut conduire le juge à dépasser le maximum de l'amende prévue pour une infraction. Toutefois, le législateur a posé une double limite. Le montant de chaque jour-amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges du prévenu et ne peut excéder 1 000 euros. De plus, le nombre de jours-amende est déterminé en tenant compte des circonstances de l'infraction, il ne peut excéder trois cent soixante. Le défaut total ou partiel de paiement entraîne l'incarcération du condamné pour une durée correspondant au nombre de jours-amende impayés.

B. La sanction-réparation

625. Un « hybride transgénique¹⁶⁴⁵ ». Hybride, la peine de sanction réparation est autant une peine alternative qu'une peine complémentaire à l'emprisonnement et à l'amende auxquels elle peut se substituer ou qu'elle peut compléter. Emportant obligation de réparation, la peine de « sanction-réparation » est assurément « transgénique ». Cette peine s'inscrit dans le courant qui tend à placer la victime au cœur du droit pénal et à faire de la réparation « un élément essentiel de la réinsertion du condamné¹⁶⁴⁶ ». L'exposé des motifs de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance confirme cette orientation : « la création de cette nouvelle peine vient combler une évidente lacune de notre droit pénal et de notre procédure pénale au regard des objectifs de répression d'une part et d'indemnisation des victimes d'autre part ». La prise en compte du préjudice subi par le droit pénal n'est pas en soi une innovation¹⁶⁴⁷. Avec la création de la peine de « sanction-réparation », la fonction

¹⁶⁴⁴ B. SCHÜTZ, op. cit., p. 464.

¹⁶⁴⁵ F. DESPORTES, F. LE GUHENEZ, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 790-9, p. 751.

¹⁶⁴⁶ M. GIACOPELLI, « Libres propos sur la sanction-réparation », D. 2007, p. 1551.

¹⁶⁴⁷ En effet, la réparation du préjudice subi par la victime est une condition préalable en cas de recours aux alternatives aux poursuites. En outre, la réparation du préjudice peut conditionner tant le prononcé que l'exécution de la peine. La réparation peut constituer l'une des obligations à la charge du prévenu en cas de sursis avec mise à l'épreuve ou en cas d'ajournement du prononcé de la peine avec injonction de faire (F. DESPORTES, F. LE GUHENEZ, op. cit., n° 790-9, p. 751). Toutefois, à la différence de la sanction-réparation, il n'y a « aucune confusion possible entre la peine et la réparation qui s'articulent entre elles selon des modalités bien définies » (E. FORTIS, Janus et la responsabilité, Variations sur la sanction-réparation créée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, in Mél G. VINEY, LGDJ, 2008, p. 452). Nombreux sont les auteurs à dénoncer cette confusion (B.



réparatrice de la sanction pénale atteint son paroxysme¹⁶⁴⁸. La réparation du préjudice n'est plus une simple « condition d'une diminution ou d'une absence de peine¹⁶⁴⁹ » ; elle devient une véritable sanction pénale. « La réparation est nommée peine¹⁶⁵⁰ ».

626. Intérêt pratique. Cette peine profite avant tout à la victime¹⁶⁵¹ ; elle peut en bénéficier même en l'absence de constitution de partie civile¹⁶⁵². Un tribunal correctionnel pourrait, sur les réquisitions du procureur de la République ou à la demande d'une organisation syndicale qui se serait constituée partie civile¹⁶⁵³, exhorter l'employeur à réparer en nature ou à indemniser le préjudice subi par le comité d'entreprise ou à lui payer des dommages-intérêts ; l'accord de la victime n'est requis que pour l'exécution de la peine en nature. L'exécution de la réparation est constatée par le procureur de la République ou son délégué¹⁶⁵⁴.

627. Dans le courant, contestable, qui tend à placer la fonction réparatrice au cœur du droit pénal, la sanction-réparation a le mérite de répondre à un paradoxe¹⁶⁵⁵. Le procureur de la République ou le juge correctionnel se préoccupe du sort de la victime lorsqu'il met en place une alternative aux poursuites pour les infractions délictuelles les moins graves ou prononce une peine assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve pour les délits les plus graves¹⁶⁵⁶. Il n'existait aucune solution pour les délits d'une gravité intermédiaire, à l'image du délit d'entrave, lesquels font l'objet d'une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis simple. Si, en se constituant partie civile, la

PAILLARD, La fonction réparatrice de la répression pénale, thèse, LGDJ, 2007 ; E. DREYER, Droit Pénal général, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2012, n° 1305, p. 878 ; J.-F. CESARO, La sanction pénale, in La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 152, p. 87).

¹⁶⁴⁸ B. PAILLARD, La fonction réparatrice de la répression pénale, thèse, LGDJ, 2007. Pour cet auteur, la responsabilité pénale est fondée sur une faute « qui rejette la fonction réparatrice, il faudrait logiquement en tirer les conséquences nécessaires et purger la sanction pénale de son encombrante fonction réparatrice » (B. PAILLARD, op. cit., n° 654, p. 313).

¹⁶⁴⁹ E. FORTIS, Janus et la responsabilité, Variations sur la sanction-réparation créée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, in Mél. G. VINEY, LGDJ, 2008, p. 452.

¹⁶⁵⁰ E. FORTIS, op. cit., p. 452.

¹⁶⁵¹ J. PRADEL, Droit pénal général, Cujas, 19^{ème} éd., 2012, n° 607, p. 510.

¹⁶⁵² J. PRADEL, Droit pénal général, Cujas, 19^{ème} éd., 2012, n° 607, p. 510.

¹⁶⁵³ Il ne s'agit nullement d'une condition de mise en œuvre de la peine de sanction-réparation. Elle peut être prononcée librement par le juge. Toutefois, cette sanction pourrait être une conséquence de la constitution de partie civile d'une organisation syndicale lorsqu'elle agit seule dans l'intérêt collectif de la profession.

¹⁶⁵⁴ C. Pén. art. 131-8-1, al. 4.

¹⁶⁵⁵ F. DESPORTES, F. LE GUHENEZ, Droit Pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n° 790-9, p. 751.

¹⁶⁵⁶ F. DESPORTES, F. LE GUHENEZ, op. cit., n° 790-9, p. 751.



victime pouvait obtenir le versement de dommages-intérêts, elle devait recourir à l'exécution forcée si le prévenu ne s'exécutait pas. Or, l'objectif de la sanction-réparation est d'assurer l'effectivité du paiement des dommages-intérêts. Le non-respect de la mesure peut conduire le juge à prononcer une sanction pénale. Il lui appartient de fixer la durée maximum de l'emprisonnement ou le montant maximum de l'amende¹⁶⁵⁷ qui pourra être prononcé le cas échéant. Cette « peine de peine¹⁶⁵⁸ » aurait pour fonction de faciliter l'exécution d'une autre peine¹⁶⁵⁹.

628. Conclusion. L'aggravation de la sévérité des peines de référence, les démarches innovantes en matière de sanction, ajoutées aux efforts d'individualisation menés par le juge sont autant de moyens permettant d'accroître, chez les employeurs, « la perception et la conscience du risque pénal¹⁶⁶⁰ ».

¹⁶⁵⁷ Ils ne peuvent excéder respectivement six mois et 15 000 euros (C. pén., art. 131-8-1, al. 5).

¹⁶⁵⁸ Ph. SALVAGE, « Les peines de peine », *Dr. pén.*, 2008, étude n° 9.

¹⁶⁵⁹ N'est-ce pas l'arbre qui cache la forêt ? Les peines d'emprisonnement et d'amende sont loin d'être toujours exécutées. Susceptible d'influencer le comportement du prévenu, le prononcé d'une peine différée ne paraît pas cependant « de nature à résoudre globalement le problème des difficultés d'exécution des sanctions pénales car il se révèle, à la réflexion, aussi aléatoire, voire plus lourdes que les moyens de contrainte habituels. Ce n'est pas nécessairement en ajoutant des peines aux peines que l'on simplifie la matière tout en la rendant plus efficace » (Ph. SALVAGE, « Les peines de peine », *Dr. pén.*, 2008, étude n° 9, n° 12).

¹⁶⁶⁰ P. MORVAN, *op. cit.*, n° 240, p. 148.



Conclusion - Titre II

629. Un sursaut. Convaincre les entreprises « que la certitude, la sévérité et la célérité de la peine ont augmenté est une opération de communication délicate¹⁶⁶¹ ». Elle appelle de la part des autorités judiciaires en lien avec l'administration du travail un véritable sursaut¹⁶⁶². La quête de l'effectivité induit la définition d'une véritable politique pénale du travail commune. Ainsi, la qualité des procès-verbaux, le recours à des audiences spécialisées, le recours aux alternatives aux poursuites, la définition de nouvelles sanctions associées aux efforts d'individualisation de ces dernières peuvent accroître la certitude et la célérité des procédures. Cette politique doit aussi permettre de faire connaître les motifs de l'accroissement de la sévérité des peines justifié notamment par le champ d'application, désormais restreint, de la voie pénale et par la nature de la valeur sociale protégée, le droit de la représentation collective revêtant un caractère fondamental. La détermination de priorités et d'objectifs communs, le développement de la formation des magistrats et celle des inspecteurs du travail, notamment sur les enjeux économiques et sociaux dans l'entreprise ou sur les rouages de leurs administrations respectives, permettront d'accroître la prise de conscience par eux et par l'ensemble des acteurs de l'entreprise de l'importance du droit pénal du travail.

¹⁶⁶¹ P. MORVAN, A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ?, in La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 240, p. 148.

¹⁶⁶² « Réaction par laquelle on se ressaisit après une période de renoncement » (Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, www.cnrtl.fr).



Conclusion – Partie I

630. Une vision parcellaire. La quête de l'effectivité du droit de la représentation collective imposait que soient étudiées les questions classiques de caractérisation de l'élément moral, d'identification des responsables, d'engagement des poursuites et de prononcé d'une condamnation. Des réponses substantielles et structurelles inscrites dans la tradition pénale française ont été apportées. Elles n'offrent qu'une vision parcellaire des solutions permettant de remédier à l'ineffectivité. La restriction du champ d'application de la sanction pénale aux seules infractions d'entrave revêtant un caractère fondamental, et assorties d'une intention de nuire caractérisée, suppose la quête d'autres mesures applicables lorsque sont commises d'autres infractions. La voie extra-pénale mérite d'être explorée.



Partie II - L'effectivité du droit de la représentation collective assurée par la voie extra-pénale : l'innovation

632. Un dédoublement. La quête de l'effectivité impose de recourir à des solutions nouvelles. Les irrégularités qui peuvent survenir à l'occasion de la mise en place ou du fonctionnement des institutions représentatives du personnel peuvent être anticipées au moyen de mécanismes de prévention ou, le cas échéant, réprimées au moyen de sanctions en dehors de toute autorité judiciaire (**Titre I**). Le recours au juge civil doit être envisagé (**Titre II**).



Titre I - L'effectivité assurée sans recours au juge

633. Entre prévention et sanction. Prévenir les fautes des dirigeants et des élus ainsi que les risques est le premier moyen d'effectivité du droit de la représentation collective. « Responsabiliser » les acteurs du dialogue social commande de ne plus recourir aux seules mesures répressives mais d'adopter des mesures préventives permettant de développer la prévention du délit d'entrave dans l'entreprise. Ces outils s'articulent autour de la définition du verbe « prévenir ». Le premier sens retenu s'entend d' « aller au devant pour faire obstacle à quelque chose au moyen d'un ensemble de mesures destinées à éviter un événement qu'on ne peut prévoir et dont on pense qu'il entraînerait un dommage pour l'individu ou la collectivité¹⁶⁶³ ». Dès lors, l'entreprise doit se doter d'une véritable politique sociale moyennant la conclusion d'un accord unique sur la représentation du personnel. Cet accord vise à éviter des conflits dans le fonctionnement des instances de représentation du personnel (**Chapitre I**).

634. Le second sens retenu s'entend « d'informer et d'instruire d'une situation passée ou présente¹⁶⁶⁴ » et de conseiller l'auteur des faits afin qu'il y soit remédié. Cette voie suppose l'intervention d'un tiers, en l'occurrence celle de l'administration du travail via une double évolution : accroître la dimension de conseil inhérente aux fonctions de l'inspection du travail ; retenir une appréhension renouvelée du champ d'application de la voie pénale dans le droit de la représentation du personnel (**Chapitre II**).

¹⁶⁶³ Définition du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (www.cnrtl.fr).

¹⁶⁶⁴ Dictionnaire de la langue française, Le Petit Robert, 1994.

Chapitre I - Une effectivité assurée par le jeu de la négociation

635. Une exhortation. Le Code du travail offre maintes possibilités de négociation relatives au fonctionnement des instances de représentation du personnel, permettant ainsi à l'employeur et aux organisations syndicales d'aménager positivement les dispositions concernant le comité d'entreprise¹⁶⁶⁵. Le législateur admet la possibilité, dans certains domaines, que soient négociés des accords de méthode dont la « vocation naturelle¹⁶⁶⁶ » est l'appréhension des modalités d'information et de consultation des instances de représentation du personnel. Ces opportunités de négociation doivent être interprétées comme autant d'exhortations à l'adresse des entreprises et des organisations syndicales d'appréhender le droit de la représentation collective, de le modeler et de l'adapter aux spécificités de l'entreprise et ce, dans le respect d'un certain nombre d'exigences minimales.

636. Il est cependant permis de regretter une absence d'harmonisation de ces dispositifs¹⁶⁶⁷. Un effort de coordination devrait être accompli. Les accords de méthode « historiques » ont trait essentiellement aux procédures d'information et de consultation des représentants du personnel à l'occasion de restructurations. Toutefois, une telle opération doit s'inscrire dans un dialogue social continu. L'entreprise doit définir une stratégie sociale à long terme, communiquée et argumentée. Les accords de méthode de « deuxième génération », les règlements intérieurs et les accords d'encadrement des processus de consultation et d'expertise visés par la loi du 14 juin 2013, appelés à s'appliquer à l'occasion de consultations ordinaires, s'inscrivent dans cet objectif¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁵ C. trav., art. L. 2325-4.

¹⁶⁶⁶ P.-H. ANTONMATTEI, « Accord de méthode 2005, génération 2005 : la « positive attitude », Dr. social, 2005, p. 400.

¹⁶⁶⁷ B. TEYSSIE, « A propos d'une négociation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail », Dr. social, 2005, p. 377.

¹⁶⁶⁸ L'accord d'encadrement du processus de consultation s'applique à la quasi-totalité des thèmes de consultation (cf. A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », JCP S, 2013, 1263, n° 16).



637. Outre le souci d’harmoniser les différentes opportunités de négociation et la volonté de « modeler » le droit de la représentation du personnel en fonction des spécificités de chaque entreprise, l’accord doit être vu comme un moyen de prévention au service du dialogue social. D’aucuns ont pu constater la diminution du nombre de procédures contentieuses lorsque les plans de sauvegarde de l’emploi sont encadrés par un accord de méthode¹⁶⁶⁹. La création d’un dialogue social continu dans chaque entreprise, la volonté de prévenir les contentieux et d’harmoniser les ensembles (**Section Préliminaire**) en tenant compte des spécificités de chaque entreprise conduisent à forger une norme unique intéressant le fonctionnement des instances de représentation du personnel dont il faut en déterminer le contenant (**Section I**) et le contenu de la négociation (**Section II**).

¹⁶⁶⁹ A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013, 1205, n°16.



Section Préliminaire - Typologie des opportunités de négociation

638. Une **typologie** des accords de méthode doit être établie afin que soit dressée une liste des opportunités de négociation offertes par le législateur. De ce point de vue, l'accord de méthode¹⁶⁷⁰, qu'il soit « typique » (§I) ou atypique (§II), trouve dans le droit des relations collectives de travail un terrain particulièrement fertile.

§I. Les accords de méthode « typiques »

639. Première génération. La loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 avait ouvert la possibilité « à titre expérimental » de déroger par accord collectif aux dispositions fixant les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise. Les accords conclus avant la loi du 3 janvier 2003 ne pouvaient contenir que des clauses plus favorables que la norme légale. Le législateur a entériné les accords ainsi conclus à l'occasion d'une phase de restructuration et permis qu'ils dérogent à certaines règles d'ordre public. Des lois successives ont pérennisé et étendu ce dispositif lequel figure désormais aux articles L. 1233-21 et suivants du Code du travail¹⁶⁷¹. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi renouvelle profondément la procédure applicable aux « grands licenciements » pour motif économique. L'employeur, pour l'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi, peut emprunter deux voies : élaborer un document unilatéral soumis à l'homologation de l'administration ou négocier un accord majoritaire soumis à validation. Cet accord ne fait pas « disparaître la catégorie des accords de méthode¹⁶⁷² ». Ces deux catégories d'accords peuvent fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances de représentation du personnel, les modalités d'information et de consultation du comité

¹⁶⁷⁰ La notion d'accord de méthode est ici entendue comme tout accord portant sur le fonctionnement des instances de représentation du personnel. Elle n'est pas limitée au seul domaine du licenciement pour motif économique.

¹⁶⁷¹ L. n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion sociale – L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹⁶⁷² J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP S, 2013, 1204.



d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours¹⁶⁷³.

640. Deuxième génération. Les organisations syndicales représentatives bénéficient d'autres opportunités pour aménager les modalités d'information et de consultation des représentants du personnel. Ainsi, la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 a introduit les « accords de méthode de deuxième génération¹⁶⁷⁴ ». L'article L. 2323-61 du Code du travail permet de « clarifier utilement la présentation de l'information périodique¹⁶⁷⁵ ». Ce texte autorise les partenaires sociaux à adapter, dans les entreprises d'au moins trois cents salariés, les modalités d'information du comité d'entreprise et à organiser l'échange de vues auquel la transmission de ces informations donne lieu. Cet accord peut substituer à l'ensemble des informations et documents à caractère économique, social et financier un rapport dont il fixe la périodicité¹⁶⁷⁶.

641. Accords sur la stratégie d'entreprise. Le cadre de l'obligation triennale de négociation offrait une nouvelle opportunité aux partenaires sociaux de négocier sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise ainsi que ses effets prévisibles sur l'emploi et les salaires¹⁶⁷⁷. L'utilisation du passé est de rigueur puisque la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 a tracé le champ et les modalités d'une obligation de consultation du comité d'entreprise sur les orientations stratégiques de l'entreprise¹⁶⁷⁸. La base de données sert de support à cette consultation¹⁶⁷⁹. Cette obligation de consultation conduit nécessairement à une adaptation des accords d'entreprise issus de l'obligation triennale de négociation. Si la négociation reste encouragée, elle demeure « une simple faculté et non une

¹⁶⁷³ A cet égard, bien qu'il puisse aussi déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi cet accord relatif aux licenciements pourrait être assimilé à un accord de méthode.

¹⁶⁷⁴ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, Litec, 3^{ème} éd., 2013, n° 956, p. 596.

¹⁶⁷⁵ R. VATINET, « Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés », *JCP S*, 2006, 1072, n° 2.

¹⁶⁷⁶ Le contenu de ce rapport est précisé par l'article L. 2323-61 du Code du travail. Le rapport porte sur l'activité et la situation financière de l'entreprise, l'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation et des salaires, le bilan du travail à temps partiel dans l'entreprise, la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes, les actions en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise.

¹⁶⁷⁷ L. n° 2005-32 du 18 janv. 2005 de programmation pour la cohésion social, art. 72 ; B. TEYSSIE, « A propos d'une négociation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail », *Dr. social*, 2005, p. 377.

¹⁶⁷⁸ C. trav., art. L. 2323-7-1. A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », *JCP S*, 2013, 1263, n° 9 et s.

¹⁶⁷⁹ C. trav., art., L. 2323-7-2.



obligation¹⁶⁸⁰ ». Désormais, un accord peut adapter le contenu des informations en fonction de l'organisation et du domaine d'activité de l'entreprise¹⁶⁸¹.

§II. Les accords de méthode atypiques

642. Les règlements intérieurs des instances de représentation du personnel ainsi que les accords d'encadrement des processus d'expertise et de consultation signés par le comité d'entreprise constituent, eu égard à leur contenu, des accords de méthode atypiques portant sur le fonctionnement et les modalités d'information et de consultation des instances de représentation du personnel.

643. Règlements intérieurs. Les règlements intérieurs du comité d'entreprise¹⁶⁸² ou du CHSCT précisent utilement leurs modalités de fonctionnement même si le Code du travail « n'évoque pas la faculté pour le CHSCT de se doter d'un règlement intérieur¹⁶⁸³ ». Le règlement intérieur porte notamment sur les conditions de réunion de l'instance, les modalités de vote, le rôle dans le comité d'entreprise des représentants syndicaux, l'organisation de l'information et de la consultation en établissant un calendrier des obligations d'information ou de consultation, les conditions d'octroi de budgets, les moyens de communication¹⁶⁸⁴.

644. Les accords d'encadrement des processus d'expertise et de consultation. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 permet à l'employeur et au comité d'entreprise de déterminer par accord les délais de consultation¹⁶⁸⁵ et le délai dans lequel l'expert-comptable ou l'expert technique remet son rapport¹⁶⁸⁶. L'objectif est de permettre aux représentants du personnel « de disposer d'un temps nécessaire (suffisant) afin

¹⁶⁸⁰ A. STOCKI, « Vers une extension des prérogatives des représentants du personnel sur les choix stratégiques de l'entreprise », JCP S, 2013, 1065, n° 25 et s.

¹⁶⁸¹ C. trav., art. L. 2323-7-2, al. 4.

¹⁶⁸² C. trav., art. L. 2325-2.

¹⁶⁸³ J.-B. COTTIN, *Le CHSCT*, Lamy, 2^{ème} éd., 2012, n° 207, p. 172.

¹⁶⁸⁴ Sur le contenu du règlement intérieur du comité d'entreprise : cf. M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2013, p. 406 ; Sur le contenu du règlement intérieur du CHSCT cf. J.-B. COTTIN, *Le CHSCT*, Lamy, 2^{ème} éd., 2012, n° 207, p. 172.

¹⁶⁸⁵ C. trav., art. L. 2323-3.

¹⁶⁸⁶ C. trav., art. L. 2325-42-1.



d'accomplir utilement leur mission et d'éviter que le temps de consultation ait pour effet (voire pour objet) de retarder la réalisation de l'opération¹⁶⁸⁷ ».

645. Les opportunités de négociation sont multiples. L'accord unique a vocation à appréhender l'ensemble des modalités d'information, de consultation et de consultation des instances de représentation du personnel.

Section I - Le vecteur de la négociation

646. La négociation d'accords de méthode constitue un outil efficace d'évitement du conflit. Mais la diversité de ces accords rend malaisé le choix d'un contenant. Accord atypique ou accord d'entreprise, il ne saurait être déterminé (§II) sans que soient d'abord précisés les objectifs de la négociation (§I).

§I. L'appréhension de la négociation

647. La négociation est encouragée au niveau européen et national (I). Toutefois, le dialogue social a un coût, lequel doit être supporté par l'entreprise (II).

I. Une négociation encouragée

648. Aux termes de la directive du 11 mars 2002 relative à l'information et à la consultation des travailleurs, les Etats membres peuvent confier au niveau approprié, y compris celui de l'entreprise ou de l'établissement, le soin de définir librement et à tout moment, par voie négociée, les modalités d'information et de consultation des travailleurs¹⁶⁸⁸. Cette « confiance dans le dialogue social¹⁶⁸⁹ » est présente en France en matière de licenciement pour motif économique et de représentation du personnel. En

¹⁶⁸⁷ A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », JCP S, 2013, 1263, n° 16.

¹⁶⁸⁸ Dir. 2002/14/CE du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 5.

¹⁶⁸⁹ P. MORVAN, Restructurations en droit social, Litec, 3^{ème} éd., 2013, n° 957, p. 597.



témoigne la faculté de négocier des accords collectifs¹⁶⁹⁰ ou des accords de méthode qui tendent à améliorer ou à encadrer les procédures d'information et de consultation. En témoigne aussi, plus récemment, l'article 8 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 portant sur les nouveaux droits collectifs en faveur de la participation des salariés, lequel préféré à de multiples reprises « le consensualisme de l'accord à l'autorité de la loi¹⁶⁹¹ ».

II. Une négociation intéressée

649. Un équilibre. La négociation est « attractive seulement lorsque chaque partie trouve un intérêt à conclure un accord¹⁶⁹² ». A cet égard, la directive du 11 mars 2002 précise que l'employeur et les partenaires sociaux doivent travailler dans un esprit de coopération et dans le respect de leurs droits et obligations réciproques en tenant compte à la fois des intérêts de l'entreprise et de ceux des travailleurs, notamment lors de la définition des modalités d'information et de consultation¹⁶⁹³. La négociation d'un accord traduit la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence. Les instances de représentation du personnel et l'employeur partagent un intérêt commun tenant à l'édification d'un dialogue social durable au niveau de l'entreprise ou de l'établissement. La négociation tend à anticiper les difficultés afin de « sécuriser » les procédures d'information et de consultation.

650. Anticiper et sécuriser. Dès 2003, la négociation collective était appréhendée comme un mode de « sécurisation » des procédures de licenciement pour motif économique¹⁶⁹⁴. Cette quête de « sécurisation », par la voie de la négociation, est accrue dans les lois successives qui ont façonné le droit du licenciement pour motif économique. Cette même quête anime les partenaires sociaux et le législateur lorsqu'ils déterminent en 2013 les nouveaux droits en matière d'information et de consultation des représentants du personnel. La négociation d'un accord sur les délais d'expertise et de

¹⁶⁹⁰ Au sens de l'article L. 2325-4 du Code du travail.

¹⁶⁹¹ A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », JCP S, 2013, 1263, n° 1.

¹⁶⁹² A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013, 1205, n° 17.

¹⁶⁹³ Dir. 2002/14/CE du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 1 §3.

¹⁶⁹⁴ F. FAVENNEC-HERY, « Restructurations, deux maîtres mots : négociation, anticipation », SSL, Supplément, 2005, n° 1242, p. 9.



consultation ordinaire témoigne de cet attachement à la « sécurisation » des procédures. L'accord unique sur le fonctionnement des institutions représentatives du personnel s'inscrira dans cet objectif à l'occasion, ou non, de restructurations. La négociation doit permettre de « sécuriser » les procédures d'information et de consultation. L'anticipation des incidents de séance, des effets d'un défaut d'information, y compris dans les « périodes stables », mais aussi l'encadrement des processus de consultation et d'expertise, permettent à l'entreprise et aux représentants du personnel de se prémunir de contentieux coûteux et stériles ou de situations de blocage nuisant au bon fonctionnement de l'entreprise. Le conflit social et le recours au juge sont souvent des alternatives au défaut ou à la mauvaise qualité du dialogue social.

651. Un accroissement des moyens. L'intérêt des instances de représentation du personnel dans la négociation s'exprime par un nécessaire accroissement de leurs moyens. L'anticipation et la « sécurisation » des procédures obligent l'entreprise à prévoir des contreparties lesquelles peuvent se traduire par l'augmentation du nombre d'heures de délégation, le développement de moyens de communication avec les salariés, la définition d'un calendrier lorsque l'entreprise fait face à des projets d'une certaine ampleur économique ou sociale, l'organisation de réunions préparatoires. Toutefois, l'aspect purement matériel des moyens des instances de représentation du personnel doit être dépassé. Il faut introduire une véritable reconnaissance du mandat. Si le dialogue social représente un coût certain, sa qualité participe au développement de l'entreprise. En effet, la négociation d'entreprise n'est pas seulement un lieu de confrontation d'intérêts divergents ; elle doit aussi conduire au développement de l'entreprise.

§II. Le produit de la négociation

652. Que la négociation ouvre des perspectives plus favorables aux instances de représentation du personnel¹⁶⁹⁵ ou permette de déroger, sous certaines conditions, aux règles procédurales d'information et de consultation du comité d'entreprise fixées par le

¹⁶⁹⁵ C. trav., art. L. 2325-4.



législateur en matière de licenciement pour motif économique¹⁶⁹⁶, son produit est en principe un accord collectif de droit commun, liant les parties signataires et s'appliquant aux salariés en vertu de son effet erga omnes¹⁶⁹⁷. Mais le recours à l'accord collectif constitue-t-il la seule voie admissible¹⁶⁹⁸ ? Les accords de méthode pouvant créer des obligations à la charge du comité d'entreprise, l'interrogation tient davantage à leur opposabilité au comité d'entreprise (I). Selon la réponse apportée, les conditions de la négociation varieront (II).

I. L'opposabilité de l'accord au comité d'entreprise

653. Une solution pratique juridiquement insatisfaisante. La question de l'opposabilité de l'accord collectif au comité d'entreprise¹⁶⁹⁹, qui avait fait l'objet d'âpres débats¹⁷⁰⁰ dès la signature des premiers accords de méthode, persiste aujourd'hui. Les « contorsions¹⁷⁰¹ » du législateur lors de l'adoption de la loi du 14 juin 2013 témoignent « d'une difficulté à justifier que la conclusion de l'accord de méthode échappe aux instances élues de représentation du personnel¹⁷⁰² ». Il est dès lors permis de s'interroger sur les raisons pour lesquelles le législateur n'a pas permis la conclusion d'un accord de méthode entre le comité d'entreprise et l'employeur. Jusqu'en 2003, les accords de méthode étaient conclus entre l'employeur et le comité lui-même. En

¹⁶⁹⁶ C. trav., art. L. 1233-21 – L. 1233-24-1.

¹⁶⁹⁷ G. AUZERO, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 867.

¹⁶⁹⁸ A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013, 1205, n° 4.

¹⁶⁹⁹ En effet, le comité d'entreprise n'est ni un sujet ni même une partie signataire de l'accord.

¹⁷⁰⁰ G. COUTURIER, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », SSL Supplément, 2004, n° 1152, p. 6 ; J. BARTHELEMY, « La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel », SSL, Supplément 2004, n° 1152, p. 10 ; T. GRUMBACH, « Redonner aux syndicats le pilotage de la négociation sur l'emploi », SSL, supplément 2004, n° 1152, p. 17 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Accord de méthode, génération 2005 : la positive attitude », Dr. social, 2005, p. 399 ; F. FAVENNEC-HERY, « Restructurations, deux maître mots : négociation, anticipation », SSL, 2005, n° 1242, p. 9 ; G. AUZERO, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 867 ; A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013, 1205 - Contre : Voir les critiques virulentes de Pascal RENNES à propos de la loi du 18 janvier 2005 laquelle accentue selon lui « la domestication des comités d'entreprise par la voie d'accords d'entreprise » (« D'un débat majeur à un accord mineur », Dr. ouvrier, 2003, p. 311). Dans le même sens : v. Ch. BAUMGARTEN, « Accords de méthodes : un marché de dupes », Dr. ouvrier, 2003, p. 358.

¹⁷⁰¹ A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013, 1205, n° 4 – L'auteur évoque notamment la possibilité pour les organisations syndicales de recourir à l'assistance d'un expert-comptable dans le cadre de la négociation d'un accord de méthode ; l'expert étant lui-même mandaté par le comité d'entreprise (C. trav., art. L.1233-34).

¹⁷⁰² A. TEISSIER, op. cit., n° 4



transférant aux seules organisations syndicales la possibilité de négocier un tel accord, le législateur en 2003 précise la nature juridique des accords de méthode : la qualification d'accord collectif est retenue. Une ordonnance du tribunal de grande instance de Versailles a affirmé, sans aucun fondement¹⁷⁰³, que le contenu de l'accord (collectif) de méthode s'imposait au comité d'entreprise¹⁷⁰⁴. Réaffirmé par la loi du 14 juin 2013, le choix de l'accord collectif paraît être justifié par son contenu¹⁷⁰⁵. L'accord de méthode a notamment pour objet d'articuler les procédures de consultation des instances de représentation du personnel de sorte que « le choix d'un interlocuteur unique apparaît à ce titre pragmatique¹⁷⁰⁶ ». En outre, le recours à la négociation d'un accord atypique aurait proscrit toute négociation de branche ou de groupe¹⁷⁰⁷.

654. Nombreux sont les auteurs¹⁷⁰⁸ à se réfugier derrière les pratiques des entreprises qui tendent à associer formellement ou factuellement (par l'effet du cumul des mandats)¹⁷⁰⁹ le comité d'entreprise à la négociation de l'accord de méthode. Cette solution pratique trouve dans la loi du 20 août 2008 un appui certain puisqu'elle subordonne désormais la désignation aux fonctions de délégué syndical à la condition que le salarié ait présenté sa candidature aux élections et obtenu un minimum de suffrages¹⁷¹⁰. Certains auteurs recommandent d'obtenir « la signature du comité d'entreprise au pied de l'accord pour lui conférer force obligatoire à son égard¹⁷¹¹ ». Cette signature confère une valeur contractuelle à l'accord collectif. Un contrat de droit commun conclu entre le comité et l'entreprise se superposerait à l'accord collectif. « Sécurisant » les accords signés, ces pratiques ne permettent pas d'apporter une solution à la question de l'opposabilité.

¹⁷⁰³ A l'exception de l'article 2 de la loi du 3 janvier 2003 lequel prévoit que l'accord de méthode constitue un accord collectif (L. n° 2003-6, 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques).

¹⁷⁰⁴ TGI Versailles, 8 sept. 2003, n° 03/01344.

¹⁷⁰⁵ C. trav., art. L. 1233-24-1.

¹⁷⁰⁶ A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013, 1205, n° 4.

¹⁷⁰⁷ G. AUZERO, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 867.

¹⁷⁰⁸ P.-H. ANTONMATTEI, « Accord de méthode, génération 2005 : la positive attitude », Dr. social, 2005, p. 399 ; G. AUZERO, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 867 ; A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013, 1205.

¹⁷⁰⁹ A. TEISSIER, op. cit., n° 4.

¹⁷¹⁰ C. trav., art. L. 2143-3.

¹⁷¹¹ G. AUZERO, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 867.



655. Une solution juridique attrayante. En application des dispositions de l'article L.2324-5 du Code du travail, l'employeur et les organisations syndicales peuvent négocier des dispositions plus favorables relatives au fonctionnement ou aux attributions du comité. L'accord collectif confère des droits au comité d'entreprise qui n'est ni partie ni représenté¹⁷¹². Il apparaît que ces dispositions recourent au mécanisme civiliste de la stipulation pour autrui laquelle fait « naître un droit sur la tête d'un tiers qui n'était et ne devient pas partie¹⁷¹³ » en portant atteinte à la relativité des contrats¹⁷¹⁴. En effet, dans ce « contrat » conclu entre deux personnes, les organisations syndicales (le stipulant) et l'employeur (le promettant), ce dernier s'engage au profit du comité d'entreprise (tiers bénéficiaire) lequel devient directement créancier du promettant¹⁷¹⁵. La stipulation est valable parce que le stipulant a un intérêt personnel à son exécution¹⁷¹⁶. Elle ne peut en principe faire naître qu'un droit au profit du tiers bénéficiaire. Cependant, la Cour de cassation a admis à plusieurs reprises que la stipulation pour autrui n'excluait pas que le bénéficiaire soit tenu à certaines obligations¹⁷¹⁷. Cette stipulation doit être acceptée par le tiers bénéficiaire : il manifeste ainsi son adhésion « à un contrat conclu en dehors de lui¹⁷¹⁸ ».

656. Au cas particulier, l'accord unique de méthode s'analyserait en une stipulation pour autrui. Cet accord pourrait faire naître des droits sur le fondement de l'article L. 2325-4 du Code du travail. Ces droits pourraient être accompagnés d'obligations nouvellement créées à la charge du comité d'entreprise. Le champ matériel de ces obligations serait limité aux règles procédurales applicables en matière de licenciement pour motif économique. Elles ne pourraient s'appliquer qu'à condition que le comité

¹⁷¹² P. RENNES, « D'un débat majeur à un accord mineur », *Dr. ouvrier*, 2003, p. 311.

¹⁷¹³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 807, p. 418.

¹⁷¹⁴ C. civ. art. 1165 ; Sur les conditions de la stipulation pour autrui : Voir Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 807 et s, p. 418. ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, LexisNexis, 12^{ème} éd., 2012, n° 481 et s., p. 372.

¹⁷¹⁵ Contra : P. RENNES, « D'un débat majeur à un accord mineur », *Dr. ouvrier*, 2003, p. 311.

¹⁷¹⁶ C. Civ., art. 1121 ; Agissant dans l'intérêt collectif de la profession, l'intérêt des organisations syndicales est ici certain.

¹⁷¹⁷ Cass. civ., 1^{ère}, 21 nov. 1978 : *Bull. civ.*, I, n° 356 ; D. 1980, note CARREAU ; Cass. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987 : *Bull. civ.*, I, n° 343.

¹⁷¹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 818, p. 426 ; G. VENANDET, « La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire », *JCP G*, 1989, I, 3391.



d'entreprise ou l'institution représentative concernée les ait préalablement acceptées. Cette « acceptation » se traduirait par une consultation du comité d'entreprise ou de l'instance concernée. Par le biais de la stipulation pour autrui, l'accord serait opposable au comité d'entreprise lequel deviendrait un créancier et un débiteur.

657. Vers une consultation concomitante du comité d'entreprise. Depuis la loi du 18 juin 2005, la consultation du comité d'entreprise ne constitue plus une condition de validité de l'accord de méthode. Toutefois, la doctrine s'accorde à considérer que le comité d'entreprise doit être consulté en application des principes dégagés par la Cour de cassation dans sa jurisprudence EDF-GDF¹⁷¹⁹. La Cour s'est prononcée en faveur d'une consultation concomitante du comité d'entreprise à l'ouverture de la négociation ou au plus tard avant la signature de l'accord lorsque la négociation relève du champ de ses attributions consultatives¹⁷²⁰. Cependant, l'accord de méthode ne traitant que de la procédure d'information et de consultation du comité, « l'hésitation est permise¹⁷²¹ » : ce n'est « qu'en opportunité que la consultation préalable du comité d'entreprise doit être conseillée¹⁷²² ».

658. Une solution identique¹⁷²³ doit être retenue dès lors que l'accord collectif est analysé en une stipulation pour autrui avec obligation. La consultation du comité d'entreprise, tiers bénéficiaire, est inéluctable. Cette consultation préalable ou concomitante constituerait à nouveau une condition de validité de l'accord de

¹⁷¹⁹ Pour une analyse critique de cet arrêt : v. B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 498, p. 283.

¹⁷²⁰ Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13498 : Bull. civ., 1998, n° 219 : Le défaut de consultation du comité d'entreprise, sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise, n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise conclu au mépris de ces dispositions. - Dr. social, 1998, p. 579, note J.-Y. FROUIN - D. 1998, p. 608, note G. AUZERO ; M. COHEN, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », RJS, 1998, p. 435 - P.-H. ANTONMATTEI, « Comité d'entreprise et négociation collective », RJS, 1998, p. 611 ; Cass. soc., 19 mars 2003, n° 01-12094.

¹⁷²¹ G. AUZERO, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 867.

¹⁷²² F. FAVENNEC-HERY, « Restructurations, deux maître mots : négociation, anticipation », SSL, 2005, 1242, p.11 - G. AUZERO, op. cit., p. 867 - P.-H. ANTONMATTEI, « Accord de méthode, génération 2005, la positive attitude », Dr. social, 2005, p. 399.

¹⁷²³ Cette solution trouve à s'appliquer dès lors que la signature de l'accord collectif par le comité d'entreprise lui confère une valeur contractuelle.



méthode¹⁷²⁴ dès lors qu'il aurait pour effet de créer des obligations nouvelles à la charge du comité.

II. Les conditions de la négociation

659. Au-delà des difficultés relatives à l'opposabilité de l'accord collectif au comité d'entreprise, cette qualification juridique emporte un certain nombre de conséquences tenant aux conditions de négociation.

660. Les acteurs. La négociation relève en principe de la seule compétence des délégués syndicaux à condition que l'entreprise en soit pourvue¹⁷²⁵. Toutefois les lois du 4 mai 2004 et du 20 août 2008 ont rendu accessible la négociation d'accords collectifs d'entreprise à la représentation élue du personnel. Ouverte dans les entreprises comptant moins de 200 salariés¹⁷²⁶, le champ matériel de la négociation est vaste. Elle peut porter « sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif¹⁷²⁷ ». Le Code du travail n'exclut donc pas a priori le principe d'une négociation d'un accord atypique portant sur le droit de la représentation du personnel. Toutefois, l'objet de cet accord serait limité à la négociation de dispositions plus favorables concernant le fonctionnement du comité d'entreprise. En effet, la négociation d'un accord atypique est proscrite lorsqu'il s'agit de déroger aux règles procédurales d'information et de consultation fixées par le législateur en matière de licenciement pour motif économique¹⁷²⁸. De surcroît, l'accord atypique aurait pu être envisagé

¹⁷²⁴ L'article 2 de la loi du 3 janvier 2003 prévoit que la consultation du comité d'entreprise est une condition de validité de l'accord de méthode (L. n° 2003-6, 3 janv. 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques).

¹⁷²⁵ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1117, p. 624 ; J.-F. CESARO, « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. social*, 2009, p. 658.

¹⁷²⁶ Sur les conditions de la négociation dérogatoire : E. JEANSEN, Y. PAGNERRE, « La négociation dérogatoire », *JCP S*, 2009, 1572 – A. MAZEAUD, « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », *Dr. social*, 2009, p. 669.

¹⁷²⁷ C. trav., art. L. 2232-21.

¹⁷²⁸ C. trav., art. L. 2232-21, al. 1.- L'impossibilité « partielle » de recourir à la négociation dérogatoire apparaît regrettable en ce qu'elle prive les entreprises de moins de 200 salariés dépourvues de délégués syndicaux de la faculté de négocier un accord unique de méthode et d'aménager les modalités de consultation du comité d'entreprise. Les mêmes regrets peuvent être formulés actuellement à l'égard de la négociation des nouveaux accords relatifs aux licenciements mais aussi à celle des accords de méthode « canal historique » (A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », *JCP S*, 2013, 1205, n° 5).



« comme un mécanisme subsidiaire en cas d'échec de la négociation collective¹⁷²⁹ » tant l'on connaît l'opposition de principe de certains syndicats à l'accord de méthode¹⁷³⁰.

661. Enfin, s'il ne peut être considéré comme un véritable acteur, le comité d'entreprise doit être associé à la négociation collective. Cette association se traduit, selon la solution retenue, par la consultation des instances de représentation du personnel concernées ou par la participation à la négociation ou, a minima, à la signature de l'accord.

662. Le niveau. Si l'accord relatif aux licenciements s'entend d'une négociation au niveau de l'entreprise¹⁷³¹, l'accord de méthode, à l'instar de l'accord collectif au sens de l'article L. 2325-4 du Code du travail portant sur le droit de la représentation collective, peut être d'entreprise, de groupe ou de branche¹⁷³². L'entreprise est cependant le niveau de négociation privilégié. En effet, l'une des premières raisons d'un accord de méthode est d'aménager les prérogatives du comité d'entreprise et d'articuler les interventions dans l'entreprise des différentes instances d'une manière appropriée. Les niveaux de la branche et du groupe n'apparaissent pas pertinents¹⁷³³. Reste que la possibilité de négocier un accord de branche ouvre la voie à l'application de dispositions homogènes dans les PME dépourvues d'organisations syndicales¹⁷³⁴. Quant à la négociation de groupe, elle présente un intérêt certain en matière de restructuration¹⁷³⁵ ou de fonctionnement de la représentation du personnel. La conclusion d'un accord de groupe peut présenter l'avantage de déterminer une politique sociale cohérente à ce

¹⁷²⁹ A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013,1205, n° 5.

¹⁷³⁰ « Les partenaires sociaux sont parfois réticents à s'engager à froid pour définir un cadre général de procédure de consultation du comité d'entreprise » (A. de RAVARAN, « Négocier les restructurations après la loi du 18 janvier 2005 : aspects pratiques », Dr. social, 2006, p. 298 ; Ch. BAUMGARTEN, « Accords de méthodes : un marché de dupes », Dr. ouvrier, 2003, p. 358.

¹⁷³¹ C. trav., art. L. 1233-24-1.

¹⁷³² C. trav., art. L. 1233-21.

¹⁷³³ F. SIGNORETTO, « Les accords de méthode », RPDS, 2005, p. 283 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Accord de méthode, génération 2005, la positive attitude », Dr. social, 2005, p. 399 ; A. de RAVARAN, « Négocier les restructurations après la loi du 18 janvier 2005 : aspects pratiques », Dr. social, 2006, p. 298.

¹⁷³⁴ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, Litec, 2^{ème} éd., 2010, n° 848, p. 541.

¹⁷³⁵ Lorsqu'il s'agit par exemple de mettre en œuvre des actions de mobilité professionnelle ou géographique au niveau du groupe (en ce sens : A. de RAVARAN, « Négocier les restructurations après la loi du 18 janvier 2005 : aspects pratiques », Dr. social, 2006, p. 298) ; D. CHATARD, *Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés*, Essai en droit du travail, Thèse, LexisNexis, Planète sociale, 2012, n° 212 et s., p. 79 et s.



niveau renforçant ainsi la communauté de travail¹⁷³⁶. Toutefois, un inconvénient demeure : les mesures négociées au niveau du groupe pourraient être considérées comme une simple base de négociation ouvrant la voie à une éventuelle adaptation de ces mesures aux spécificités des filiales¹⁷³⁷.

663. Le dénouement. Qu'il soit collectif ou dérogatoire, la validité de l'accord d'entreprise sur le droit de la représentation du personnel est subordonnée à la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou d'élus justifiant d'une certaine audience. Elle est en principe subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives justifiant d'une audience au moins égale à 30 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli plus de 50% des suffrages exprimés à ces mêmes élections¹⁷³⁸. La seule présence de clauses dérogatoires aux règles d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables à l'occasion des phases de restructuration ne commande pas de retenir une autre règle de validité¹⁷³⁹.

664. La validité de l'accord est par exception subordonnée à sa conclusion par des membres titulaires du comité d'entreprise représentant la majorité des suffrages

¹⁷³⁶ D. CHATARD, op. cit., n° 187 et s., p. 171.

¹⁷³⁷ « Cette pratique condamne cependant l'accord de groupe à n'être qu'une source normative a minima » (D. CHATARD, op. cit., n° 192, p. 73).

¹⁷³⁸ C. trav., art. L. 2232-12 – B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1143, p. 634.

¹⁷³⁹ En effet, la règle de validité propre aux accords relatifs aux licenciements aurait pu être retenue (C. trav., art. L. 1233-24-1). La validité d'un tel accord est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli « au moins 50% des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des 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 » (C. trav., art. L. 1233-24-2). Toutefois, cette règle de validité n'a de raison d'être que parce que l'accord porte avant tout sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et peut également porter sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise. Les conditions propres de validité de l'accord, ne sont applicables qu'à condition que l'accord définisse le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi. Dès lors, si la négociation engagée sur le fondement de l'article L. 1233-24-1 du Code du travail ne parvient pas à déterminer le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi mais se contente d'aménager les conditions de consultation du comité d'entreprise, le fruit de cette négociation s'analysera non en un accord relatif aux licenciements mais en un accord de méthode ; les conditions de validité sont celles propres à tout accord collectif d'entreprise (En ce sens : J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP S, 2013, 1204).



exprimés lors des dernières élections professionnelles et à l'approbation par une commission paritaire de branche¹⁷⁴⁰.

Section II - L'objet de la négociation

665. La définition du contenu de l'accord permet d'identifier, sans prétendre à l'exhaustivité¹⁷⁴¹, les obstacles qui paralysent le dialogue social dans l'entreprise et de déterminer les moyens d'y remédier. Ces clauses qui tiennent à la finalité de l'accord doivent être distinguées des clauses communes. A ce titre, les acteurs de la négociation collective doivent s'attacher à déterminer le champ d'application de l'accord, sa durée¹⁷⁴² et les modalités de sa révision¹⁷⁴³. En effet, un accord doit constamment être adapté au gré des évolutions législatives et jurisprudentielles et des transformations de l'environnement économique et social. Peut-être prévue la tenue d'une réunion annuelle permettant non seulement d'envisager une révision de l'accord mais aussi d'évaluer les conditions de sa mise en œuvre. L'évaluation constante des pratiques contribue à l'édification d'un dialogue social de qualité. A côté de ces clauses usuelles, d'autres ont pour objet de définir, de manière concertée, la stratégie sociale de l'entreprise. L'ensemble du droit de la représentation collective aurait vocation à intégrer l'accord. Cependant, l'étude du contenu de la négociation conduit à identifier les thèmes sources de contentieux et pour lesquels le législateur sollicite en alternance les organisations syndicales ou la représentation élue du personnel. L'objectif de prévention commande que l'accord apporte des solutions en amont à ces obstacles qui paralysent le dialogue social dans l'entreprise. L'appréhension de ces opportunités par les acteurs du dialogue social doit leur permettre de « moduler » le droit de la représentation collective, de l'adapter aux caractéristiques propres de chaque entreprise (secteur d'activité, investissement des élus, de l'entreprise et des salariés dans le dialogue social). Une

¹⁷⁴⁰ C. trav., art. L. 2232-22 - B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 1192, p. 650.

¹⁷⁴¹ L'accord pourrait notamment porter sur la représentation des salariés au conseil d'administration dont la place et le rôle ont été modifiés par la Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 (art. 9).

¹⁷⁴² C. trav., art. L. 2222-4.

¹⁷⁴³ C. trav., art. L. 22261-7. J. SAVATIER, « Révision d'une convention collective de travail : conditions de suppression d'un avantage », RJS, 1989, p. 491 – L. FLAMENT, « A propos de l'impact de la loi du 20 août 2008 sur la révision des accords collectifs », RJS, 2011, p. 257.



étude thématique permet de balayer l'ensemble du fonctionnement des instances de représentation du personnel en distinguant leurs moyens (§I) de leurs interventions (§II)

§I. Les moyens des instances de représentation du personnel

666. « **Donnant-donnant** ». L'accord unique envisagé s'articule autour de deux objectifs : la sécurisation des procédures de consultation et le renforcement des prérogatives des instances élues ou désignées. Leur réalisation suppose un triple encadrement : du processus de consultation (I), de la communication de l'information (II) et de la fin du mandat (III).

I. L'encadrement du processus de consultation

667. Le processus de consultation est le lieu de nombreux affrontements lesquels tiennent tant aux délais accordés aux élus pour l'exercice de leurs mission (A) qu'aux incidents qui perturbent le fonctionnement des instances de représentation du personnel (B).

A. Le cadre temporel

668. La volonté de fixer « un cadre temporel des consultations des institutions représentatives du personnel et du recours à l'expertise », réaffirmée par l'exposé des motifs du projet de loi d'où est issue la loi du 14 juin 2013, n'est pas nouvelle. Dès 2003, le législateur a permis aux entreprises de négocier des accords de méthode ayant vocation à fixer les conditions de la consultation des instances de représentation du personnel, notamment par la définition d'un calendrier. La loi du 14 juin 2013 admet l'encadrement des délais d'information et de consultation que l'entreprise se trouve (1^o) ou non en phase de restructuration (2^o).



1°. En phase de restructuration

669. Orchestration. Aux termes de l'article L. 1233-46 du Code du travail, l'employeur doit notifier à l'autorité administrative tout projet de licenciement pour motif économique au plus tôt le lendemain de la date prévue pour la première réunion du comité d'entreprise. Au plus tard à cette date, elle indique, « le cas échéant, l'intention de l'employeur d'ouvrir la négociation¹⁷⁴⁴ ». Si le seul fait d'ouvrir cette négociation avant cette date ne peut constituer une entrave au fonctionnement du comité d'entreprise, reste que « la chronologie adoptée (...) conduit à un chevauchement du dispositif légal et de la procédure conventionnelle¹⁷⁴⁵ ». Pour répondre à cette difficulté, l'accord unique pourrait prévoir, comme le préconisent l'ensemble des auteurs¹⁷⁴⁶, la tenue d'une réunion « 0¹⁷⁴⁷ » au cours de laquelle le comité d'entreprise recevrait les documents visés à l'article L. 1233-30 du Code du travail, d'informer les organisations syndicales et le comité d'entreprise de la volonté d'ouvrir des négociations portant sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et de recueillir l'avis du comité d'entreprise sur ce projet d'ouverture de négociations. A cette occasion, le comité d'entreprise peut désigner un expert lequel sera chargé d'apporter toute analyse utile aux organisations syndicales pour mener la négociation¹⁷⁴⁸. Si cette dernière aboutit, une réunion « 0bis » au cours de laquelle le comité d'entreprise portera un jugement sur le projet d'accord que les organisations syndicales s'apprêtent à signer pourrait être

¹⁷⁴⁴ C. trav., art. L. 1233-46.

¹⁷⁴⁵ F. FAVENNEC-HERY, « Licenciement économique : un changement d'acteur », JCP S, 2013, 1258, n° 15.

¹⁷⁴⁶ J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP S 2013, 1204, n° 27 ; Y. TARASEWICZ, « A propos de la nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique », SSL, 2013, n° 1592, p. 62.

¹⁷⁴⁷ Ces réunions « 0 » ne constituent pas la première réunion prévue par l'article L. 1233-30 du Code du travail (J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP S 2013, 1204, n° 27 - Y. TARASEWICZ, « A propos de la nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique », SSL, 2013, n° 1592, p. 62 – En sens contraire : A. TEISSIER, « Le temps de la procédure de consultation en cas de PSE », JCP S, 2013, 1259); de sorte que les délais maxima ne commencent pas à courir. Ces consultations relèvent du droit commun et nécessitent l'application des délais définis par le présent accord ou à défaut par décret au sens de l'article de l'article L. 2323-3 du Code du travail. Ces délais, qui ne peuvent être inférieurs à quinze jours, doivent permettre au comité d'entreprise d'exercer utilement sa compétence, en fonction de la nature et de l'importance des questions qui lui sont soumises.

¹⁷⁴⁸ C. trav., art. L. 1233-34.



prévue¹⁷⁴⁹. L'employeur poursuit la procédure d'information et de consultation en se référant aux dispositions de l'accord. En cas d'échec des négociations, l'employeur aura recours à la voie unilatérale dans les conditions définies par le Code du travail.

670. Voie unilatérale. Le Code du travail organise l'information et la consultation du comité d'entreprise relative au projet de licenciement pour motif économique et au plan de sauvegarde de l'emploi. Il précise l'objet et la durée des consultations. Le comité d'entreprise doit être réuni au moins deux fois ; les réunions doivent être espacées d'au moins quinze jours¹⁷⁵⁰. Il appartient à l'employeur et à lui seul de déterminer le nombre de réunions obligatoires. Toutefois, le dispositif n'est pas totalement clos. Ainsi, s'agissant du calendrier des consultations portant notamment sur le projet de licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi, le Code du travail prévoit une durée maximale laquelle varie en fonction du nombre de salariés licenciés¹⁷⁵¹. Une convention ou un accord collectif peut retenir des « délais différents¹⁷⁵² ». Si l'étude d'impact de la loi du 14 juin 2013 n'envisageait qu'un simple accroissement de la durée, l'emploi de l'adjectif « différent » ouvre la possibilité de prévoir des délais plus longs ou plus courts¹⁷⁵³. L'accord pourrait ainsi fixer des délais en tenant compte de l'ampleur du projet, de la taille de l'entreprise et de la nature des difficultés invoquées¹⁷⁵⁴.

671. Voie négociée. La définition du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi constitue le seul thème obligatoire de négociation. Dès lors, il est permis d'envisager la conclusion d'accords partiels se contentant de renvoyer, s'agissant des modalités d'information et de consultation, à l'accord propre au fonctionnement des instances de représentation du personnel. Le Code du travail délimite les thèmes ouverts à la négociation. Ainsi, les parties à l'acte collectif ne peuvent déroger à la communication aux représentants du personnel des renseignements prévus aux articles L. 1233-31 à L.

¹⁷⁴⁹ J.-F. CESARO, «La consultation des représentants du personnel relative au PSE», JCP S 2013, 1204, n° 27.

¹⁷⁵⁰ C. trav., art. L. 1233-30, I, al.4.

¹⁷⁵¹ C. trav., art. L. 1233-30, II : Deux mois lorsque le nombre de licenciements est supérieur à 100, trois mois lorsqu'il est compris entre 100 et 250 et quatre mois lorsqu'il est au moins égal à 250.

¹⁷⁵² C. trav., art. L. 1233-30, II, al. 2.

¹⁷⁵³ Le Code du travail après la loi de sécurisation de l'emploi, RDPS, 2013, n° 818, p. 204.

¹⁷⁵⁴ Observations du syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, Dr. ouvrier, 2013, p. 313.



1233-33 du Code du travail ni aux règles générales d'information et de consultation du comité d'entreprise et notamment à son caractère préalable, au caractère précis des informations données et à la nécessaire motivation des réponses apportées¹⁷⁵⁵. Il est en revanche possible de négocier le nombre et le calendrier des réunions, la liste des documents à produire et les conditions et délais de recours à l'expertise¹⁷⁵⁶. L'espace de négociation est vaste. Il faut espérer que les acteurs en soient « imaginatifs et ambitieux¹⁷⁵⁷ ». A cet égard, les solutions retenues par le passé dans le cadre des accords de méthode ont vocation à perdurer¹⁷⁵⁸.

2°. Hors phase de restructuration

672. Le mécanisme. Les parties à l'acte collectif, après consultation du comité d'entreprise, doivent s'attacher à déterminer les délais dans lesquels les consultations seront enfermées. A défaut, l'accord pourra se contenter de renvoyer au décret. La fixation des délais doit associer un double objectif : le comité d'entreprise doit disposer d'un délai d'examen suffisant lui permettant d'exercer utilement sa compétence, le temps de la consultation ne doit pas avoir pour effet d'entraver la bonne marche de l'entreprise ou « de retarder la réalisation de l'opération projetée¹⁷⁵⁹ ».

673. Le champ d'application de l'article L. 2323-3 du Code du travail est étendu. Il concerne l'ensemble des consultations périodiques¹⁷⁶⁰ mais aussi les consultations relatives à la marche générale de l'entreprise, au droit d'expression des salariés¹⁷⁶¹, au bilan social¹⁷⁶², au contingent annuel d'heures supplémentaires¹⁷⁶³. Le Code du travail prévoit un délai de consultation minimal de quinze jours. Ni l'accord, ni les dispositions réglementaires à venir ne peuvent y déroger. La fixation du cadre temporel de la

¹⁷⁵⁵ C. trav., art. L. 2323-2, L. 2323-4 et L. 2323-5.

¹⁷⁵⁶ ANI 13 janv. 2013 sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi, art. 20, I.

¹⁷⁵⁷ A. TEISSIER, « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013, 1205, n° 13.

¹⁷⁵⁸ Bilan des accords de méthode conclus en 2005, JCP S 2006, act. 233 ; Le développement des accords de méthode en 2005-2006, JCP S 2007, act. 250.

¹⁷⁵⁹ A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », JCP S, 2013, 1263.

¹⁷⁶⁰ C. trav., art. L. 2323-6 à 60.

¹⁷⁶¹ C. trav., art. L. 2281-12.

¹⁷⁶² C. trav., art. L. 2323-72.

¹⁷⁶³ C. trav., art. L. 3121-11.



consultation par la négociation lui permet cependant de l'adapter aux spécificités de l'entreprise.

674. Quels sont les acteurs de la négociation ? Est prévue la conclusion d'un accord entre l'employeur et la majorité des membres titulaires élus du comité d'entreprise¹⁷⁶⁴. Dès lors, la négociation du cadre temporel par les organisations syndicales ne serait envisageable qu'après une éventuelle modification législative sauf à considérer que les délais définis par les parties à la négociation seraient nécessairement plus favorables que les délais légaux. En effet, est prévu un délai minimal de quinze jours¹⁷⁶⁵, de sorte qu'une négociation pourrait s'inscrire dans le cadre de l'article L. 2325-4 du Code du travail lequel permet aux organisations syndicales de négocier des dispositions plus favorables relatives au fonctionnement du comité d'entreprise.

675. La variation. L'accord ne peut pas fixer un seul délai de consultation. Telle est pourtant la solution retenue par le projet de décret d'application de la loi du 14 juin 2013 : il retient un délai unique d'un mois à compter de la communication de l'information par l'employeur¹⁷⁶⁶. Cette solution présente l'avantage de la simplicité. Mais elle ne tient pas compte de la nature de la consultation ni des spécificités de l'entreprise. Or, l'étendue du champ d'application de l'article L. 2323-3 du Code du travail commandait de les prendre en considération. Le texte actuel doit être interprété comme une exhortation à la négociation¹⁷⁶⁷. Le souci d'adapter la législation aux caractéristiques de l'entreprise doit conduire les acteurs de la négociation à tenir compte de la nature et de l'importance des consultations et, le cas échéant, de l'information et de la consultation du ou des CHSCT dans la détermination des délais de consultation. Pour certains auteurs, la variation des délais induit l'impossibilité d'anticiper l'étendue

¹⁷⁶⁴ C. trav., art. L. 2323-3.

¹⁷⁶⁵ C. trav., art. L. 2323-3.

¹⁷⁶⁶ Ce délai est porté à deux mois en cas d'intervention d'un expert, à trois mois en cas de saisine d'un ou de plusieurs CHSCT, et à quatre mois en cas de saisine d'une instance de coordination des CHSCT (Projet de décret portant sur les délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise ainsi que sur la base de données économiques et sociales, LSQ, 15 oct. 2013, n°16446).

¹⁷⁶⁷ Il n'en demeure pas moins que la détermination par voie réglementaire de délais tenant compte de la nature de la consultation aurait permis de parer aux éventuels obstacles à la négociation lesquels conduiraient à l'application du délai unique d'un mois. Or, il n'est pas certain que toutes les consultations nécessitent un délai d'un mois pour rendre un avis.



temporelle de la consultation¹⁷⁶⁸. Au contraire, le caractère périodique et répétitif des consultations permet aux partenaires sociaux de déterminer des « délais types » en fonction de la nature de la consultation, de l'ampleur du projet et du nombre d'instances de représentation à consulter. Source de fluidité de la procédure de consultation, la détermination des délais de consultation en amont peut contribuer à éviter les crispations susceptibles de naître à l'occasion de chaque réunion consacrée à la négociation sur les délais.

B. Les incidents de séance

676. La négociation d'un accord relatif au fonctionnement de la représentation du personnel doit permettre de répertorier les incidents qui peuvent naître à l'occasion des réunions des instances de représentation du personnel et d'identifier les moyens d'y remédier¹⁷⁶⁹.

677. L'absence du secrétaire. Une réunion ne peut se tenir sans secrétaire, ce dernier étant notamment le garant de la rédaction du procès-verbal¹⁷⁷⁰. Son absence doit conduire à la désignation d'un remplaçant. Des règles de remplacement peuvent être fixées par l'accord. Le secrétaire-adjoint, s'il en existe un, est le plus souvent désigné comme remplaçant du secrétaire¹⁷⁷¹. En l'absence de dispositions spécifiques, les membres du comité peuvent élire à la majorité un secrétaire de séance, lequel est obligatoirement un membre titulaire du comité¹⁷⁷².

678. La participation des tiers aux réunions. L'accord peut déterminer les conditions de participation des personnes tierces aux réunions du comité. En effet, outre ceux (chef d'entreprise, élus, représentants syndicaux) qui participent de plein droit aux réunions du comité et ceux qui y participent de manière occasionnelle car la réunion

¹⁷⁶⁸ En ce sens : « Les institutions représentatives du personnel fragilisées », RPDS, 2013, n° spécial, n° 818, p. 190.

¹⁷⁶⁹ I. AYACHE-REVAH, M. AYADI, « Gérer le blocage du CE », CLCE, 2011, n° 106 – P. BOUAZIZ, « Eviter les blocages au CE », 2010, n° 97.

¹⁷⁷⁰ F. SEBE, « Le secrétaire du CE : un acteur incontournable dans l'entreprise », CLCE 2011, n° 102.

¹⁷⁷¹ Sur les règles de suppléance voir M. DENIAU, « Remplacer un titulaire au CE », CLCE, n° 91, 2010, p. 2.

¹⁷⁷² Cass. soc., 5 janv. 2005, n° 02-19080.



relève de leurs compétences (médecin du travail, expert¹⁷⁷³, etc.), des tiers peuvent être invités à assister à une réunion. Une telle participation nécessite l'accord du président du comité d'entreprise et de la majorité des membres titulaires¹⁷⁷⁴.

679. Visioconférence. Les parties à l'acte collectif peuvent prévoir le recours à la visioconférence lorsque les élus sont éloignés géographiquement¹⁷⁷⁵. Toutefois, il n'est pas conseillé de recourir à ce système lorsque l'entreprise est en phase de restructuration¹⁷⁷⁶. La Cour de cassation subordonne le recours à la visioconférence à la condition qu'aucun participant n'ait formulé d'observations ni manifesté un quelconque refus et qu'aucune question inscrite à l'ordre du jour n'implique un vote à bulletin secret¹⁷⁷⁷.

680. La suspension de séance ne fait l'objet d'aucune réglementation légale. L'accord doit s'attacher à édicter les règles de durée, de motivation et de modalités de vote de la suspension de séance¹⁷⁷⁸.

681. La violence verbale. Les membres du comité ont le droit de prendre la parole pour exprimer leur opinion pendant les séances. Il en est ainsi des représentants syndicaux, de l'employeur et de ses collaborateurs, des membres titulaires et suppléants du comité d'entreprise. La violation de ce droit est constitutive du délit d'entrave¹⁷⁷⁹. Les débats peuvent parfois être virulents et donner lieu de la part des membres du comité à des excès. Pour les éviter, l'accord peut établir des règles de comportement.

¹⁷⁷³ Selon l'Administration, l'expert-comptable, l'expert technologie et l'expert libre peuvent assister à la réunion du comité d'entreprise consacrée à l'examen de la question sur laquelle ils ont établi un rapport (Circ. DRT n° 12, 30 nov. 1984).

¹⁷⁷⁴ Les juges estiment que « si le président du comité ne peut imposer à la majorité de ses membres la présence de tiers aux réunions de cet organisme, cette même majorité ne peut davantage inviter des personnes étrangères au comité sans l'accord de l'employeur » (Cass. soc., 22 nov. 1988, n° 86-13368).

¹⁷⁷⁵ En ce sens : F. PETIT, « Les séances du comité central d'entreprise en visioconférence », *Dr. social*, 2012, p. 98.

¹⁷⁷⁶ « Le choix de débiter par ces exemples accablants d'un patronat effrayé par la réaction violente du corps social des usines qu'ils ferment n'est pas anodin. Il permet d'affirmer que la visioconférence ne doit surtout pas être subterfuge pour échapper à la colère des salariés, mais un moyen de communiquer pour améliorer le dialogue avec eux » (S. NIEL, « Réunir le comité d'entreprise en visioconférence », *Les cahiers du DRH*, 2011, n° 177, p. 19).

¹⁷⁷⁷ Cass. soc., 26 oct. 2011, n° 10-20918 : *Bull. civ.*, 2012, n° 243 ; *D.* 2011, 2734 ; *RDT* 2012, p. 46, obs. F. SIGNORETTO. Sur les conditions de recours à la visioconférence : cf. S. NIEL, *op. cit.*, n° 177, p. 18.

¹⁷⁷⁸ F. BARBE, « Du bon usage de la suspension de séance », *Les Cahiers Lamy du CE* n° 2, févr. 2002, p. 2.

¹⁷⁷⁹ Cass. crim., 12 mars 1970, n° 69-91317.



II. L'encadrement de l'information

682. Afin d'être en mesure de formuler un avis motivé, les instances de représentation du personnel doivent disposer non seulement d'informations précises et écrites transmises par l'employeur¹⁷⁸⁰ mais aussi de sa réponse motivée. Or, la qualité, la nature et la date de transmission des délais font l'objet d'un contentieux nourri. La loi du 14 juin 2013 prévoit la mise en place d'une base de données unique. Fixé par le Code du travail, son contenu peut toutefois être aménagé par accord. L'introduction d'une telle base est de nature à circonscrire une partie des contentieux. Reste que la primeur des informations délivrées par l'entreprise n'est pas sans contrepartie. Les élus peuvent être tenus à une obligation de confidentialité. En outre, la communication des informations aux salariés doit être règlementée (A). Pour l'exercice de leurs missions, les instances de représentation du personnel peuvent bénéficier du concours d'experts facilitant la compréhension de l'information (B).

A. La communication de l'information

683. La négociation relative à la communication de l'information doit permettre d'aménager le contenu de la base de données, outil de diffusion de l'information vers les acteurs salariés du dialogue social (1°), et s'attacher à déterminer les modalités de diffusion des informations vers les salariés (2°).

1°. De l'entreprise vers les instances de représentation du personnel

684. Une base de données unique. L'accès à une information complète et actualisée constitue un enjeu majeur pour l'implication des instances de représentation du personnel. L'information, « souvent, est la clé de l'action¹⁷⁸¹ ». Malgré les essais fructueux du rapport annuel d'ensemble¹⁷⁸² et du rapport annuel unique¹⁷⁸³,

¹⁷⁸⁰ Cass. soc., 27 mars 2012, n° 11-80565 : Bull. Civ. 2012, n° 83, JCP E, 2012, 1280, note F. DUQUESNE ; JCP S, 2012, 1276, note Th. PASSERONE.

¹⁷⁸¹ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 375, p. 216.

¹⁷⁸² C. trav., art. L. 2323-47.

¹⁷⁸³ C. trav., art. L. 2323-61.



l'information demeure éclatée, difficile d'accès et parfois non actualisée. Sa nature, sa qualité, la date de sa transmission constituent une source de contentieux. Face à ce constat, le législateur a imposé aux entreprises de constituer une base de données unique¹⁷⁸⁴.

685. Le contenu légal. L'objectif est de centraliser les informations économiques et sociales concernant l'entreprise. Le législateur a dressé une liste non exhaustive des informations contenues dans la base. Elles portent sur les investissements¹⁷⁸⁵, les fonds propres et l'endettement, les éléments de rémunération des salariés et des dirigeants, les activités sociales et culturelles, la rémunération des « financeurs », les flux financiers, les aides publiques, les crédits d'impôt, la sous-traitance, les transferts financiers et commerciaux. La base de données comprendra à l'avenir les éléments d'information contenus dans les rapports et informations transmis de manière récurrente au comité d'entreprise¹⁷⁸⁶.

686. Le contenu conventionnel et réglementaire. Le contenu des informations peut être enrichi par le biais d'un accord collectif en fonction de l'organisation et du domaine d'activité de l'entreprise. A terme, que ce soit par voie réglementaire¹⁷⁸⁷ ou voie conventionnelle, il est permis d'envisager que le bilan social, le rapport relatif à l'égalité entre les hommes et les femmes, le rapport sur la gestion prévisionnelle des emplois, le rapport annuel d'ensemble¹⁷⁸⁸, le rapport annuel unique¹⁷⁸⁹ soient intégrés dans la base.

687. Le « champ couvert est [déjà] immense¹⁷⁹⁰ » mais les potentialités, eu égard à la nature des destinataires de ces informations, sont considérables. En effet, les données sont accessibles en permanence aux membres du comité d'entreprise (ou, à défaut, aux

¹⁷⁸⁴ Les entreprises de 300 salariés et plus disposent d'un an et celles de moins de 300 salariés disposent d'un délai de deux ans à compter de la promulgation de la loi pour mettre en place cette base de données unique.

¹⁷⁸⁵ Emploi, évolution et répartition des contrats précaires, des stages et des emplois à temps partiel, formation professionnelle et conditions de travail, information en matière environnementale (C. trav., art. L. 2323-7-2).

¹⁷⁸⁶ C. trav., art. L. 2323-7-3 (applicable au plus tard le 31 décembre 2016).

¹⁷⁸⁷ Sur l'étendue réglementaire : Projet de décret portant sur les délais de consultation du comité d'entreprise et d'expertise ainsi que sur la base de données économiques et sociales, LSQ, 15 oct. 2013, n°16446.

¹⁷⁸⁸ C. trav., art. L. 2323-47.

¹⁷⁸⁹ C. trav., art. L. 2323-61.

¹⁷⁹⁰ B. TEYSSIE, Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 : « Vers un nouveau droit du travail ? », JCP S 2013, 1257.



délégués du personnel), aux membres du CHSCT et aux délégués syndicaux. Dès lors, ne serait-il pas concevable que les informations destinées au CHSCT, à l'instar du rapport annuel sur la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail ou du programme annuel de prévention des risques¹⁷⁹¹, soient intégrés à la base de données ? De même ne pourrait-on intégrer, pour une durée déterminée, les informations et les rapports de l'entreprise ou des experts liés à une consultation ponctuelle¹⁷⁹² (déménagement, opération de restructuration, etc.)? La base de données ne serait plus seulement un simple support de préparation des consultations¹⁷⁹³. Elle constituerait un outil d'anticipation et de partage des données dans l'entreprise indispensable pour que soit assurée l'effectivité d'un dialogue social de qualité. L'ampleur matérielle de la base impliquera de structurer les données en fonction de leurs destinataires et de leur nature¹⁷⁹⁴.

688. Transmission. La mise en place de la base de données unique, eu égard aux opportunités de négociation qu'elle offre, permet d'épuiser tout ou partie du contentieux tenant à la date de transmission des informations. Cette base de données vaut communication des informations rassemblées au comité d'entreprise ou à l'instance concernée¹⁷⁹⁵. La mise à disposition devrait constituer « le fait générateur des consultations annuelles prévues par la loi et par conséquent le point de départ du délai pour que le comité rende son avis dans le cadre de telle ou telle consultation¹⁷⁹⁶ ». Afin d'éviter un contentieux, l'accord peut prévoir l'envoi aux élus et aux délégués syndicaux d'un courriel avec accusé de réception ayant pour objet de prévenir les

¹⁷⁹¹ C. trav., art. L. 4612-16 ; Sur la nature des informations transmises : v. J.-B. COTTIN, *Le CHSCT*, Lamy, 2012, n° 254, p. 215.

¹⁷⁹² « *Conçu pour des informations permanentes, ce dispositif mériterait d'être généralisé* » (P.-H. ANTONMATTEI, « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », *Dr. social*, 2013, p. 100) - Le Code du travail dispose que « *les consultations du comité d'entreprise pour des événements ponctuels continuent de faire l'objet de l'envoi de ces rapports et informations* » (C. trav., art. L. 2323-7-3 applicable au plus tard le 31 décembre 2016).

¹⁷⁹³ La base de données constitue le support de préparation de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise (C. trav., art. L. 2323-7-1).

¹⁷⁹⁴ H.-J. LEGRAND, L. BEZIZ, « La consultation annuelle sur les orientations stratégiques et leurs conséquences », *SSL*, 2013, n° 1592, p. 28.

¹⁷⁹⁵ Cette présomption ne vaut que si l'employeur actualise les informations de la base de données unique dans le respect de la périodicité prévue par le Code du travail et indique aux membres du comité d'entreprise les conditions dans lesquelles cette actualisation est portée à leur connaissance. En outre, l'employeur doit mettre à la disposition des membres du comité d'entreprise les éléments d'analyse ou d'explication prévus par le Code.

¹⁷⁹⁶ H.-J. LEGRAND, L. BEZIZ, *op. cit.*, n° 1592, p. 28.



destinataires d'une mise à jour de la base de données. En revanche, l'introduction de la base de données ne favorise pas l'épuisement du contentieux tenant à la qualité et à la nature de l'information.

689. Caractères de l'information. Les données revêtent un caractère prospectif et rétrospectif en ce qu'elles portent sur l'année en cours, les deux années précédentes, et intègrent des perspectives concernant les trois années suivantes¹⁷⁹⁷. Plus largement, s'agissant de la qualité des informations délivrées, l'article L. 2323-4 du Code du travail dispose que le comité d'entreprise doit bénéficier d'informations précises et écrites¹⁷⁹⁸. Certains juges y ajoutent le caractère loyal de l'information délivrée par l'entreprise¹⁷⁹⁹. Au-delà de la généralité des termes employés, il importe que les instances de représentation du personnel disposent du temps nécessaire à la réalisation de leur mission. En vue de permettre l'appropriation de l'information, l'accord unique doit *a minima* se référer aux critères posés par le Code du travail et la jurisprudence et *a maxima* consigner les engagements de l'entreprise de délivrer une information précise, écrite et loyale. L'information délivrée dépend aussi du respect par son destinataire de son obligation de discrétion : il « y va de la confiance que lui accorde son informateur, sans laquelle la source se tarit¹⁸⁰⁰ ».

2°. Des instances de représentations du personnel vers les salariés

690. Communications des élus. La diffusion des publications des instances élues n'est pas règlementée¹⁸⁰¹. L'accord peut reconnaître expressément le droit de diffuser

¹⁷⁹⁷ C. trav., art. L. 2323-7-2.

¹⁷⁹⁸ Cass. soc., 27 mars 2012, n°11-80565 : Bull. Civ. 2012, n° 83, JCP E, 2012, 1280, note F. DUQUESNE, JCP S, 2012, 1276, note Th. PASSERONE.

¹⁷⁹⁹ TGI Nanterre, Réf., 9 sept. 2011, n° 11/02010 – Au cas particulier, le tribunal de grande instance de Nanterre a débouté le comité d'entreprise en constatant qu'il avait bénéficié d'une information précise, complète et loyale et que l'employeur n'était pas tenu de produire les contrats sous réserve de fournir des informations précises et suffisantes pour permettre au comité d'apprécier la portée et la validité du projet.

¹⁸⁰⁰ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 375, p. 216.

¹⁸⁰¹ La loi reconnaît un droit d'affichage au comité d'entreprise en matière de procès-verbal (C. trav., art. L. 2325-21) et de compte-rendu annuel de gestion (C. trav., art. R. 2323-37). Pour le reste, le législateur ne prévoit rien sur les modalités de communication du comité, mais reconnaît implicitement au comité d'entreprise le droit de disposer de panneaux d'affichage, puisque les syndicats peuvent faire leurs communications sur des panneaux réservés à cet usage et « distincts de ceux qui sont affectés aux communications des délégués du personnel et du comité d'entreprise » (C. trav., L. 2142-3). Le comité d'entreprise a aussi la possibilité d'éditer des bulletins ou des journaux d'information, des questionnaires ou enquêtes, dans la mesure où ces informations se rapportent à ses compétences en matières économique



par la voie électronique des informations aux salariés limitées aux compétences et activités des élus. Les entreprises peuvent mettre à leur disposition un espace sur l'intranet de l'entreprise permettant la diffusion des procès-verbaux ou de communiquer sur les actions menées par le comité.

691. Communications syndicales. La réglementation ne concerne que l'information syndicale. L'affichage des communications syndicales est effectué librement sur des panneaux réservés à cet usage, distincts de ceux affectés aux communications des délégués du personnel et du comité d'entreprise. Un exemplaire des communications syndicales est transmis à l'employeur, simultanément à l'affichage. Les panneaux sont mis à la disposition de chaque section syndicale selon des modalités fixées par accord avec l'employeur¹⁸⁰². Ce dernier a donc l'obligation de prévoir des tableaux d'affichage pour chaque section syndicale différents de ceux prévus pour les représentants du personnel. L'accord doit s'attacher à définir l'emplacement et visibilité des panneaux, leur taille, leur nombre, etc.

692. Les acteurs du dialogue social peuvent diffuser électroniquement leurs publications ou communications soit par la messagerie professionnelle des salariés, soit par l'intranet de l'entreprise¹⁸⁰³. En effet, depuis la loi du 4 mai 2004, « un accord d'entreprise peut autoriser la mise à disposition des publications et tracts de nature syndicale, soit sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, soit par diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise¹⁸⁰⁴ ». L'utilisation de la messagerie professionnelle est strictement réglementée. L'accord doit fixer les modalités de cette mise à disposition ou de ce mode de diffusion en précisant notamment les conditions d'accès des organisations syndicales et les règles techniques visant à préserver la liberté de choix des salariés d'accepter ou de refuser un message¹⁸⁰⁵. Si aucun accord n'est conclu, les syndicats ne peuvent pas utiliser

ou sociale (Cass. crim., 23 mai 1978, n° 77-91361). Tous les frais sont imputables sur le budget de fonctionnement du comité d'entreprise.

¹⁸⁰² C. trav., art. L. 2142-3.

¹⁸⁰³ Sur l'utilisation de l'intranet par les organisations syndicales voir : M. DEMOULAIN, *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, Essai sur une évolution des relations de travail, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 626 et s., p. 271 et s.

¹⁸⁰⁴ C. trav., art. L. 2142-6.

¹⁸⁰⁵ C. trav., art. L. 2142-6 - Il faut prévoir une information préalable des salariés, leur laisser le temps de s'opposer à l'envoi des messages et leur permettre de se retirer de la liste d'envoi.



l'intranet ni la messagerie professionnelle pour diffuser leurs tracts¹⁸⁰⁶. Afin de ne pas entraver le bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise et l'accomplissement du travail, notamment par l'envoi trop régulier de messages à caractère syndical, l'accord peut limiter l'envoi de messages aux heures situées en dehors du temps de travail. Enfin, l'accord doit interdire aux syndicats d'utiliser les adresses e-mails des salariés pour diffuser des publications autres que syndicales.

693. Une limite. L'accord doit rappeler la nécessité pour les élus et les représentants syndicaux de respecter l'obligation de confidentialité et de discrétion à laquelle ils sont légalement tenus. La confidentialité leur impose « une obligation négative : ne pas diffuser¹⁸⁰⁷ ». La loi du 14 juin 2013 contribue au développement des prérogatives des élus et à l'élargissement du cercle des assujettis à l'obligation de discrétion. Le législateur « amplifie le risque de diffusion d'informations dont la nature peut apparaître confidentielle¹⁸⁰⁸ ». Les auteurs de l'accord national interprofessionnel d'où est issue la loi précédente avaient institué de nouvelles garanties. L'employeur devait indiquer aux élus « les raisons et la durée souhaitable de ce caractère confidentiel¹⁸⁰⁹ ». Le législateur ne les a pas retranscrites reprenant simplement les dispositions ordinairement applicables aux membres du comité d'entreprise¹⁸¹⁰. Dès lors, l'obligation de discrétion porte sur les informations réputées confidentielles par la loi¹⁸¹¹ ou « présentant un

¹⁸⁰⁶ Une exception vient tempérer ce principe. En effet, avant la loi de 2004, l'utilisation de l'intranet ou de la messagerie professionnelle était possible à condition soit d'avoir été autorisée par l'employeur, soit d'avoir été organisée par un accord d'entreprise (Cass. soc., 25 janv. 2005, n° 02-30946). L'utilisation de l'intranet pouvait donc résulter d'une autorisation de l'employeur implicite. Or, la Cour de cassation a jugé que l'employeur qui a toléré par le passé l'usage de l'intranet à des fins syndicales ne pouvait pas sanctionner un salarié pour avoir diffusé des tracts par l'intranet de l'entreprise (Cass. soc., 27 juin 2007, n° 06-40246 – Voir aussi : Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 11-14292 : Bull. civ., 2012, n°16, JCP S, 2012, 1154).

¹⁸⁰⁷ L. PECAULT-RIVOLIER, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », Dr. social, 2012, p. 471.

¹⁸⁰⁸ A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », JCP S, 2013, 1263, n° 6 - I. ODOUL-ASOREY, « De l'information-consultation anticipée des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation », RDT, 2013, p. 193.

¹⁸⁰⁹ ANI, 11 janvier 2013, sur la compétitivité et la sécurisation de l'emploi, art. 12 – L'exigence de motivation de la confidentialité sera-t-elle retenue par le juge ? (A. MARTINON, op. cit., JCP S, 2013, 1263, n° 6). Cette exigence de motivation dénotait une certaine « volonté des partenaires sociaux de limiter le recours par l'employeur à l'obligation de discrétion » (A. STOCKI, « Vers une extension des prérogatives des représentants du personnel sur les choix stratégiques de l'entreprise », JCP S 2013, 1065, n° 21).

¹⁸¹⁰ C. trav., art. L. 2325-5. La confidentialité est rappelée au niveau européen.

¹⁸¹¹ C. trav., art. L. 2323-10 – C. trav., art. L. 2323-82.



caractère [objectivement¹⁸¹²] confidentiel et données comme telles par l'employeur¹⁸¹³ ». Ces informations doivent être telles, selon la Cour de cassation, que leur diffusion serait préjudiciable à l'entreprise¹⁸¹⁴. La base de données peut être dématérialisée. Le recours à l'outil informatique conduira les acteurs de la négociation à déterminer « les règles propres à garantir la confidentialité et l'intégrité des données¹⁸¹⁵ ».

B. La compréhension de l'information

694. Le Code du travail prévoit plusieurs cas le comité d'entreprise peut recourir à un expert¹⁸¹⁶. Jusqu'à l'intervention de la loi du 14 juin 2013, le législateur ne fixait pas le temps nécessaire à l'expertise. Le nouvel article L. 2325-42-1 du Code du travail est « un instrument d'efficacité du processus décisionnel et tend à empêcher que l'expertise n'entrave la marche de l'entreprise¹⁸¹⁷ ». Ce texte encadre les délais d'expertise avec une « relative souplesse¹⁸¹⁸ ».

¹⁸¹² TGI Lyon, 9 juill. 2012, n° 12/01153, TGI Evry, 9 nov. 2012, n° 12/01095, RJS, 2013, n° 216 - L. PECAULT-RIVOLIER, « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », *Dr. social*, 2012, p. 470.

¹⁸¹³ C. trav., art. L. 2325-5, al. 2 – TGI Lyon 11 déc. 1984, *Dr. social*, 1985, note J. SAVATIER, L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise, p. 111. Voir également : B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 465, p. 265 ; B. TEYSSIE, *Secret des affaires et droit du travail*, in Mél. J.-P. LE GALL, *Fiscalité et entreprise : politiques et pratiques*, Dalloz, 2007, p. 87.

¹⁸¹⁴ Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24367 : JCP S, 2012, 1248, note E. JEANSEN ; D. 2012, 2622, note P. LOKIEC, J. PORTA ; J. SAVATIER, « L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise », *Dr. social*, 1985, p. 111 ; L. PECAULT-RIVOLIER, *op. cit.*, *Dr. social*, 2012, p. 469. J.-E. RAY, « Protéger l'information aujourd'hui et demain, Secret, confidentialité, discrétion, loyauté », *Dr. social*, 2013, p. 111, Spéc., p. 114-115. - La condition d'atteinte à l'intérêt de l'entreprise est retenue dans la directive européenne du 11 mars 2002 : « Les représentants du personnel (...) ne sont pas autorisés à révéler aux travailleurs ou à des tiers des informations qui, dans l'intérêt légitime de l'entreprise, leur ont été expressément communiquées à titre confidentiel » (Dir. 2002/14/CE du 11 mars 2002, art. 6 – Voir en ce sens : B. TEYSSIE, *Secret des affaires et droit du travail*, in Mél. J.-P. LE GALL, *Fiscalité et entreprise : politiques et pratiques*, Dalloz, 2007, p. 87, spéc., n° 4 et s.). Rappelons enfin que la méconnaissance d'une telle obligation envers des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur peut être sanctionnée disciplinairement.

¹⁸¹⁵ H.-J. LEGRAND, L. BEZIZ, « La consultation annuelle sur les orientations stratégiques et leurs conséquences », *SSL*, 2013, n° 1592, p.30.

¹⁸¹⁶ M. CARON, « Le nouveau visage de l'expertise après la loi de sécurisation de l'emploi », *SSL*, 2013, n° 1594.

¹⁸¹⁷ A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », *JCP S*, 2013, 1263, n° 14.

¹⁸¹⁸ M. CARON, *op. cit.*, *SSL*, 2013, n° 1594.



695. La négociation a vocation à porter sur le délai dans lequel l'expert pourra demander à l'employeur les informations nécessaires à la réalisation de sa mission et sur le délai dans lequel il pourra remettre sa réponse. L'expert-comptable ou l'expert technique doivent remettre leur rapport dans un délai raisonnable fixé par accord entre l'employeur et le comité ou, à défaut, par voie réglementaire¹⁸¹⁹. Une fois encore la question des acteurs de la négociation est posée. Une réponse identique à celle retenue en matière d'encadrement du processus de consultation peut être retenue. En effet, les délais déterminés par décret traduiront la notion de délai raisonnable retenue par le législateur¹⁸²⁰. Dès lors, le résultat de la négociation sera nécessairement plus favorable que les délais fixés par les dispositions règlementaires ouvrant la voie à leur possible négociation par les organisations syndicales.

III. L'encadrement du mandat

696. Une nécessité. L'exigence de « sécurisation » des procédures de consultation commande que soient adoptées, en contrepartie, des mesures permettant d'accroître les moyens des élus et de valoriser leur rôle au sein de l'entreprise. Les mesures de nature à concilier la vie professionnelle et la carrière syndicale s'inscrivent dans ce cadre. Aux termes de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, un accord doit déterminer les mesures de nature à concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale ; il doit permettre de prendre en compte l'expérience acquise dans le cadre de l'exercice de mandats par les

¹⁸¹⁹ Ces délais ne trouvent pas à s'appliquer lorsque le comité d'entreprise a recours à l'expertise à l'occasion d'un licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-34).

¹⁸²⁰ Le projet de décret est incomplet sur ce point. Il détermine uniquement les délais applicables en cas de recours à l'expert-comptable dans le cadre d'une opération de concentration (C. trav., art. L. 2325-35, I, 3^e) ou de recours à l'expert technique. Pour les autres cas de recours (examen annuel des comptes, orientations stratégiques, exercice du droit d'alerte, etc), le décret ne détermine aucun délai. En outre, le décret fixera certainement le point de départ du délai. La date de désignation de l'expert apparaît comme la plus adaptée (A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », JCP S, 2013, 1263, n° 14).



représentants du personnel désignés ou élus¹⁸²¹. La négociation d'un tel accord est une nécessité¹⁸²² car la représentation du personnel opère progressivement une mutation¹⁸²³.

697. L'esprit de la négociation. A l'origine de cette mutation, se trouve une double évolution. Une évolution « générationnelle » d'abord : les nouvelles générations d'élus n'entendent pas se consacrer entièrement au syndicalisme ou à des fonctions de représentation du personnel. Leur engagement est limité dans le temps. Une évolution des fonctions ensuite : les lois du 20 août 2008 et du 14 juin 2013 conduisent à une véritable professionnalisation de la représentation du personnel et de la représentation syndicale¹⁸²⁴. La loi du 20 août 2008 accroît la place de la négociation dans l'entreprise accroissant l'implication des délégués syndicaux dans la vie de celle-ci. Le législateur bouleverse les conditions de conclusion d'un accord collectif en exigeant une majorité d'engagement. Mais il bouleverse aussi les conditions de désignation des délégués syndicaux désormais fondées sur les résultats de chacun aux élections professionnels¹⁸²⁵. La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 s'inscrit dans le même mouvement de professionnalisation. Elle ouvre de nouveaux champs de négociation et de consultation. Le comité d'entreprise est notamment appelé à se prononcer sur les orientations stratégiques de l'entreprise. Cette consultation est « le signe d'une conception de participation renforcée des salariés à la vie de l'entreprise ; ces derniers sont associés, par le jeu d'avis et de recommandations, aux choix opérés par les organes décisionnels¹⁸²⁶ ». Cette « cogestion esquissée¹⁸²⁷ » (ou à la française) induit nécessairement une professionnalisation du mandat d' élu. L'exercice du mandat prend

¹⁸²¹ C. trav., art. l. 2142-5. L'obligation triennale de négociation sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences incite également les entreprises d'au moins trois cents salariés à négocier sur le déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions.

¹⁸²² « La négociation collective d'entreprise est le vecteur de prédilection de la mise en œuvre de ce type d'outils » (R. CHISS, « Professionnalisation et gestion de carrière des représentants du personnel », JCP S, 2012, 1160).

¹⁸²³ S. NICOLET, « Représentants du personnel : concilier mandat et activité professionnelle », (Propos tenus par P.-H. HARAN, Directeur des ressources humaines et de la communication de Thales Systèmes aéroportés, Conférence LJA-CDRH-Lamy Social), Les Cah. DRH, 2012, n° 190, p. 23.

¹⁸²⁴ R. CHISS, « Professionnalisation et gestion de carrière des représentants du personnel », JCP S, 2012, 1160.

¹⁸²⁵ Cass. soc., 29 mai 2013, n° 12-26457 : JCP S 2013, 1316, note Y. PAGNERRE.

¹⁸²⁶ A. MARTINON, « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », JCP S, 2013, 1263, n° 9.

¹⁸²⁷ B. TEYSSIE, « Vers un nouveau droit du travail ? A propos de la loi du 14 juin 2013 », JCP S 2013, 1257.



« une coloration plus technique et plus responsabilisante que par le passé¹⁸²⁸ ». La gestion de la carrière et des compétences des représentants du personnel est indispensable. Elle s'organise autour de quelques objectifs : la « sécurisation » des parcours, la place des élus au sein de l'entreprise, l'investissement des employeurs en vue d'accompagner leur professionnalisation.

698. Un contenu variable. Les accords signés dans les plus grandes entreprises¹⁸²⁹ prennent en compte la reconnaissance des compétences et la validation des acquis de l'expérience¹⁸³⁰. L'entreprise doit accompagner les élus tout au long de leur mandat et lors de la reprise de leur activité professionnelle au moyen, notamment, d'entretiens d'évaluation¹⁸³¹. Elle doit aussi reconnaître les compétences acquises et apprécier les qualités des représentants du personnel. L'accent doit être mis sur la formation des élus

¹⁸²⁸ R. CHISS, op. cit., JCP S, 2012, 1160.

¹⁸²⁹ Charte AXA sur la reconnaissance du parcours syndical dans le développement de la carrière et l'évolution professionnelle, 5 mai 2009, www.wk-rh.fr – EADS, Accord sur le droit syndical et le dialogue social, 13 févr. 2009, www.wk-rh.fr – NEXTER, Accord relatif au droit syndical et aux institutions représentatives du personnel au sein de l'UES, 1^{er} déc. 2008, www.wk-rh.fr – THALES, Accord de groupe sur l'exercice du droit syndical et le dialogue social dans THALES, 23 nov. 2006, www.wk-rh.fr – Tableau de synthèse, Les Cah. DRH, 2012, n° 190, p. 23.

¹⁸³⁰ L'accompagnement doit permettre d'identifier les compétences acquises et d'élaborer un projet professionnel. L'élaboration de ce dernier peut se faire par le biais de la validation des acquis de l'expérience (VAE). L'accessibilité de ce dispositif est souvent limitée aux seuls élus titulaires de mandats dont le volume de l'activité syndicale par rapport au temps de travail occupe tout ou partie de leur activité dans l'entreprise (Charte AXA sur la reconnaissance du parcours syndical dans le développement de la carrière et l'évolution professionnelle, 5 mai 2009, www.wk-rh.fr - EADS, Accord sur le droit syndical et le dialogue social, 13 févr. 2009, www.wk-rh.fr, art. 14).

¹⁸³¹ Les entreprises s'attachent à planifier des entretiens durant la prise, l'exercice et la fin du mandat (THALES, Accord de groupe sur l'exercice du droit syndical et le dialogue social dans THALES, 23 nov. 2006, www.wk-rh.fr, art. 3.1 et 3.2). Ces rencontres, animées habituellement par le service des ressources humaines ou par les responsables hiérarchiques (NEXTER, Accord relatif au droit syndical et aux institutions représentatives du personnel au sein de l'UES, 1^{er} déc. 2008, art. 4.4.1, www.wk-rh.fr), se déroulent en présence du « manager » et du représentant du personnel. L'entretien permet d'informer le « manager » de la nature du mandat et des conséquences qu'il emporte sur l'activité professionnelle. La création de fiches de postes (R. CHISS, op. cit., JCP S, 2012, 1160) permet de définir les missions des représentants du personnel, d'identifier les compétences nécessaires, d'apprécier le niveau de responsabilité. Cet outil permet de « considérer le mandat comme un métier à part entière » (R. CHISS, op. cit., JCP S, 2012, 116). Il peut être utilisé tant par les salariés intéressés par l'exercice d'une fonction représentative que par leurs « managers » afin qu'ils adaptent leurs exigences en termes d'objectifs en fonction du mandat exercé. L'accord THALES prévoit qu'un document écrit intitulé « Adaptation travail et mandat syndical » peut être établi « afin de déterminer l'aménagement de la charge de travail prenant en compte l'exercice du mandat ». (THALES, op. cit., art. 3.1). Les entretiens annuels permettent d'établir un bilan et de définir des objectifs en ce qui concerne l'équilibre entre activité professionnelle et activité syndicale (Sur cette question : Voir V. MANIGOT, Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise, Réflexions sur un risque, Thèse, LexisNexis, Planète Social, 2012, n° 749 et s., p. 267 et s. ; R. CHISS, op. cit., JCP S, 2012, 1160). A l'issue du mandat, les services de ressources humaines doivent accompagner les « anciens » élus vers la reprise d'une activité professionnelle au sein de l'entreprise.



et de leurs responsables hiérarchiques¹⁸³². La formation de ces derniers doit contribuer à leur faire prendre conscience de l'intérêt, de la place et du rôle des instances de représentation du personnel¹⁸³³. Les entreprises peuvent enfin prendre des engagements en matière d'évolution des rémunérations, de classification et de déroulement des carrières¹⁸³⁴. L'objectif est d'éliminer d'éventuelles inégalités¹⁸³⁵ avec l'ambition de parvenir à une gestion de qualité du dialogue social.

§II. L'intervention des instances de représentation du personnel

699. Dans l'exercice de ses attributions consultatives, le comité d'entreprise émet des avis et des vœux¹⁸³⁶. Mais le Code du travail reste imprécis sur les modalités d'expression de ces avis¹⁸³⁷. L'accord collectif doit y remédier en privilégiant le recours

¹⁸³² La formation des élus dans un premier temps : la qualité du dialogue social nécessite un niveau de connaissances économiques et sociales élevé. Certains accords prévoient l'organisation de sessions de formation. A celles-ci, s'ajoutent d'autres sessions plus traditionnelles portant sur l'exercice du mandat (NEXTER, Accord relatif au droit syndical et aux institutions représentatives du personnel au sein de l'UES, 1er déc. 2008, art. 4.5., www.wk-rh.fr).

¹⁸³³ La formation des « managers » dans un second temps (Accord de groupe sur l'exercice du droit syndical et le dialogue social dans THALES, 23 nov. 2006, www.wk-rh.fr, art. 4-1 et s. ; Tableau de synthèse, Les Cah. DRH, 2012, n° 190, p. 23 ; voir I. TARAUD, « Mandat et activité professionnelle : quelles règles pour une bonne conciliation ? », CLCE, 2011, n° 103, p. 24). Plus ou moins associés au dialogue social dans l'entreprise, ces derniers doivent comprendre et connaître le fonctionnement des instances de représentation, acquérir et maîtriser « des éléments de langage indispensables aux échanges quotidiens » avec les élus. Il est indispensable que les managers disposent de formations portant sur les évolutions et le cadre historique de la représentation du personnel en insistant sur le rôle joué par les organisations syndicales et sur leur vision de ces institutions représentatives du personnel (S. NICOLET, « Représentants du personnel : concilier mandat et activité professionnelle », Thales Systèmes aéroportés, Conférence LJA-CDRH-Lamy Social, Les Cah. DRH, 2012, n° 190, p. 23).

¹⁸³⁴ L'accord EADS recourt à des panels de référence (EADS, Accord sur le droit syndical et le dialogue social, 13 févr. 2009, www.wk-rh.fr, art. 14).

¹⁸³⁵ L'évolution de carrière et de rémunération des salariés élus doit être déterminée comme pour tout autre salarié en fonction des caractéristiques de l'emploi, de la nature des tâches à accomplir et des aptitudes professionnelles de l'intéressé tout en prenant en considération les compétences acquises et le temps consacré à l'exercice d'un mandat de représentation du personnel. A titre d'exemple, en matière de rémunération, l'accord NEXTER prévoit qu'un salarié mandaté dont le temps consacré à l'exercice de son mandat est inférieur ou égal à un mi-temps bénéficie au même titre que les autres salariés des règles d'évaluation et de suivi de carrière de droit commun. En revanche, si le temps consacré à l'exercice du mandat est supérieur à un mi-temps, son titulaire bénéficie d'un entretien annuel obligatoire avec le service des ressources humaines. Ce salarié mandaté bénéficie d'une augmentation équivalant à la moyenne des augmentations accordées au regard de la catégorie socioprofessionnelle à laquelle il appartient (NEXTER, Accord relatif au droit syndical et aux institutions représentatives du personnel au sein de l'UES, 1^{er} déc. 2008, www.wk-rh.fr, art. 4.3. – Tableau de synthèse, Les Cah. DRH, 2012, n° 190, p. 23).

¹⁸³⁶ C. trav., art. L. 2323-4.

¹⁸³⁷ B. GAURIAU, « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », Dr. social, 2007, p. 184.



au vote comme moyen d'expression (I). De surcroît, la consultation du comité d'entreprise est parfois rendue délicate lorsque coexistent dans une même entreprise des CHSCT, des comités d'établissement, le comité d'entreprise européen, un comité de groupe, etc. Lorsqu'un projet se dessine, la consultation de ces différentes instances conduit parfois l'entreprise vers d'inévitables contentieux. L'accord doit s'attacher à déterminer quelques principes en matière d'articulation des consultations (II).

I. La consultation : l'expression d'un avis

700. Il est des circonstances dans lesquelles le recours de vote est expressément prévu. Ainsi, en cas de licenciement d'un salarié protégé le Code du travail décide que l'employeur doit recueillir l'avis du comité d'entreprise ce qui suppose un vote¹⁸³⁸. Il en est de même pour la nomination ou le licenciement du médecin du travail qui exige un vote à bulletin secret¹⁸³⁹. En outre, certaines situations dans lesquelles le comité d'entreprise dispose d'un droit de veto, rendent nécessaire le recours au vote. Tel est notamment le cas pour la mise en place d'horaires individualisés¹⁸⁴⁰, le choix de la forme du service de santé au travail¹⁸⁴¹, le remplacement de tout ou partie du paiement des heures supplémentaires par un repos compensateur¹⁸⁴².

701. En outre, les dispositions générales qui gouvernent le fonctionnement du comité, sans imposer formellement un vote, y font parfois très clairement référence¹⁸⁴³. Ainsi, l'article L. 2325-18 du Code du travail laisse entendre que le vote est la modalité ordinaire d'expression de l'avis : « les résolutions sont prises à la majorité des membres présents » et « le président du comité ne participe pas au vote lorsqu'il consulte les membres élus¹⁸⁴⁴ ». Néanmoins, aucune position de principe ne saurait être tirée des analyses doctrinales ou jurisprudentielles.

702. En doctrine. Pour une partie de la doctrine, le vote n'est pas impératif. Ainsi, selon le Professeur COUTURIER, une consultation peut « avoir lieu sans vote, soit que

¹⁸³⁸ C. trav., art. R. 2421-15.

¹⁸³⁹ C. trav., art. R. 4623-14.

¹⁸⁴⁰ C. Trav., art. L. 3122-23.

¹⁸⁴¹ C. trav., art. D. 4622-2.

¹⁸⁴² L. 3121-24.

¹⁸⁴³ B. GAURIAU, « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », Dr. social, 2007, p. 184.

¹⁸⁴⁴ C. trav., art. L. 2325-18, al. 2.



le comité ait adopté au cours de la réunion une position suffisamment claire, soit qu'il ait refusé de voter¹⁸⁴⁵». Ainsi, l'existence de l'avis du comité est établie non pas par un vote mais par la lecture des procès-verbaux attestant la réalité et le sérieux des discussions intervenues en son sein. Constatant la multiplication des cas où le comité d'entreprise doit être consulté par l'employeur, le Professeur SAVATIER estime que « l'exigence d'un vote pour chacun d'eux aboutirait à un formalisme très gênant¹⁸⁴⁶». Le Professeur LOKIEC abonde en ce sens en s'interrogeant : « L'avis doit-il systématiquement être précédé d'un vote ? Sur ce point le Code ne dit mot¹⁸⁴⁷ ». Cette position est confortée par des praticiens pour qui l'avis du comité d'entreprise ne saurait se résumer à un « oui » ou un « non », sauf dans certains cas où la loi exige un vote. L'avis « n'est pas et ne doit pas être positif ou négatif, favorable ou défavorable¹⁸⁴⁸ ». Il suffit que la lecture des procès verbaux fasse ressortir que les élus se sont prononcés sur la question soumise à leur avis¹⁸⁴⁹.

703. Une autre partie de la doctrine reste plus équivoque. Si le professeur TEYSSIE rappelle qu'« à l'issue des débats, le comité est parfois appelé à voter¹⁸⁵⁰ », il ajoute que le comité « est également appelé à voter lorsqu'il doit prendre une décision, adopter une proposition, formuler un vœu ou un avis¹⁸⁵¹ ».

704. Pour d'autres auteurs enfin, lorsque le Code du travail soumet une décision du chef d'entreprise à la consultation du comité, « il entend que soit recueilli l'avis collectif, né précisément d'un vote, pas seulement de l'avis des seuls membres qui ont

¹⁸⁴⁵ L'auteur s'appuyait sur des exemples pris en application du droit des licenciements antérieur à 1986, qui faisait courir certains délais à partir du jour où les représentants du personnel avaient été consultés. Lorsque le comité d'entreprise s'était réuni à plusieurs reprises, il appartenait au juge de déterminer la réunion au cours de laquelle il avait été consulté. Or, le juge ne retenait pas « nécessairement la réunion au cours de laquelle les élus avaient voté mais celle à laquelle il avait été mis à même de débattre¹⁸⁴⁵ » (G. Couturier, *Traité de droit du travail t. II, Les relations collectives de travail*, PUF, 2001, n° 68 - CE, 22 avr. 1983, n° 33446; CE, 7 juin 1985, n° 29842 ; Cass. soc., 12 nov. 1975 : Bull. civ., n° 526 (arrêt isolé)).

¹⁸⁴⁶ J. SAVATIER, « Les délibérations du comité d'entreprise », *Dr. social*, 1983, p. 395. Selon le même auteur, la concertation entre la société et les représentants du personnel peut être pleinement efficace « sans qu'il soit nécessaire de voter à tout propos ».

¹⁸⁴⁷ P. LOKIEC, *Droit du travail TII, Les relations collectives de travail*, PUF, 2011, n° 115, p. 106.

¹⁸⁴⁸ P. BOUAZIZ, « L'avis du CE sur la marche de l'entreprise », *CLCE*, 2009, n° 82, p.22.

¹⁸⁴⁹ P. BOUAZIZ, « L'avis du CE sur la marche de l'entreprise », *CLCE*, 2009, n° 82, p.22 ; D. JULLIEN, « Le CE doit émettre un avis en connaissance de cause », *CLCE*, 2009, n° 86, p. 19.

¹⁸⁵⁰ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Les relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 475, p. 269.

¹⁸⁵¹ B. TEYSSIE, *Droit du travail, Les relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 475, p. 269.



pris la parole¹⁸⁵² ». Ainsi, l'avis implique « un vote qui l'arrête, le formalise¹⁸⁵³ ». Les décisions tant de la Cour de cassation que des juges du fond laissent à penser qu'ils optent pour cette dernière solution.

705. En jurisprudence. La Cour de cassation ne s'est jamais expressément prononcée sur le recours systématique au vote¹⁸⁵⁴. A l'occasion d'un conflit intéressant le CHSCT, sa position a sensiblement évolué¹⁸⁵⁵. Etait en cause la validité de l'avis préalable du CHSCT. Dans son pourvoi, l'employeur soutenait « qu'en l'absence de dispositions légales et réglementaires imposant une forme particulière à l'avis que doit donner le CHSCT, cet avis peut prendre la forme d'un tour de table au cours duquel chacun de ses membres exprime son avis ». Or, la Cour de cassation affirme que l'avis du CHSCT ne peut résulter que d'une décision prise à l'issue d'une délibération collective « c'est-à-dire du processus de vote des membres présents¹⁸⁵⁶ ». L'avis de chacun de ses membres ne saurait constituer l'avis du CHSCT¹⁸⁵⁷.

706. La Cour d'appel de Paris avait déjà souligné que « l'avis du CHSCT ne pouvait ressortir que d'une décision collective à l'issue d'un vote et non, comme en l'espèce, de

¹⁸⁵² F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives de travail, LGDJ, 2000, n° 113 et s., p. 139.

¹⁸⁵³ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, Droit du travail, Dalloz, 27^{ème} éd., 2013, n° 1164, p. 1230.

¹⁸⁵⁴ Dans un arrêt du 5 décembre 2006, la Chambre sociale imposait que l'avis du comité d'entreprise soit exprimé par ses membres et non par les organisations syndicales auxquelles ils appartiennent. Dans son pourvoi, l'employeur s'était livré à une analyse littérale du Code du travail qui évoque un « avis motivé » et non un vote. Selon lui, si le législateur sait imposer la tenue d'un scrutin lorsqu'il exige un vote, l'emploi de l'expression « avis motivé » désignerait nécessairement autre chose qu'un vote (B. GAURIAU, « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », Dr. social, 2007, p.184). La Cour de cassation ne répond pas à la question de la nécessité d'un vote et n'énonce pas expressément que l'avis du comité d'entreprise impose un vote (Cass. soc., 5 déc. 2006, n° 05-21641 : Bull. civ., 2006, n° 371). Saisie de la même contestation, la Cour d'appel de Paris a adopté un raisonnement identique : « si la mise en œuvre d'un vote n'est pas systématiquement nécessaire pour que se dégage la majorité requise, encore faut-il, à cette fin, que l'opinion de chaque membre soit recueillie individuellement et exprimée clairement, de manière à ce qu'émerge, de ses opinions individuelles, un avis majoritaire qui sera celui du comité lui-même, entité juridiquement autonome, distincte de celle de ses membres » (CA Paris, 18^{ème} Ch., 24 mai 2007, Dr. Ouvr., nov. 2007, p. 520). La Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ne font pas du vote la forme obligatoire et systématique de l'avis du comité d'entreprise « sans doute pour lui laisser une liberté relative dans le choix des moyens utilisés » (B. GAURIAU, « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », Dr. social, 2007, p.184).

¹⁸⁵⁵ Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23206 : Bull. civ., 2012, n°7.

¹⁸⁵⁶ V. CARON, A.-L. DODET, « L'avis du CHSCT consulté par l'employeur doit résulter d'un vote », JCP E, 2012, 1148.

¹⁸⁵⁷ J.-B. COTTIN, « L'avis suppose une délibération collective », obs. sous Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23206 : JCP S 2012, 1101.



l'expression des opinions de ses membres (...) ¹⁸⁵⁸ ». Une solution semblable doit être retenue pour le comité d'entreprise ¹⁸⁵⁹.

707. Dans un arrêt du 27 mars 2012, la Cour de cassation a décidé que le comité d'entreprise qui formule une appréciation ne rend pas un avis. Une simple communication en réunion n'est pas suffisante pour recueillir un avis motivé. Les appréciations et objections formulées par ce dernier à l'issue d'une réunion ne peuvent s'analyser en un « avis motivé » au sens de l'article L. 2323-4 du Code du travail ¹⁸⁶⁰. La notion « d'avis motivé est contraire à celle d'avis implicite ¹⁸⁶¹ ». Une formalisation expresse est donc requise. L'« avis motivé » nécessite une délibération du comité d'entreprise ¹⁸⁶². Le recours systématique au vote est retenu par une décision de la Cour d'appel de Paris en date du 8 février 2012 et par une ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Nanterre du 20 avril 2012 ¹⁸⁶³. Les positions doctrinales et jurisprudentielles en présence laissent à penser que l'avis du comité d'entreprise s'exprime « obligatoirement » par un vote. Si, en pratique, le comité l'utilise selon une fréquence inégale, le vote est de loin préférable. Il est utile à double titre en ce qu'il permet « de lever tout doute sur la réalité de la consultation des élus du personnel (...) et incarne un fonctionnement démocratique ¹⁸⁶⁴ ». La définition des modalités du vote relève de l'accord collectif ¹⁸⁶⁵.

II. L'articulation des consultations

¹⁸⁵⁸ CA Paris, 14 juin 2010, n° 10/02561 (décision donnant lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 2012).

¹⁸⁵⁹ J.-B. COTTIN, « L'avis suppose une délibération collective », obs. Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23206 : JCP S 2012, 1101 ; F. PETIT, note obs. Cass. soc., 10 janv. 2012, n° 10-23206 : Dr. social, 2012, p. 318.

¹⁸⁶⁰ Cass. crim., 27 mars 2012, n° 11-80565.

¹⁸⁶¹ Th. PASSERONE, note sous Cass., 27 mars 2012, n° 11-80565 : JCP S, 2012, n° 1276.

¹⁸⁶² Th. PASSERONE, op. cit., JCP S, 2012, n° 1276.

¹⁸⁶³ Dans une ordonnance de référé rendue le 20 avril 2012, le tribunal de grande instance de Nanterre souligne qu'un simple débat sans vote ne levant pas toutes les ambiguïtés d'un projet de prime n'est pas une consultation du comité d'entreprise (TGI Nanterre, 20 avril 2012, n° 12/00989). Le juge des référés confirme qu'un débat sur le sujet a bien été engagé mais que « les ambiguïtés du projet n'ont pas été clairement explicitées, étant souligné que les salariés s'attendaient à être rémunérés selon les mêmes conditions qu'au cours de l'édition 2011, alors même que la politique tarifaire changeait ». Le tribunal a considéré que « les élus n'ont pas été à même de vérifier in concreto le devenir de ce nouveau mode de rémunération ». Or la prime de productivité instaurée constitue un changement dans le mode de rémunération pour lequel « le CE aurait dû être informé et consulté, la consultation impliquant un vote sur le mode de rémunération en fin de débat ».

¹⁸⁶⁴ B. GAURIAU, « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », Dr. social., 2007, p. 184.

¹⁸⁶⁵ P. LOKIEC, Droit du travail TII, Les relations collectives de travail, PUF, 2011, n° 115, p. 106.



708. Lorsque deux instances de représentation du personnel sont amenées à rendre concurremment un avis à l'occasion d'une consultation, la question de l'articulation des procédures se pose. L'enchevêtrement des consultations est fréquent. L'évitement des contentieux commande que soit arrêté par l'accord unique les règles d'articulation des procédures. Une solution identique est retenue dans chaque hypothèse. Elle tient au caractère préalable de la consultation du comité central d'entreprise (A), du CHSCT (B) et du comité d'entreprise européen (C) par rapport à celle du comité d'entreprise.

A. La consultation préalable du comité central d'entreprise

709. Le niveau de compétence. En matière économique, les comités d'établissement disposent d'attributions identiques à celles du comité d'entreprise dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements¹⁸⁶⁶. Le comité central d'entreprise intervient sur les questions qui excèdent les limites de leurs pouvoirs¹⁸⁶⁷. Dans les matières où la décision appartient à la direction générale de l'entreprise, les comités d'établissement ne sont obligatoirement consultés que dans la mesure où la mise en œuvre de la décision et son application à l'établissement rendent nécessaire l'élaboration de dispositions particulières relevant normalement du chef d'établissement¹⁸⁶⁸. Toutefois, le Code du travail reste imprécis sur l'ordre des consultations. La circulaire ministérielle du 30 novembre 1984 considère que la consultation du comité central d'entreprise doit précéder ou suivre celle des comités d'établissement selon les cas¹⁸⁶⁹. De manière générale, le comité central est consulté sur la décision de principe et les comités d'établissement ne le sont que si cette décision a des conséquences appelant des adaptations locales prises par le chef d'établissement¹⁸⁷⁰. La consultation du comité central précède donc celles des comités d'établissement.

¹⁸⁶⁶ C. trav., art. L. 2327-15.

¹⁸⁶⁷ C. trav., art. L. 2327-2.

¹⁸⁶⁸ Cass. crim., 11 févr. 1992, n° 90-87500 : Bull. crim., 1992 n° 68.

¹⁸⁶⁹ Circ. Min. 30 nov. 1984, portant application des dispositions concernant le comité d'entreprise dans la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, p. 14.

¹⁸⁷⁰ Cass. soc., 25 juin 2002, n° 00-20939 : Bull. civ., 2002, n° 217.



710. Une solution identique doit être retenue en matière de restructuration¹⁸⁷¹. La consultation du comité central d'entreprise intervient d'abord¹⁸⁷². La première réunion de cette instance fait courir les délais fixés par l'article L. 1233-30 du Code du travail. Les consultations des différents comités d'établissement doivent intervenir avant l'expiration du délai. Quelle que soit la voie choisie (négociée ou unilatérale) les solutions retenues en matière d'articulation des consultations trouvent à s'appliquer. Seuls les délais de consultation varient selon qu'ils ont été ou non définis conventionnellement.

711. Enfin, le Code du travail consent à une définition conventionnelle des compétences respectives des comités d'établissement et du comité central d'entreprise en matière d'activité sociale et culturelle¹⁸⁷³. La conclusion d'un accord collectif facilitera le règlement « des difficultés d'organisation et de gestion des œuvres sociales entre les différents niveaux de l'entreprise¹⁸⁷⁴ ».

B. La consultation préalable du CHSCT

712. CHSCT - Principe de spécialité. Instance spécialisée, le CHSCT intervient en amont. Il éclaire le comité d'entreprise qui conserve une compétence générale¹⁸⁷⁵. L'avis du CHSCT doit précéder celui du comité d'entreprise¹⁸⁷⁶. Lorsqu'il est consulté sur les problèmes généraux intéressant les conditions de travail, le comité d'entreprise doit disposer de l'avis du CHSCT. Il s'ensuit que le comité d'entreprise est recevable à

¹⁸⁷¹ Le Code du travail dispose que « le ou les comités d'établissement tiennent leurs deux réunions respectivement après la première et la deuxième réunion du comité central d'entreprise tenues en application de l'article L. 1233-30 » (C. trav., art. L. 1233-36).

¹⁸⁷² Instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif, II. 3. Le caractère préalable de la consultation du comité central d'entreprise était déjà retenu sous le régime anciennement applicable (Circ. Min. 30 nov. 1984, portant application des dispositions concernant le comité d'entreprise dans la loi n° 82-915 du 28 oct. 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, p. 14).

¹⁸⁷³ C. trav., art. L.2327-16. L'accord collectif doit être conclu entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans les conditions prévues à l'article L. 2232-12 du Code du travail. Il s'agit des conditions de validité d'un accord d'entreprise.

¹⁸⁷⁴ R. VATINET, « Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés », JCP S 2006, 1072, n° 15.

¹⁸⁷⁵ C. trav., art. L. 2323-27 et L. 2323-28. Sur le principe de spécialité : Voir E. MILLION-ROUSSEAU, La représentation élue du personnel en matière de santé sécurité, Thèse, Paris 2, 2011, Dactylographié, n° 498 - J.-B. COTTIN, Le CHSCT, Lamy, 2^{ème} éd., 2012, n° 266 et s., p. 227 et s.

¹⁸⁷⁶ J.-B. COTTIN, Le CHSCT, Lamy, 2^{ème} éd., 2012, n° 266 et s., p. 227 et s.



invoquer, dans le cadre de sa propre consultation, l'irrégularité, de celle du CHSCT¹⁸⁷⁷. Par le passé, les juges du fond avaient déjà affirmé que le CHSCT devait être consulté préalablement à la saisine du comité d'entreprise, ce dernier devant bénéficier de l'avis de cette instance avant de se prononcer lui-même¹⁸⁷⁸. Cette règle d'articulation, soutenue par une large partie de la doctrine¹⁸⁷⁹, doit figurer dans l'accord unique.

713. Restructuration. Une solution identique trouve à s'appliquer en matière de restructuration lorsqu'elle emporte des conséquences en termes de conditions de travail, de santé et de sécurité¹⁸⁸⁰. La consultation du CHSCT doit avoir lieu dans le respect du délai fixé à l'article L. 1233-30 du Code du travail ou arrêté conventionnellement¹⁸⁸¹. Selon le professeur CESARO, une lecture littérale du texte conduit à admettre qu'il n'y a pas lieu de consulter le CHSCT avant de consulter le comité d'entreprise puisque l'avis du CHSCT peut être rendu à la fin de la procédure. Cette lecture, aussi séduisante soit-elle, suscite la perplexité. Le CHSCT n'intervient que « sur un aspect du projet sur lequel le comité d'entreprise doit émettre un avis général et que celui-ci a le droit et le

¹⁸⁷⁷ Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-19678 : Bull. civ., 2012, A paraitre, JCP S, 2012, 1399, note L. CAILLOUX-MEURICE.

¹⁸⁷⁸ CA Paris, 11 nov. 2004, CPAM de Paris c/ CE de CPAM de Paris, Dr. ouvrier, 2005, p. 438, note A. de SENGA - CA Paris, 13 mai 2009, n° 08/23442.

¹⁸⁷⁹ Le Professeur TEYSSIE souligne ainsi que « l'avis de l'instance spécialisée, limité aux aspects du projet relevant de sa compétence, éclairera utilement les membres du comité d'entreprise » (B. TEYSSIE, *Droit du Travail, Relations collectives*, 8^{ème} éd., LexisNexis, 2012, n° 502, p. 686 ; dans le même sens E. MILLION-ROUSSEAU, *La représentation élue du personnel en matière de santé sécurité*, Thèse, Paris 2, 2011, Dactylographié, n° 498, p. 309 ; J.-B. COTTIN, *Le CHSCT*, Lamy, 2013, n° 266 et s. p. 227 et s. ; P. BOUAZIZ, *Des prérogatives respectives du CE et du CHSCT et de l'articulation des réunions d'information et de consultation*, Dr. ouvrier, 2008, p. 505). Toutefois certains auteurs n'hésitent pas à remettre en cause « cette « accessoirisation » du CHSCT, notamment en matière de restructuration, à l'aune des nouvelles dispositions applicables en la matière (J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP S, 2013, 1204).

¹⁸⁸⁰ Instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif, III. 2 - « Si le lien entre licenciement pour motif économique et impact sur les conditions de travail n'est pas juridiquement établi, il est en pratique quasi-automatique » (M. PATIN, « Licenciement pour motif économique : information et consultation du CE et du CHSCT », JCP S 2010, 1425). La jurisprudence reconnaît de plus en plus aisément qu'un projet de la direction entraîne une modification importante des conditions de travail. La formulation très large de l'article L. 4612-8 du Code du travail ainsi que « la montée en puissance du CHSCT fait tomber un à un dans l'escarcelle de sa consultation les projets qui, jusque là n'étaient appréhendés que sous l'angle économique de la consultation du comité d'entreprise » (P.-H. d'ORNANO, « La consultation du CHSCT en cas d'aménagement important modifiant les conditions de travail », JCP S, 2010, 1226). Tel est le cas d'opérations d'externalisation, de réorganisation ou de restructuration. Ces opérations sont souvent reconnues comme caractérisant des aménagements importants (CA Paris, 13 mai 2009, n° 08/23442 - CA Bordeaux, 10 janv. 2011, n° 09/04046 - CA Paris, 10 janv. 2011, n° 10/16642 - Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-68161).

¹⁸⁸¹ J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP, S 2013, 1204, n° 19.



besoin de connaître l'avis du CHSCT¹⁸⁸²». Ce dernier prononce « un avis technique¹⁸⁸³ » et n'est consulté que sur les conséquences en termes de conditions de travail, de santé et de sécurité. Le principe de spécialité trouve ici à s'appliquer pleinement¹⁸⁸⁴. L'avis du CHSCT précède celui du comité d'entreprise.

714. Instance de coordination. Lorsque la consultation porte sur un projet commun à plusieurs établissements, le Code du travail prévoit la constitution d'une instance de coordination des CHSCT. Cet organe a pour mission d'organiser le recours à l'expertise pour l'ensemble de l'entreprise. Il peut rendre un avis sur le projet commun sans que cet avis puisse se substituer à celui des CHSCT d'établissement. Si le législateur détermine strictement les conditions de désignation des membres de l'instance, les situations autorisant sa réunion et, plus largement, les règles de fonctionnement¹⁸⁸⁵, un accord peut prévoir des modalités de particulières¹⁸⁸⁶. Pourraient faire l'objet d'une négociation : l'assistance de l'employeur, la présence de suppléants, l'organisation d'une instance durable, l'organisation d'instances de coordination d'un périmètre inférieur à l'entreprise¹⁸⁸⁷. L'accord peut enfin déterminer les conditions d'articulation de cette instance, des différents CHSCT, du comité central d'entreprise et des comités d'établissements. A cet égard, deux solutions peuvent être envisagées. La première revient à considérer que la consultation de l'instance de coordination et des CHSCT doit être conduite dans le délai total de consultation du comité central d'entreprise et des comités d'établissement. La seconde revient à considérer que la consultation de l'instance de coordination intervient dans le délai de la consultation du comité central d'entreprise et celle des CHSCT dans les délais applicables aux comités

¹⁸⁸² P. BOUAZIZ, « Des prérogatives respectives du CE et du CHSCT et de l'articulation des réunions d'information et de consultation », *Dr. ouvrier*, 2008, p. 505.

¹⁸⁸³ S. NIEL, Cl. MORIN, « IRP : qui consulter et dans quel ordre ? », *CDRH*, 2012, n° 185 p. 3.

¹⁸⁸⁴ Ce principe de spécialité a été adopté expressément dans certains accords collectifs. Tel est le cas de la convention collective de la métallurgie. Son article 15 dispose que « le CHSCT est réuni préalablement à la réunion du comité d'entreprise ou d'établissement au cours de laquelle ce dernier est consulté sur les effets prévisibles des nouvelles technologies à l'égard de l'hygiène, de la sécurité et des conditions de travail du personnel (Accord sur les problèmes généraux de l'emploi, art. 15).

¹⁸⁸⁵ C. trav., art. L. 4616-1 ; D. n° 2013-552, 26 juin 2013 - Voir J.-B. COTTIN, « L'instance de coordination des CHSCT », *JCP S*, 2013, 1264 – L. PECAUT-RIVOLIER, « L'instance de coordination des CHSCT », *Cah. Soc.*, 2013, n° 254, p. 302.

¹⁸⁸⁶ C. trav., art. L. 4616-5.

¹⁸⁸⁷ J.-B. COTTIN, « L'instance de coordination des CHSCT », *JCP S*, 2013, 1264.



d'établissement¹⁸⁸⁸. Quelle que soit la solution retenue, il importe que le comité d'entreprise dispose de l'avis du ou des CHSCT pour rendre un avis général sur le projet.

C. Le caractère préalable de la consultation du comité d'entreprise européen

715. L'accord peut enfin déterminer les règles d'articulation des consultations du comité d'entreprise européen et du comité d'entreprise. Cette question a été régulièrement soulevée à l'occasion de restructurations afin de déterminer une éventuelle primauté du comité d'entreprise européen sur les instances nationales de représentation du personnel. Les juges du fond retiennent des solutions variables, constatant tantôt l'absence de priorité du comité d'entreprise européen¹⁸⁸⁹, tantôt l'existence d'une priorité dudit comité¹⁸⁹⁰. D'autres confirment le principe de non-priorité tout en le nuancant : « il convient de rechercher si dans le cas d'espèce et au regard de la situation spécifique de la société, l'articulation des consultations doit faire prévaloir la consultation européenne sur la consultation nationale ¹⁸⁹¹ ».

716. La directive du 6 mai 2009 comporte une disposition destinée à clarifier les relations entre le comité d'entreprise européen et les instances nationales de représentation des salariés en invitant les parties à prévoir l'articulation des deux échelons de représentation lors de la conclusion de leur accord. A défaut, elle invite les législations nationales à déterminer les modalités d'articulation des consultations des instances¹⁸⁹² pour que le comité d'entreprise européen puisse, le cas échéant, être informé avant ou en même temps que les instances nationales de représentation des travailleurs, tout en ne réduisant pas le niveau général de protection des

¹⁸⁸⁸ J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP S, 2013, 1204.

¹⁸⁸⁹ TGI Sarreguemines, ord., 21 avr. 2009, n° 09/00048, Continental, RDT 2009, p. 390, note H. TISSANDIER.

¹⁸⁹⁰ TGI Paris, ord. 10 oct. 2003, Seita ; TGI Melun, Ord. 13 oct. 2006, Beiersdorf ; TGI Paris, n° 11/00433, 24 avr. 2011, GDF Suez.

¹⁸⁹¹ TGI Nanterre, ord. 1^{er} août 2003, SA Alstom Power Turbomachines ; TGI Paris, ord. 27 avr. 2007, Alcatel-Lucent, SSL, 2007, n° 1306, p. 9 et s., note J.-Ph. LHERNOULD ; JSL, 2007, n° 214, p. 4 et s., note G. BELIER.

¹⁸⁹² Dir. n° 2009/38/CE, 5 mai 2009, art. 12.



travailleurs¹⁸⁹³». Ce considérant ouvre la possibilité de réintroduire la simultanéité des consultations ou la primauté du comité d'entreprise européen sur les instances nationales.

717. La solution retenue par l'ordonnance de transposition en droit français est ambiguë. En l'absence d'accord ou lorsque l'accord ne prévoit pas les modalités d'articulation, le processus d'information et de consultation est mené tant au sein du comité d'entreprise européen que des institutions nationales représentatives du personnel¹⁸⁹⁴. Cette solution, qui ne vaut qu'à défaut de disposition conventionnelle, semble privilégier deux procédures parallèles sans accorder de primauté à l'une ou à l'autre. La nouvelle directive est comparable à la jurisprudence française aux termes de laquelle les procédures de consultation du comité d'entreprise national et du comité d'entreprise européen n'ont pas le même objet ni le même champ d'application, rien ne s'opposant à ce que les consultations européenne et nationale soient menées de façon indépendante, concomitante ou successive¹⁸⁹⁵.

718. Le caractère préalable de la consultation du comité d'entreprise européen est soutenu par une large partie de la doctrine. L'accord unique sur la représentation du personnel pourrait retenir une règle de répartition en se fondant sur le principe retenu à l'occasion de l'articulation des consultations du comité central d'entreprise et des comités d'établissement¹⁸⁹⁶. Dès lors, doit être consultée « en dernier lieu, [l'instance] dont l'avis a l'impact le plus fort sur la décision adoptée ; les consultations qui la précèdent ont pour objet d'éclairer les représentants en vue de délivrer l'avis final¹⁸⁹⁷ ». L'avis rendu préalablement par le comité d'entreprise européen nourrira, à l'instar de celui du CHSCT, la réflexion du comité d'entreprise.

719. Conclusion. La définition d'une politique sociale par l'entreprise favorise l'anticipation (et par conséquent la prévention) des conflits et des contentieux qui

¹⁸⁹³ Dir. n° 2009/38/CE, 5 mai 2009, cons. n° 36.

¹⁸⁹⁴ C. trav., art. L. 2341-9.

¹⁸⁹⁵ CA Versailles, 27 janv. 2010, n° 09/07384 et TGI Sarreguemines, ord. n° 09/00048, 21 avr. 2009.

¹⁸⁹⁶ J.-F. CESARO, « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », JCP S 2013, 1204, n° 11.

¹⁸⁹⁷ A. MARTINON, « Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational », Dr. social, 2010, p. 797 ; B. KRIEF, « L'articulation du comité d'entreprise européen et des instances transnationales de représentation du personnel », JCP S 2012, 1116.



peuvent en résulter. Le législateur permet l'appréhension par les acteurs de l'entreprise du droit de la représentation du personnel en facilitant son adaptation aux spécificités de l'entreprise. La qualité des phases d'information et de consultation économique et sociale, ainsi que du fonctionnement des instances élues ou désignées, l'accroissement de leurs moyens contribuent à l'effectivité du dialogue social dans l'entreprise.



Chapitre II - Une effectivité assurée hors le jeu de la négociation

720. De l'ignorance.... La quête de l'effectivité du droit de la représentation collective doit «reposer sur d'autres formes d'intervention plus ou moins complémentaires du contrôle¹⁸⁹⁸ ». Intervenant extérieur, l'inspection du travail «à la française¹⁸⁹⁹ » est caractérisée par la diversité des missions qui lui sont confiées. Les attentes à son égard sont nombreuses¹⁹⁰⁰. Généraliste, elle a pour fonction de contrôler, d'informer, de conseiller et de concilier. Chargés de veiller à l'application de la législation du travail, les inspecteurs du travail disposent d'un pouvoir de contrôle et de verbalisation¹⁹⁰¹; le Code du travail ignore, en revanche, tant la pratique des observations¹⁹⁰² que la possibilité pour l'inspecteur de prononcer une sanction administrative.

¹⁸⁹⁸ J. BESSIERE, L'inspection du travail, entre stabilité et évolutions, in 13 Paradoxes en Droit du travail, sous dir. Ph. WAQUET, SSL, 2011, n° 1508, p. 41.

¹⁸⁹⁹ Ce terme ne sous-entend « aucun jugement de qualité, il est seulement l'expression de l'embarras qu'éprouve l'observateur étranger à appréhender toutes les données d'un système d'inspection dont les membres exercent une véritable magistrature sociale avec un talent rarement comparable et une formation d'un niveau rarement égalé » (Rapport de la mission tripartite d'évaluation de l'efficacité de l'inspection du travail en France, BIT, Genève 1981). Cette expression permet de distinguer l'inspection du travail française des autres systèmes. Elle désigne aussi les spécificités d'un modèle d'inspection source d'inspiration de nombreux pays en voie de développement (M. J. PIORE, A. SCHRANK, Le renouveau de l'inspection du travail dans le monde latin, Rev. Inter. Trav., Vol. 147, n° 1, p. 1-26).

¹⁹⁰⁰ «On attend en effet de l'inspecteur français du travail, tel que l'histoire l'a situé au carrefour de l'activité économique et de la vie sociale, qu'avec une maîtrise permanente et un sens aigu des relations humaines, il « dise le droit », qu'il soit, sans être le plus souvent un technicien, à l'écoute des progrès de la technologie et des risques qu'elle engendre, qu'il se montre apte au raisonnement économique dans l'exercice des fonctions de conciliateur, qu'il assume des responsabilités économique-politiques qui l'éloignent de sa vocation première de protecteur du travailleur ; qu'il se montre un administrateur avisé car des tâches de gestion lui seront parfois déléguées par l'administration centrale ; et enfin, à toutes ces aptitudes, on trouvera normal qu'il ajoute celles d'être le conseiller naturel des employeurs, des travailleurs et de leurs organisations, l'éducateur lorsque la loi est nouvelle, le vulgarisateur lorsque l'application est complexe, sans que jamais s'altèrent l'autorité et l'indépendance nécessaires à l'exercice de ses fonctions principales dont la phase la plus délicate est sans conteste son action répressive » (Rapport de la mission tripartite d'évaluation de l'efficacité de l'inspection du travail en France, BIT, Genève 1981).

¹⁹⁰¹ C. trav., art. L. 8112-1. Cette question ayant déjà fait l'objet de développements, seule la dimension de « conseil » retient notre attention.

¹⁹⁰² Certains textes du Code du travail y font référence : C. trav., art. R. 4614-5 et R. 4622-7.



721. ...à la considération. Si la tradition française « demeure très attachée au principe de responsabilité pénale du chef d'entreprise¹⁹⁰³ », l'administration du travail, le monde universitaire¹⁹⁰⁴ et le monde professionnel¹⁹⁰⁵ s'inscrivent tour à tour dans le mouvement tendant à étendre, le cas échéant généraliser, les sanctions administratives en droit du travail. La voix de l'administration du travail s'exprime au travers de nombreux rapports. Parmi eux, ceux intitulés « Pour un Code du travail plus efficace » et « L'inspection du travail » adressés au ministère du travail successivement en 2004 par Michel de VIRVILLE et en 2005 par Jean BESSIERE font état de la nécessité de recourir en lieu et place des sanctions pénales à des sanctions administratives¹⁹⁰⁶. Plus récemment encore, le projet « Pour un ministère fort » entend renforcer les pouvoirs de l'administration du travail en la dotant de la possibilité de prononcer des sanctions administratives. Enfin, en investissant le Direccte d'un pouvoir d'injonction en matière d'information et de consultation des instances de représentation du personnel à l'occasion d'une procédure de licenciement collectif pour motif économique, la loi n° 2013-504 du 18 juin 2013 porte en elle les prémices d'un recours à la sanction administrative.

¹⁹⁰³ J.-F. CESARO, La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail, Dr. social, 2005, p. 139.

¹⁹⁰⁴ A l'occasion d'un colloque sur le droit pénal du travail, le professeur TEYSSIE s'interrogeait en ces termes : « D'autres voies ne mériteraient-elles pas d'être explorées ? (...) il est des sanctions plus efficaces, parfois même si redoutables qu'il conviendrait d'en faire un usage prudent pour éviter que leur prononcé n'emporte irrémédiablement la mort de l'entreprise : interdiction professionnelle, interdiction d'accéder à tout ou partie des aides publiques, exclusion de tout ou partie des marchés publics, surtaxation fiscale, développement d'un droit répressif non pénal, etc. » (B. TEYSSIE, « Sur le droit pénal du travail », Dr. social, 2000, p. 940) ; Adde, A. COEURET, E. FORTIS, « La place du droit pénal dans le droit du travail », Rev. sc. crim., 2000, p. 36 : « *Peut-être serait-il par exemple envisageable, pour certaines infractions déterminées et dans des conditions permettant l'exercice des droits de la défense, de donner directement un pouvoir de sanction à l'inspecteur du travail afin d'accroître la certitude de la répression dans certains domaines* ». ; B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », Dr. social, p. 963 ; J.-C. JAVILLIER, « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », Dr. social, 1975, p. 375.

¹⁹⁰⁵ Les organisations patronales reconnaissent que « le fait que la sanction civile ou administrative puisse se révéler plus efficace que la sanction pénale est un élément à prendre en compte dans la qualification de la sanction » (Contribution du MEDEF, « Réflexions sur la place du droit pénal dans la Société française », DAJ, Juin 2000, p. 9).

¹⁹⁰⁶ « Les sanctions peu appliquées ou inadaptées devraient être supprimées ou remplacées soit par des sanctions administratives ou civiles soit par des mesures préventives » (Rapport « Pour un Code du travail plus efficace », M. de VIRVILLE, 15 janv. 2004, n° 4.4.2). « La question des outils à disposition des agents est cependant toujours d'actualité et porte le plus souvent sur les possibilités de développement des amendes administratives » (Rapport « L'inspecteur du travail, M. J. BESSIERE, 5 janv. 2005, p. 67).



722. De même, longtemps rejetée, la fonction de conseiller s'est considérablement développée pour devenir la première mission de l'inspection du travail¹⁹⁰⁷. En témoigne le nombre élevé de lettres d'observation adressées aux entreprises contrôlées¹⁹⁰⁸. Un constat identique peut être fait en matière de représentation du personnel où la part des observations représente 98,4% (62265) des suites à interventions constatant au moins une infraction (63316) et 43,8% des suites à intervention qu'elles constatent ou non une infraction¹⁹⁰⁹.

723. Confier à l'inspection du travail la fonction de conseil à côté de celle de police du travail n'est point une idée nouvelle. Le débat est ancien tant au sein de la profession qu'au sein de la doctrine. Certains auteurs estiment néanmoins qu'il existe une contradiction à vouloir concilier l'inconciliable, considérant qu'il y a « une forme d'antinomie beaucoup plus qu'une continuité logique¹⁹¹⁰ » entre ces deux fonctions. Toutefois, l'indépendance reconnue par l'article 17 de la Convention de l'OIT de 1947 aux inspecteurs du travail est assurée par le système d'inspection français dans la mesure où les agents d'inspection disposent du choix des modalités d'action de leur intervention. L'inspecteur a le pouvoir d'apprécier les moyens à mettre en œuvre et, par voie de conséquence, de mesurer l'opportunité de préconiser une mesure préventive, de dresser un procès-verbal ou de prononcer une sanction administrative. Ce principe trouve sa justification non seulement dans l'inflation des textes qui ne sont pas toujours adaptés aux situations concrètes¹⁹¹¹ mais également dans la diversité des situations rencontrées. Une infraction résultant d'une simple négligence et dont les effets sont réversibles ne nécessite pas la rédaction d'un procès-verbal lequel serait très certainement classé sans suite par le procureur mais pourrait justifier le prononcé d'une sanction administrative. A l'inverse, une infraction particulièrement grave portant atteinte aux droits fondamentaux des salariés ou aux libertés individuelles, de même que

¹⁹⁰⁷ La pratique des observations est ancienne et recommandée par le ministère du Travail : JOAN, 2 juin 1972, p. 2094 - Instruction ministérielle 15 févr. 1903 - Instruction ministérielle 16 Août 1948 - Instruction ministérielle du 23 juill. 1971 - Instruction ministérielle 14 mars 1986 - Instruction ministérielle 28 mars 2002, n° 2002-3 - Instr. DGT, n° 11 du 12 Sept. 2012, sur les procès-verbaux de l'inspection du travail, BOMT, 30 Oct. 2012 - C. CHETCUTI, « Réflexions sur l'inspection du travail », Dr. social, 1976, p. 36.

¹⁹⁰⁸ Le rapport de l'inspection du travail en 2011 fait état de 226300 lettres d'observations (L'inspection du travail en France en 2011, Rapp. Min. Trav., Nov. 2012).

¹⁹⁰⁹ L'inspection du travail en France en 2011, Rapp. Min. Trav., Nov. 2012, p. 85.

¹⁹¹⁰ Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », Dr. social, 1984, p. 446.

¹⁹¹¹ Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », Dr. social, 1984, p. 446.



la répétition d'une infraction dans une même entreprise conduira l'inspection du travail à en dresser un et à le transmettre au parquet. La conjonction de ces pouvoirs contradictoires donne « son vrai visage à l'inspection du travail française et lui confère autorité et crédit dans chacune de ses missions¹⁹¹² ». La finalité répressive de l'action de l'inspection du travail ne doit pas occulter sa fonction préventive. Elle doit offrir aux entreprises l'opportunité de rendre effectif le dialogue social en recourant à des méthodes d'accompagnement et d'évaluation innovantes. Une révolution de l'administration du travail est souhaitée ; son avenir est dans l'articulation de ses fonctions préventives (**Section 1**) et répressives (**Section 2**).

Section I Une prévention administrative renouvelée

724. Conseiller. La mission de conseil résulte de la nécessité dans laquelle s'est trouvée l'inspection du travail de faire face à l'explosion de la demande individuelle qu'elle provienne des salariés ou des entreprises¹⁹¹³. Une étude menée par le professeur AUVERGNON a démontré l'engouement non seulement des employeurs mais aussi des représentants des salariés et des services d'inspection pour les fonctions de conseil¹⁹¹⁴. Le rôle de l'inspecteur est devenu « préventif avant d'être correctif, il est de convaincre plus que de contraindre¹⁹¹⁵ ». Mais, la fonction de conseil de l'inspection du travail ne doit pas être réduite à des observations rappelant l'état du droit¹⁹¹⁶. L'inspecteur, « s'il souhaite peser dans les choix de l'entreprise, jouer un rôle social utile à l'avenir,[doit] développer une professionnalisation du conseil¹⁹¹⁷ » en allant au delà du seul renseignement¹⁹¹⁸. Les frontières avec les fonctions de conseil juridique¹⁹¹⁹

¹⁹¹² Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 459. En ce sens : CES, Rapp. 24 janv. 1996 sur l'inspection du travail ; Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013, p. 327.

¹⁹¹³ Sur les demandes individuelles voir T. KAPP, « L'inspection du travail face à la demande individuelle », *Dr. ouvrier*, déc. 2002, p. 563.

¹⁹¹⁴ Ph. AUVERGNON, « Inspection du travail : quelle utilité aujourd'hui ? Dissonances et concordances d'une réponse à trois voix », *RFAS*, 1992, p. 21 et s.

¹⁹¹⁵ M. FONTANET, *JO Sénat*, Séance du 20 juin 1972, p. 2346.

¹⁹¹⁶ Contra : Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013, p. 72.

¹⁹¹⁷ M. PERRON, « L'inspection du travail, l'approche de l'entreprise par les dysfonctionnements, » *Rev. Echange-travail*, 1992, p. 24.

¹⁹¹⁸ En ce sens : v. C. CHETCUTI, « Réflexions sur l'inspection du travail », *Dr. social*, 1976, p. 36.



sont alors ténues. L'inspecteur doit délivrer des avis ou des consultations sur ce qu'il convient de faire ainsi que sur les moyens d'y parvenir. Il doit « amener le chef d'entreprise à se situer comme un acteur du changement¹⁹²⁰ », le cas échéant en formulant des recommandations. La fonction de conseil trouve une assise juridique dans la Convention OIT n° 81 : l'inspection du travail est chargée « de fournir des informations et des conseils techniques aux employeurs et aux travailleurs sur les moyens les plus efficaces d'observer les dispositions légales¹⁹²¹ ». Cette fonction trouve également sa justification dans l'approche latine à laquelle appartient le système français d'inspection du travail. Alors que le modèle anglo-saxon en vigueur aux Etats-Unis et dans les pays d'Europe du Nord présente un caractère accusatoire, disséminé¹⁹²² et punitif, le modèle latin, système global d'inspection, « se montre initialement plus conciliant et pédagogique en cas d'inobservation des règles¹⁹²³ ». L'approche latine laisse aux inspecteurs la latitude nécessaire pour ajuster leurs décisions à la situation de l'entreprise¹⁹²⁴.

725. Des défis doivent être surmontés, notamment faire face à une législation proluxe et à un contexte socio-économique particulièrement instable. Or, la mission de conseil ne s'exerce pas de la même manière en période de croissance économique que dans un contexte de crise et dans un environnement fortement concurrentiel. Ces défis bouleversent tant l'activité de l'inspection que celle des entreprises intensifiant ainsi le besoin de changement. A ces difficultés, s'ajoute la nécessité pour l'inspection du travail de justifier de son efficacité. L'irruption des notions de performance et d'efficacité dans le langage courant de l'inspection et de l'organisation internationale du travail¹⁹²⁵ ont conduit le ministère du Travail à mener des réformes

¹⁹¹⁹ Le conseiller juridique est une « personne qui donne à une autre des avis, des renseignements, des consultations ou qui l'assiste, soit dans la défense en justice de ses intérêts soit dans la gestion de ses affaires » (G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2007).

¹⁹²⁰ P. PREVOSTEAU, *Conceptions et mutations de l'inspection du travail*, Thèse, Paris 2, 1997, Dactylo., p. 70.

¹⁹²¹ Convention OIT n° 81, art. 3.

¹⁹²² Les auteurs s'attachent à présenter les différentes agences de contrôle aux Etats-Unis (M. J. PIORE, A. SCHRANK, « Le renouveau de l'inspection du travail dans le monde latin », *Rev. Inter. Trav.*, Vol. 147, n° 1, p. 5).

¹⁹²³ M. J. PIORE, A. SCHRANK, *op. cit.*, *Rev. Inter. Trav.*, Vol. 147, n° 1, p. 2.

¹⁹²⁴ M. J. PIORE, A. SCHRANK, *op. cit.*, *Rev. Inter. Trav.*, Vol. 147, n° 1, p. 2.

¹⁹²⁵ OIT, *Rapport V, Administration du travail et inspection du travail*, 2011.



« organisationnelles » d'ampleur¹⁹²⁶. Enfin, parce que les employeurs ne perçoivent souvent que les aspects contraignants et les conséquences financières des missions de l'inspection du travail, celle-ci a besoin d'asseoir sa légitimité, laquelle suppose que l'inspection consente « à échanger avec l'ensemble de la société civile et [à] accepter que ses choix soient éclairés par le dialogue avec les partenaires sociaux¹⁹²⁷ ». Les inspecteurs du travail doivent se nourrir des échanges formels et informels noués avec les partenaires sociaux, les salariés et les employeurs. La règle serait mieux acceptée par ses destinataires s'ils se sentaient compris par les inspecteurs du travail. Cette compréhension passe par la prise en compte de l'intérêt économique de l'entreprise... laquelle suppose parfois une évolution du regard des inspecteurs sur les entités placées sous son contrôle.

726. Comment l'inspection du travail peut-elle améliorer sa capacité à introduire des changements positifs dans l'entreprise ? Le modèle latin d'inspection est caractérisé par sa flexibilité et la latitude laissée aux inspecteurs dans l'application de la réglementation. Cette flexibilité se traduit, en pratique, par un choix des dispositions à appliquer prioritairement¹⁹²⁸. Elle permet aux agents « d'élaborer un programme de mise en conformité graduelle » avec les dispositions en vigueur. Autrement dit, les inspecteurs du travail négocient l'application de la norme¹⁹²⁹. Il est vrai qu'une application littérale de la législation du travail est illusoire¹⁹³⁰. Il faut élaborer des

¹⁹²⁶ Trois séries de réformes depuis 2006 sont menés par le Ministère du Travail :

- le plan de modernisation et de développement de l'inspection du travail (Les rapports de l'inspection du travail de 2006 à 2010, La documentation française – Instruction de la DGT, n° 2011-01, 18 janv. 2011, BOMT, 28 févr. 2011, n° 2, Relative à l'évaluation des actions engagées au niveau régional dans le cadre du PMDIT et de la fusion des services d'inspection du travail ; « L'inspection du travail poursuit sa mue en 2009 », SSL, 2011, n° 1486 ; J. BESSIERE, « L'inspection du travail, entre stabilité et évolutions », in 13 Paradoxes en Droit du travail, SSL, 2011, n° 1508, p. 40 ; Th. KAPP, J-P. TERRIER, P. RAMACKERS, « Les mutations de l'inspection du travail », SSL, 2012, n° 1561, p. 4) ;

- La revue générale des politiques publiques en 2009 (J. BESSIERE, « L'inspection du travail, entre stabilité et évolutions », in 13 Paradoxes en Droit du travail, SSL, 2011, n° 1508, p. 40) ;

- Le projet « *Pour un ministère fort* » en cours d'étude (<http://www.sud-travail-affaires-sociales.org>).

¹⁹²⁷ V. TIANO, « La réforme contestée de l'inspection du travail », Dr. social, 2006, p. 662.

¹⁹²⁸ M. J. PIORE, A. SCHRANK, « Le renouveau de l'inspection du travail dans le monde latin », Rev. Inter. Trav., Vol. 147, n° 1, p. 6.

¹⁹²⁹ « *Osons dire que nous négocions l'application du droit* » (G. BUTAUD, F. PERIN, M. THERY, « Les funambules de l'inspection du travail », Dr. social 1985, p. 271). Dans le même sens : A. HIDALGO, « Inspection du travail : crise d'identité et tranches de vie », Dr. social, 1992, p. 853 ; C. CHETCUTI, « Bref propos sur les modalités d'intervention de l'inspection du travail », Dr. social, 1984, p. 464.

¹⁹³⁰ Comme une confirmation, la loi du 14 juin 2013 accorde aux entreprises qui franchissent les seuils de 11 et 50 salariés deux dérogations par rapport aux obligations traditionnelles qui figurent dans le Code du



méthodes d'action et d'évaluation garantissant « aux entrepreneurs et aux salariés une application uniforme et objective de la réglementation¹⁹³¹ ». L'inspecteur doit changer de méthode. Ce changement doit être de nature à faire évoluer positivement les pratiques de l'employeur et à rendre plus effective l'application du droit du travail. L'employeur doit prendre conscience que son application constitue un facteur de développement économique de l'entreprise. En recourant à une nouvelle « clé d'entrée », celle du dysfonctionnement, l'inspecteur doit démontrer que l'absence d'un dialogue social de qualité a un coût direct ou indirect pesant sur la compétitivité ou la productivité de l'entreprise (**Sous-section II**). Ce changement de méthode appelle dans certains cas un changement de culture (**Sous-section I**)

Sous-section I - Un changement de culture administrative

727. Légitimité. Le changement de culture doit permettre d'asseoir la légitimité des agents face à des employeurs percevant la réglementation et l'inspection du travail comme des obstacles à la compétitivité de l'entreprise. L'inspection doit renforcer sa neutralité dans l'exercice de ses missions de contrôle ou de conseil (§I). Une application uniformisée du droit du travail doit être par ailleurs recherchée. Même s'ils sont profondément attachés à leur indépendance, les inspecteurs du travail expriment¹⁹³² le besoin d'une autorité centrale élaborant une politique, une doctrine et une stratégie, donnant des directives et définissant des priorités. Passer d'une culture individuelle à une culture collective est nécessaire (§II).

travail. L'employeur disposera de 90 jours pour l'organisation des élections professionnelles à compter du jour de l'affichage. Il disposera par ailleurs d'un délai d'un an pour satisfaire aux obligations récurrentes d'information et de consultation du comité d'entreprise (Sur cette question voir : B. GAURIAU, « Elections professionnelles et consultation du comité d'entreprise », JCP S, 2013, 1265 ; F. PETIT, « Seuils d'effectifs et délais supplémentaires pour l'exercice des droits collectifs », Dr. social, 2013, p. 846).

¹⁹³¹ C. CHETCUTI, « Réflexions sur l'inspection du travail », Dr. social, 1976, p. 37.

¹⁹³² Un directeur adjoint du travail exprime ces difficultés dans des termes similaires : « tout en craignant une surcharge de travail qu'engendrerait un pilotage directif qui ne les aiderait pas à hiérarchiser leurs tâches, ils souffrent aussi de la faiblesse des régulations internes de leurs services et une fraction significative d'entre eux aspirent à davantage de choix collectifs » (V. TIANO, « La réforme contestée de l'inspection du travail », Dr. social, 2006, p. 665).



§I. De la partialité à la neutralité

728. Opinions politiques. L'inspection du travail est marquée par les opinions politiques des inspecteurs souvent peu portés à la bienveillance à l'égard des dirigeants de l'entreprise¹⁹³³ préférant apporter « une contribution à la défense des travailleurs¹⁹³⁴ ». Cette déformation trouve son origine dans l'approche selon laquelle il faut protéger le plus faible, le salarié, face au plus fort, l'employeur¹⁹³⁵. L'activité de contrôle attachée à mettre en évidence les défaillances de l'entreprise contribue à faire perdurer certains préjugés¹⁹³⁶, sans compter que les membres de l'inspection du travail sont parfois fortement imprégnés par l'idéologie qui ne les incline pas à comprendre les difficultés des entreprises¹⁹³⁷. L'impartialité devrait être au cœur de leur action¹⁹³⁸, leur interdisant d'afficher, dans l'exercice de leurs missions, leurs opinions politiques ou syndicales¹⁹³⁹. Pour autant, cette garantie est-elle suffisante alors même que l'inspecteur du travail est placé « au cœur de la situation économique et sociale et des rapports sociaux entre salariés et employeurs¹⁹⁴⁰ » ? Si l'administration agit en général dans un milieu homogène et ne fait face qu'à une seule catégorie d'utilisateurs¹⁹⁴¹, il n'en est pas de même de l'administration du travail. Cette dernière intervient dans un milieu hétérogène¹⁹⁴² où s'opposent les intérêts divergents des salariés et des employeurs. Dès lors, l'affiliation syndicale et le militantisme de certains inspecteurs du travail n'entrent-ils pas en contradiction avec la nature des fonctions exercées ? Un tel débat suscite les passions. Reste une certitude : la liberté syndicale reconnue aux inspecteurs du travail

¹⁹³³ M. J. PIORE, A. SCHRANK, « Le renouveau de l'inspection du travail dans le monde latin », *Rev. Inter. Trav.*, Vol. 147, n° 1, p. 6.

¹⁹³⁴ Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 448.

¹⁹³⁵ Voir V. TIANO, « La réforme contestée de l'inspection du travail », *Dr. social*, 2006, p. 662 ; Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 448 ; M. J. PIORE, A. SCHRANK, *op. cit.*, *Rev. Inter. Trav.*, Vol. 147, n° 1, p. 10.

¹⁹³⁶ V. TIANO, « La réforme contestée de l'inspection du travail » *Dr. social*, 2006, p. 662.

¹⁹³⁷ Un auteur a pu relayer les propos d'un inspecteur se définissant comme « les valets rouges du gouvernement » (V. VIEILLE, « Inspecter le travail ou veiller à l'application du droit du travail : une mission impossible ? », *Dr. social*, 2006, p. 666).

¹⁹³⁸ L'impartialité constitue le premier des principes de la déontologie des inspecteurs du travail arrêtée en 2010.

¹⁹³⁹ Le principe d'impartialité s'applique « également au choix et aux modalités de l'action de l'inspection du travail, quel que soit le niveau hiérarchique concerné » (*Déontologie de l'inspection du travail – DGT – 2010*).

¹⁹⁴⁰ CES, Rapp. 24 janv. 1996 sur l'inspection du travail.

¹⁹⁴¹ Ainsi, l'administration fiscale n'intervient qu'à l'égard des contribuables.

¹⁹⁴² Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 448.



ne les dispense pas de prendre en compte l'intérêt économique des entreprises dans l'exercice de leurs missions¹⁹⁴³.

729. Des défis permanents. L'entreprise et l'inspection du travail doivent faire face à une inflation législative constante. Depuis la fin des années 1970, les auteurs dénoncent les réformes « nourrissant elles-mêmes de nouvelles réformes, chacune appelant une réglementation difficile à mettre en place (...) relayée à son tour par un flux de circulaires et de réponses écrites qui ne sont pas toujours d'emblée adaptées aux situations locales¹⁹⁴⁴ ». Le droit de la représentation du personnel n'y échappe pas. En témoignent les réformes successives qui en 2008 et 2013 ont profondément bouleversé le fonctionnement et les attributions des instances représentatives. Le développement de la négociation collective d'entreprise accroît la difficulté d'appréhender le corpus normatif.

730. La complexité de la tâche est accrue par l'effet de crises économiques et le développement de nouveaux modes d'organisation des entreprises : recours à la sous-traitance, extériorisation des centres de décision auxquels s'ajoutent la mondialisation et la « tertiarisation » de l'économie, la construction d'entreprises en réseaux, la montée en puissance des groupes de sociétés, etc.

731. « Cet emballement législatif¹⁹⁴⁵ » et ces évolutions économiques renforcent le besoin de neutralité et d'impartialité. Ils appellent les inspecteurs du travail à appliquer le droit du travail en tenant compte de l'intérêt économique des entreprises, des difficultés qu'elles rencontrent, du taux de chômage, du « climat social ». Limiter ou suspendre l'application de la règle en vigueur peut se révéler pertinent afin de préserver les emplois ou de favoriser le rétablissement d'une entreprise. L'inspection du travail doit être « l'instrument du développement social mais aussi économique¹⁹⁴⁶ ». Elle doit associer la nécessaire protection des salariés et celle des entreprises. La flexibilité du

¹⁹⁴³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, montchrestien, T. 2, 12^{ème} éd., n°289 et s.

¹⁹⁴⁴ Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 450 ; M. LAFOUGERE, « L'inspection du travail dans un monde en mutation, Les défis auxquels elle est confrontée », *RFAS*, 1992, p. 43.

¹⁹⁴⁵ Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 450.

¹⁹⁴⁶ M. LAFOUGERE, « L'inspection du travail dans un monde en mutation, Les défis auxquels elle est confrontée », *RFAS*, 1992, p. 4.



modèle latin d'inspection du travail, qui se veut plus conciliant et pédagogique que le modèle anglo-saxon, constitue, à cet égard, un atout non négligeable.

§II. De l'individuel au collectif

732. Un équilibre à trouver. Garantie par les conventions OIT n° 81 (art. 6) et n° 129 (art. 8)¹⁹⁴⁷, l'indépendance de l'inspection du travail doit être rangée au nombre des principes généraux du droit¹⁹⁴⁸. La traduction pratique de ce principe suppose notamment que l'inspection du travail soit indépendante de l'autorité politique¹⁹⁴⁹. L'inspecteur du travail doit être à l'abri des influences extérieures qu'elles viennent des acteurs sociaux ou d'ailleurs. L'indépendance de l'inspection se traduit, entre autres, dans le libre choix de solliciter ou non la mise en œuvre de l'action pénale¹⁹⁵⁰. Mais l'indépendance n'est pas l'autonomie¹⁹⁵¹. L'inspection du travail ne dispose « d'aucune norme quant à la manière dont devra être conduite [son] action¹⁹⁵² ». S'agissant des conditions d'exercice des fonctions d'information et de conseil et de la nature des actes informels qui en découlent, le silence du Code du travail est particulièrement éloquent¹⁹⁵³. L'absence de priorités collectives et de méthode d'évaluation ne permet

¹⁹⁴⁷ Convention OIT n° 81 et 129 : « Le personnel de l'inspection sera composé de fonctionnaires publics dont le statut et les conditions de service assurent la stabilité dans leur emploi et les rendent indépendants de tout changement de gouvernement et de toute influence indue ».

¹⁹⁴⁸ CE 9 oct. 1996, n° 167511 : Dr. social 1997, p. 207, note X. PRETOT.

¹⁹⁴⁹ L'inspection doit en outre détenir des garanties en matière d'emploi et d'exercice des fonctions et disposer de moyens lui permettant d'exercer sa mission.

¹⁹⁵⁰ Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013, p. 194.

¹⁹⁵¹ En ce sens : « Le reproche est fait aussi à l'inspection du travail d'être trop autonome, faite de « chefs locaux », largement coupés de leur hiérarchie ; à quoi s'ajoute, dans certains cas le grief de politisation » (Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », Dr. social, 1984, p. 448).

¹⁹⁵² C. CHETCUTI, « Réflexions sur l'inspection du travail », Dr. social, 1976, p. 36.

¹⁹⁵³ « L'essentiel de l'activité des inspecteurs du travail est fait d'observation et de conseils ou de conciliation qui ne sont ni vraiment prévues ni a fortiori organisés par les textes » (Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », Dr. social, 1984, p. 460). L'auteur s'interroge notamment sur la nature juridique des lettres observations. Cet auteur expose de « solides raisons de reconnaître la qualité d'actes administratifs » aux lettres d'observations. Cette solution conduirait à « réintroduire le droit là où l'essentiel de la mission légale de contrôle des inspecteurs ». Elle serait un gage de sécurité pour les parties. Soumise aux exigences formelles d'un acte administratif (Sur la forme de l'acte administratif cf. Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, LGDJ, 20^{ème} éd., 2012, n° 625 ; P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT, *Droit administratif*, Sirey, 13^{ème} éd., 2012, n° 604), les observations seraient rendues sous contrôle hiérarchique et juridictionnel (application des règles régissant les procédures non contentieuses et contentieuses). Au cas particulier, la nature juridique de la lettre d'observation importe peu. L'objectif recherché tient davantage à la normalisation des relations entre l'inspection et les entreprises et à l'uniformisation de l'application des règles de droit du travail.



pas d'élaborer un plan de contrôle des entreprises cohérent et équitable¹⁹⁵⁴. De nouvelles méthodes de travail, à caractère collectif, doivent être élaborées. L'inspecteur ne doit pas « [vivre] ses fonctions comme une sorte d'exercice libéral¹⁹⁵⁵ ». Un équilibre doit être trouvé entre « l'indépendance dans les choix du contrôle et la nécessaire réactivité individuelle aux constats de terrain [et] un jeu plus collectif des agents de contrôle¹⁹⁵⁶ ». La définition des priorités collectives ne signifie pas que l'inspection du travail ne répondra plus aux demandes des salariés ou des entreprises¹⁹⁵⁷. Le plan de modernisation de développement de l'inspection du travail (PMDIT) a partiellement répondu à ces attentes¹⁹⁵⁸. Le projet « Pour un ministère fort » en cours d'élaboration par les services du ministère du Travail entend favoriser le développement d'actions collectives (II) nécessitant une adaptation de l'organisation de l'inspection du travail (I). Ce dispositif doit être complété de nouvelles méthodes d'évaluation (III).

I. Une adaptation de l'organisation

733. Structures. Le projet « Pour un ministère fort » distingue, à l'instar du plan de modernisation, trois niveaux. Le niveau de proximité comporte lui-même un premier échelon : la « cellule de base », appelée section, correspond à un territoire géographique identifié affecté à un seul inspecteur du travail¹⁹⁵⁹, ce qui emporte un accroissement du nombre de sections géographiques « mono-inspecteur ». La taille restreinte des sections présente des avantages certains : elle assure aux inspecteurs une meilleure connaissance des entreprises relevant de leur champ d'action ; elle permet aux entreprises et à leurs salariés d'identifier précisément leur interlocuteur ; elle favorise les échanges, formels

¹⁹⁵⁴ M. J. PIORE, A. SCHRANK, « Le renouveau de l'inspection du travail dans le monde latin », *Rev. Inter. Trav.*, Vol. 147, n° 1, p. 10.

¹⁹⁵⁵ Y. GAUDEMET, « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 451.

¹⁹⁵⁶ Ph. AUVERGNON, *op. cit.*, PUB, 2007, 1^{ère} éd., p. 261.

¹⁹⁵⁷ Sur la demande individuelle voir : T. KAPP, « L'inspection du travail face à la demande individuelle », *Dr. ouvrier*, Déc. 2002, p. 563 – X. HAUBRY, *Le contrôle de l'inspection du travail et ses suites*, L'Harmattan, 2010, p. 54 et s. – T. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Ed. Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013, p. 375 et s.

¹⁹⁵⁸ Le ministère du Travail a posé les principes déontologiques qui encadrent l'action de l'inspection du travail. La déontologie conforte ainsi « la cohérence [naissante] de l'action des agents à tous les niveaux de la hiérarchie, les protège des risques liés à des comportements insuffisamment réfléchis, comme elle protège les administrés eux-mêmes des risques d'arbitraire » (X. DARCOS, préf., in *Déontologie de l'inspection du travail – DGT – 2010*).

¹⁹⁵⁹ Par suite de la suppression du corps des contrôleurs du travail, l'inspecteur ne disposera plus de deux contrôleurs à ses côtés. Ces derniers deviennent des inspecteurs du travail (Ass. Nat., Question n° 23129, M. FEKL, JO 04/06/2013, p. 5929).



ou informels, entre ces différents acteurs. Le second échelon est celui de « l'unité de contrôle », appelée actuellement « unité territoriale », regroupant huit et douze « cellules de base » ; les secrétariats y sont localisés. Ces unités sont placées sous la responsabilité d'un directeur-adjoint du travail chargé de fonctions hiérarchiques et d'animation. Elles sont le lieu adéquat pour mener des actions concertées sur une thématique précise à l'égard d'entreprises relevant du même secteur d'activité¹⁹⁶⁰.

734. Au niveau régional, le plan de modernisation s'est notamment traduit, en pratique, par la création des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi. Le nouveau plan conserve cet échelon d'impulsion, de coordination, d'appui et d'évaluation. Toutefois, le ministère du Travail entend créer à ce niveau des unités régionales d'appui spécialisées dans le contrôle de certains risques.

735. Enfin au niveau national, l'inspection du travail dispose de structures centrales : la Direction générale du travail, chargée notamment d'animer la politique du travail ; le Conseil national du travail qui contribue à assurer l'exercice des missions et des garanties de l'inspection du travail¹⁹⁶¹. Le projet « Pour un ministère fort » envisage de mettre en place « un groupe national de veille, d'appui et de contrôle » composé d'un nombre restreint d'inspecteurs du travail, chargé de la coordination des actions qui ne peuvent l'être efficacement au niveau local. Les membres de ce groupe peuvent intervenir de leur propre chef ou en appui auprès des unités régionales ou territoriales. Cette approche innovante permet d'agir efficacement au niveau national¹⁹⁶².

736. Il revient à la Direction générale du travail de déterminer les orientations de la politique qui doit être conduite, de coordonner et d'évaluer les actions, notamment en matière de contrôle de l'application de la législation du travail¹⁹⁶³. Depuis 2006, l'inspection du travail s'est inscrite dans cette démarche. Des priorités collectives ont

¹⁹⁶⁰ A titre d'exemple, une action de formation relative à la mise en place des institutions représentatives du personnel pourra être menée auprès des PME ; une action de prévention des risques liés à la sécurité des chantiers pourra être menée auprès des entreprises du secteur du BTP, etc.

¹⁹⁶¹ C. trav., art. D. 8121-1.

¹⁹⁶² <http://www.sud-travail-affaires-sociales.org>.

¹⁹⁶³ C. trav., art. R. 8121-14.



été fixées. Au nombre de dix huit, elles sont aujourd'hui « facteur de dispersion¹⁹⁶⁴ ». Le projet « Pour un ministère fort¹⁹⁶⁵ » entend définir chaque année deux à quatre priorités nationales pour produire un changement significatif et des résultats visibles auxquelles pourraient s'ajouter deux ou trois priorités définies régionalement¹⁹⁶⁶ en fonction des spécificités locales. Ces priorités doivent être déterminées collectivement et s'inscrire dans la durée. Il apparaît cependant difficile d'arrêter des objectifs annuels tout en souhaitant qu'ils s'inscrivent dans la durée. Le risque d'accumulation, au fil des ans, est inévitable et source de dispersion¹⁹⁶⁷.

II. La définition de priorités collectives

737. Approche ascendante. Deux approches peuvent être retenues lors de la détermination des priorités d'action. L'approche descendante « se caractérise par la juxtaposition de programmes élaborées au niveau national, régional et local¹⁹⁶⁸ ». Le Danemark, l'Espagne, les Pays-Bas y recourent. Un cadre, des objectifs ou des priorités sont définis au niveau national dans des termes ouverts. Dans un second temps, il appartient aux niveaux intermédiaires de concevoir les moyens de les mettre en œuvre « en fonction de leur charge de travail, de leurs priorités et des politiques régionales¹⁹⁶⁹ ». Une telle approche ne garantit pas une application uniforme de la réglementation. L'approche ascendante est préférable. La France, la Grande-Bretagne, l'Irlande, la Grèce ont élaboré une politique au niveau national après avoir procédé à la consultation des entités régionales. Les inspecteurs sont « des capteurs de la réalité de l'application du droit dans les entreprises et des évolutions de celle-ci, des détecteurs de questions toujours vives et de questions émergentes dans l'application du Code du

¹⁹⁶⁴ M. SAPIN, Réunion des DIRECCTE, 27 juin 2013, <http://www.sud-travail-affaires-sociales.org>.

¹⁹⁶⁵ Cf. les différentes interventions de M. SAPIN, et moutures du projet sur le site <http://www.sud-travail-affaires-sociales.org>.

¹⁹⁶⁶ Le projet en cours d'élaboration prévoit un changement relatif à l'organisation de l'inspection du travail.

¹⁹⁶⁷ Il s'agit par conséquent de définir des objectifs périodiques. Ainsi, un objectif triennal se traduira en pratique par des actions de formation, des contrôles renforcés sur les entreprises de tel ou tel secteur d'activité. Au cours et à l'issue des trois ans, il sera nécessaire de procéder à une évaluation des pratiques et des actions menées. Des objectifs nouveaux seront alors arrêtés. Ils porteront sur d'autres pans du droit du travail. L'attention des inspecteurs sur les objectifs précédents sera nécessairement moindre. Cette solution n'est qu'une conséquence d'une application négociée du droit du travail.

¹⁹⁶⁸ P. PREVOSTEAU, Conceptions et mutations de l'inspection du travail, Thèse, Paris 2, 1997, Dactylo., p. 70.

¹⁹⁶⁹ P. PREVOSTEAU, op. cit., Thèse, Paris 2, 1997, Dactylo., p. 70.



travail, et des concepteurs de stratégies pertinentes pour faire avancer le droit¹⁹⁷⁰». L'implication de l'inspection du travail dans l'élaboration des objectifs et dans la définition d'actions menées sur le terrain est décisive. Les inspecteurs font face quotidiennement aux interrogations des entreprises et des salariés mais aussi aux expériences innovantes d'entreprises soucieuses d'adapter la réglementation à leurs besoins et à leur situation économique. La définition de la politique du travail doit répondre à une logique de « vases communicants »¹⁹⁷¹. Le projet « Pour un ministère fort » la retient: la définition des objectifs doit reposer sur des échanges constants entre les cellules de base, les unités de contrôle, les DIRECCTES et la Direction générale du travail. Il est permis de regretter l'absence de participation des organisations syndicales et patronales à la détermination de ces objectifs.

738. Méthode. A notre sens, la première étape exigerait « un examen approfondi du contexte réglementaire afin d'identifier précisément les problèmes majeurs¹⁹⁷² » rencontrés par les entreprises ou les salariés¹⁹⁷³. A cet égard, les inspecteurs du travail disposent actuellement d'un outil essentiel de saisie de l'activité (CAP SITERE) dont l'utilisation demeure cependant largement controversée¹⁹⁷⁴. Utilisé dans sa dimension collective et conformément à son objet, cet outil permettrait non seulement d'apprécier l'activité en identifiant les thèmes récurrents mais aussi de mesurer l'impact du système d'inspection et de favoriser les échanges au sein de celui-ci.

¹⁹⁷⁰ K. CHASSAING, F. DANIELLOU, Ph. DAVEZIES, B. DUGUE, J. PETIT, Le travail vivant des agents de l'inspection du travail, Rapport Direccte, Ile de France, 2011, p. 13. Dans le même sens : les inspecteurs « joue un rôle fondamentale de régulation mais aussi d'observation et d'enregistrement de l'évolution des références de la société Ph. AUVERGNON, « Contrôle étatique, effectivité, et ineffectivité du droit du travail », Dr. social 1996, p. 606 – Voir aussi : C.-E. TRIOMPHE, Mutation du travail, transformations de l'action publique et effectivité du droit : les défis de l'inspection du travail française, in L'effectivité du droit du travail, A quelles conditions ?, sous dir. Ph. AUVERGNON, PUB, 1^{ère} éd., 2007, p. 228.

¹⁹⁷¹ P. MERIAUX, « Réforme ou contre-réforme ? », RDT, 2006, p. 359 ; M. SAPIN, Réunion des DIRECCTE, 27 juin 2013, <http://www.sud-travail-affaires-sociales.org>.

¹⁹⁷² D. WEIL, « Pour une approche stratégique en matière d'inspection du travail », Rev. Inter. Trav., Vol. 147, n° 1, p. 406.

¹⁹⁷³ L'étude des rapports annuels de l'inspection du travail et de l'outil CAP SITERE est ici déterminante.

¹⁹⁷⁴ Les agents dénoncent la note émanant de la direction de l'administration générale et de la modernisation des services (DAGEMO) qui invite les directeurs à sanctionner les inspecteurs qui n'utiliseraient pas l'outil de saisie de comptes-rendus CAP SITERE (DAGEMO, Note du 27 févr. 2013, <http://www.sud-travail-affaires-sociales.org>). Le projet « Pour un ministère fort » prévoit la mise en place d'un nouveau logiciel de saisie plus ergonomique et correspondant aux attentes de l'inspection du travail.



739. Priorités. De manière concertée, et au regard des axes préalablement identifiées, seront arrêtées trois ou quatre priorités ainsi que les moyens et actions choisis pour les mettre en œuvre et les critères d'évaluation. Les objectifs quantitatifs doivent être évités. En effet, les mesures de productivité fondées sur le nombre de procès-verbaux dressés « favorisent le zèle excessif, ce qui peut fort bien compromettre les intérêts des travailleurs et des employeurs¹⁹⁷⁵ ». L'une des priorités pourrait concerner la mise en place d'institutions représentatives du personnel dans les entreprises qui en sont dépourvues. La réalisation de cet objectif triennal supposerait que soient mis en place des actions de formation, des contrôles spécifiques sur l'ensemble des entreprises dépourvues de représentants du personnel et qu'un dialogue soit instauré avec les salariés et les employeurs pour leur faire prendre conscience de l'importance du dialogue social au sein de l'entreprise et de la nécessité que soient élus des représentants du personnel. Au terme des trois ans, chaque « cellule de base » aura identifié les entreprises dépourvues de représentants du personnel, chaque unité de contrôle aura réalisé un certain nombre d'actions de formation, etc. D'autres critères pourraient être retenus. Ainsi, le nombre d'entreprise ayant procédé à l'organisation d'élections professionnelles, le nombre de procès-verbaux de carence, sont autant d'éléments significatifs de la prise de conscience de l'importance du droit de la représentation du personnel par les entreprises et les salariés.

III. Une nouvelle méthode d'évaluation

740. Innovation. L'objectif des nouvelles méthodes d'évaluation réside dans la nécessité d'uniformiser au niveau régional et national les réponses apportées aux entreprises et d'accroître l'efficacité des services de l'inspection du travail. Certains¹⁹⁷⁶ préconisent à juste titre la mise en place d'un programme de recherche et d'évaluation sur les méthodes auxquelles ont recours les inspecteurs du travail. Est recommandée l'approche utilisée par le monde médical pour régulariser la pratique clinique en milieu

¹⁹⁷⁵ M. J. PIORE, A. SCHRANK, « Le renouveau de l'inspection du travail dans le monde latin », Rev. Inter. Trav., Vol. 147, n° 1, p.14.

¹⁹⁷⁶ M. J. PIORE, A. SCHRANK, « Le renouveau de l'inspection du travail dans le monde latin », Rev. Inter. Trav., Vol. 147, n° 1, p. 22.



hospitalier¹⁹⁷⁷. La première étape suppose d'inviter certains agents à commenter des dossiers qu'ils ont eu à traiter personnellement. La Direction générale du travail (ou une commission *ad hoc*) pourrait ensuite identifier une série de canevas types qu'un groupe plus étendu d'agents serait amené à analyser. La troisième étape conduirait l'administration centrale « à évaluer l'éventail des réponses et leur degré d'uniformité¹⁹⁷⁸ » afin d'élaborer pour chaque canevas une ou plusieurs réponses possibles. Nourris au fil du temps par le biais d'un logiciel à l'instar de CAP SITERE, les canevas et l'éventail des réponses seraient à la disposition des agents.

Sous-section II - Un changement de méthode administrative

741. Accompagner. Le déploiement d'une nouvelle stratégie suppose de procéder « à un réaménagement important des perceptions culturelles des dirigeants¹⁹⁷⁹ ». En effet, certains employeurs ne perçoivent que les aspects contraignants et les conséquences financières des missions de l'inspecteur du travail. Ce dernier est perçu comme « un gendarme » et non comme un allié. D'une fonction de contrôle, l'inspection doit passer à une fonction d'accompagnement des entreprises¹⁹⁸⁰. Ce changement de méthode comporte une triple déclinaison. Classifier : les entreprises ne se situent pas sur un pied d'égalité face à l'accès au droit. L'inspecteur doit identifier les entreprises récalcitrantes ou non « sensibilisées » au droit du travail (§1). Persuader : l'inspecteur doit être doté d'une nouvelle clé d'entrée, celle du « dysfonctionnement ». Il doit démontrer que

¹⁹⁷⁷ Ces auteurs font notamment référence à une étude menée aux Etats-Unis (P. ADLER, P. RILEY, S. KWON, J. SIGNER, B. LEE, R. SATRASALA, « Performance improvement capability : Keys to accelerating performance improvement in hospitals », *California Management Review*, vol. 45, n° 2 p. 12-33).

¹⁹⁷⁸ M. J. PIORE, A. SCHRANK, « Le renouveau de l'inspection du travail dans le monde latin », *Rev. Inter. Trav.*, Vol. 147, n° 1, p. 22

¹⁹⁷⁹ M. PERRON, « L'inspection du travail, l'approche de l'entreprise par les dysfonctionnements », *Rev. Echange-travail*, 1992, p. 24.

¹⁹⁸⁰ Certaines DIRECCTES sont entrées dans une telle démarche. En témoigne la DIRECCTE Rhône-Alpes qui a créé une mission d'appui du dialogue social. Mobilisée par tous les acteurs, cette aide favorise l'entente sur des orientations et des objectifs à atteindre. En outre, elle participe à la définition d'un plan d'action et à la mise en place d'un suivi permettant de réaliser concrètement les orientations retenues (L'appui au dialogue social, réussir le dialogue social dans l'entreprise, DIRECCTE Rhône-Alpes, ARAVIS, www.rhone-alpes-directe.gouv.fr).



l'application des règles du droit du travail ne représente pas un coût pour l'entreprise mais contribue à son développement (§2). Rapprocher : l'inspection du travail doit se doter des moyens permettant d'améliorer les rapports qu'elle entretient avec les entreprises (§3).

§I. Classer

742. L'inspecteur du travail doit établir un classement des entreprises situées dans sa section ou « cellule de base »¹⁹⁸¹ afin d'orienter ses contrôles et de porter une attention particulière aux entreprises exprimant de réelles difficultés dans l'application des règles de droit du travail. Trois groupes peuvent être distingués : les entreprises classiques, les entreprises inadaptées au droit et les entreprises du « non droit »¹⁹⁸².

743. Entreprises « classiques ». Dans la catégorie des entreprises « classiques », figurent les entreprises (les grandes entreprises) dotées d'institutions représentatives du personnel et de délégués syndicaux. Elles se plient aux exigences légales et concluent maints accords collectifs parfois à caractère dérogatoire. Ainsi, l'institution d'un comité d'entreprise européen fut-elle parfois « précédée des initiatives de groupes organisant spontanément, généralement par la voie conventionnelle, des instances européennes de concertation¹⁹⁸³ ». Certains groupes d'entreprises vont au-delà en créant une instance de représentation du personnel mondial¹⁹⁸⁴. Que décider lorsque, par voie d'accord, est créée une instance unique de représentation du personnel exerçant les missions des délégués du personnel, du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹⁹⁸⁵ ? Quelle doit être l'attitude de l'inspecteur du travail ? L'accord n'est pas, *a priori*, préjudiciable aux salariés¹⁹⁸⁶. L'administration du travail peut décider de « s'engager dans l'expérience » en demandant « des garanties de contenu et

¹⁹⁸¹ Ce classement se faire au moyen d'une fiche de « prise de contact » invitant les entreprises à faire connaître leurs dirigeants, leurs représentants du personnel et les difficultés rencontrées dans l'application du droit du travail.

¹⁹⁸² A. HIDALGO, « Inspection du travail : crise d'identité et tranches de vie », *Dr. social*, 1992, p. 853.

¹⁹⁸³ B. TEYSSIE, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen*, LexisNexis, 2012, n° 2.

¹⁹⁸⁴ B. TEYSSIE, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen*, LexisNexis, 2012, n° 175.

¹⁹⁸⁵ A. HIDALGO, *op. cit.*, *Dr. social*, 1992, p. 853.

¹⁹⁸⁶ En choisissant la voie répressive, il n'est pas certain que l'inspecteur soit suivi par le juge pénal.



de suivi¹⁹⁸⁷ ». Ce type d'initiatives peut être, à l'avenir, source d'évolution de la législation.

744. L'entreprise « inadaptée » est celle qui applique partiellement le droit du travail, souvent une entreprise de faible taille qui paie les cotisations sociales, verse des salaires parfois substantiels, respecte le droit de la durée du travail. Mais est constatée l'absence de candidats lors des élections professionnelles organisées dans l'entreprise. Il se peut aussi que le défaut de représentation du personnel soit le fait d'un employeur qui attend que lui soit présentée une demande d'organisation d'élections, peut-être parce qu'il ne souhaite pas que la vie de l'entreprise soit troublée par la présence de représentants du personnel. L'inspection du travail doit conduire en pratique une action de formation, à destination des salariés ou de l'employeur, portant notamment sur l'utilité et le rôle des instances de représentation du personnel. Elle peut accompagner l'entreprise et les salariés dans la composition d'une liste « a-syndicale », dans une démarche visant à concilier l'exercice d'un mandat et la poursuite de l'activité professionnelle ou une démarche d'accompagnement dans l'exécution des mandats.

745. Dans l'entreprise de « non-droit », l'employeur s'abstient d'appliquer la législation du travail dans son ensemble. Au cas particulier du droit de la représentation collective, il s'oppose à la mise en place des instances de représentation du personnel, refuse tout dialogue social, met obstacle à toute présence syndicale¹⁹⁸⁸. L'inspecteur du travail doit progressivement, mais avec fermeté, tendre à une application effective des normes en vigueur, notamment en ce qui concerne la santé, la sécurité des salariés, leur rémunération, la mise en place des instances de représentation du personnel lesquelles constituent des relais non négligeables pour parvenir au respect de la législation du travail¹⁹⁸⁹.

¹⁹⁸⁷ A. HIDALGO, op. cit., Dr. social, 1992, p. 853.

¹⁹⁸⁸ L'entreprise du « non-droit » est « digne du XIX^{ème} Siècle » (A. HIDALGO, « Inspection du travail : crise d'identité et tranches de vie », Dr. social, 1992, p. 853).

¹⁹⁸⁹ M. LAFOUGERE, « L'inspection du travail dans un monde en mutation, Les défis auxquels elle est confrontée », RFAS, 1992, p. 43.



§II. Persuader

746. L'objectif. L'inspecteur du travail doit persuader les employeurs que la qualité du dialogue social et des conditions de travail et, plus largement, le respect de la réglementation en vigueur constitue un facteur de développement économique. Il doit mettre en exergue « les dysfonctionnements et les pertes de compétitivité¹⁹⁹⁰ » que sa méconnaissance génère. Il doit entrer dans la logique économique « du dirigeant en vue de le sensibiliser et imposer la nécessité du changement¹⁹⁹¹ ». Il faut qu'il soit perçu non « comme un empêcheur de produire en rond mais comme un agent de compétitivité, un allié de l'entreprise¹⁹⁹² ». Il lui appartient d'établir une relation entre les défaillances dans l'application de la législation du travail et les pannes, non-maîtrise des délais, accidents du travail, contentieux, pertes de marchés enregistrés.

747. Application. L'absence d'un dialogue social de qualité est susceptible de peser directement ou indirectement sur la compétitivité ou la productivité de l'entreprise. S'il est probable que le simple « oubli », conscient ou inconscient, de consulter le CHSCT en matière d'installations sanitaires¹⁹⁹³ n'a guère d'impact, qu'en est-il lorsqu'une opération¹⁹⁹⁴ de grande ampleur est suspendue¹⁹⁹⁵ ou anéantie¹⁹⁹⁶ par le juge des référés¹⁹⁹⁷ en raison d'une insuffisance d'information ou de consultation ? Est retardé ce projet qui peut être vital pour la survie de l'entreprise. La suspension engendre non seulement des coûts liés au contentieux mais aussi des pertes de productivité. Même s'il

¹⁹⁹⁰ M. PERRON, « L'inspection du travail, l'approche de l'entreprise par les dysfonctionnements », Rev. Echange-travail, 1992, p. 24.

¹⁹⁹¹ M. PERRON, op. cit., Rev. Echange-travail, 1992, p. 24.

¹⁹⁹² M. PERRON, op. cit., Rev. Echange-travail, 1992, p. 24.

¹⁹⁹³ C. trav., art. R. 4228-18.

¹⁹⁹⁴ Sont notamment visés : les changements d'activité, les réorientations de l'entreprise ou les réimplantations, les licenciements pour motif économique, les déménagements, l'introduction de nouvelles technologies, etc.

¹⁹⁹⁵ Sur la suspension : Cass. soc., 28 nov. 2000 : RJS, 11/01, n° 212 ; Cass. soc., 25 juin 2002 : RJS, 10/02, n° 1144 ; Cass. soc., 26 oct. 2010 : JCP S 2010, 1542 note L. SEBILLE, RJS, 1/11, n° 54 ; Cass. soc., 6 mars 2012 : RJS, 5/12, n° 469 ; TGI Nanterre, réf., 22 déc. 2000, RJS, 11/01, n° 1305 ; TGI Paris, réf., 23 avr. 2002, RJS, 11/02, n° 1248 ; TGI Nanterre, réf. 10 sept. 2004, RJS, 01/05, n° 52 ; TGI Paris, réf., 20 nov. 2006, RJS, 04/07, n° 461 ; TGI Paris, réf., 22 janv. 2008, RJS, 04/08, n° 442 ; TGI Paris, réf., 12 mai 2009, RJS, 11/09, n° 863.

¹⁹⁹⁶ Sur la remise en l'état : Cass. soc., 16 avr. 1996 : Dr. social, 1996, p. 484.

¹⁹⁹⁷ Ou à l'avenir par l'administration du travail si le projet s'analyse en un licenciement pour motif économique emportant mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi.



est parfois difficile d'apporter une démonstration chiffrée¹⁹⁹⁸, l'administration doit s'attacher à « placer les problématiques de travail au centre des questions de compétitivité et de performance économique¹⁹⁹⁹ ». Elle contribue ainsi à la prise de conscience de l'employeur qu'un dialogue social de qualité participe au développement économique de l'entreprise.

§III. Rapprocher

748. Objectif. L'inspection du travail doit se doter de moyens lui permettant de se rapprocher des entreprises. L'organisation de rencontres trimestrielles, des actions de formation, la participation à la détermination des priorités collectives permettent de réaliser ce rapprochement. Cette collaboration est souhaitée par l'Organisation internationale du travail. L'article 5 de la Convention OIT n° 81 dispose que l'autorité compétente doit prendre des mesures pour favoriser la concertation entre l'inspection du travail, les employeurs et les travailleurs ou leurs représentants. A cette fin, l'OIT préconise l'organisation de conférences, la création de commissions mixtes, mesure qui a les faveurs du Conseil économique, social et environnemental²⁰⁰⁰.

749. Des commissions. Le CES a naguère préconisé la création de commissions consultatives paritaires composées de représentants des organisations syndicales et patronales. Mises en place au niveau départemental, ces commissions auraient eu pour objet de permettre une collaboration régulière entre l'inspection du travail et les acteurs de l'entreprise²⁰⁰¹. Pour satisfaire aux recommandations du CES et de l'OIT, un décret n° 83-135 du 24 février 1983 a créé le Conseil national de l'inspection du travail²⁰⁰²,

¹⁹⁹⁸ M. PERRON, op. cit., Rev. Echange-travail, 1992, p. 27.

¹⁹⁹⁹ J. BESSIERE, « L'inspection du travail, entre stabilité et évolutions, in 13 Paradoxes en Droit du travail, sous dir. Ph. WAQUET, SSL, 2011, n° 1508, p. 41.

²⁰⁰⁰ CES, Avis sur la réforme de l'inspection du travail, JO du 19 nov. 1965, p. 766.

²⁰⁰¹ CES, Avis sur la réforme de l'inspection du travail, JO du 19 nov. 1965, p. 766.

²⁰⁰² P. PREVOSTEAU, Conceptions et mutations de l'inspection du travail, Thèse, Paris 2, 1997, Dactylo., p. 260 ; Ph. AUVERGNON, « Débats et idées sur l'inspection du travail sous la V^e République », Dr. ouvrier, p. 93 ; Th. KAPP, P. RAMACKERS, J.-P. TERRIER, Le système d'inspection du travail en France, Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013, p. 230.



organisation tripartite notamment chargée de donner régulièrement son avis sur l'état d'application du droit du travail mais qui n'a jamais été installée sous cette forme²⁰⁰³.

750. Des commissions tripartites pourraient être créées au niveau régional. Leur objet serait limité. Composées d'employeurs et de salariés, réunies dans des conditions et des délais déterminés, ces commissions participeraient à la détermination, à la mise en œuvre et à l'évaluation des objectifs de l'inspection du travail. Connaissant le terrain, les participants s'attacheraient notamment à échanger sur les difficultés d'application des règles du droit du travail, à charge pour le directeur régional ou son représentant de transmettre ces éléments à la Direction générale du travail.

751. Une charte de contrôle. A l'instar de l'URSSAF, l'inspection du travail doit se doter d'une charte de contrôle. Ce texte présenterait les dispositions mises en œuvre à l'occasion d'une visite d'inspection. Elle serait remise à cette occasion. Elle informerait les entreprises de leurs droits et obligations. Elle présenterait successivement les raisons du contrôle, son auteur, son déroulement (information de l'entreprise, lieu, période, etc.), son issue, et ses effets (constat, observations, etc.).

Section II - Des sanctions administratives rénovées

752. Sanctionner autrement. La quête de l'effectivité impose de recourir à des outils répressifs d'une nature autre que pénale. Le recours à la répression administrative, plus répandu dans d'autres pans du système juridique français, apparaît nécessaire. Quasi-instantanées²⁰⁰⁴ ou prononcées dans un laps de temps bref suivant la commission de l'infraction, non contredites par des récompenses obtenues antérieurement ou postérieurement, perçues comme certaines et à la hauteur de celles attendues, d'une intensité relativement élevée, ces sanctions répondent aux principes du behaviorisme garants de leur efficacité²⁰⁰⁵. Elles sont par conséquent de nature à garantir l'effectivité

²⁰⁰³ Depuis 2007, le décret de 1983 est abrogé et le Conseil contribue à assurer l'exercice des missions et garanties de l'inspection du travail (D. n° 2007-279, 2 mars 2007).

²⁰⁰⁴ A. MARTINON, Les sanctions extérieures au droit privé, in La sanction en droit du travail, sous dir. B. TEYSSIE, éd. pantheon-assas, 2012, n° 27.

²⁰⁰⁵ P. MORVAN, Criminologie, LexisNexis, 2013, n°271 et s. p. 265 et s.



du droit de la représentation collective. Or, la sanction administrative n'a jamais été aussi présente à l'esprit du législateur. En témoignent notamment le projet « Pour un ministère fort » qui entend permettre à l'inspection du travail de prononcer des sanctions administratives. Dans le même sens, la loi du 14 juin 2013 dote le Direccte d'un pouvoir d'injonction en matière d'information et de consultation des élus. Reste à déterminer leurs champs d'application respectifs. Si l'injonction du Direccte prononcée dans l'urgence, actuellement limitée au licenciement pour motif économique collectif, paraît pouvoir être étendue à l'ensemble du droit de la représentation du personnel (**Sous-section I**), il n'en est pas de même de la sanction administrative prononcée hors l'urgence. En effet, si le recours à la sanction administrative est inéluctable en raison de l'appréhension rénovée de la voie pénale, son champ d'application est limité (**Sous-section II**).

Sous-section I - La sanction administrative dans l'urgence

753. Innovation. La loi de sécurisation de l'emploi a profondément rénové le droit du licenciement pour motif économique²⁰⁰⁶. L'innovation tient notamment à la mise en place d'un mécanisme de validation ou d'homologation des plans de sauvegarde de l'emploi par l'administration du travail. Son intervention se situe en aval de la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel. Toutefois, ses pouvoirs s'étendent à l'ensemble de la procédure. A ce titre, l'administration dispose d'un pouvoir d'injonction. Ainsi, toute demande tendant, avant la demande de validation ou d'homologation, à ce qu'il soit enjoint à l'employeur de fournir les éléments d'information relatifs à la procédure en cours ou de se conformer à une règle légale ou conventionnelle de procédure doit être adressée à l'administration. Le législateur a privilégié cette solution non contentieuse qui a toutes les chances d'aboutir. En effet, si l'injonction ne peut être contestée qu'ultérieurement à l'occasion d'un

²⁰⁰⁶ Les plans de sauvegarde de l'emploi, Colloque Université Paris 2 Panthéon-Assas, in JCP S 2013, n° 1201 à 1212.



recours formé contre la décision d'homologation ou de validation²⁰⁰⁷, le risque selon lequel elle pourrait rester lettre morte paraît limité. Le refus de l'employeur de mettre en œuvre les injonctions de l'administration l'exposerait à un refus de validation ou d'homologation.

754. Extension. Une telle procédure ne peut-elle pas couvrir tout le droit de la représentation collective²⁰⁰⁸ ? Une réponse positive semble pouvoir être apportée. Chargée de veiller à l'effectivité du dialogue social et dotée d'un pouvoir d'injonction, l'administration est à même d'assurer le rétablissement de la légalité. Le recours au seul juge des référés n'apparaît plus inéluctable. En effet, ce pouvoir d'injonction est marqué par sa souplesse et sa facilité de mise en œuvre. La saisine de l'administration pourrait être le fait tant des instances élues ou désignées de représentation du personnel que de l'employeur. A l'instar des demandes adressées à l'occasion d'une procédure de licenciement pour motif économique collectif²⁰⁰⁹, les demandes d'injonctions doivent être motivées que ce soit par un défaut d'information ou de consultation ou un manquement « matériel » (relatif à l'expertise, au budget, aux locaux, etc.). Le Direccte dispose de cinq jours à compter de la réception de la demande pour se prononcer. Il peut entendre les parties et dispose de la faculté de reporter le terme du délai d'information et de consultation. S'il fait suite à la demande, il adresse une lettre d'injonction à l'auteur du manquement. L'autorité administrative en délivre une copie à l'auteur de la demande. La lettre d'injonction précise les délais dans lesquels l'auteur des faits doit se conformer à la demande de la DIRECCTE et ceux dans lesquels l'auteur doit informer

²⁰⁰⁷ Les décisions de l'administration sont insusceptibles de recours dans l'immédiat. Les motifs de contentieux relatifs à la procédure de licenciement pour motif économique sont ainsi regroupés dans une action en justice unifiée autour de la compétence du tribunal administratif.

²⁰⁰⁸ Cette interrogation n'est pas nouvelle. Dans le souci de garantir l'effectivité de la règle de droit, certaines organisations syndicales s'entendent sur la nécessité de doter l'inspection du travail du pouvoir de faire cesser, le cas échéant au moyen d'une astreinte, les troubles dans un certain nombre de cas et notamment en cas d'atteinte au fonctionnement des institutions représentatives du personnel (J. MICHEL, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 176 et p. 446).

²⁰⁰⁹ S'agissant des demandes adressées à l'occasion d'un licenciement pour motif économique collectif, elles doivent être motivées et expliciter la nature des informations demandée, les raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas répondu à la demande d'information initiale ainsi que celles pour lesquelles cette information est indispensable pour permettre d'éclairer les auteurs de la demande (Instr. DGEFP/DGT n° 2012/13, 19 juill. 2013, op. cit., Fiche n° 2, p. 7).



l'administration des suites données. Ces décisions sont susceptibles d'un recours gracieux ou hiérarchique et, le cas échéant, contentieux²⁰¹⁰.

755. Une telle procédure est attrayante car elle emprunte les vertus de la « conciliation ». Pour le ministère du Travail, le pouvoir d'injonction constitue moins une sanction qu'un moyen « de repositionner les acteurs de l'entreprise dans une dynamique de dialogue et de recherche de compromis plutôt que de confrontation²⁰¹¹ ». Ce nouvel outil permet de faire intervenir un tiers lorsque le dialogue social entre l'employeur et les représentants du personnel est difficile, voire rompu. Placée au cœur des relations de travail, l'autorité administrative peut s'imposer comme un interlocuteur privilégié, un intermédiaire entre les parties²⁰¹².

Sous-section II La sanction administrative hors le jeu de l'urgence

756. Un objectif. Les atouts de la sanction administrative sont connus : rapidité et efficacité. Rapidité « car la sanction administrative est détachée du contentieux²⁰¹³ ». Efficacité car elle peut être « plus dissuasive que la perspective de quelques sanctions pénales²⁰¹⁴ ». Le recours à une sanction administrative doit permettre de « recentrer » la sanction pénale sur la protection des droits fondamentaux. Il peut, en outre, contribuer « à alléger la charge qui pèse sur l'ordre judiciaire et [apporter] un crédit nouveau aux

²⁰¹⁰ Les décisions du DIRECCTE pourront faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un référé-liberté (C. Justice Adm., art. L. 521-1). Dans ce dernier cas, le juge administratif se prononce dans les quarante huit heures. Toutefois, la mise en œuvre d'un tel référé est subordonnée à trois conditions : l'urgence, l'atteinte à une liberté fondamentale, une atteinte grave et manifestement illégale. La difficulté « de satisfaire à toutes ces exigences a pour conséquences un assez faible succès des requêtes » (P. CHRETIEN, N. CHIFFLOT, Droit administratif, Sirey, 13^{ème} éd., 2012, n° 655). En droit du travail, le référé-liberté permet d'obtenir la suspension du refus d'autorisation de licenciement ou celle de l'autorisation de licenciement (cf. M.-C. ROUAULT, « Le référé-liberté et le droit du travail », SSL, 2005, 1202).

²⁰¹¹ Instr. DGEFP/DGT n° 2012/13, 19 juill. 2013, relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement pour motif économique collectif, Fiche n° 2, p. 1.

²⁰¹² Etude d'impacte (L. 2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi), Partie IV, 1.4.a.

²⁰¹³ A. MARTINON, Les sanctions extérieures au droit privé, in La sanction en droit du travail, sous dir. B. TEYSSIE, éd. Pantheon-Assas, 2012, p. 29.

²⁰¹⁴ A. MARTINON, op. cit., p. 29.



inspecteurs du travail en raison de l'effectivité de [leur] mission de contrôle²⁰¹⁵ ». L'étude préalable de certains systèmes européens (§ préliminaire) doit permettre d'identifier le régime de la sanction administrative (§I) et de préciser les garanties dont elle doit être assortie (§II).

§ Préliminaire. Les systèmes mixtes de répression

757. Tour d'horizon. S'agissant du recours aux sanctions administratives d'importantes divergences apparaissent au sein de l'Union européenne. Deux systèmes peuvent être distingués: le système mixte et le système unique de répression²⁰¹⁶. La plupart des pays ayant opté pour ce dernier ont choisi la voie répressive judiciaire. A l'opposé, l'Allemagne, la Belgique, la Grèce, le Suède, la Suisse, la Pologne, l'Espagne²⁰¹⁷ et le Portugal ont adopté un système mixte. A l'exception des deux derniers pays cités²⁰¹⁸, ce sont les défaillances des poursuites pénales qui les ont conduits à recourir à des poursuites administratives. Mises en œuvre par l'administration du travail, les sanctions administratives constituent un élément clé de son action. Le système de poursuites pénales français fait face aux mêmes défaillances. Dès lors, la recherche de nouvelles sanctions commande que soient présentés succinctement les systèmes de répression mixte allemand, portugais, espagnol et belge.

758. L'Allemagne connaît deux types de sanctions administratives : le timbre-amende, qui vise à réprimer les manquements mineurs, et l'amende administrative qui tend à sanctionner des infractions d'un degré de gravité supérieur dont la liste est fixée par le législateur. Ces amendes sont directement prononcées par l'inspecteur du travail à l'issue d'une enquête contradictoire. L'ouverture d'une enquête et, le cas échéant, le prononcé d'une sanction administrative constituent des décisions discrétionnaires de

²⁰¹⁵ P. PREVOSTEAU, Conceptions et mutations de l'inspection du travail, Thèse, Paris 2, 1997, Dactylo., p. 319.

²⁰¹⁶ J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p.46.

²⁰¹⁷ Proposées par l'inspection du travail, les sanctions sont prononcées par une autorité administrative et peuvent être contestées par l'employeur devant le juge.

²⁰¹⁸ L'ampleur de la répression administrative dans ces deux pays résulte moins des défaillances des juridictions pénales que de l'Histoire. Les régimes autoritaires de Franco et de Salazar ont privilégié le recours à une forte répression administrative.



l'administration²⁰¹⁹. Pour fixer le montant de l'amende l'administration tient compte de la gravité des faits et de la situation économique de l'entreprise²⁰²⁰.

759. Le Portugal connaît les procédures de contre-ordonnance et de contravention. Celle-ci naît de la méconnaissance des dispositions législatives et réglementaires indépendamment de toute intention de nuire. Il appartient à l'inspection du travail de proposer une sanction administrative qui, le cas échéant, peut être judiciairement contestée²⁰²¹. La procédure de contre-ordonnance consiste en une poursuite administrative qui se substitue aux poursuites engagées devant le juge pénal. Une telle procédure résulte des violations de dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles dont le degré de gravité ne justifie pas une procédure juridictionnelle²⁰²². L'auteur des faits encourt à titre principal une amende administrative et à titre complémentaire des sanctions proches de celles susceptibles d'être prononcées par le juge pénal français : interdiction de concourir aux marchés publics, suppression des aides publiques, interdiction d'exercer certaines activités, etc.²⁰²³. Comme en Allemagne, le montant de l'amende est fonction de trois critères : la gravité de l'infraction, la dimension de l'entreprise appréciée à la lumière du nombre de salariés concernés et niveau de culpabilité de l'auteur.

760. Sur le plan procédural, le droit du travail portugais s'efforce d'appliquer fidèlement les normes posées à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La procédure de sanction apparaît relativement « lourde ». L'application du principe de séparation entre le constat de l'infraction et l'instruction conduit à une multiplication des acteurs et des étapes de la procédure. Une fois le procès-verbal dressé, l'inspecteur le transmet au directeur régional de l'inspection lequel peut procéder ou non à sa confirmation. En cas de confirmation, le

²⁰¹⁹ Inspection du travail dans la communauté européenne - Santé et sécurité – Système juridiques et sanctions, Rapport Commission européenne, 1995.

²⁰²⁰ R. FREYERMUTH, « Les modes et moyens d'intervention de l'inspection du travail allemande », in Rapport à la Commission européenne 1995.

²⁰²¹ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, n° 1.3.2.

²⁰²² Relèvent désormais uniquement du droit pénal les infractions qui portent atteinte à des valeurs fondamentales (D. GOMES, « L'expérience portugaise des sanctions administratives. Le droit d'ordonnance sociale », Interd'ITS, Bulletin de liaison de l'association Villermé, 2001).

²⁰²³ D. GOMES, « L'expérience portugaise des sanctions administratives. Le droit d'ordonnance sociale », Interd'ITS, Bulletin de liaison de l'association Villermé, 2001.



procès-verbal est remis à une section d'instruction qui le notifie à l'auteur de l'infraction. Ce dernier dispose d'un délai pour soit présenter ses observations (ce qui assure le respect du principe du contradictoire) soit payer volontairement l'amende, sauf si l'infraction est d'une gravité certaine et qu'un dol est caractérisé ou si l'infraction est constituée par la non remise d'une information ou d'un document. Le paiement de l'amende n'est possible qu'une fois le document ou l'information en cause présentée. Le refus de payer l'amende conduit son auteur devant « un instructeur exempté » qui n'a pas participé à l'enquête. Cette nouvelle phase a pour objet de « découvrir la vérité matérielle, dans le respect absolu des droits de la défense, et la rigoureuse observation des principes d'officialité, d'impartialité de proportionnalité et de justice²⁰²⁴ ». L'employeur peut bénéficier du soutien d'un avocat, éventuellement au titre de l'aide judiciaire. L'instruction, d'une durée de soixante jours à compter de la nomination de l'instructeur, permet de procéder à l'audition de l'employeur, de l'inspecteur du travail, des salariés et des instances de représentation du personnel. A l'issue de l'instruction, est élaborée une proposition de décision motivée et de sanction. Il appartient au directeur régional de se prononcer par le biais d'une décision motivée, susceptible de faire l'objet d'une contestation judiciaire.

761. L'Espagne. L'administration du travail espagnole peut prononcer directement des amendes administratives. L'inspecteur du travail peut sanctionner toute infraction aux normes relatives à l'hygiène, à la sécurité et à la santé des salariés et, plus largement, aux dispositions intéressant le contrat de travail, le licenciement, la durée du travail ou la représentation du personnel. Le montant de l'amende est déterminé en fonction de critères similaires à ceux utilisés par les systèmes portugais et allemand. L'inspecteur tient compte de la gravité de l'infraction, du comportement de l'employeur, du nombre de salariés affectés, du chiffre d'affaires de l'entreprise et d'éventuelles récidives²⁰²⁵. Le procès-verbal est transmis à l'employeur ainsi qu'à l'autorité du travail compétente pour engager les poursuites²⁰²⁶. L'entreprise dispose

²⁰²⁴ D. GOMES, « L'expérience portugaise des sanctions administratives. Le droit d'ordonnance sociale », Interd'ITS, Bulletin de liaison de l'association Villermé, 2001.

²⁰²⁵ F. MILLERA, « L'inspection du travail en Espagne », INTEFP, 1988, p. 42

²⁰²⁶ L'autorité varie en fonction du montant de l'amende proposée (Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, n° 2.3.).



d'un délai de quinze jours pour présenter ses observations et prendre connaissance du dossier. L'administration se prononce sur le montant de l'amende et notifie sa décision. L'employeur dispose de quinze jours pour la payer, sauf à exercer un recours hiérarchique²⁰²⁷ puis contentieux²⁰²⁸.

762. La Belgique. Le système adopté par la Belgique repose sur un principe de subsidiarité. Si le ministère public décide de ne pas intenter de poursuites pénales, l'administration peut engager des poursuites administratives. L'engagement de poursuites pénales fait en revanche obstacle au prononcé d'une sanction administrative. Le particularisme du système belge réside aussi dans le fait que l'autorité administrative dispose du pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites²⁰²⁹. Mais son particularisme s'achève là. Les droits de la défense sont garantis par la mise en œuvre d'une procédure contradictoire au cours de laquelle la personne poursuivie peut présenter ses observations et par l'ouverture de voies de recours contre la décision de l'administration²⁰³⁰.

§I. L'identification de la sanction administrative

763. Le recours à la répression administrative implique une triple identification : de l'auteur de la sanction (I), de l'infraction commise (II), de la sanction prononcée (III).

I. Identification de l'auteur de la sanction

764. La séparation des fonctions d'accusation et de décision. Le pouvoir de prononcer des sanctions administratives doit-il être reconnu à l'inspecteur du travail, auteur du procès-verbal, ou doit-il être confié à une autre autorité administrative le

²⁰²⁷ Le recours hiérarchique emporte suspension de l'obligation de payer l'amende. Le silence gardé par l'autorité hiérarchique vaut décision implicite de rejet (Inspection du travail dans la communauté européenne, op. cit., Rapport Commission européenne, 1995, n° 2.3.).

²⁰²⁸ Le recours contentieux ne suspend pas l'application de la décision et son exécution (Inspection du travail dans la communauté européenne, op. cit., Rapport Commission européenne, 1995, n° 2.3.).

²⁰²⁹ La mise en œuvre des poursuites dépend d'un service spécialisé du ministère du Travail (*cf.* J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 81).

²⁰³⁰ Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, p. 14 et s.



Directe ou le directeur-adjoint (chargé, dans le nouveau système, des fonctions hiérarchiques au sein de son unité de contrôle) ? L'interrogation sous-jacente tient à l'application du principe d'impartialité énoncé à l'article 6,§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lequel, lorsqu'il est appliqué à une juridiction pénale, conduit à la séparation des fonctions d'accusation et de décision²⁰³¹. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, il importe peu que l'exigence d'impartialité s'applique à la phase administrative de sanction dès lors qu'est exercé un contrôle juridictionnel ultérieur répondant aux exigences d'impartialité posées par l'article 6 de la Convention²⁰³². La solution retenue par la juridiction européenne ne s'oppose pas à ce que le pouvoir de prononcer des sanctions administratives soit confié aux inspecteurs du travail²⁰³³. Ainsi, le système d'inspection du travail allemand confie aux inspecteurs le soin de prononcer directement les amendes administratives à l'issue d'une procédure contradictoire²⁰³⁴.

II. Identification de l'infraction « administrative »²⁰³⁵

765. L'introduction de sanctions administratives dans le droit de la représentation collective commande que soient identifiées les infractions justifiant les prononcer (A) et que soit appréciée leur place dans le système des sanctions applicables en matière de représentation collective (B).

A. Les critères d'identification des sanctions administratives

²⁰³¹ C. Proc. pén., art. préliminaire.

²⁰³² Le Conseil constitutionnel adopte une solution analogue en jugeant que « le principe de séparation des pouvoirs (...) ne fait pas obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et d'autre part que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » (Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, cons. 6).

²⁰³³ A l'exception de l'interdiction de concourir aux marchés publics qui relève des pouvoirs du préfet.

²⁰³⁴ Ce système n'a, à l'heure actuelle, fait l'objet d'aucune condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. Commission européenne, Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995, n° 1.3.2.

²⁰³⁵ La notion d'infractions administratives n'est pas consacrée par le législateur. Toutefois, certains auteurs emploient cette expression (M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, *Economica*, 1992, p. 53 ; J. MOURGEON, La répression administrative, LGDJ, 1967, p. 317 et s.



766. Caractérisation. L'infraction administrative est caractérisée par trois éléments « dont la pierre angulaire est le principe de dépenalisation²⁰³⁶ » : la nature de la transgression, le dommage subi et l'intérêt protégé²⁰³⁷. L'infraction administrative tient davantage du non-respect de règles administratives et de fautes matérielles²⁰³⁸. Le dommage est constitué par « la simple menace ou le préjudice éventuel ou d'une atteinte quantitativement faible²⁰³⁹ ». L'intérêt protégé, c'est-à-dire l'intérêt de l'administration *stricto sensu*²⁰⁴⁰ ou de l'intérêt général²⁰⁴¹, « concerne en priorité de simples règles de discipline de la vie et non les valeurs fondamentales²⁰⁴² ».

767. Application. Au cas particulier du délit d'entrave, l'utilisation de ces trois critères conduit à distinguer les entraves au fonctionnement des instances de représentation du personnel de celles relatives à leurs attributions. L'entrave au fonctionnement s'analyse davantage en une faute matérielle. L'atteinte au droit de la représentation collective, valeur fondamentale, reste toutefois quantitativement faible. Enfin l'intérêt protégé concerne en priorité des règles de discipline relevant de la vie courante des instances de représentation du personnel. Ces atteintes pourraient faire l'objet de poursuites administratives. A l'opposé, les atteintes quantitativement fortes, où l'intérêt protégé concerne une valeur fondamentale, à l'instar des attributions consultatives des instances de représentation du personnel, caractérisées par une véritable intention de nuire, feraient l'objet de poursuites pénales. Les frontières de cette distinction, reposant sur la nature de l'infraction et le « degré d'intention », ne sont pas étanches. Une entrave répétée au fonctionnement d'une instance de représentation du personnel exposerait son auteur, dont l'intention de nuire est avérée, à être poursuivi

²⁰³⁶ P. PREVOSTEAU, Conceptions et mutations de l'inspection du travail, Thèse, Paris 2, 1997, Dactylo., p. 319 ; Sur la dépenalisation voir M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, *Economica*, 1992, p. 59 et s.

²⁰³⁷ *Rev. sc. crim.*, 1985, p. 225, JO Sénat, Séance 9 mai 1989, p. 558.

²⁰³⁸ Si l'autorité administrative doit s'assurer de l'existence d'un élément moral, la tendance est de se contenter à caractériser l'existence d'une simple faute matérielle.

²⁰³⁹ M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, *Economica*, 1992, p. 62.

²⁰⁴⁰ A cette catégorie appartiennent les infractions définies comme les violations d'une obligation administrative « impliquant l'existence d'un rapport de droit particulier entre l'administration et la personne visée » (M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, 1992, p. 56).

²⁰⁴¹ A cette catégorie appartiennent les infractions administratives qui « n'impliquent aucune relation antérieure à la violation entre l'administration et le délinquant » (M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, 1992, p. 56).

²⁰⁴² M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, 1992, p. 62.



pénalement. Inversement, une atteinte quantitativement forte aux attributions d'une instance exposerait son auteur, le chef d'une entreprise familiale non pourvue d'un service juridique, à des poursuites administratives. L'application de cette distinction implique que soit adopté un principe de non-cumul des sanctions administratives et pénales.

768. L'application de ces trois critères emporte des effets sur les mécanismes de partage des responsabilités. Ainsi, la sanction administrative présente un intérêt certain en matière de délégation de pouvoirs. Seule une sanction administrative pourra être prononcée à l'encontre d'un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs laquelle est nécessairement limitée aux aspects fonctionnels du droit de la représentation du personnel eu égard à la grille de lecture adoptée en la matière par la Cour de cassation. Une sanction pénale pourra toutefois être prononcée si la délégation de pouvoirs (licite) concerne aussi les attributions des élus et si une intention de nuire est caractérisée. De surcroît, la responsabilité conjointe du délégataire et de l'employeur pourrait toujours être retenue et pourrait conduire, le cas échéant, à la condamnation pénale du chef d'entreprise pour entrave aux attributions des instances élues ou désignées et au prononcé d'une sanction administrative à l'encontre du salarié délégataire à raison d'une entrave au fonctionnement. Enfin, s'agissant des personnes morales, la nature spécifique des entraves²⁰⁴³ qui pourraient permettre d'engager leur responsabilité conduit nécessairement à recourir à une sanction pénale.

B. La place des sanctions administratives dans le droit de la représentation collective

769. Subsidiarité. L'étude des systèmes européens permet de distinguer les systèmes de sanctions administratives non subsidiaires en vigueur en Espagne, au Portugal ou en Allemagne et un système à caractère subsidiaire appliqué en Belgique. Dans ce cas, les poursuites sont alternatives. Si le ministère public ou son représentant engage des poursuites pénales, la procédure d'amendes administratives est exclue. S'il décide de ne

²⁰⁴³ En effet, la responsabilité de la personne morale peut être engagée en cas de manquements répétés en matière d'information et de consultation traduisant le plus souvent le peu d'attention que porte la direction au rôle des instances de représentation du personnel. Ces manquements répétés, inscrits dans une véritable stratégie, caractérisent une volonté de nuire.



pas tenter de poursuites pénales, elle est admise. Ce système alternatif rend impossible le cumul des sanctions administratives et pénales et n'oblige pas le législateur à recourir à un processus de dépenalisation. Pour des faits identiques, il peut être recouru à la voie pénale ou à la voie administrative en fonction de la situation de l'entreprise, du comportement de l'employeur et des éléments constitutifs de l'infraction.

770. Le recours aux critères d'identification des « infractions administratives » ne doit pas conduire à « dépenaliser » le droit français de la représentation collective. La juxtaposition de sanctions administratives ou pénales doit en revanche conduire à l'adoption d'un principe de non-cumul²⁰⁴⁴. Une telle solution mettrait le droit français en conformité avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁰⁴⁵. Il appartiendrait à l'inspecteur du travail de caractériser le délit d'entrave dans tous ses éléments. Une fois cette caractérisation opérée et au regard des critères d'identification, il lui appartiendrait de choisir la voie la plus appropriée, l'engagement de poursuites pénales faisant obstacle aux poursuites administratives et inversement. Resterait cependant l'éventualité de l'exercice de l'action civile devant une juridiction répressive par la victime : elle ferait obstacle à l'engagement de poursuites administratives. Cette situation confirme la nécessité pour l'administration du travail d'informer les victimes des choix qui leur sont offerts et de renforcer le dialogue entre elle et le ministère public.

III. Identification des sanctions

771. A l'instar de la sanction pénale, la sanction administrative doit être utilisée autant pour prévenir que pour éduquer ou punir²⁰⁴⁶. Les fonctions propres à la sanction pénale doivent être étendues aux sanctions administratives. La prise en compte de ces fonctions dans la détermination de la nature des sanctions doit conduire à l'élaboration

²⁰⁴⁴ Ce choix alternatif n'est pas consacré en droit français. Un exemple typique en droit du travail tient à l'emploi irrégulier d'un travailleur étranger. L'employeur est condamné à verser une contribution spéciale et à des sanctions pénales (C. trav., art. L. 8256-2).

²⁰⁴⁵ Conv. EDH, Protocole additionnel, n° 7, art. 4 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 déc. 1966, art. 14-7.

²⁰⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, *Economica*, 1992, p. 44.



de sanctions pédagogiques, dissuasives et rétributives²⁰⁴⁷. Cette recherche n'exclut pas la nécessité d'établir des sanctions de référence. Dès lors, l'auteur des faits délictueux pourra encourir à titre principal une amende administrative (A) et à titre complémentaire des sanctions proches de celles susceptibles d'être prononcées par le juge pénal, telles l'interdiction de concourir aux marchés publics ou la suppression des aides publiques (B).

A. Une sanction principale

772. L'amende²⁰⁴⁸ constitue la « reine des sanctions administratives²⁰⁴⁹ ». La violation d'une obligation conduit le plus souvent au paiement d'une somme dont le législateur fixe le quantum. Il appartient aux pouvoirs publics de déterminer le montant de l'amende en recourant soit à une amende forfaitaire soit à une amende modulable dans la limite d'un certain plafond à l'instar des amendes prononcées par le juge pénal. Le Code du travail recourt notamment à l'amende forfaitaire en matière d'emploi de personnes handicapées²⁰⁵⁰ ou de travailleurs étrangers²⁰⁵¹. Reste que ce système ne satisfait pas aux exigences de proportionnalité lesquelles impliquent l'individualisation de la sanction au regard de la gravité de l'infraction²⁰⁵². L'autorité administrative doit bénéficier d'un pouvoir d'appréciation s'agissant de la détermination du montant de l'amende. Le recours à une amende modulable est à même de répondre à cette exigence. Quant à la détermination du montant maximal des amendes administratives, le législateur pourrait recourir à une échelle semblable à celle existant en matière de contraventions en droit pénal²⁰⁵³. Le législateur pourrait ainsi faire varier le montant de

²⁰⁴⁷ « Une grande partie de la contrainte administrative est dominée par des préoccupations punitives » (G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, 1997, Thèse, n° 72).

²⁰⁴⁸ D'autres sanctions pécuniaires existent à l'instar de la suppression des aides publiques ou du « bonus/malus » existant notamment en matière d'accidents de travail et de maladies professionnelles (A. MARTINON, *Les sanctions extérieures au droit privé*, in *La sanction en droit du travail*, ss dir. B. TEYSSIE, éd. Pantheon-Assas, 2012, p. 20).

²⁰⁴⁹ M. DELMAS-MARTY, « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal », *RID Pén.*, 1988, p. 34.

²⁰⁵⁰ C. trav., art. L. 5212-10.

²⁰⁵¹ C. trav., art. L. 8253-1.

²⁰⁵² J.-C. BONICHOT, « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, N° Spécial, 2001, p. 77.

²⁰⁵³ J. MICHEL, *Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail*, t. II, La Documentation Française, 2004, p.



l'amende en fonction de la gravité et de la nature du manquement relevé. Appliqué au délit d'entrave, le quantum de la sanction administrative ne saurait être inférieur à 7500€ et ni supérieur à 15 000€²⁰⁵⁴. Le recours à une telle échelle conduirait à mettre en place des amendes administratives « de référence » en fonction de la gravité objective de chaque violation.

B. Les sanctions complémentaires

773. Sanctions connexes. L'autorité administrative doit disposer d'une palette de sanctions de nature à rendre plus efficace son action au sein de l'entreprise. Elle pourra prononcer à titre principal ou complémentaire des sanctions proches de celles susceptibles d'être appliquées par le juge pénal : obligation de formation²⁰⁵⁵, publicité de la sanction, etc. Susceptibles d'être prononcées dans des conditions identiques à celles exposées précédemment, la proximité de ces sanctions avec la sanction pénale n'appelle pas, à l'exception de la suppression des aides publiques et de l'interdiction de concourir aux marchés publics, d'autres développements.

774. La sanction de suppression ou de suspension des aides publiques. Nombre d'inspecteurs du travail éprouvent des difficultés à admettre « qu'une entreprise en infraction à la législation du travail dûment constaté (...), puisse continuer à bénéficier d'aides publiques de l'Etat²⁰⁵⁶ ». L'article L. 8272-1 du Code du travail répond partiellement à ces difficultés en matière de travail illégal. Il permet à l'autorité administrative compétente, avertie de l'établissement d'un procès-verbal, de prononcer la suspension ou la suppression des aides en matière d'emploi et de formation professionnelle pendant une durée de cinq ans ou d'imposer le remboursement de tout ou partie des aides perçues. Ces sanctions sont prononcées en fonction de la gravité des faits constatés, de la nature des aides sollicitées et de l'avantage qu'elles procurent à

²⁰⁵⁴ Toutefois l'absence de revalorisation du quantum de la peine d'amende, tel que nous le préconisons conduira à retenir un quantum de l'amende administrative égal à 3750€.

²⁰⁵⁵ Il s'agit de recourir à une sanction identique à celle que peut prononcer le juge pénal. Il s'agit d'un stage professionnel dont l'objectif vise à faire connaître et à expliquer les textes législatifs et réglementaires applicables et à inciter les chefs d'entreprise à s'engager dans une démarche de prise en compte du droit de la représentation collective.

²⁰⁵⁶ J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p.290.



l'employeur. Ces sanctions pourraient être étendues²⁰⁵⁷ à l'ensemble des infractions à la législation du travail notamment à celles portant atteinte aux droits fondamentaux des salariés qu'il s'agisse d'entraves à la représentation du personnel ou de pratiques discriminatoires.

775. L'interdiction de concourir aux marchés publics. Cette sanction a été retenue par les législateurs européen et français en matière de travail illégal. L'exclusion des marchés publics peut être prononcée par l'autorité administrative (le préfet²⁰⁵⁸) dès lors qu'avertie par procès-verbal, elle a constaté qu'ont été commis des faits répétés d'une gravité certaine²⁰⁵⁹. Il n'est pas avéré que l'extension d'une telle sanction à toutes les infractions relevées en droit du travail soit souhaitable. Cette sanction fait peser sur les salariés les conséquences d'une faute commise par l'employeur ; elle peut mettre l'entreprise en péril. Elle peut toutefois être envisagée pour sanctionner une atteinte caractérisée aux droits fondamentaux des salariés à condition qu'elle réponde à des garanties procédurales strictes. L'administration du travail pourrait y recourir en cas d'entraves répétées à l'organisation ou au fonctionnement des instances de représentation du personnel d'une gravité certaine et dans lesquels l'intention de nuire serait démontrée.

§II. L'influence du droit pénal sur les règles procédurales

776. Les sanctions administratives se manifestent « à travers un ensemble de pratiques ou de textes, sans véritable définition théorique ou doctrinale²⁰⁶⁰ ». Mais en raison de leur finalité répressive commune, le régime procédural des sanctions administratives emprunte pour une grande part à celui des sanctions pénales. La juxtaposition des sanctions administratives et pénales doit conduire à l'adoption d'un principe de non-cumul. La mise en œuvre de cette solution ne saurait porter atteinte

²⁰⁵⁷ Ces sanctions seront prononcées dans les mêmes conditions. Constatant l'existence de faits constitutifs d'une violation des dispositions réglementaires ou légales, l'autorité administrative pourra prononcer la suspension, la suppression ou demander le remboursement des aides publiques. Cette décision sera fonction de la gravité des faits constatés, de la nature des aides sollicitées et de l'avantage qu'elles procurent à l'employeur.

²⁰⁵⁸ Circ. interministérielle relative aux sanctions administratives suite à un procès-verbal relevant une infraction de travail illégal, 28 nov. 2012, Nor. : EFIZ1239322C, n° 2.1.2.

²⁰⁵⁹ C. trav., art. L. 8272-4 ; Dir. n° 2009/52/CE, 18 juin 2009, JOUE, n° L. 168, 30 juin 2009, p. 24 et s.

²⁰⁶⁰ H. PAULIAT, « L'émergence du concept de sanction administrative », JCP A, 2013, 2072, n° 2.



« aux statuts des personnes poursuivies ; il est nécessaire que l'application des garanties fondamentales du procès pénal ne soit entravée par le changement de la forme répressive. L'influence des principes communs de répression sur le droit administratif répressif est, pour cette raison totalement justifiée²⁰⁶¹ ». Les sanctions administratives sont prononcées sous le contrôle d'une juridiction mais non par elle-même à la différence des sanctions pénales. Cette spécificité suffit à exclure une application stricte de ces garanties procédurales. L'encadrement juridique des sanctions a été forgé au gré des évolutions de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'homme.

777. De l'Europe. Plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ont progressivement étendu les exigences de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Si la Cour soumet les sanctions administratives « à des garanties proches de celles exigées dans une procédure pénale, dégagant ainsi un régime juridique commun²⁰⁶²», sa démarche ne s'est jamais « départie d'une ambiguïté originelle²⁰⁶³ ». Cette ambiguïté tient à la nécessité de concilier « les impératifs de souplesse et d'efficacité²⁰⁶⁴ » caractéristiques de la sanction administrative et les exigences de l'article 6. Ainsi, la Cour impose un strict respect des exigences posées par l'article 6 de la Convention moins dans la phase administrative de sanction que devant le juge administratif à l'occasion d'un éventuel recours pour excès de pouvoir²⁰⁶⁵. De cette ambiguïté, une interrogation jaillit : quelles sont les garanties attachées à l'article 6 de la Convention qui reçoivent une application dès la phase administrative ? Si la Cour européenne s'abstient de répondre, le Conseil d'Etat se montre plus prolix.

²⁰⁶¹ G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, 1997, Thèse, n° 168, p. 114.

²⁰⁶² H. PAULIAT, « L'émergence du concept de sanction administrative », *JCP A*, 2013, 2072, n° 2.

²⁰⁶³ M. COLLET, « Les sanctions administratives et l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *JCP A*, 2013, 2077, n° 9.

²⁰⁶⁴ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van leuven et de Meyere c/ Belgique*, Rec. 6878/75 et 7238/75 ; CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c/RFA*, Rec. n° 8544/79.

²⁰⁶⁵ Pour une application récente : CEDH, 7 juin 2012, *Segame, c/ France*, req. n° 4837/06 : *JCP G* 2012, 924, obs. F. SUDRE. En ce sens : CEDH, 24 févr. 1994, *Bendenoun c/ France*, req., n° 12547/86 ; CEDH, 23 oct. 1995, *Umlauf, Grading, Pramstaller, Paloaro, Pfarrmeier c/ Autriche*, req., n° 15963/90 ; CEDH, 4 mars 2004, *Sivester's Horeca service c/ Belgique*, req., n° 47659/99, § 25.



778. De la France. Le Conseil d'Etat juge que les dispositions de l'article 6, §1 de la convention ne sont pas applicables à la phase administrative dès lors qu'une sanction n'émane pas d'un tribunal au sens dudit article. Cette procédure doit néanmoins respecter le principe d'impartialité²⁰⁶⁶. L'autorité administrative est tenue de respecter, parmi les règles en principe attachées aux §1 et 3 de l'article 6, celles requises « pour garantir, dès l'origine de la procédure son caractère équitable par le respect de la conduite contradictoire des débats²⁰⁶⁷ ». Le Conseil constitutionnel retient une solution analogue. Statuant sur la conformité à la Constitution de dispositions législatives instituant des sanctions administratives, le Conseil a jugé que le législateur pouvait, sans porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative de pouvoirs de sanctions dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission²⁰⁶⁸. Toutefois, il subordonne l'exercice de ce pouvoir au respect des exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁰⁶⁹ qui « régissent la répression pénale elle-même²⁰⁷⁰ ». Les juridictions internes vont au-delà des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme : toute sanction administrative est soumise aux principes d'impartialité, de légalité des délits et des peines, de la présomption d'innocence, de respect des droits de la défense ainsi qu'à la nécessité et la proportionnalité des peines et aux règles relatives au cumul de sanctions²⁰⁷¹.

779. Cet ensemble jurisprudentiel traduit « la volonté [des juges nationaux et européen] de prévoir un mécanisme de garanties comparable à celui qui existe pour les sanctions pénales²⁰⁷² ». Renforcer l'efficacité du droit de la représentation collective en recourant aux sanctions administratives impose de se conformer à cet ensemble jurisprudentiel. La lumière des exigences françaises et européennes, des règles

²⁰⁶⁶ CE, Ass., 3 déc. 1999, Didier, n° 197060 : Rec. CE 1999 ; AJ 2000, p. 126, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN.

²⁰⁶⁷ CE, sect. 27 oct. 2006, Parent et a, n° 276069 : Rec. CE 2006, p. 454, concl. M. GUYOMAR, AJDA, 2007, p. 80 note M. COLLET – CE, 26 mai 2008, Sté Norelec, n° 288583.

²⁰⁶⁸ Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248, cons. n° 27 : Rec., p. 18, JO 18 janvier 1989, p. 754.

²⁰⁶⁹ « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut-être puni qu'en vertu d'une loi établie ou promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée » (DDHC, art. 8).

²⁰⁷⁰ R. CHAPUS, Droit administratif général, T. I, 14^{ème} éd., 2000, n° 1355.

²⁰⁷¹ Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248, cons. n° 27 : Rec., p. 18, JO 18 janvier 1989, p. 754. Le Conseil d'Etat a entériné ces évolutions : respect des droits de la défense (CE, 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier, n° 69751, Rec. CE 1944, p. 133)

²⁰⁷² H. PAULIAT, op. cit., n° 15.



procédurales pourraient à l'avenir encadrer le pouvoir de sanction de l'administration du travail, étant précisé que l'influence du droit pénal s'exerce sur l'individualisation de la sanction (I) et de son prononcé (II).

I. L'influence dans l'individualisation de la sanction

780. Proportionnalité. Il appartient au juge administratif de contrôler que l'autorité administrative inflige une sanction appropriée, respectant le principe de proportionnalité²⁰⁷³. Ce dernier détermine « de nombreux aspects du régime des sanctions et de leur prononcé : la modulation des peines, la motivation du prononcé, le plafond des sanctions cumulées, l'individualisation des peines²⁰⁷⁴ ». A l'instar des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence en France²⁰⁷⁵ ou des sanctions prononcées dans les systèmes allemand, espagnol et portugais, les sanctions administratives doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés ainsi qu'à la situation et à la taille de l'entreprise.

781. Outre ces critères « communs », le montant de l'amende administrative est déterminé en Espagne et au Portugal en fonction du comportement de l'auteur et de son niveau de culpabilité. Le système portugais en distingue trois : le dol, la récidive et l'aggravation spéciale. Le dol est caractérisé lorsque l'auteur des faits ne respecte pas les « mesures recommandées par la procédure d'avertissement²⁰⁷⁶ ou en cas de violation volontaire et conscient²⁰⁷⁷ ». Dans ces deux hypothèses, le quantum de l'amende peut être doublé. En situation de récidive, l'auteur qui commet à nouveau dans un délai de deux ans, « une infraction grave avec dol ou une infraction très grave » voit le montant de l'amende « augmenté d'un tiers de sa valeur normale²⁰⁷⁸ ». Enfin, une amende du double de son montant normal peut être infligée à l'auteur « d'une infraction très

²⁰⁷³ CE, 12 avr. 1995, Sté PME Assurances, n° 143797 et 143798 : Rec. CE, Tables, p. 670

²⁰⁷⁴ H. M. CRUCIS, Sanctions administratives, J.Cl. Administratif, Fasc. 108-40.

²⁰⁷⁵ Ord. n° 86-1243, 1^{er} déc., 1986 relative à la liberté des prix de la concurrence, art. 13, al. 3.

²⁰⁷⁶ D. GOMES, « L'expérience portugaise des sanctions administratives. Le droit d'ordonnance sociale », Interd'ITS, Bulletin de liaison de l'association Villermé, 2001.

²⁰⁷⁷ D. GOMES, op. cit.

²⁰⁷⁸ D. GOMES, op. cit.



grave²⁰⁷⁹ ». Cette « aggravation spéciale²⁰⁸⁰ » est applicable aux infractions relatives à l'hygiène, à la sécurité, à la santé ou aux institutions représentatives du personnel.

782. S'il n'apparaît pas nécessaire de retenir un système aussi développé, les critères choisis peuvent utilement être exploités par l'inspection du travail. La nature de la sanction (et son quantum s'il s'agit d'une amende administrative) pourra fluctuer au gré du comportement de l'employeur et de la situation de l'entreprise. L'ignorance du chef d'une entreprise familiale dépourvue de service juridique pourra trouver remède dans une obligation de formation. En revanche, la censure répétée du droit d'affichage des délégués du personnel ou des procès-verbaux du comité d'entreprise, au sein d'une entreprise de grande taille, dotée d'une direction des ressources humaines, doit être réprimée par le biais d'une amende administrative élevée et d'une peine complémentaire (la diffusion de la sanction dans l'entreprise par exemple).

II. L'influence dans le prononcé de la sanction

783. Croquis. La procédure de répression administrative sera mise en œuvre sur la base de dispositions législatives et réglementaires qu'il conviendra de définir. Toutefois, un certain nombre de principes constitutionnels et conventionnels permettent d'en esquisser à grands traits son déroulement²⁰⁸¹.

784. L'opportunité des poursuites. L'administration dispose du pouvoir d'engager ou non des poursuites. Le pouvoir de sanction constitue un acte discrétionnaire de l'inspection du travail qui peut, en application des principes d'indépendance et d'opportunité des poursuites, s'abstenir de sanctionner tel ou tel manquement. Elle dispose du pouvoir d'apprécier les moyens à mettre en œuvre et l'opportunité de donner des avertissements, des conseils, de dresser un procès-verbal, ou de prononcer une sanction administrative²⁰⁸².

²⁰⁷⁹ D. GOMES, op. cit.

²⁰⁸⁰ D. GOMES, op. cit.

²⁰⁸¹ La procédure décrite ci-dessous s'inspire de celle qui est applicable en cas de non respect des obligations en matière d'emploi des travailleurs handicapés (C. trav., art. L. 5215-1).

²⁰⁸² Le refus de dresser procès-verbal doit être assimilé à un acte administratif (CE, 26 mai 1965, Kutschera : AJDA, 1965, p. 473, note Laporte) susceptible d'être déféré au juge administratif ou de



785. Le respect du contradictoire. Le principe du respect des droits de la défense induit la mise en œuvre d'une procédure préalable au prononcé de la sanction²⁰⁸³. Cette procédure contradictoire doit conduire l'inspection du travail à informer, par lettre recommandée avec accusé de réception, l'employeur ou l'instance de représentation du personnel des manquements constatés et de la sanction encourue. L'intéressé pourra accéder au dossier et présenter des observations et des explications, le cas échéant par l'intermédiaire d'un avocat, dans un délai qui ne saurait être inférieur à quinze jours.

786. L'exigence de motivation. A l'expiration de ce délai, l'inspecteur du travail pourra prononcer une sanction administrative par une décision écrite dûment motivée comportant l'indication des voies et délais de recours²⁰⁸⁴. Cet impératif permet à l'auteur de l'infraction de prendre connaissance des données de droit et de fait qui sont à la base de la sanction. L'exigence de motivation est d'autant plus forte que le juge contrôle tant l'existence que la pertinence de la motivation de la décision répressive²⁰⁸⁵.

787. Cumul des sanctions administratives. Le Conseil d'Etat a érigé en principe général du droit le non-cumul des sanctions administratives à raison des mêmes faits²⁰⁸⁶. Toutefois la valeur d'un tel principe étant infra-législative, il ne s'applique que pour autant que la loi n'en a pas disposé autrement²⁰⁸⁷. En droit du travail, le cumul de sanctions est expressément prévu s'agissant notamment de l'emploi d'un travailleur en situation irrégulière (obligation de verser une contribution, retrait de la carte de séjour temporaire et, le cas échéant, privation des aides publiques)²⁰⁸⁸. Une solution analogue

nourrir le contentieux de la responsabilité de l'administration (Sur le « chaos » régnant autour du refus de sanctionner : voir H. DELZANGLES, « Le refus de sanctionner », JCP A, 2013, 2078).

²⁰⁸³ Le respect des droits de la défense est un principe général du droit consacré par le Conseil d'Etat (CE, sect., 5 mai 1944, Dame Vve Trompier-Gravier, n° 69751 : Rec. CE. p. 133), et rangé par le Conseil constitutionnel parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour en imposer le respect au législateur (Cons. const., 29 déc. 1989, n° 89-268 : Rec., p. 110, JO, 30 déc. 1989, p. 16498).

²⁰⁸⁴ Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 : Rec., p. 15, JO, 18 janv. 1989, p. 753 ; Cons. const., 25 févr. 1992, n° 92-307 : Rec., p. 48, JO, 12 mars 1992, p. 3003.

²⁰⁸⁵ CE, 3 mai 1961, Richard, n° 52312 : Rec. CE, 1961, p. 281 ; CE 4 juin 1997, Sté Cap île de France, n° 169051 : Rec. p. 203.

²⁰⁸⁶ CE, 23 avr. 1958, Cne, Petit-Quevilly : AJDA 1958, II, p. 383 ; CE 12 avr. 1995, Sté. PME Assurances, n° 143797 et 143798 : Rec. CE, tables, p. 670.

²⁰⁸⁷ Le législateur reste parfois ambigu s'agissant du cumul des sanctions administratives. En témoignent les deux lectures que l'on peut faire en matière d'amende administrative dans le domaine de l'emploi des personnes handicapées. Sur cette question voir : A. MARTINON, Les sanctions extérieures au droit privé, in La sanction en droit du travail, ss dir. B. TEYSSIE, éd. Pantheon-Assas, 2012, p. 24.

²⁰⁸⁸ C. trav., art. L. 82-53-1 ; L. n° 97-396, 24 avr. 1997, art. 4 et 5.



pourrait être adoptée par le législateur s'agissant des sanctions administratives infligées en raison de la violation du droit de la représentation collective.

788. Le caractère exécutoire de la sanction administrative. « Le trait essentiel de la sanction administrative est son caractère exécutoire²⁰⁸⁹ ». L'inspection du travail transmettra une copie de sa décision au service compétent de la DIRECCTE chargé de l'émission effective et de l'exécution de la sanction. Le recouvrement des amendes est effectué sous le régime de la comptabilité publique²⁰⁹⁰. Le produit des amendes administratives est destiné au Trésor public hormis quelques rares cas dans lesquels l'organisme public « débiteur des aides publiques, devient créancier lorsque vient le temps du remboursement²⁰⁹¹ ». Ainsi, la contribution due en cas d'emploi d'un travailleur étranger doit être versée au bénéfice de l'Office français de l'immigration et de l'intégration²⁰⁹². Dès lors, tout ou partie du produit des amendes administratives en matière de droit du travail ne pourrait-il pas être versé au bénéfice d'une caisse permettant de financer les formations dispensées par les DIRECCTE ?

789. L'exercice des voies de recours. L'auteur des manquements peut exercer un recours gracieux devant l'inspecteur auteur de la décision ou hiérarchique devant le ministre du Travail dans les conditions de droit commun. Il peut aussi former un recours contentieux devant le tribunal administratif afin d'obtenir l'annulation de la sanction. La voie du référé-suspension lui est également ouverte. L'auteur des faits peut demander à être déchargé du paiement de l'amende ou de l'exécution de la sanction par le biais d'un recours de pleine juridiction. Confortées par la Cour européenne des droits de l'homme²⁰⁹³, les législations instaurant des sanctions administratives sont nombreuses à mentionner cette seconde voie²⁰⁹⁴. Ce recours présente l'avantage de mettre fin au litige définitivement et permet au juge administratif « de contrôler l'adéquation de la sanction au manquement commis mais aussi de se substituer éventuellement à l'administration

²⁰⁸⁹ Conseil d'Etat, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, Documentation Française, 1995, p. 75.

²⁰⁹⁰ Sur le recouvrement des sanctions administratives : H. M. CRUCIS, Sanctions administratives, J.-Cl. Administratif, Fasc. 108-40.

²⁰⁹¹ A. MARTINON, Les sanctions extérieures au droit privé, in La sanction en droit du travail, ss dir. B. TEYSSIE, éd. Pantheon-Assas, 2012, p. 29.

²⁰⁹² C. trav., art. L. 8253-1.

²⁰⁹³ CEDH, 23 oct. 1995, Gradinger c/ Autriche : req. n° 15963/90.

²⁰⁹⁴ Pour des illustrations des cas prévoyant le recours de pleine juridiction en matière de sanctions administratives : voir : H. M. CRUCIS, Sanctions administratives, J.-Cl. Administratif, Fasc. 108-40.



pour fixer lui-même la sanction adéquate²⁰⁹⁵ ». Ce pouvoir de substitution reste toutefois limité en application du principe de non-aggravation de la sanction : il garantit au requérant que la sanction infligée ne sera pas alourdie par le juge²⁰⁹⁶.

790. Conclusion. Séduisante, la voie administrative l'est assurément. La restriction du champ d'application de la voie pénale aux seules entraves assorties d'une intention de nuire caractérisée et relatives aux attributions des instances de représentation du personnel supposait, pour le surplus, de recourir aux sanctions administratives. Diverses, rapides et efficaces, elles sont porteuses de certaines des garanties procédurales applicables aux sanctions pénales. En outre, elles concilient sanction et prévention en offrant aux entreprises l'opportunité de rendre effectif le dialogue social en organisant une mise en débat des dysfonctionnements et la recherche de solutions. Tel est l'enjeu des nouvelles méthodes d'accompagnement et d'évaluation de l'inspection du travail.

²⁰⁹⁵ F. MOODERNE, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », RFDA, 1997, p. 14.

²⁰⁹⁶ Cons. const., 29 déc. 1989, n° 89-268 : Rec., p. 110, JO, 30 déc. 1989, p. 16498 ; CE, sect. 16 mars 1984, Moreteau et Letellier : Rec. CE, 1984, p. 108, concl. GENEVOIS.



Conclusion - Titre I

791. Entier. La voie visant à garantir l'effectivité sans recourir aux services du juge par ou hors le jeu de la négociation allie prévention et sanction. Elle repose sur quatre actions :

- l'anticipation des conflits permettant d'identifier les obstacles qui paralysent le bon fonctionnement des instances élues ou désignées de représentation du personnel et qui génèrent un coût pour l'entreprise ;

- le dialogue établi entre l'entreprise, les instances de représentation du personnel et l'inspection du travail afin d'élaborer des solutions concrètes permettant de remédier aux obstacles apparus et de contribuer au développement économique de l'entreprise ;

- l'évaluation, au regard des évolutions jurisprudentielles et légales, tant des solutions retenues que plus largement de l'accord unique sur la représentation du personnel et des méthodes de l'inspection du travail ;

- le recours à la sanction administrative qui est de nature à garantir une pleine application du droit de la représentation collective.

792. Cette voie pourrait se suffire à elle-même mais elle conduirait à une dépénalisation du droit de la représentation collective ce qui ne serait pas pertinent eu égard à son caractère fondamental.



Titre II - L'effectivité assurée par recours au juge

793. Contraste. La sanction du délit d'entrave peut être pénale ou administrative. L'exercice de telles poursuites ne prive pas la victime d'exercer une action devant le juge civil afin d'obtenir la réparation de son préjudice. Le cumul est justifié par la nature patrimoniale de l'action civile. Cette action aux fins compensatoires visant à engager la responsabilité civile de l'auteur du délit reste, toutefois, peu usitée (**Chapitre II**). Les instances élues et désignées de représentation du personnel préfèrent exercer l'action civile à des fins purement « sanctionnatrices » devant le juge pénal ou saisir le président du tribunal de grande instance statuant en urgence, lequel est apte à imposer dans de brefs délais le respect de la norme (**Chapitre I**)



Chapitre I - L'effectivité assurée par le juge de l'urgence

794. L'efficacité de l'action en référé réside dans la rapidité de la procédure et dans son caractère dissuasif. L'ordonnance rendue est certes provisoire mais elle est aussi exécutoire de plein droit²⁰⁹⁷. Une telle action, voire le simple fait de l'engager, incite les entreprises à remplir pleinement leurs obligations en matière de « gestion sociale²⁰⁹⁸ ». Si l'objectif de « sécurisation » des procédures recherché par le législateur en 2013 a contribué à encadrer certains recours au juge des référés (**Section I**), les dispositions relatives à la mise en place, aux attributions et aux moyens des instances élues ou désignées de représentation du personnel en appellent fréquemment à son intervention, révélant « la volonté du législateur de ne pas se limiter à la seule sanction pénale des infractions en cette matière²⁰⁹⁹ » (**Section II**).

²⁰⁹⁷ Ces ordonnances sont applicables même en cas d'appel.

²⁰⁹⁸ E. JEANSEN, Le juge d'ici : les sanctions ordonnées en référé, in La sanction en droit du travail, ss dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 386.

²⁰⁹⁹ M. GREVY, La sanction civile en droit du travail, LGDJ, 2002, Thèse, n° 230.



Section I - Les acteurs de l'urgence

795. Evolution. Le législateur a encadré le recours au juge des référés. Si le champ d'intervention du président du tribunal de grande instance en ressort amputé, l'accès à ce juge, ouvert aux élus et aux organisations syndicales ainsi qu'à l'employeur (§II), n'en conserve pas moins un intérêt certain (§I).

§I. Le juge

796. Un ensemble. Le juge des référés n'est pas le seul juge de l'urgence²¹⁰⁰. D'autres voies d'accélération existent, à commencer par l'assignation à jour fixe²¹⁰¹. Devant le tribunal de grande instance, un comité d'entreprise peut assigner à jour fixe un employeur à raison de manquements à l'obligation d'information et de consultation²¹⁰².

797. Etendue. L'intervention du juge des référés a connu « un essor remarquable dans le droit de la représentation collective²¹⁰³ ». Son domaine d'intervention est vaste et ne se limite pas aux seules demandes de réintégration de représentants du personnel²¹⁰⁴. Il est appelé à se prononcer sur l'ensemble des attributions et des moyens des instances de représentation du personnel, qu'il s'agisse de la communication d'informations²¹⁰⁵, de leur consultation²¹⁰⁶, de la mise à disposition d'un local²¹⁰⁷, etc. Le droit de la négociation collective n'échappe pas à son intervention. Il doit assurer le

²¹⁰⁰ J.-M. SPORTOUCH, « Les recours au juge provisoire en droit du travail », *Dr. social*, 1987, p. 503.

²¹⁰¹ En cas d'urgence le président du tribunal peut autoriser le demandeur, sur sa requête, à assigner le défendeur à jour fixe. La requête expose les motifs de l'urgence (C. proc., civ., art. 788).

²¹⁰² TGI, Paris, 15 janv. 2013, n° RG 12/14548, Dépêche aef.info, n° 177432.

²¹⁰³ M. GREVY, *La sanction civile en droit du travail*, LGDJ, 2002, Thèse, n° 230.

²¹⁰⁴ Le licenciement non autorisé d'un représentant du personnel constitue une voie de fait (Cass. Ch. Mixte, 25 oct. 1968, n° 66-60054 : *Bull. Mixte.*, 1968, n° 1, *Dr. social* 1969, p. 176, obs. J. SAVATIER), constitutif d'un trouble grave qu'il importe de faire cesser d'urgence, le juge prud'homal statuant en référé peut ordonner la réintégration de l'intéressé (Cass. soc., 14 juin 1972, n° 71-12508 : *Bull. civ.*, 1972, n° 425, *JCP G*, 1972, 17275, note G. LYON-CAEN) au besoin sous astreinte afin d'assurer la poursuite de l'exécution du contrat de travail (Cass. soc., 23 sept. 2008, n° 06-45320 : *Bull. civ.*, 2008, n° 166, *JCP S*, 2008, 1651, note J.-Y. KERBOUC'H).

²¹⁰⁵ C. trav., art. L. 2323-4.

²¹⁰⁶ CA Paris, 14 juin 2010, Pôle Emploi Île de France, n° 09/28452.

²¹⁰⁷ TGI Grenoble, référé, 27 février 1987 : *Dr. ouvrier*, 1987, p. 406.



respect des règles relatives à l'élaboration, la révision et la dénonciation des accords collectifs de travail²¹⁰⁸.

§II. Les parties

798. L'action en référé²¹⁰⁹ est ouverte aux élus et aux organisations syndicales (I) ainsi qu'aux employeurs (II) en vue d'obtenir une « mesure corrective²¹¹⁰ ».

I. Les instances de représentation du personnel

799. Temps. Les auteurs de l'action doivent satisfaire aux conditions spécifiques de la procédure de référé²¹¹¹. Des délais spécifiques doivent être respectés. Ainsi, si le refus du comité d'entreprise de rendre un avis peut justifier la saisine en la forme des référés du président du tribunal de grande instance²¹¹², cette saisine ne peut intervenir que jusqu'au dernier jour du délai fixé par la voie négociée ou la voie réglementaire²¹¹³. Une fois le délai expiré, toute action judiciaire est vouée à l'échec²¹¹⁴.

800. Le juge saisi dispose d'un délai de huit jours pour statuer. Il peut notamment ordonner la communication des documents manquants ou se substituer aux parties et

²¹⁰⁸ Sur l'essor du juge des référés dans le droit de la négociation collective : M. GREVY, La sanction civile en droit du travail, LGDJ, 2002, Thèse, n° 199 et s.

²¹⁰⁹ TGI Nanterre, Réf., 9 sept. 2011, n° 11/02010. Au cas particulier, le tribunal de grande instance de Nanterre a débouté le comité d'entreprise en constatant qu'il avait bénéficié d'une information précise, complète et loyale et que l'employeur n'était pas tenu de produire les contrats sous réserve de fournir des informations précises et suffisantes pour permettre au comité d'apprécier la portée et la validité du projet.

²¹¹⁰ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

²¹¹¹ L. CADIET, E. JEULAND, Droit judiciaire privé, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2011, n° 91.

²¹¹² Les décisions prononcées « en la forme des référés » prennent seulement l'apparence et non le régime d'une ordonnance de référés. Elles bénéficient de l'autorité de la chose jugée au principal à l'instar des jugements définitifs et peuvent faire l'objet de voies de recours dans les mêmes conditions (L. CADIET, E. JEULAND, Droit judiciaire privé, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2011, n° 91).

²¹¹³ La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 permet à l'employeur et au comité d'entreprise de déterminer par accord les délais de consultation (C. trav., art. L. 2323-3) et le délai dans lequel l'expert-comptable ou l'expert technique remet son rapport (C. trav., art. L. 2325-42-1). A défaut, les délais de recours à l'expertise et de consultation définis par décret trouvent à s'appliquer. L'action en référé est enfermée dans ces délais (C. trav., art. L. 2323-3, al. 2).

²¹¹⁴ « Est posée une présomption irréfutable de consultation qui permet à l'entreprise d'aller de l'avant » (B. TEYSSIE, « Vers un nouveau droit du travail ? A propos de la loi du 14 juin 2013 », JCP S 2013, 1257).



fixer lui-même le délai de consultation²¹¹⁵. Une solution analogue est applicable en matière d'expertise²¹¹⁶.

801. Des regrets peuvent être formulés. La présomption posée pour le comité d'entreprise aurait pu être étendue au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT). Si le législateur invite les acteurs de la négociation à prendre en compte l'information et la consultation de ce dernier lors de la détermination des délais de consultation du comité d'entreprise, cette prise en compte n'exclut pas un éventuel contentieux portant sur la régularité de la consultation du CHSCT²¹¹⁷. Deux situations doivent être ici distinguées selon que l'avis du CHSCT constitue un préalable nécessaire à l'information et à la consultation du comité d'entreprise ou que le CHSCT est seul consulté.

802. Dans la première hypothèse, sont concevables l'action du comité d'entreprise ou celle du CHSCT. La Chambre sociale a reconnu au comité d'entreprise la possibilité d'invoquer, dans le cadre de sa propre consultation, l'irrégularité de la procédure de consultation du CHSCT devant le juge des référés²¹¹⁸. Cette contestation peut intervenir, selon nous, jusqu'au dernier jour du délai fixé par la voie négociée ou la voie réglementaire²¹¹⁹. Au-delà, la contestation est irrecevable. Si le CHSCT agit lui-même, il peut le faire sans limite particulière (dans les conditions jurisprudentielles actuelles), à moins qu'une application extensive de la présomption soit opérée. Dans ce cas, il lui appartiendrait d'intervenir avant le terme du délai de consultation du comité

²¹¹⁵ C. trav., art. L. 2323-4.

²¹¹⁶ « Du juge, il n'est (apparemment...) pas question. Néanmoins, la cohérence invite à admettre que les membres élus du comité d'entreprise devraient pouvoir saisir le juge des référés, sur le fondement du deuxième alinéa de l'article L. 2323-4 du Code du travail, afin que soit ordonnée la communication d'éléments manquants (...) [ou la prorogation des délais]. Dès lors que l'expertise constitue un élément – clef – de la procédure de consultation, ce texte a vocation à s'appliquer lorsque l'expert sollicité par le comité ne parvient pas à accéder aux éléments ou documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission » (F. GEA, « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise », *Dr. social*, 2013, p. 724).

²¹¹⁷ La procédure d'information et de consultation du CHSCT « pâtira » du défaut d'information du CHSCT ou de son refus de rendre un avis (M. PATIN, « Vers un principe général de concours du CHSCT et du comité d'entreprise », *JCP S*, 2013, 1246 ; M.-C. TUAL, note sous Cass. 4 juill. 2012, n°11-19678 : *Bull. civ.*, 2012, n° 215, *CLCE*, 2012, n° 118, p. 20).

²¹¹⁸ Cass. soc., 4 juill. 2012, n° 11-19.678 : *Bull. civ.*, 2012, n° 215, *JCP S* 2012, act 352 (S. MIARA).

²¹¹⁹ La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 permet à l'employeur et au comité d'entreprise de déterminer par accord les délais de consultation (C. trav., art. L. 2323-3). et le délai dans lequel l'expert-comptable ou l'expert technique remet son rapport (C. trav., art. L. 2325-42-1). A défaut, les délais de recours à l'expertise et de consultation définis par décret trouvent à s'appliquer. L'action en référé est enfermée dans ces délais (C. trav., art. L. 2323-3, al. 2).



d'entreprise. Cette dernière interprétation est peu appropriée, la lettre du texte ne visant que l'avis du comité d'entreprise²¹²⁰. La solution n'est pas neutre. Des juridictions du fond²¹²¹ ont déjà estimé que le non respect de la procédure de consultation était constitutif d'un trouble manifestement illicite autorisant le juge à suspendre le projet tant que le comité d'entreprise n'aura pas rendu son avis postérieurement à celui du CHSCT²¹²².

803. Dans la deuxième hypothèse, le CHSCT est seul consulté. Le défaut de consultation est constitutif d'un trouble manifestement illicite autorisant le comité à saisir le juge des référés lequel est en droit de suspendre le projet²¹²³. La réalisation de ce dernier exclut le recours à la procédure de référé. Le comité ne pourrait prétendre qu'à des mesures réparatrices décidées par les juges du fond²¹²⁴. L'objectif de « sécurisation » des procédures recherché par le législateur n'est alors qu'insuffisamment assuré.

II. L'employeur

804. D'autres que l'employeur sont susceptibles d'être visées par une procédure de référé. Ainsi, le tribunal de grande instance de Nanterre a considéré que le blocage de la procédure d'information et de consultation par le comité d'entreprise sans motif légitime constituait un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser²¹²⁵. L'employeur peut saisir lui-même le juge des référés afin qu'il soit procédé à la suspension de décisions dont l'illégalité est génératrice d'un trouble manifestement

²¹²⁰ « A l'expiration de ces délais ou du délai mentionné au dernier alinéa de l'article L. 2323-4, le comité d'entreprise est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif » (C. trav., art. L. 2323-3).

²¹²¹ TGI Rouen, 6 juin 1996, CCE Industriel de Normandie et a. c/ Crédit Industriel de Normandie, Dr. ouvrier, 1997, p. 24 – CA Paris, 19 nov. 2004, CPAM de Paris c/ CE de la CPAM de Paris, Dr. ouvrier, 2005, p. 438 note A de SENGA – CA Paris 14 juin 2010, n° 10/02561.

²¹²² L'avis du CHSCT permet « d'éclairer celui du comité d'entreprise en participant à l'information complète et loyale à laquelle ce dernier peut prétendre » (J.-B. COTTIN, *Le CHSCT*, Lamy, 2^{ème} éd., 2012, n° 266 et s.)

²¹²³ TGI Rouen, 6 juin 1996, CCE Industriel de Normandie et a. c/ Crédit Industriel de Normandie, Dr. ouvrier, 1997, p. 24

²¹²⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 4 juill. 2007, n° 06-20472 : inédit ; CA Paris, 31 juill. 2009, SAS Manpower France c/ CHSCT, n° 09/14158.

²¹²⁵ Le Tribunal de grande instance de Nanterre se prononçait sur une action intentée par le comité d'entreprise et non par l'employeur. Toutefois, cette décision conserve un intérêt certain (TGI de Nanterre, Réf, 9 avr. 2010, n° 10/00914).



illicite ou qu'il soit mis fin à des situations d'obstruction portant atteinte au bon fonctionnement des instances de représentation du personnel et, au-delà, de l'entreprise.

805. Saisie par l'employeur, le juge des référés peut ordonner la suspension des décisions du comité d'entreprise dont l'illégalité caractérise un trouble manifestement illicite. Celui-ci peut naître du refus caractérisé de désigner le secrétaire du comité ou de la destination irrégulière des sommes versées au titre du budget de fonctionnement, le comité d'entreprise ayant par exemple, instauré des bourses de formation et d'information syndicales financées sur ce budget. Or, si le comité d'entreprise « décide librement de l'utilisation des fonds reçus au titre du budget de fonctionnement, ses dépenses doivent s'inscrire dans le cadre du fonctionnement du comité d'entreprise et de ses missions économiques²¹²⁶ » ; à défaut un trouble manifestement illicite est caractérisé.

806. Une solution analogue est admise à propos du refus caractérisé de désigner le secrétaire du comité²¹²⁷. Ce refus engendre une difficulté certaine justifiant la saisine du juge des référés²¹²⁸. L'employeur - qui ne peut exercer les attributions du secrétaire²¹²⁹ - peut solliciter du juge des référés la nomination d'un mandataire ad hoc, chargé d'assumer temporairement ces fonctions²¹³⁰. « La perte par la représentation du personnel d'une prérogative est certainement de nature à favoriser, ensuite la désignation d'un nouveau secrétaire²¹³¹ ».

²¹²⁶ Cass. soc., 27 mars 2012, n° 11-10825 : Bull. civ., 2012, n° 109; JCP S, 2012, 1246, note H. GUYOT.

²¹²⁷ C. trav., art. L. 2325-15.

²¹²⁸ La solution visant à la désignation du secrétaire par le seul président doit être écartée. Elle est inadaptée aux situations de blocage puisque la personne désignée peut refuser d'assumer son rôle et les prérogatives associées. (A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863). En outre, cette solution demeure contestable dans son principe (F. SEBE, « Le secrétaire du CE, un acteur incontournable dans l'entreprise », CLCE, mars 2011, n° 102, p. 5.). Il est admis que l'employeur puisse participer à l'élection du secrétaire, « ce vote ne constituant pas la consultation des membres élus du comité en tant que délégation du personnel » (Cass. soc., 10 juill. 1991, n° 88-20411). Pour la Cour de cassation, le chef d'entreprise est un membre à part entière du comité d'entreprise. Le choix du secrétaire n'est pas une décision qui entre dans le champ des missions d'information et de consultation du comité mais dans celui de son fonctionnement. Certains prônent une révolution de la norme qui ferait de l'employeur non un membre mais un interlocuteur du comité d'entreprise.

²¹²⁹ Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-14173: Bull. civ. 2003, n°355; RJS, 2004, n° 223.

²¹³⁰ TGI Argentan, 25 nov. 1976 : Gaz. Pal. 1977, 2, somm. p. 336 ; TGI Troyes 25 janvier 1978, JCP CI 1979, I, 7718.

²¹³¹ A. TEISSIER, « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.



807. L'employeur peut également saisir le juge des référés pour qu'il interdise l'affichage d'un procès-verbal faisant état d'inexactitudes ou d'informations couvertes par l'obligation de secret ou de discrétion²¹³² ou la distribution d'un tract syndical contenant des propos injurieux ou diffamatoires²¹³³.

Section II - Les mesures d'urgence

808. Un arsenal. Le juge des référés peut, dans tous les cas d'urgence, « ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou justifie l'existence d'un différend²¹³⁴ ». Même en présence d'une contestation sérieuse, il peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent afin de prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite²¹³⁵. Ses pouvoirs répondent « à une définition fonctionnelle²¹³⁶ » : il détermine souverainement la nature des mesures qu'il ordonne²¹³⁷, sous réserve qu'elles répondent « à l'une ou l'autre des fonctions²¹³⁸ » qui lui sont confiées. La nature des mesures ordonnées en urgence en matière de droit de la représentation collective ne diffère pas des mesures prononcées à l'occasion d'autres contentieux. Toutefois, en cette matière, les mesures ordonnées ont « un effet direct sur le fond du litige²¹³⁹ ». En rétablissant la légalité via les obligations de donner (§I), de faire (§II) et de ne pas faire (§III), le juge des référés satisfait aux souhaits des instances de représentation du personnel élues ou désignées (bénéficiaire d'une information et d'une consultation précises et loyales) « annihilant » en pratique toute action au fond devant le juge pénal ou civil.

²¹³² Cass. soc., 4 nov. 1981: Bull. civ. 1981, n° 858; JCP G, 1982, II 19764, Concl. GAUTHIER.

²¹³³ Cass. soc., 25 juin 1981, n° 80-12219 : Bull. civ. 1980, n° 614 ; Cass. soc., 20 févr. 1974, n° 72-13534 : Bull. civ. 1974, n° 131 ; Cass. soc., 6 nov. 1974, n° 73-13841 : Bull. civ. 1974, n° 529. Voir : F. SEBE, Comment les syndicats peuvent-ils communiquer ?, CLCE, 2010, n° 91, p.11.

²¹³⁴ CPC, art. 808.

²¹³⁵ CPC, art. 809.

²¹³⁶ A. SUPIOT, « Les pouvoirs de la formation de référé », Dr. social, 1986, p. 535.

²¹³⁷ « Il puise dans l'héritage d'une longue pratique ou forge lui-même aux dimensions de l'espèce. En toute hypothèse il décide ce qui lui paraît le plus approprié » (J. NORMAND, Chron. Juris., RTD civ., 1985, p. 430).

²¹³⁸ A. SUPIOT, « Les pouvoirs de la formation de référé », Dr. social, 1986, p. 540.

²¹³⁹ H. CROZE, obs. sous. Cass., 3^{ème} civ., 24 juin 1998, n° 244.



§I. L'obligation de donner

809. Délivrer l'information. En droit civil, l'obligation de donner a pour objet « l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit²¹⁴⁰ ». Saisir le juge de référés permet « à une partie qui n'est pas en possession d'un document ou d'une information nécessaire à l'exercice d'un droit de l'obtenir²¹⁴¹ ». Appliquée au droit de la représentation collective, cette mesure peut se traduire par l'obligation pour l'employeur de délivrer à une instance de représentation du personnel²¹⁴² ou à un expert²¹⁴³ certaines informations.

§II. L'obligation de faire

810. Substituer. Le juge des référés peut se substituer à l'employeur ou au secrétaire du comité d'entreprise pour déterminer l'ordre du jour des réunions de cette instance²¹⁴⁴. Une solution analogue trouve à s'appliquer s'agissant des assemblées d'associés dans les sociétés par actions : le comité d'entreprise peut requérir l'inscription de projets de résolutions ; le refus illégitime d'y procéder autorise le juge des référés à inscrire lesdites résolutions dès lors qu'elles ont été régulièrement arrêtées et entrent dans le champ du comité d'entreprise²¹⁴⁵.

811. Le juge des référés peut également être appelé à connaître du recours à l'expertise. Il peut imposer l'expertise, confirmer le choix de l'expert opéré par le comité d'entreprise, confirmer le choix de l'entreprise selon que le désaccord porte sur le principe d'une expertise ou sur le choix de l'expert²¹⁴⁶. S'agissant du montant des honoraires, il peut, le cas échéant, en ordonner la réduction.

²¹⁴⁰ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2007.

²¹⁴¹ E. JEANSEN, *Le juge d'ici : les sanctions ordonnées en référé*, in *La sanction en droit du travail*, sous dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 374.

²¹⁴² Cass. soc., 16 avr. 1996, n° 93-15417 : Bull. civ., 1996, n° 163, RJS, 1996, n° 559.

²¹⁴³ Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 02-11404 : inédit ; RJS, 2004, n° 714.

²¹⁴⁴ Cass. soc., 4 juill. 2000, n° 98-10916 (Saisine de l'employeur) : inédit ; Cass. soc., 8 juill. 1997, n° 95-13177 (Saisine du secrétaire) : Bull. civ. 1997, n° 256.

²¹⁴⁵ E. JEANSEN, *Le juge d'ici : les sanctions ordonnées en référé*, in *La sanction en droit du travail*, sous dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 374.

²¹⁴⁶ C. trav., art. L. 2325-38 – R. 2325-7.



812. Enjoindre. L'organisation des élections professionnelles relève de l'initiative du chef d'entreprise. Face à son « inertie²¹⁴⁷ », le juge des référés peut exiger de l'employeur qu'il respecte les obligations mises à sa charge « en matière de gestion sociale de l'entreprise²¹⁴⁸ », notamment, en procédant à l'organisation des élections²¹⁴⁹.

§III. L'Obligation de ne pas faire

813. Suspendre. Le juge des référés peut ordonner la suspension d'une opération²¹⁵⁰. En constatant un trouble manifestement illicite ou un dommage imminent, il fige « la situation dans l'attente d'un jugement au principal ou de la réalisation d'une formalité particulière²¹⁵¹ ». L'irrégularité d'une procédure d'information et de consultation peut le conduire à suspendre le projet en débat. La suspension prend fin une fois que l'employeur a procédé aux opérations requises dans des conditions régulières²¹⁵². En l'absence d'accord sur le périmètre des élections, élément indispensable à la validité du protocole d'accord préélectoral, le juge peut suspendre le processus électoral dans l'attente de la décision de l'autorité administrative sur la détermination des établissements distincts²¹⁵³.

814. Conclusion. En bref, la définition « fonctionnelle des pouvoirs du juge des référés (...) permet d'assurer le respect effectif de la règle²¹⁵⁴ ». Le propos vaut particulièrement dans le droit des relations collectives de travail, champ privilégié d'injonctions de faire ou de ne pas faire.

²¹⁴⁷ B. TEYSSIE, Droit du travail, Relations collectives, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, n° 230, p. 130.

²¹⁴⁸ E. JEANSEN, Le juge d'ici : les sanctions ordonnées en référé, in La sanction en droit du travail, ss dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 386.

²¹⁴⁹ Cass. soc., 18 mars 1978 : Bull. Civ., 1978, n° 206 – Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 05-60331 : Bull. civ. 2006, n° 259 ; RJS, 10/06, n° 1081.

²¹⁵⁰ TGI Nanterre, 16 janv. 2009, Comité d'entreprise CAPGEMINI, c/ SAS CAPGEMINI France, n° 09/00124 ; TGI Paris, 22 sept. 2009, Comité d'entreprise TELEPERFORMANCE, c/ Société TELEPERFORMANCE France, n° 09/57267 ; TGI Paris, 29 oct. 2009, Comité d'entreprise SOFINCO c/ SA SOFINCO, n° 09/58710 ; TGI Paris, 27 septembre 2011, Comité d'entreprise GMF c/ Société GMF Assurances, n° 11/56931.

²¹⁵¹ E. JEANSEN, Le juge d'ici : les sanctions ordonnées en référé, in La sanction en droit du travail, ss dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 388.

²¹⁵² Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-67760 : Bull. Civ., 2010, n° 247 ; JCP S, 2010, 1542, note L. SEBILLE.

²¹⁵³ Cass. soc., 28 sept. 2011, n° : 10-25279 : Bull. Civ., 2011, n° 214, JCP S, 2011, 1561, note E. JEANSEN ; Cass. soc., 26 oct. 2011, n° : 10-27134 : Bull. Civ., 2011, n° 20 ; JCP S, 2012, 1087, note B. GAURIAU.

²¹⁵⁴ M. GREVY, La sanction civile en droit du travail, Thèse, LGDJ, 2002, n° 231.



Chapitre II - L'effectivité assurée par le juge du fond

815. Responsabilité civile et droit de la représentation du personnel. Le Code du travail est riche d'obligations pourvues de sanctions civiles spécifiques. Ainsi, la prise en considération de l'appartenance ou de l'activité syndicale par l'employeur peut-elle donner lieu à paiement de dommages-intérêts. De même, l'absence d'institutions représentatives du personnel due à la négligence de l'employeur est de nature à justifier le prononcé de sanctions civiles²¹⁵⁵. De telles sanctions sont également encourues par l'auteur d'une offre publique d'acquisition dès lors qu'il ne répond pas à la convocation du comité d'entreprise ou du comité de groupe de l'entreprise (ou de l'entreprise dominante visée par l'offre) désireux de procéder à son audition²¹⁵⁶. La sanction civile peut contribuer à « renforcer l'effectivité des obligations mises en place par le droit du travail et [à] accorder à la victime la réparation des préjudices qui résultent de la violation de cette obligation²¹⁵⁷ ». Mais à l'engagement de la responsabilité civile de l'employeur en raison d'une entrave mise à l'application des règles relatives à la représentation du personnel peut faire écho l'engagement de la responsabilité civile des instances chargées de cette représentation.

816. Le désintérêt des dommages-intérêts. Sur le plan civil, le préjudice subi par la victime du délit d'entrave, qu'il s'agisse du comité d'entreprise, du CHSCT, des organisations syndicales, voire des salariés lorsque l'infraction a trait à la mise en place de ces instances²¹⁵⁸, est de nature à justifier le versement de dommages-intérêts²¹⁵⁹. Le préjudice (moral) subi et le lien de causalité unissant le préjudice aux défaillances observées sont présumés. L'action peut être exercée tant devant les juridictions pénales

²¹⁵⁵ C. trav., art. L. 1226-10 – L. 1226-15.

²¹⁵⁶ C. trav., art. L. 2323-24.

²¹⁵⁷ Ch. RADE, Droit du travail et responsabilité civile, LGDJ, tome, 282, 1997, n° 120.

²¹⁵⁸ L'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts (Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852 : Bull. civ., 2011, n° 108)

²¹⁵⁹ Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-84307 : Bull. crim. 2003, n° 101; RJS, 2003, n° 1181; Cass. crim., 28 nov. 1984, n° 83-93094 : Bull. crim., 1984, n° 375; Cass. crim., 25 avr. 1989, n° 87-91068 : inédit.



que civiles. Devant les premières, l'action civile poursuit une double finalité : patrimoniale et extrapatrimoniale. Elle permet d'obtenir le versement de dommages-intérêts en réparation du dommage résultant de l'infraction²¹⁶⁰. Mais l'action civile a aussi une finalité extrapatrimoniale : la mise en mouvement de l'action publique susceptible d'aboutir au prononcé d'une condamnation²¹⁶¹.

817. En pratique, les actions en responsabilité exercées contre un employeur qui a méconnu ses obligations en matière de représentation du personnel « sont rarement l'occasion de véritables actions civiles²¹⁶² ». Les instances de représentation du personnel recherchent moins la réparation de leur préjudice que la condamnation pénale de l'employeur²¹⁶³ ou, pour rester sur des terres civilistes, le rétablissement de la légalité par le biais d'une mesure prononcée par le juge des référés. A cet égard, la suspension de la mesure projetée ou l'exécution forcée d'une obligation que l'employeur n'entend pas remplir (le paiement de la subvention de fonctionnement ou la production d'informations par exemple) présentent plus d'intérêt qu'une condamnation pénale ou le paiement de dommages-intérêts²¹⁶⁴. Ces mesures sont mieux à même de rétablir les instances de représentation du personnel dans leurs droits. Le désintérêt des instances pour les dommages-intérêts « compensatoires » ne permet pas ici de renforcer l'effectivité des obligations nées de la législation du travail. La mise en cause de la responsabilité civile de l'employeur pourrait toutefois connaître de nouveaux rebondissements au regard de « l'évolution du droit de la responsabilité civile [qui] fait désormais apparaître sa fonction punitive²¹⁶⁵ ».

²¹⁶⁰ L'action civile a un effet pénal, elle peut être exercée uniquement dans le but d'aboutir au prononcé d'une condamnation. C. Proc. pén., art. 418, al. 3 : « La partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé ».

²¹⁶¹ S. GUINCHARD, J. BUISSON, op. cit., n° 1171, p. 818.

²¹⁶² G. VINEY, « Responsabilité civile et relations collectives de travail », Dr. social, 1988, p. 416.

²¹⁶³ En ce sens : « La responsabilité pénale se nourrit aussi du déclin de la responsabilité civile. Le culte de l'indemnisation ne répond pas à l'attente primitive, quasi-instinctive, de la victime qui veut voir « le coupable puni ». Les idées de faute et de culpabilité, pourchassées en droit civil non répressif, trouvent en droit pénal un terrain idéal pour s'épanouir. Le pénalement coupable est puni, le civilement responsable ne fait qu'indemniser... et cela ne suffit pas » (J.-F. CESARO, « La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail », Dr. social, 2005, p. 135).

²¹⁶⁴ Cass. soc., 7 avr. 2004, n° 02-17128 : Bull. civ., 2004, n° 108 ; Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-67760 : Bull. civ., 2010, n° 247.

²¹⁶⁵ R. VATINET, L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail, in Les sanctions en droit du travail, sous dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 120.

**818. Responsabilité civile des instances de représentation du personnel.**

L'exercice des prérogatives consultatives ne pourrait-il pas conduire à engager la responsabilité civile des représentants du personnel²¹⁶⁶ ? L'exercice détourné de leurs prérogatives porte atteinte à leur bon fonctionnement mais aussi à celui de l'entreprise. Or, « nul ne peut se soustraire à d'éventuels engagements de responsabilité liés aux fautes commises. La mécanique de l'article 1382 du Code civil vaut pour chacun : syndicats, délégués syndicaux, représentants du personnel, institutions représentatives dotées de la personnalité juridique, etc.²¹⁶⁷ ». Ces instances disposent de moyens conséquents, régulièrement accrus par le législateur, en matière d'information, de consultation ou de négociation. Elles interviennent dans la gestion courante de l'entreprise mais aussi dans les décisions économiques majeures appelant de leur part une forte prise de conscience de leur responsabilité sociale et économique²¹⁶⁸. Dès lors « une responsabilité, si minime soit-elle, devrait être établie à leur égard, au moins sur le modèle de l'obligation de moyens²¹⁶⁹ ». En imposant la participation des salariés dans les organes de direction de l'entreprise, en créant une nouvelle base de données, renforçant ainsi l'obligation de discrétion des élus, la loi du 14 juin 2013 accentue la nécessité de progresser plus avant dans cette voie.

²¹⁶⁶ Le tribunal de grande instance de Nanterre, saisi en référé, a « condamné » un comité d'entreprise, qui bloquait la procédure de consultation sans motif légitime, à verser 1500€ à l'employeur (TGI Nanterre, 9 avr. 2010, Comité d'entreprise Wolters Kluwer c/ SAS Wolters Kluwer, n° 10/00914).

²¹⁶⁷ B. TEYSSIE, « La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 : Vers un nouveau droit du travail ? », JCP S 2013, 1257.

²¹⁶⁸ B. TEYSSIE, « La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 : Vers un nouveau droit du travail ? », JCP S 2013, 1257.

²¹⁶⁹ M.-F. MIALON, « Information, consultation et négociation peuvent-elles conduire à engager la responsabilité civile des organes représentatifs du personnel ? », Dr. social, 1986, p. 9. Ces propos ne visent cependant que « l'hypothèse d'une saine application du droit des institutions représentatives du personnel ».



Conclusion – Titre 2

819. Un second souffle. La quête de voies nouvelles visant à accroître l'effectivité du droit de la représentation du personnel ne doit pas faire oublier les outils existants. L'intervention du juge des référés en fait partie et peut se révéler particulièrement efficace. Les mesures ordonnées, de nature à rétablir la légalité dans de brefs délais, satisfont pleinement les représentants du personnel souvent peu enclins à s'engager dans la voie pénale. Quasi inusitée, la voie civile au fond est à la recherche d'un second souffle. L'accroissement constant des responsabilités des instances de représentation du personnel conjuguée à la fonction punitive que peut assumer la responsabilité civile est de nature à emporter, sur ce terrain, de substantielles évolutions.



Conclusion - Partie II

821. Une clé de voûte. L'attribution d'un pouvoir d'injonction, la charge d'accompagner les entreprises et la faculté de prononcer des sanctions confirment la place prépondérante de l'administration du travail dans le jeu des relations de travail. La diversité des moyens dont elle dispose et le principe de libre décision lui permettent d'adapter son propos aux spécificités de l'entreprise et à la nature de l'infraction, en s'orientant vers une mesure préventive ou des poursuites pénales, voire une sanction administrative. Reste que l'effectivité du droit de la représentation du personnel ne saurait reposer sur la seule administration du travail. Le recours au juge des référés, visant à assurer le rétablissement de la légalité, est mieux qu'un simple complément à son action. Mais il faut aussi que les entreprises et les instances de représentation du personnel s'engagent vigoureusement dans la détermination d'une véritable politique sociale au moyen d'un accord unique sur la représentation du personnel.



Conclusion générale

822. Une harmonie²¹⁷⁰ en devenir. A l'évidence, il n'y a pas de système idéal de sanctions : la solution n'est pas davantage dans le « tout pénal » que dans le « tout administratif²¹⁷¹ » ni même dans le « tout civil ». Elle réside dans une harmonisation tant des mesures structurelles et « organisationnelles » que des mesures « coercitives », entendues largement, intégrant les sanctions pénales, civiles et administratives ainsi que les injonctions ou les actions de prévention. L'appréhension du champ d'application de la voie pénale dans le droit de la représentation collective est de nature à illustrer cette harmonisation.

823. Les bois. A la voie pénale, chargée de protéger « les valeurs essentielles de la société²¹⁷² », doivent être réservées les atteintes aux prérogatives des instances de représentation du personnel lesquelles présentent un caractère fondamental. La stricte application du principe d'intentionnalité exige qu'un dol spécial soit caractérisé en recourant au mobile légal et à une nouvelle méthode d'appréciation. L'objectif recherché est de restituer un sens à l'élément moral. De telles avancées conduisent à réduire considérablement le champ d'action de la sanction pénale et à tempérer sa « systématisme ». Accroître chez l'ensemble des acteurs de l'entreprise la perception du risque pénal imposait au préalable de réviser les frontières des responsabilités dans l'entreprise. L'application du droit de la représentation collective relève d'une responsabilité partagée entre le chef d'entreprise, premier responsable, son représentant, l'entreprise (personne morale) lorsque l'infraction est commise dans le cadre d'une véritable stratégie économique et les membres élus ou désignés des instances de représentation du personnel. La prise de conscience du risque pénal peut être accrue par la revalorisation du quantum des peines de référence, la recherche de sanctions pénales innovantes et l'individualisation de la sanction en fonction des caractéristiques propres à chaque entreprise. La nécessaire prise de conscience de l'importance du droit de la

²¹⁷⁰ « Ensemble des bois, des cuivres et percussion d'un orchestre » (Dictionnaire de la langue française, Le Petit Robert 2008).

²¹⁷¹ L'expression est empruntée à : J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 467.

²¹⁷² F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 16^{ème} éd., 2009, n°25, p.50.



représentation collective dans l'entreprise par les autorités administratives et judiciaires et l'efficacité du système répressif imposent enfin de définir une politique pénale du travail d'envergure.

824. Les cuivres. De la sanction administrative, relèvent les entraves dépourvues d'intention de nuire caractérisée et les entraves mineures constituées par la violation d'obligations relatives aux aspects fonctionnels des instances de représentation du personnel. Le droit de la représentation collective gagnerait en effectivité si l'intérêt économique de l'entreprise était une préoccupation partagée des élus, des entreprises et des organes de contrôle. Associé à une « révolution » culturelle de cette administration, l'essor de la fonction de conseil de l'inspection du travail, au moyen notamment d'une politique du travail « audacieuse²¹⁷³ », pourrait faire évoluer les pratiques des entreprises et rendre plus effective l'application du droit de la représentation du personnel. Le caractère collectif du droit du travail²¹⁷⁴ est enfin de nature à servir son effectivité. Le législateur a toujours souhaité faciliter, par le recours à la négociation, l'adaptation du droit de la représentation collective aux spécificités de l'entreprise. La définition d'une politique sociale par l'entreprise moyennant la conclusion d'un accord unique sur la représentation du personnel participe de cet objectif.

825. Les percussions. De la sanction civile, relèvent les violations des droits collectifs, impliquant l'intervention ponctuelle mais régulière du juge judiciaire afin que soit rétablie la légalité ou que soit réparé, le cas échéant, le préjudice subi.

826. Une composition musicale²¹⁷⁵ à parfaire. Cette approche technique de l'effectivité ne doit pas faire oublier que le droit de la représentation collective, complexe, hypertrophié, instable, souffre de son inadéquation aux réalités économiques et sociales des entreprises: son application en l'état constitue un frein à la croissance des entreprises et à la représentation du personnel. Une évolution du cadre de cette

²¹⁷³ J. MICHEL, Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, t. II, La Documentation Française, 2004, p. 467.

²¹⁷⁴ J. PELISSIER, G. AUZERO, E. DOCKES, Droit du travail, Dalloz, 27^{ème} éd., 2013, n° 5, p. 5.

²¹⁷⁵ Le terme composition « n'a jamais été employé que pour désigner l'invention musicale réfléchie et donnant lieu à une véritable construction musicale » (Encyclopédie Universalis, www.universalis.fr).



représentation s'impose²¹⁷⁶. Reste que les négociations engagées depuis 2009 sur la modernisation du dialogue social piétinent²¹⁷⁷ et que les améliorations, substantielles mais non déterminantes, apportées par la loi du 14 juin 2013 n'ont pas vocation à révolutionner le droit de la représentation collective. Le propos ne pourrait-il pas être étendu à l'ensemble du droit du travail ? Le paiement d'un salaire inférieur aux minima légaux ou conventionnels, le travail dissimulé, le non-respect des durées du travail, des cas de recours aux contrats à durée déterminée, des normes de santé et de sécurité, sont autant de manifestations d'une ineffectivité qui finit par apparaître comme une caractéristique du droit du travail²¹⁷⁸.

²¹⁷⁶ Sur l'évolution du cadre des institutions représentatives du personnel : B. TEYSSIE, J.-F. CESARO, A. MARTINON, « Du CHSCT à la commission santé sécurité du comité d'entreprise », JCP S, 2011, 1291 ; F. FAVENNEC-HERY, « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », Dr. social, 2013, p. 250 ; F. MOREL, S. NIEL, « Faisons enfin évoluer le droit des institutions représentatives du personnel », ; SSL, 2012, n°1536, p. 5 ; D. BOULMIER, « Les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : de l'interaction à la fusion (?) », JSL, 2011, n° 309 (1^{ère} partie), p. 4 et n° 310 (2^{ème} partie), p. 4 ; M. GRIGNARD, « Les instances de représentation du personnel : quelle évolution ? », Dr. social, 2013, p. 258. Sur l'obésité, la complexité et l'insécurité du droit du travail : J. RIVERO et J. SAVATIER, Droit du travail, PUF-THEMIS, 6^{ème} éd, 1975, p. 19 ; B. TEYSSIE, « Propos autour d'un autodafé », Dr. social, 1986, p. 560. Voir également l'étude particulièrement étoffée et les références de : Y. LEROY, L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail, Thèse, LGDJ, coll. Droit social, 2011, Partie I, Titre I, Chapitre II.

²¹⁷⁷ F. FAVENNEC-HERY, « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », Dr. social, 2013, p. 250.

²¹⁷⁸ Le droit du travail est « un droit exposé à l'ineffectivité » : J. PELISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, Droit du travail, Dalloz, 22^{ème} éd., 2004, n°43, p. 60 ; J.-C. JAVILLIER, Droit du travail, LGDJ, 1978, p. 43.

Bibliographie

I - Ouvrages généraux (manuels et traités contemporains)

ANTONMATTEI P.-H., RAYNARD J.,

- Droit Civil Contrats spéciaux, 6^{ème} éd. Litec, 2008.

BENABENT A.,

- Droit civil, Les obligations, Domat, 2010, 12^{ème} éd.

BOSSU B., DUMONT F., VERKINDT P.-Y.,

- Cours de droit du travail, t. 1, Montchrestien, 1^{ère} éd., 2007.

BOULOC B.,

- Procédure Pénale, Dalloz, 23^{ème} éd., 2012.

BOULOC B.,

- Droit pénal général, Dalloz, 21^{ème} éd., 2009.

CADIET L., JEULAND E.,

- Droit judiciaire privé, LEXISNEXIS, 7^{ème} éd., 2011.

CAMERLYNCK G.-H., LYON-CAEN G.,

- Droit du travail, Dalloz, 6^{ème} éd., 1973.

CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y.,

- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, Dalloz, 2008, 12^{ème} éd.

CARBONNIER J.,

- Droit civil. Vol. II, (Les biens. Les obligations), PUF, 2004, Collection Quadrige.

CHAPUS R.,

- Droit administratif général, Monchrestien, 14^{ème} éd. 2000.

CHRETIEN P., CHIFFLOT N.,

- Droit administratif, Sirey, 13^{ème} éd., 2012.



COEURET A., FORTIS E.,

- Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^e éd., 2012.

COEURET A., GAURIAU B., MINE M.,

- Droit du travail, Sirey, 3^{ème} éd., 2009.

COHEN M.,

- Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 9^{ème} éd., 2009.

CONTE Ph., MAISTRE DU CHAMBON P.,

- Droit pénal général, Masson/Armand Colin, 2^{ème} éd., 1996.

CORNU G.,

- Vocabulaire Juridique, PUF, 2007.

COUTURIER G.,

- Droit du travail, PUF 1991.

COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F.,

- Droit des sociétés, Litec, 24^e éd., 2011.

DESPORTES F., LAZERGES-COUSQUER L.,

- Traité de Procédure pénale, Economica, 2^{ème} éd., 2012.

DESPORTES F., LE GUNEHÉC F.,

- Droit pénal général, Economica, 16^e éd., 2009.

DREYER E.,

- Droit Pénal général, Litec, 1^{ère} éd., 2010.

DREYER E.,

- Droit pénal spécial, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2008.

DUPUIS G., GUEDON M.-J., CHRETIEN P.,

- Droit administratif, Armand Colin, 12^{ème} éd., 2011.

DURAND, JAUSSAUD,

- Traité de droit du travail, Dalloz, 1947, T. I.



FAGES B.,

- Droit des obligations, LGDJ, 2^{ème} éd., 2009.

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E.,

- Droit civil : Les obligations, Sirey, 13^e éd., 2009.

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E.,

- Droit civil, Les obligations, Tome 2 Le Fait Juridique, Sirey, 13^{ème} éd., 2009.

GAUDEMET Y.,

- Droit administratif, LGDJ, 20^{ème} éd., 2012.

GUINCHARD S., BUISSON J.,

- Procédure pénale, Litec, 7^e éd., 2011.

HAUBRY X.,

- Le contrôle de l'inspection du travail et ses suites, L'Harmattan, 2010,

JAVILLIER J.-C.,

- Droit du travail, LGDJ, 1978.

JEANDIDIER W.,

- Droit pénal général, Montchrestien, « Coll. Domat », 1988.

LOKIEC P.,

- Droit du travail T. II, Les relations collectives de travail, PUF, 2012.

LOMBOIS C.,

- Droit pénal général, Hachette, 1994.

MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph.,

- Les obligations, Defrénois, 3^e éd., 2007.

MALAURIE Ph., AYNES L., GAUTIER P.-Y.,

- Les Contrats spéciaux, 5^{ème} éd. Defrénois, 2011.

MALINVAUD Ph.,

- Droit des obligations, Litec, 10^{ème} éd., 2008.



MALINVAUD Ph., FENOUILLET D.,

- Les obligations, LexisNexis, 12^{ème} éd. 2012.

MERLE R., VITU A.,

- Traité de droit criminel, Procédure pénale, CUJAS, 5^{ème} éd., 2001.

MERLE R., VITU A.,

- Traité de Droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Cujas, 7^{ème} éd., 1997.

PELISSIER J., SUPIOT A., JEAMMEAUD A.,

- Droit du travail, Dalloz, 24^{ème} éd., 2008.

PELISSIER J., AUZERO G., DOCKES E.,

- Droit du travail, Précis Dalloz, 2012, 26^{ème} éd.

PLANIOL M.,

- Traité de droit civ, T. I, JGDL Montchrestien 1^{ère} éd.,.

PRADEL J., VARINARD A.,

- Les grands arrêts du droit pénal général, Dalloz, 4^e éd., 2003.

PRADEL J.,

- Procédure Pénale, éd. Cujas, 16^{ème} éd., 2011.

RASSAT M.-L.,

- Droit Pénal général, 2^{ème} éd., 2006.

RIPERT G.,

- La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 1949, 4^{ème} éd.

RIVERO J., SAVATIER J.,

- Droit du travail, PUF-THEMIS, 6^{ème} éd, 1975.

ROBERT J.-H.,

- Droit pénal général, PUF, 5^{ème} éd. 2001, p. 376-377.

ROSSI P.,



- Traité de Droit pénal, 1829, t. 3.

SOYER J.-Cl.,

- Droit pénal et procédure pénale, LGDJ, 2008, 20^{ème} éd.

TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y.,

- Droit des obligations, Précis Dalloz, 10^e éd. 2009.

TEYSSIE B.,

- Droit du travail, Relations collectives, Litec, 8^{ème} éd., 2012.

TEYSSIE B.,

- Droit Civil – Les personnes, Litec, 2010, 12^{ème} éd.

II - Ouvrages spéciaux, thèses

BECCARIA,

- Dei Delitti e delle pene, 1764.

BENTHAM J.,

- Traité de législation civile et pénale, Rey et Gravier, éd. 1830, 3^{ème} éd., t.2.

CARBONNIER J.,

- Flexible Droit, pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

CHATARD D.,

- Réflexions sur le jeu croisé des pouvoirs et des responsabilités dans les groupes de sociétés. Essai en droit du travail, préf. B. Teyssié, Thèse, LexisNexis, coll. Planète Social, 2013.

COTTIN J.-B.,

- Le CHSCT, Lamy, 2^{ème} éd., 2012.

CUCHE P.,

- Précis de droit criminel, Dalloz, 5^{ème} éd., 1934.

DALMASSO Th.,

- La délégation de pouvoir, éd. Joly 2000.



DELLIS G.,

- Droit pénal et droit administratif, L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, LGDJ, 1997.

DELMAS-MARTY M., TEITGEN-COLLY C.,

- Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, Economica, 1992.

DEMOULAIN M.,

- Nouvelles technologies et droit des relations de travail, Essai sur une évolution des relations de travail, préf. B. Teyssié, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2012.

DEROUSSIN D.,

- Histoire du Droit des obligations, Economica, 2007.

DIDIER Ph.,

- De la représentation en droit privé, LGDJ, 2000.

DOUCET J.-P.,

- La loi pénale, Saint Gildas de Rhys, 3^{ème} éd., 2003.

DURKHEIM E.,

- De la division du travail social, 1893, PUF, 1998.

FERRIER N.,

- La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise, Bibl. Droit de L'entreprise, Litec, 2005.

GARÇON E., PELTIER V.,

- Droit de la peine, Litec, 2010, 1^{ère} éd.

GASSIN R., CIMAMONTI S., BONFILS Ph.,

- Criminologie, Dalloz, 7^{ème} éd., 2011.

GERMAIN M.,

- Traité élémentaire de droit commercial, t. I, Vol. 2, Les sociétés commerciales (G. RIPERT et R. ROBLOT), 18^{ème} éd. LGDJ, 2002.



GREVY M.,

- La sanction civile en droit du travail, LGDJ, 2002.

GUYON Y.,

- Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, Traités des contrats, 5^{ème} éd., LGDJ, 2002.

de JACOBET de NOMBEL C.,

- Théorie générale des circonstances aggravantes, Dalloz, coll., NBT, 2006.

KAPP Th., RAMACKERS P., TERRIER J.-P.,

- Le système d'inspection du travail en France, Liaisons Sociales, 2^{ème} éd., 2013.

KELSEN H.,

- Théorie pure du droit, trad. par Ch. EISENMANN, LGDJ, 1999.

KRIEF B.,

- Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective, préf. B. TEYSSIE, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2011.

LASCOUMES P.,

- Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993.

LE GOFF J.,

- Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours, PUR, 2004.

LEROY Y.,

- L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail, Thèse, LGDJ, coll. Droit social, 2011.

MARMOZ F.,

- La délégation de pouvoir, Thèse, Bibl. Droit de L'entreprise, Litec, 2000.

MICHEL J.,

- Les sanctions civiles, pénales et administratives en droit du travail, Tome II, La Documentation Française, 2004.



MILLION-ROUSSEAU E.,

- La représentation élue du personnel en matière de santé sécurité, Thèse, Paris 2, 2011, Dactylographié.

MONSALLIER M.-Ch.,

- L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme, préf. A. VIANDIER, LGDJ, t. 303, 1998.

MOURGEON J.,

- La répression administrative, LGDJ, 1967.

HIDALGO R., SALOMON G., MORVAN P.,

- Entreprise et responsabilité pénale, LGDJ, 1994.

L. JOSSERAND,

- Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Dalloz, rééd. 2006.

KAPP Th., RAMACKERS P., TERRIER J.-P.,

- Le système d'inspection du travail en France, Liaisons Sociales, 1^{ère} éd., 2009.

MANIGOT V.,

- Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise. Réflexions sur un risque, préf. B. Teyssié, Thèse, LexisNexis, coll. Planète Social, 2012.

MORVAN P.,

- Criminologie, LexisNexis, 2013.

- Restructurations en droit social, Litec, 2^{ème} éd., 2010.

NOËL E., SANSON M.,

- Aux côtés des détenus – Un avocat contre l'Etat, Bourin Editeur, 2013.

OUERDANE-AUBERT de VINCELLES C.,

- Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Thèse Paris II, éd. 2002.

PAILLARD B.,

- La fonction réparatrice de la répression pénale, thèse, LGDJ, 2007.

PERRIN J.-F.,



- Pour une théorie de la connaissance juridique, Droz, Genève, 1979.

PETEL Ph.,

- Le contrat de mandat, Dalloz, Connaissance du Droit, 1994.

PREVOSTEAU P.,

- Conceptions et mutations de l'inspection du travail, Thèse dactyl., Paris 2, 1997.

PETIT F.,

- La notion de représentation dans les relations collectives de travail, Thèse, LGDJ, 2000.

POUYANNE J.,

- L'auteur moral de l'infraction, PUAM, 2003.

PRADEL J.,

- La procédure pénale française aujourd'hui : éclatement ou nouvel équilibre ?, Cujas, 2003.

RADE Ch.,

- Droit du travail et responsabilité civile, LGDJ, tome, 282, 1997.

ROSE H., STRUILLLOU Y.,

- Droit du licenciement des salariés protégés, Economica, 4^{ème} éd. 2011.

ROLAND H., BOYER L.,

- Adages du droit français, Litec, 3^e éd.

ROUSSEAU F.,

- L'imputation dans la responsabilité pénale, Thèse, Dalloz, 2009.

SAINT PAU J.-C.,

- Le risque pénal dans l'entreprise, la responsabilité pénale des personnes morales, Litec, Carré Droit, 2003.

SALEILLES R.,

- L'individualisation de la peine, 2^{ème} éd., 1909, éd. Alcan.

SERVERIN E.,



- Des fonctions économiques des tribunaux, Economie et Institutions, 2004.

SIBONY A.-L.,

- Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, Thèse, préf. G. CANIVET, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008.

SUPIOT A.,

- Critique du droit du travail, PUF, 1994.

VIENNOT C.,

- Le procès-pénal accéléré, Etude des transformations du jugement pénal, Thèse, Dalloz, 2012.

VOLFF J.,

- Le ministère public, Que sais je ? PUF.

WAGNER E.,

- La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine, Thèse, Clermont-Ferrand I, 1976.

III - Articles

ALVAREZ-PUJANA N.,

- « Chroniques jurisprudentielles », Dr. ouvrier, 1993, p. 33.

- « Le délit d'entrave ou d'atteinte au fonctionnement des institutions représentatives et à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », Dr. Ouv., 1990, p. 77

AMAR J.,

- « Contribution à l'analyse économique de la responsabilité pénale des personnes morales », Dr. Pén., 2001, Chr., n° 37, p. 5.

ANCEL M.,

- « La prison pour qui ? », Rev. Pénit., 1976, p. 702 et s.

ANTONMATTEI P.-H.,

- « Donner l'information en matière économique et financière : brefs propos sur des évolutions récentes », Dr. social, 2013, p. 100



- « Accord de méthode, génération 2005 : la “positive attitude” », *Dr. social*, 2005, p. 399.

- « Comité d’entreprise et négociation collective », *RJS*, 1998, p. 611.

AUVERGNON Ph.,

- « Etude sur les sanctions et mesures correctives de l’inspection du travail : le cas de la France », *Rapp. BIT*, avr. 2011, n° 3.5.

- « Une approche comparative de la question de l’effectivité du droit du travail, in *L’effectivité du droit du travail. A quelles conditions ?* », ss dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 27

- « Contrôle étatique, effectivité et ineffectivité du droit du travail », *Dr. social*, 1996, p. 598.

- « Débats et idées sur l’inspection du travail sous la V^e République », *Dr. ouvrier*, 1993 p. 93.

- « Inspection du travail : quelle utilité aujourd’hui ? Dissonances et concordances d’une réponse à trois voix », *RFAS*, 1992, p. 21 et s.

AUZERO G.,

- « Les restructurations vues sous l’angle des prérogatives du comité d’entreprise : du légal au conventionnel », *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 867.

AYACHE-REVAH I., ROGER Ph.,

- Les conséquences du refus de siéger du comité d’entreprise, *JCP S* 2008, 1632

AYACHE I., AYADI M.,,

- « Gérer le blocage du CE », *CLCE*, 2011, n° 106.

- « Consultation du comité d’entreprise : comment faire face à des situations de blocage à la lumière de la jurisprudence », *SSL*, 2008, n° 244.

AYNES L.,

- « Sur l’imprévision en droit privé », *RJC*, 2005, n° 5, p 397.

BARBE F.,

- « Du bon usage de la suspension de séance », *Les Cahiers Lamy du CE* n° 2, févr. 2002, p. 2.

BARBIERI J.-F.,



- « L'incidence de la réforme du Code pénal sur la gestion des personnes morales », Les petites affiches, 1993, n° 130, p. 22.

BARTHELEMY J.,

- « La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel », SSL, supplément 2004, n° 1152, p. 10.

BASTARD B., MOUHANA C.,

- « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », Arch. Pol. crim., 2006/1, n° 28.

BAUMGARTEN Ch.,

- « Accords de méthodes : un marché de dupes », Dr. ouvrier, 2003, p. 358.

BAYET D.,

- « La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'issue des arrêts de plénière de la chambre criminelle », Gaz. Pal., 1993, 2, Doctr., p. 923.

BENILLOUCHE M.,

- « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaider pour une nouvelle théorie de la culpabilité », Rev. sc. crim., 2005, p. 529

BERGEL J.-L.,

- « Une problématique des sanctions pénales ? », in Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et sciences criminologiques, PUAM, 2007, p. 91.

BESSIERE J.,

- « L'inspection du travail, entre stabilité et évolutions », in 13 Paradoxes en Droit du travail, ss dir. Ph. WAQUET, SSL, 2011, n° 1508, p. 41.

BLANC G.,

- « La médiation pénale », JCP G, 1994, 3760.

BOIS P.,

- « Les comité d'entreprise, un espoir longtemps déçu peut-il renaître ? », Dr. social, 1969, p. 92.

BONICHOT J.-Cl.,

- « Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme », AJDA, N° Spécial, 2001, p. 77.

BOREUNFREUD G.,

La représentation des salariés et l'idée de représentation, Dr. Soc. 1991, p. 685.

BOUAZIZ P.,

- « Eviter les blocages au CE », CLCE, 2010, n° 97.

- « L'avis du CE sur la marche de l'entreprise », CLCE, 2009, n° 82, p. 22.

- « Des prérogatives respectives du CE et du CHSCT et de l'articulation des réunions d'information et de consultation », Dr. ouvrier, 2008, p. 505.

BOUBLI B.,

- « La délégation de pouvoir depuis la loi du 6 déc. 1976 », Dr. social, 1977, p. 82.

BOULMIER D.,

- « Les institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : de l'interaction à la fusion (?) », JSL, 2011, n°309 (1^{ère} partie), p. 4 et n°310 (2^{ème} partie), p. 4.

BOULOC B.,

- « Les personnes morales toujours responsables pénalement », Rev. Droit des affaires, Lamy, 2006, p. 10.

- « La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ? », Rev. sc. crim., 2001, p. 55.

- « Chronique législative », Rev. sc. crim., 1983, p. 691.

BUISSON J.,

- « Les présomptions de culpabilité », Procédures, 1999, p. 3.

BUTAUD G., PERIN F., THERY M.,

- « Les funambules de l'inspection du travail », Dr. social, 1985, p. 271

Le CANNU P.,

- « Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale », PA, 1993, n° 120, p. 16.

CARBONNIER J.,

- « "La maxime nul n'est censé ignorer la loi" en droit français », in Journées de la société de législation comparée, 1984, (France, Grèce, RFA, URSS, Pays Nordiques, Italie), RTD comp., 1984, p. 321.



- « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'Année sociologique*, LVII, 1958, p. 3.

CARON M.,

- « Le nouveau visage de l'expertise après la loi de sécurisation de l'emploi », *SSL*, 2013, n° 1594.

CARON V., DODET A-L.,

- « L'avis du CHSCT consulté par l'employeur doit résulter d'un vote », *JCP E*, 2012, 1148

CARTIER M.-E.,

- « De la suppression du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales. Libres Propos ». in *Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit*, Dalloz, 2006, p. 120.

- « La responsabilité pénale des personnes morales : évolution ou révolution ? », *JCP* 1994, éd. E, suppl. n° 5, p. 34

CATALA N.,

- « L'entreprise », in *Traité de droit du travail*, ss dir. G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 1980, n°438, p. 477.

CESARO J.-F.,

- « La consultation des représentants du personnel relative au PSE », *JCP S*, 2013, 1204.

- « *La sanction pénale* », in *La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012.*

- « Les sanctions », in *L'égalité en droit social*, LexisNexis, 2012, p. 97

- « La négociation dans les entreprises pourvues de délégués syndicaux », *Dr. social*, 2009, p. 658.

- « Un nouveau droit de l'égalité professionnelle ? », *Dr. social*, 2008, p. 654.

- « La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail », *Dr. social*, 2005, p. 139.

CHAMPEAUX F.,

- « L'employeur doit-il participer à l'élection du secrétaire de CE ? », *SSL*, 2008, n° 1357

CHAUVEL P.,



- « Interprétation déclarative de la loi pénale et droit pénale du travail », *Dr. social*, 1983, p. 659.

CHETCUTI C.,

- « Brefs propos sur les modalités d'interventions de l'inspection du travail », *Dr. social*, 1984, p. 465.

- « Réflexions sur l'inspection du travail », *Dr. social*, 1976, p. 33.

CHEVALLIER J.-Y.,

- « Fallait-il consacrer la responsabilité pénale des personnes morales ? », in *Mél. PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 110.

CHISS R.,

- « Professionnalisation et gestion de carrière des représentants du personnel », *JCP S*, 2012, 1160.

CLEMENT G.,

- « Les métamorphoses du Ministère public en matière pénale », in *Le droit Pénal à l'aube du troisième millénaire*, *Mél.*, J. PRADEL, Cujas, 2006, p. 277.

COEURET A.,

- « La délégation de pouvoirs et les responsabilités pénales dans l'entreprise », *RJS*, 2012, *Chr.* p. 3.

- « Le délit d'entrave aux droits collectifs des salariés dans l'entreprise et dans le groupe. Retour sur une incrimination redoutée », *RJS*, 2011, p. 515.

- « Responsabilité pénale de la personne morale pour accident du travail : vers la simplification ? », *SSL*, 2006, 1281.

- « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales. Son impact en droit du travail. », *RJS*, 2006, p. 843.

- « La délégation de pouvoirs », in *Le pouvoir du chef d'entreprise*, sous la direction de J. PELISSIER, Dalloz, 2002, p. 27.

- « Délégation de pouvoirs et responsabilité pénale dans l'entreprise, *Journal des sociétés* », n° 74, p. 29.

- « Droit syndical et Droit pénal, Regard sur une collaboration fructueuse », in *mélanges J.-M. VERDIER*, *Droit syndical et Droit l'homme à l'aube du XXIème*, Dalloz, 2001, p. 7.



« La responsabilité pénale des personnes morales pour accident du travail », Dr. social, 1996, p. 158.

- « Les responsabilités assumées par le salarié, Source d'indépendance ? », Rev. Trim. de la CA de Versailles, 1996, p. 243.

- « La nouvelle donne en matière de responsabilité », Dr. social, 1994, p. 629.

- « La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture », Rev. sc. crim., 1992, p. 475.

- « Entrave et discrimination », Dr. ouvrier, déc. 1987, p. 447.

- « Pouvoir et responsabilité en droit pénal social », Dr. social, 1975, p. 396.

COEURET A., DUQUESNE F.,

- « Imputation du délit d'entrave de la personne physique à la personne morale », SSL, 2012, n° 1547, p. 11.

- « Responsabilité pénale des personnes morales : un tournant décisif ? », RJS, 2012, Chr. p. 516.

- « Les licenciements dans la SAS : fin d'une controverse et ébauche d'une théorie du pouvoir délégué », Dr. social, 2011, p. 382.

COEURET A., FORTIS E.,

- « La place du droit pénal en droit du travail », Rev. sc. crim., 2000, p. 36.

COEURET A., ZANNOU R.,

- « Chronique de Droit pénal », RJS, 2008, p. 87.

COHEN M.,

- « La rédaction des procès-verbaux des réunions du comité d'entreprise », RJS, 2004, p. 107.

- « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », RJS, 1998, p. 435.

- « Les effets du procès-verbal d'un inspecteur du travail », Dr. social, 1997, p. 457.

- « Les procès-verbaux des inspecteurs du travail et la convention OIT n° 81 », Dr. social, 1984, p. 473.

- « Les tendances actuelles du droit pénal du travail », Dr. ouvrier, 1981, p. 438.

COLLET M.,



- « Les sanctions administratives et l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », JCP A, 2013, 2077, n° 9.

COMMAILLE J.,

- « Effectivité », Dictionnaire de la culture juridique, ss dir. D. ALLAND, S. RIALS, 2004, PUF, LAMY, p. 583.

CONTE Ph.,

- « La nature juridique des procédures alternatives aux poursuites : de l'action publique à l'action à fin publique ? », Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et sciences criminologiques, PUAM, 2007, p. 189.

- « La responsabilité des personnes morales au regard de la philosophie du droit pénal », in La personne juridique dans la philosophie du droit pénal, sous dir. J.-H. ROBERT et STAMATIOS TZITZIS, éd. Panthéon Assas, 2001, p. 110.

- « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité"... : variations pour droit pénal », in Mél. P. CATALA, Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Litec, 2001, p. 269.

COTTIN J.-B.,

- « L'instance de coordination des CHSCT », JCP S, 2013, 1264.

COURET A.,

- « La loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation dans l'entreprise », JCP G, 2001, 339.

COUTURIER G.,

- « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », SSL Supplément, 2004, n° 1152, p. 6.

COUVRAT P.,

- « L'ajournement du prononcé de la peine. De quelques difficultés », Rev. sc. crim., 1985, p. 622.

DEBOVE F.,

- « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », Dr. Pén., 2006, Etude, n° 19.

DECOCQ A.,



- « L'avenir funèbre de l'action publique », Mél. F. TERRE, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 781.

DELAGE P.-J.,

- « Résistances et retournements. Essai de synthèse du contentieux relatif à la procédure de "plaider-coupable" », Rev. sc. crim., 2010, p. 831.

DELMAS-MARTY M.,

- « La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres ? », Rev. sc. crim., 1994, p. 154.

- « Les conditions de fond de la mise en jeu de la responsabilité pénale », Rev. soc., 1992, p. 305.

- « Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal », RID Pén., 1988, p. 34.

- « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité "du fait d'autrui" ou du "décideur" », JCP E, 1985, 3218.

DENIAU M.

- « Remplacer un titulaire au CE », CLCE, n° 91, 2010, p. 2.

DELZANGLES H.

- « Le refus de sanctionner », JCP A, 2013, 2078.

DREYER E.,

- « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », Rec. Dalloz, 2004, n° 13, p. 937.

DUCHE A., SEBE F.,

- « Gérer les incidents de réunion en CE », CLCE, 2011, n° 106, p. 9.

DUTERTRE J.,

- « Le délit d'entrave à l'exercice du droit syndical dans les entreprises », Dr. social, 1972, p. 221.

DUQUESNE F.,

- « Le sort de la délégation de responsabilité pénale en cas de fusion absorption », SSL, 2011, n° 1504, p. 10.



- « Retour sur la délégation de pouvoirs au sein des groupements d'entreprise », Dr. social, 2010, p. 144.
- « L'imputation du délit de discrimination à la personne morale. A propos de l'indépendance des culpabilités », Dr. social, 2009, p. 1171.
- « Sur le champ d'application de la délégation de pouvoirs », Dr. social, 2008, p. 449.
- « La délégation de pouvoirs sous les feux de l'actualité des nouvelles formes de mises à disposition », SSL, 2005, n° 1241, p. 8 et s.

FAVENNEC-HERY F.,

- « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », Dr. social, 2013, p. 250.
- « Licenciement économique : un changement d'acteur », JCP S, 2013, 1258.
- « Restructurations, deux maîtres mots : négociation, anticipation », SSL, Supplément, 2005, n° 1242, p. 9.

FERNANDES A.-M.,

- « Réflexions sur l'effectivité en droit du travail à partir du cas portugais, in L'effectivité du droit du travail. A quelles conditions ? », ss dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p.108.

FLAMENT L.,

- « A propos de l'impact de la loi du 20 août 2008 sur la révision des accords collectifs », RJS, 2011, p. 257.

FORTIS E.,

- « Janus et la responsabilité, Variations sur la sanction-réparation créée par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », in Mél G. VINEY, LGDJ, 2008, p. 452.
- Les conséquences de la Loi du 10 juillet 2000 en droit pénal, Rev. sc. crim., 2001, p. 737.

FORTIS E., MULLER Y.,

- « La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption », JCP E, 2004, I, 1151.

FREYERMUTH R.,

- Les modes et moyens d'intervention de l'inspection du travail allemande, in Rapport à la Commission européenne 1995.



FROSSARD S.,

- « Quelques réflexions relatives au principe de personnalité des peines », *Rev. sc. crim.*, 1998, p. 703.

GABA H.,

- « Action syndicale : concurrence ou complémentarité avec les prérogatives des IRP et les droits individuels », *JSL*, 2013, n° 335, p. 4.

- « Une syndicat ne peut se voir communiquer un document destiné normalement au CE », *CLCE*, 2012, n° 119, p. 25.

GAMET L.,

- « Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés », *JCP G*, I, 2001, 345.

GASSIN R.,

- « Considérations sur le but de la procédure pénale », in *Mél. J. PRADEL, Le droit pénal à l'aube du 3^{ème} millénaire*, Cujas, 2006, p. 114.

- « La confrontation du système français de la sanction pénale avec les données de la criminologie », in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie*, Dalloz, 1969, p. 177 et s.

GAUDEMET Y.,

- « Les limites des pouvoirs des inspecteurs du travail », *Dr. social*, 1984, p. 448.

GAURIAU B.,

- « Les modes d'expression de l'avis du comité d'entreprise », *Dr. social*, 2007, p. 184.

GEA F.,

- « La réforme de l'information et de la consultation du comité d'entreprise », *Dr. social*, 2013, p. 724.

GHESTIN J.,

- « L'absence de cause de l'engagement : absence de la contrepartie convenue », *JCP G* 2006, I, 194.

GIACOPELLI-MORI M.,

- « Libres propos sur la sanction-réparation », *D.* 2007, p. 1551.



- « La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », Rev. sc. crim., 2000, p. 525.

GOMES D.,

- « L'expérience portugaise des sanctions administratives. Le droit d'ordonnance sociale », Interd'ITS, Bulletin de liaison de l'association Villermé, 2001.

GOUEL O.,

- « Délit d'entrave : quelles attitudes pour le CE ? », Cahiers Lamy du CE 2007, n° 66, p. 2

GRIGNARD M.,

- « Les instances de représentation du personnel : quelle évolution ? », Dr. social, 2013, p. 258.

GRUMBACH T.,

- « Redonner aux syndicats le pilotage de la négociation sur l'emploi », SSL, supplément 2004, n° 1152, p. 17.

GUINCHARD S.,

- « Les moralistes au prétoire », Mél. FOYER, PUF, 1997, p. 477.

GUYON Y.,

- « Droits fondamentaux et personnes morales de droit privé », AJDA 1998, p. 136.

- « Quelles sont les personnes morales de droit privé susceptibles d'encourir une responsabilité pénale ? », Rev. Soc. 1993, p. 235.

HENRIOT P.,

- « La délégation de pouvoirs fonctionnelle un cheval de Troie dans les SAS ? » SSL, 2010, n° 1469, p. 6.

HIDALGO A.,

- « Inspection du travail : crise d'identité et tranches de vie », Dr. social, 1992, p. 853.

HULSMAN L.-H.-C.,

- « Défense sociale nouvelle et critères de discrimination », in Mél. ANCEL, Pedone, t. 2, p. 22.

JAVILLIER J.-Cl.,



- « Ambivalence, effectivité, et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. social*, 1975, p. 375.

- « Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise », in *Tendances du droit du travail français contemporain : études offertes à G.-H. CAMERLYNCK*, Dalloz, 1978, p. 101.

JEAMMAUD A.,

- « Le concept d'effectivité du droit », ss dir. Ph. AUVERGNON, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 50.

JEAMMAUD A., SERVERIN E.,

- « Evaluer le droit », *D.* 1992, ch. p. 263.

JEANSEN E.,

- « Le juge d'ici : les sanctions ordonnées en référé », in *La sanction en droit du travail*, ss dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 386.

JEANSEN E., PAGNERRE Y.,

- « La négociation dérogatoire », *JCP S*, 2009, 1572.

JOFFREDO Th.,

- « La délégation de pouvoir le juge et l'entreprise », *JCP S*, 2006, 1886.

JULLIEN D.,

- « Le CE doit émettre un avis en connaissance de cause », *CLCE*, 2009, n° 86, p. 19.

KAPP Th.,

- « L'inspection du travail face à la demande individuelle », *Dr. ouvrier*, Déc. 2002, p. 563.

KAPP Th., TERRIER J.-P., RAMACKERS P.,

- « Les mutations de l'inspection du travail », *SSL*, 2012, n° 1561, p. 4.

KELLER M., MAYNIAL P.,

- « Ne faudrait-il pas admettre plus largement l'action en justice du comité d'entreprise ? », *RDT*, 2007, p. 428.

KRIEF B.,



- « L'articulation du comité d'entreprise européen et des instances transnationales de représentation du personnel », JCP S 2012, 1116.

LAFOUGERE M.,

- « L'inspection du travail dans un monde en mutation, Les défis auxquels elle est confrontée », RFAS, 1992, p. 43.

LANGLOIS Ph.,

- « La simplification du droit du travail », in Institut de l'entreprise, Réflexions sur la simplification du droit du travail », www.institut-entreprise.fr.

LANGUI A.,

- « Les adages du droit pénal », Rev. sc. crim., 1986, p. 47.

LAPEROU SCHENEIDER B.,

- « Les mesures de lutte contre le harcèlement moral », Dr. social, 2002.

LARGER D.,

- « La conscience commune en droit du travail (encore quelques mots sur l'ineffectivité...) », Dr. social, 1983, p. 107.

LARGUIER J. et A-M.,

- « Le délit d'entrave aux fonctions des représentants du personnel », Dr. social, 1967, p. 550.

LAZERGUES Ch.,

- « La dérive de la procédure pénale », Rev. sc. crim., 2003, p. 644.

- « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », Rev. sc. crim., 1997, p. 186.

- « La diversification des réponses pénales à la commission d'une infraction au droit pénal du travail », Rev. sc. crim., 1992, p. 493.

- « La constatation de l'infraction et les poursuites pénales », Dr. social, 1984, p. 480.

LEAUTE J.,

- « Criminologie et science pénitentiaire », PUF, 1972, p. 29.

LEBEHOT Th.,

- « Le cadre juridique de la médiation pénale », AJ Pénale 2011, p. 216.



LEBLOIS-HAPPE J.,

- « Plaidoyer pour la légalité des poursuites », JCP G, 2010, n° 168.
- « Le libre choix de la peine par le juge : un principe défendu bec et ongles par la chambre criminelle », Dr. Pén., avr. 2003, chr. 11.
- « De la transaction pénale à la composition pénale », JCP G, 2000, n° 3, p. 63.

LE CROM J.-P.,

- « La naissance des comités d'entreprise : une réforme par la loi ? », Travail et Emploi, DARES, févr., 1995, p. 65.

LÉGAL M.-A.,

- « La responsabilité pénale du fait d'autrui dans son application au chef d'entreprise », Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye, Bordeaux, Editions Bière, 1968.

LEGRAND H.-J., BEZIZ L.,

- « La consultation annuelle sur les orientations stratégiques et leurs conséquences », SSL, 2013, n° 1592, p. 28.

LEQUETTE Y.,

- De l'efficacité des clauses de Hardship, in Mél. *Liber Amicorum* Ch. LARROUMET, Economica, 2010, p. 269.

LEVASSEUR G.,

- « Droit Social et Droit pénal », in Etudes de droit du travail offert à André Brun, Librairie sociale et économique, 1974, p. 318.
- Rapport sur l'imputabilité pénale de l'entreprise économique. Séminaire de Liège sur le droit des et la vie des affaires, RD pén. crim. 1968-1969, p. 405.
- Rapport XXIème Séminaire, Liège, Rev. sc. crim., 1968-1969, p. 387.

LEVEL P.,

- « La faute involontaire de l'employeur et sa responsabilité pénale à la suite d'agissements de son personnel » JCP, 1960, I, 1959.
- « De quelques atteintes au principe de la personnalité des peines », JCP, 1960, I, 1583.

LOISEAU G.,

- « L'application de la théorie des vices du consentement au contrat de travail », in Mél. Offerts à J. GHESTIN, éd. LGDJ 2001, p. 579.



LYON-CAEN A.,

- « Sur les fonctions du droit pénal dans les relations de travail », *Dr. social*, 1984, p. 447.

MAISTRE DE CHAMBON P.,

- « Ultime complainte pour sauver l'action publique », in *Mél. R. GASSIN, Sciences pénales et Sciences criminologiques*, PUF, 2007, p. 283.

MARECHAL J.-Y.,

- « Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales », *JCP G*, 2009, n° 38, 249.

MARSAT Cl.,

- « L'inconscience n'est pas de nature à exonérer le prévenu de sa responsabilité pénale », *Dr. Pén.*, 2000, *chron.* 27.

MARQUET DE VASSELOT L.,

- « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », *RJS*, 2000, p. 607.

MARTINON A.,

- « L'information et la consultation des représentants du personnel : nouveaux droits ou nouveau partage de responsabilités », *JCP S*, 2013, 1263, n° 9 et s.

- « Les sanctions extérieures au droit privé », in *La sanction en droit du travail*, ss dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 29.

- « Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational », *Dr. social*, 2010, p. 797.

de MASSIAC B.,

- « Responsabilité pénale des dirigeants et délégation de pouvoirs », *RJDA* 1995, p. 927.

Master II Droit pénal et science criminelle, Univ. Toulouse I,

- « La délégation de pouvoirs : jusqu'où ira le juge pénal dans le contrôle de l'organisation interne de l'entreprise », *Droit pénal*, 2009, n° 9, étude 16.

MATSOPOULOU H.,

- « La généralisation de la responsabilité des personnes morales », *Rev. soc.*, 2004, p. 283.



MAUREL E.,

- « Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République », AJ Pénal 2011, p. 219.

MAYAUD Y.,

- « Responsables et responsabilité », Dr. social, 2000, p. 941.

- « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », D. 1997, p. 37.

- « Les recours au juge répressif », Dr. social, 1987, p. 510.

MAYER D.,

- « Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales », in Mél. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 295.

MAYNIER H., CASORLA F.,

- « Du procureur général près la Cour de cassation au procureur général de la République », Gaz. Pal., 1993, 1, Doctr., p. 359.

MAZEAUD A.,

- « La négociation des accords d'entreprise en l'absence de délégué syndical », Dr. social, 2009, p. 669.

MERCADAL B.,

- « La responsabilité des personnes morales et celles des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits », RJDA 1994, p. 375.

MERIAUX P.,

- « Réforme ou contre-réforme ? », RDT, 2006, p. 359.

MIALON M-F.,

- « Information, consultation et négociation peuvent-elles conduire à engager la responsabilité civile des organes représentatifs du personnel ? », Dr. social, 1986, p. 9.

MIANSONI C.,

- « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales », AJ Pénal, 2012, p. 152.

MILLERA F.,



- « L'inspection du travail en Espagne », INTEFP, 1988, p. 42

MILLET L.,

- Des limites à la participation de l'employeur à l'élection du secrétaire du CE, RPDS, n° 758, Juin 2008.

MOINE-DUPUIS I.,

- « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », D. 2001, n° 27, p. 2144.

MONTEIRO E.,

- « Le concept de harcèlement moral dans le Code pénal et le Code du travail », Rev. sc. crim., 2003, p. 277.

MOODERNE F.,

- « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », RFDA, 1997, p. 14.

MOREL F., NIEL S.,

- « Faisons enfin évoluer le droit des institutions représentatives du personnel », SSL, 2012, n°1536, p. 5.

MORVAN P.,

- « A quelles conditions les sanctions financières en droit social sont-elles dissuasives ? », in La sanction en droit du travail, sous dir., B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 238.

- « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », RJS, 2001, p. 283.

- « *Le droit pénal des institutions représentatives du personnel* », *Dr. social*, 2000, p. 987.

MOULY J.,

- « La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail », PA, 1993, n° 120, p. 33

NEAU-LEDUC, Ch.,

« La responsabilité du dirigeant employeur : éclairage d'actualité », RLDA, 2006, p. 78.

NICOLET S.,



- « Représentants du personnel : concilier mandat et activité professionnelle », Les Cah. DRH, 2012, n° 190, p. 23.

NIEL S.,

- « Réunir le comité d'entreprise en visioconférence », Les cahiers du DRH, 2011, n° 177, p. 19.

NIEL S., MORIN Cl.,

- « IRP : qui consulter et dans quel ordre ? », Cah. DRH, 2012, n° 185 p. 3.

NORMAND J.,

- « Chronique de jurisprudence », RTD civ, 1985, p. 430.

ODOUL-ASOREY I.,

- « De l'information-consultation anticipée des IRP... à la refondation du droit commun de l'information-consultation », RDT, 2013, p. 193.

d'ORNANO P.-H.,

- « La consultation du CHSCT en cas d'aménagement important modifiant les conditions de travail », JCP S, 2010, 1226.

PAGEAUD P.-A.,

- « La notion d'intention en droit pénal », JCP 1950, I, n° 876.

PAGNERRE Y.,

- « L'articulation des normes générales et des normes spéciales en droit du travail », in L'articulation des normes en droit du travail, sous dir. B. TEYSSIE, Economica, 2011, p. 45.

PAPATHEODOROU Th.,

- « La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français », Rev. sc. crim., 1997, p. 15.

PATIN M.,

- « Licenciement pour motif économique : information et consultation du CE et du CHSCT », JCP S 2010, 1425.

PAULIAT H.,

- « L'émergence du concept de sanction administrative », JCP A, 2013, 2072, n° 2.



PECAULT-RIVOLIER L.,

- « L'instance de coordination des CHSCT », Cah. Soc., 2013, n° 254, p. 302.
- « La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? », Dr. social, 2012, p. 471.

PECAUT-RIVOLIER L., STRUILLOU Y.,

- « Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel », SSL, 2011, n° 1515, p. 6.

PENAUD B.,

- « De l'inflation législative à la surpopulation carcérale : pour une réforme des peines », Gaz. Pal., 20-22 sept. 2009, p. 4.

PEPY D.,

- « Les comités d'entreprise : l'ordonnance du 23 février 1945 », Dr. social, 1945, p. 57.

PERRON M.,

- « L'inspection du travail, l'approche de l'entreprise par les dysfonctionnements », Rev. Echange-travail, 1992, p. 24.

PETIT F.,

- « Les séances du comité central d'entreprise en visioconférence », Dr. social, 2012, p. 98.

PIORE M. J. , SCHRANK A.,

- « Le renouveau de l'inspection du travail dans le monde latin », Rev. Inter. Trav., Vol. 147, n° 1, p. 1-26.

PLANQUE J.-Cl.,

- « Réflexions en matière de responsabilité pénale des personnes morales », Gaz. Pal., 4-6 janv. 2009, p. 11.

PONCET S.,

- « La transparence comptable du comité d'entreprise : mythe ou réalité juridique ? », JSL, 2009, n° 264, p. 4.

PRADEL J.,

- « Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité (1^{ère} et 2^{ème} parties) », JCP G, 2004, p. 821 et p. 881.



- « La procédure pénale, à l'aube du 3^{ème} millénaire », D. 2000, chron. p. 1.

- « Une consécration du “plea bargaining” à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », D. 1999, ch. p. 379.

PRADEL J., LABORDE J.-P.,

- « Du ministère public en matière pénale, A l'heure d'une éventuelle autonomie ? », D. 1997, chron. p. 161.

PUECH M.,

- « L'identification du responsable : nouveaux problèmes », Dr. social, 1984, p. 493.

PUIGELIER C.,

- « La délégation de pouvoir en matière d'accident du travail, JCP E, 1993, II, 283, n° 35.

de RAVARAN A.,

- « Négocier les restructurations après la loi du 18 janvier 2005 : aspects pratiques », Dr. social, 2006, p. 298.

RAY J.-E.,

- « Protéger l'information aujourd'hui et demain, Secret, confidentialité, discrétion, loyauté », Dr. social, 2013, p. 111.

- « Sanctions et incitations en droit du travail », Liaisons Sociales Magazine, Janv. 2011, p. 96.

RENNES P.,

- « D'un débat majeur à un accord mineur », Dr. ouvrier, 2003, p. 311.

- « Après un colloque... Réflexions sur quelques idées reçues », Dr. ouvrier, 1985, p. 47.

ROBE J.-Ph.,

- « Des délégations de pouvoirs dans les SAS, remarques sur quelques arrêts récents », SSL, 2010, n° 1459, p. 15.

ROBERT J.-H.,

- « Resserrement des conditions de la responsabilité pénale des personnes morales », JCP, G, 2011, n° 1385.



- « Le coup d'accordéon ou le volume pénal des personnes morales », Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2006, p. 983.

- « Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ? », in La sanction du droit, Mél. P. COUVRAT, PUF, 2001, p. 383.

- « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », AJDA, 2001, p. 90.

- « La répression », Dr. social, 2000, p. 955.

ROUAULT M.-C.,

- « Le référé-liberté et le droit du travail », SSL, 2005, 1202.

SAAS C.,

- « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », Rev. sc. crim., 2004, p. 827.

SANCHEZ M.,

- « Vers une meilleure définition de la partie lésée par l'infraction : à propos de deux arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 9 mai 2008 », Dr. Pén., étude 12, p. 13.

SAINT-PAU J.-C.,

- « Imputation directe et imputation présumée d'une infraction à une personne morale », D. 2012, n° 21, p. 1381.

- « L'évolution de la responsabilité pénale des personnes morales : d'une responsabilité par représentation à une responsabilité sans représentation », in Essai de philosophie pénale et criminologie, vol. 10, D. 2012.

- « Les incidences des évolutions constitutionnelles et européennes sur la responsabilité pénale des personnes morales », RLDA sept. 2011, p. 14 et s.

- « La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant d'une personne morale », in Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2006, p. 1011.

- « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », in Le risque pénal dans l'entreprise, Litec, 2003, p. 71.

SALVAGE Ph.,

- « Les peines de peine », Dr. Pén., 2008, étude n° 9.

SAVATIER J.,



- « Révision d'une convention collective de travail : conditions de suppression d'un avantage », RJS, 1989, p. 491.
- « Vote du président et pouvoirs de la majorité dans les délibérations du comité d'entreprise », Dr. social, 1989, p. 206.
- « L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise », Dr. social, 1985, p. 111.
- « Les délibérations du Comité d'entreprise », Dr. social, 1983, p. 395.

SCHÜTZ B.,

- « Les jours-amende : entre l'espoir et la réalité », in Mél. A. VITU, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p. 460.

SEBE F.,

- « Le président du comité d'entreprise : son rôle, ses droits, ses obligations », CLCE, 2013, n° 124, p. 12.
- « Le secrétaire du CE, un acteur incontournable dans l'entreprise », Cah. Lamy du CE., mars 2011, n° 102, p. 5.
- « Comment les syndicats peuvent-ils communiquer ? », CLCE, 2010, n° 91, p. 11.

SEILLAN H.,

- « La délégation de pouvoirs en droit du travail », JCP 1985, E II, 14428.

SERVERIN E.,

- « L'application des sanctions pénales en droit social : un traitement juridictionnel marginal », Dr. social, 1994, p. 657.

SIGNORETTO F.,

- « Les accords de méthode », RPDS, 2005, p. 283.

SILHOL B.,

- « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », Dr. social, 2000, p. 959.

SPORTOUCH J.-M.,

- « Les recours au juge provisoire en droit du travail », Dr. social, 1987, p. 503.

STOCKI A.,



- « Vers une extension des prérogatives des représentants du personnel sur les choix stratégiques de l'entreprise », JCP S, 2013, 1065, n° 25 et s.

SUPIOT A.,

- « Les pouvoirs de la formation de référé », Dr. social, 1986, p. 535.

TARASEWICZ Y.,

- « A propos de la nouvelle procédure de licenciement collectif pour motif économique », SSL, 2013, n° 1592, p. 62.

TARASEWICZ Y. et JACQUELET C.,

- « L'action du syndicat face aux droits du comité d'entreprise et des salariés », SSL, 2012, n° 1554, p. 10.

TARAUD I.,

- « Mandat et activité professionnelle : quelles règles pour une bonne conciliation ? », CLCE, 2011, n° 103, p. 24.

TEISSIER A.,

- « Point de vue pratique : les accords de méthode », JCP S, 2013, 1205.

- « Le comité d'entreprise et les nouvelles formes d'expression du délit d'entrave », RJS, 2004, p. 863.

TEYSSIE B.,

- « Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 : Vers un nouveau droit du travail ? », JCP S 2013, 1257.

- « Secret des affaires et droit du travail », in Mél. J.-P. LE GALL, Fiscalité et entreprise : politiques et pratiques, Dalloz, 2007, p. 87.

- « A propos d'une négociation triennale : commentaire de l'article L. 320-2 du Code du travail », Dr. social, 2005, p. 377.

- « Sur l'entreprise et le droit du travail : prolégomènes », Dr. social, 2005, p. 128.

- « Sur le droit pénal du travail », Dr. social, 2000, p. 940.

- « Propos autour d'un autodafé », Dr. social, 1986, p. 560.

TEYSSIE B., CESARO J.-F., MARTINON A.,

- « Du CHSCT à la commission santé sécurité du comité d'entreprise », JCP S, 2011, 1291.



TIANO V.,

- « La réforme contestée de l'inspection du travail », *Dr. social*, 2006, p. 662.

TOURNAUX S.,

- « De quelques précisions sur l'action syndicale en défense des intérêts collectifs », *Lexbase hebdo*, 2012, n° 499.

TRICOT D.,

- « Le dirigeant de société et ses délégués », in *La délégation de pouvoirs : une technique de gestion fragilisée*, Conférence CMS BFL du 2 févr. 2010.

TRIOMPHE Cl. E.,

- « Mutation du travail, transformations de l'action publique et effectivité du droit : les défis de l'inspection du travail française », in *L'effectivité du droit du travail, A quelles conditions ?*, sous dir. Ph. AUVERGNON, PUB, 2007, 1^{ère} éd., p. 228.

TRUCHE P.,

« Introduction au Colloque sur la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. soc.*, 1993, p. 231.

VALLAT A. et COEURET A.,

- « Accident du travail, les incidences de la loi Perben II », *SSL*, 14 mars 2005, n° 1206, p. 7.

VALOTEAU A.,

- « Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ? », *Dr. Pén.*, 2006, ch. n° 8.

VATINET R.,

- « L'instrumentalisation de la responsabilité civile à titre de sanction en droit du travail », in *Les sanctions en droit du travail*, ss dir. B. TEYSSIE, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 120.

- « Les droits d'information du comité d'entreprise remaniés », *JCP S*, 2006, 1072.

VENANDET G.,

- « La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire », *JCP G*, 1989, I, 3391.

VERICEL M.,



- « Pour la reconnaissance d'une action en justice du comité d'entreprise aux fins des intérêts ses salariés de l'entreprise », Dr. social, 2007, p. 1153.

VERMELLE G.,

- « Stages », in Mél. B. BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, p. 1138.

VIEILLE V.,

- « Inspecter le travail ou veiller à l'application du droit du travail : une mission impossible ? », Dr. social, 2006, p. 666.

VINEY G.,

- « Responsabilité civile et relations collectives de travail », Dr. social, 1988, p. 416.

VITU A.,

- « Le classement sans suite », Rev. Sc. crim., 1947, p. 505.

WAQUET Ph.,

- « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS, 1996, p. 791

WEIL D.,

- « Pour une approche stratégique en matière d'inspection du travail », Rev. Inter. Trav., Vol. 147, n° 1, p. 406.

X.,

- « Observations du syndicat de la magistrature sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi », Dr. ouvrier, 2013, p. 313.

- « Le Code du travail après la loi de sécurisation de l'emploi », RPDS, 2013, n° 818, p. 204.

ZOCCHETTO F.,

- Rapport d'information n° 17 du sénat relatif aux procédures accélérées de jugement en matière pénale, 2005-2006.

IV Encyclopédies

CESARO J.-F.,

- Droit Pénal : Responsabilités, J-Cl. Travail Traité, Fasc. 82-20 à jour au 28 juin 2005.



CRUCIS H.-M.,

- Sanctions administratives, J-Cl. Administratif, Fasc. 108-40 à jour au 10 janv. 2012.

LAMY,

- Comité d'entreprise, 2009.

V Rapports, guides, documents d'orientation, enquêtes

ATTALI J.,

- Rapport de la commission pour la libération de la croissance, 1^{er} janv. 2008.

AUVERGNON Ph., LAVIOLETTE S.,

- Respect du droit du travail : entre politique de contrôle et politique pénale, DRTEFP, 2004.

BARTHELEMY J., G. CETTE G.,

- « Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique », Rapp. au Conseil d'Analyse Economique, 2010.

BESSIERE J.,

- Rapport sur l'inspection du travail, Doc. Française, 2005.

BIT,

- Rapport de la mission tripartite d'évaluation de l'efficacité de l'inspection du travail en France, BIT, Genève 1981.

CATALA P.,

- Avant Projet de Réforme du droit des obligations.

CHASSAING K., DANIELLOU F., DAVEZIES Ph., DUGUE B., PETIT J.,

- « Le travail vivant des agents de l'inspection du travail », Rapp. Direccte, Ile de France, 2011.

COMMISSION EUROPEENNE,

- Inspection du travail dans la communauté européenne, Santé et sécurité, Système juridiques et sanctions, Rapport, 1995.

CONSEIL D'ETAT,



- Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, Documentation Française, 1995.

GALLOIS L.,

- Pacte pour la compétitivité de l'industrie française, Rapp. au Premier Ministre, 5 nov. 2012.

MINISTERE DU TRAVAIL,

- L'inspection du travail en France en 2011, Rapp., nov. 2012.

TRUCHE P.,

- Rapport au Président de la République de la commission de réflexion sur la justice, Doc. Française, 1997.

de VIRVILLE M.,

- « Pour un Code du travail plus efficace », Rapp. au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 15 janv. 2004.

WARSMANN J.-L.,

Commission des lois de l'Assemblée nationale, Rapp., 14 mai 2003.

VII - Accords, chartes

Charte AXA sur la reconnaissance du parcours syndical dans le développement de la carrière et l'évolution professionnelle, 5 mai 2009, www.wk-rh.fr.

EADS, Accord sur le droit syndical et le dialogue social, 13 févr. 2009, www.wk-rh.fr.

NEXTER, Accord relatif au droit syndical et aux institutions représentatives du personnel au sein de l'UES, 1^{er} déc. 2008, www.wk-rh.fr.

THALES, Accord de groupe sur l'exercice du droit syndical et le dialogue social dans THALES, 23 nov. 2006, www.wk-rh.fr.

VIII - Circulaires et instructions ministérielles

Circ. interministérielle relative aux sanctions administratives suite à un procès-verbal relevant une infraction de travail illégal, 28 nov. 2012, Nor. : EFIZ1239322C, n° 2.1.2.

Circulaire du 13 février 2006 - CRIM 2006 03 E8 - Relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la



responsabilité pénale des personnes morales, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice n° 101, 1^{er} janvier au 31 mars 2006.

Circ. DGEFP-DRT, n° 2005-47, 30 déc. 2005.

Circ. Min., CRIM 2004-04 E8 du 14 mai 2004 relative à la présentation des dispositions de procédure pénale immédiatement applicables de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Circ. Min. Just. DACG, 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur, n° CRIM.04-3/E5-16-03-04.

Circ. Interministérielle relative à la mise en œuvre des contrats locaux de sécurité, 28 octobre 1997, II, 3.

Circ. 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur.

Circ. 16 mars 1992 relative à l'organisation des élections prud'homales, JO, 3 avr. 1992, p. 4971.

Circ. Min. 30 nov. 1984, portant application des dispositions concernant le comité d'entreprise dans la loi n° 82-915 du 28 oct. 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

Circ. Min., 2 Mai 1977, portant sur la répression des infractions à la réglementation relative à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs, Dr. social, 1977, n° 12, p. 490.

Instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif.

Instr. DGT, n° 11 du 12 sept. 2012, sur les procès-verbaux de l'inspection du travail, BOMT, 30 oct. 2012.

Instruction du 28 mars 2002, n° 2002-03 concernant les procès-verbaux de l'inspection du travail BO Min. Trav., 20 juin 2002, 2002/11.

Instruction du 14 mars 1986 relative à l'établissement, à la transmission et au suivi des procès-verbaux.

Index

(les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)



-A-

Abus de confiance : 551

Accord collectif

- Accord relatif à l'information périodique du comité d'entreprise : 640
- Accord sur la stratégie d'entreprise : 641
- Niveau : 662
- Opposabilité au comité d'entreprise : 653

Accord comité d'entreprise – employeur

- Consultation : 644
- Expertise : 644

Accords de méthode

- Atypique : 642 et s.
- Typique : 639 et s.

Action civile : 518 et s.

- Auteur : 533 et s.
 - Employeurs : 557*
 - Institutions représentatives du personnel : 535 et s.*
 - Salariés : 550 et s.*
 - Syndicats : 538 et s.*
- Conditions
- Définition : 518, 530 et s.
- Entrave : 552
- Intérêt à agir : 524 et s.

Action publique : 449, 460, 518 et s.

Affichage (peine)

- Voir Publication de la condamnation

Ajournement de la peine : 600

Allemagne : 21 et 758

Alternatives aux poursuites : 492 et s.

- Finalité : 493 et s.
- Mise en œuvre : 497 et s.
- Statistiques : 7

Amende

- Administrative : 772 et s.
- Pénale : 577 et s.
 - Multiplication de : 578*
 - Quantum : 7, 580 et s.*

Articulation des consultations : 708 et s.

- Comité d'entreprise et comité centrale d'entreprise : 709 et s.
- Comité d'entreprise et comité d'entreprise européen : 715 et s.
- Comité d'entreprise et CHSCT : 712 et s., 801 et s.

Atténuation de la peine

- Exécution : 606 et s.
- Prononcée : 599 et s.



Attributions des institutions représentatives du personnel : 25

- Voir Information
- Voir Consultation

-B-

Belgique : 21, 762

-C-

Charte de contrôle : 751

Chef d'entreprise

- Dirigeants de droit : 129 et s.
- Dirigeants réels : 136 et s.
- Responsabilité pénale :
 - Personnel* : 141 et s.
 - Du fait d'autrui* : 144 et s.

Classement sans suite : 461 et s.

- Causes : 465 et s.
- Effets (sur l'administration) : 468 et s.
- Statistiques : 7

Comité d'entreprise

- Accord d'encadrement des processus d'expertise et de consultation : 644
- Accord de méthode : 646
- Action en justice : 537
- Avis : 194, 700
- Communication : 690
- Consultation : (Voir ce mot)
- Incidents de séances : 676
- Information : (Voir ce mot)

- Nature : 10
- Règlement intérieur : 643
- Responsabilité : 818
- Secrétaire (Voir ce mot)
- Trésorier : 188

Comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail: 12

- Accord de méthode : 646
- Action en justice : 536 et s.
- Consultation
 - Articulation comité d'entreprise et CHSCT* : 712, 801 et s.
 - Avis* : 705
- Instance de coordination: 714

Communication

- Voir Comité d'entreprise
- Voir Syndicats

Composition pénale : 509

Consultation

- Accord d'encadrement des processus de consultation : 644, 672
- Articulation : (Voir ce mot)
- Avis (expression) : 700 et s.
- Délai : 672, 799 et s.
- Restructuration : 669
- Vote : 700 et s.

Contrainte (cause d'irresponsabilité): 83



-D-

Danemark : 18

Délégation de pouvoirs :

- Autorité : 233 et s.
 - Exclusivité* : 234 et s.
 - Indépendance* : 236 et s.
- Acceptation : 244 et s.
- Compétence : 230 et s.
 - Juridique* : 231 et s.
 - Technique* : 230 et s.
- Conditions de validité : 219 et s.
- Contrat de travail : 247 et s.
- Définition : 202
- Domaine : 206 et s., 260 et s.
- Durée : 263
- Effet : 281 et s.
 - Groupe* : 242 et s.
 - Responsabilité pénale* : 286
 - Statut collectif* : 288
- Entrave : 209 et s.
- Moyens : 239 et s.
 - Humains* : 240
 - Matériel* : 241
- Moyens de défense : 304 et s.
- Nature : 262 et s.
- Objet : 260
- Organisation de l'entreprise : 200
- Personne morale : 301 et s.
- Préposé : 222 et s.
- Responsabilité pénale : 285 et s.
 - Alternative* : 285
 - Cumulative* : 296

Immixtion : 292

- Révocation : 266 et s.
- Subdélégation : 287
- Transfert : 270 et s.

Délit d'entrave : (Voir entrave)

Dol

- Dol en droit civil : 31 et s.
- Dol en droit pénal : 42
 - Dol aggravé* : 56
 - Dol général* : 50 , 59
 - Dol spécial* : 53 et s., 59, 88 et s.
 - Intention* : (Voir ce mot)
 - Preuve* : 51

Droit de la représentation collective:
5

- Caractères : 13
- Histoire : 9

Droits fondamentaux : 25, 554

-E-

Effectivité : 2 et s.

- Sources : 4

Efficacité : 3

Emprisonnement : 584 et s.

Entrave

- Action civile : (Voir ce mot)



- Causes d'irresponsabilité : 71 et s.
- Délégation de pouvoirs : 209 et s.
- Délit matériel : 63 et s.
- Dol spécial : 88
- Élément moral : 87 et s.
- Faits justificatifs : (Voir ce mot)
- Mobile légal : 109 et s.
- Peine : 576 et s.
- Personne morale : 352
- Secrétaire du comité d'entreprise : 177 et s.

Erreur

- Notion : 72 et s.
- de droit : 75 et s.
- de fait : 82 et s.

Espagne : 21, 761

Etat de nécessité : 69

Exclusion des marchés publics : 586, 775

Expertise

- Accord d'encadrement des processus d'expertise : 644, 694 et s.

-F-

Faits justificatifs : 67 et s.

Force majeure (Cause d'irresponsabilité) : 83

-I-J-

Ineffectivité : 2 et s., 9, 13

- Débat : 23 et s.

Information

- Base de données unique : 684 et s.
- Communication : 683
- Expert : (Voir ce mot)

Infractions administratives : 766 et s.

Infraction matérielle : 46 et s.

Inspecteur du travail

- Conseil : 727
- Formation : 489 et s.
- Pouvoirs :
 - Indépendance* : 397, 732
 - Mise en demeure* : 405 et s.
 - Observations* : 403
 - Procès-verbal* : (Voir ce mot)
- Opinions politiques : 728
- Opportunité des poursuites : 398, 784
- Priorités collectives : 732 et s., 737 et s.
- Sanction administrative : 763 et s.

Inspection du travail

- Fonction de conseil : 724 et s.
- Indépendance : 732 et s.
- Opportunité des poursuites : 784
- Organisation : 753 et s.



Instance de représentation du personnel

- Fonctionnement 25, 665 et s.
- Histoire : 9
- Statistiques : 6 et s.

Intention criminelle

- Entrave : (Voir ce mot)
- Infraction matérielle : (Voir ce mot)
- Notion : 44 et s., 58,

Interdiction d'appel public à l'épargne : 586

Italie : 19

Jour-amende : 622

-M-

Mandat (Conciliation vie professionnelle) : 696 et s.

Médiation pénale : 508

Ministère public

- Action civile : 215, 517
- Alternatives aux poursuites : (Voir ce mot)
- Classements sans suite : (Voir ce mot)
- Devoir d'information : 453 et s.
- Formation : 485 et s.
- Indépendance : 444 et s.
- Opportunité des poursuites : 443 et s., 458

- Partenariat privilégié : 473 et s.
- Politique pénale : 448 et s.
- Politique pénale du travail : (Voir ce mot)
- Réponse pénale : 459

Mobile

- En droit pénal : 94 et s.
- Entrave : 109 et s.

-N-

Négociation collective

- Accord collectif (Voir ce mot)
- Opposabilité au comité d'entreprise : 653
- Syndicats : (Voir ce mot)

-O-

Obligation de formation

- Alternatives aux poursuites : 507
- Sanctions administratives : 773
- Sanctions pénales : 617 et s.

Observatoire des suites pénales : 7

-P-

Parquet : (Voir ministère public)

Peines alternatives

- Jour-amende : (Voir ce mot)
- Sanction-réparation : (Voir ce mot)

Peines complémentaires : 613



Pérou : 20

Personnalisation (principe de) :

591 et s.

- Critères : 592
- Exécution de la peine : 606
- Prononcée de la peine : 599
- Récidive : 609

Personne morale : (Voir
Responsabilité pénale)

Personne physique : (Voir
Responsabilité pénale)

Plan de modernisation :

23bis, 733 et s.

Politique du travail : 23bis, 737 et s.

Politique pénale du travail :

23bis, 481 et s.

- Alternatives aux poursuites : 492 et s.
- Audiences spécialisées : 511 et s.
- Concertation (Ministères de la Justice et du Travail) : 473
- Détermination conjointe : 482
- Formation

Des inspecteurs du travail : 489

Des magistrats : 485

Portugal : 21, 759

Poursuites

- Alternatives aux poursuites : 492 et s.
- Citation directe : 512
- Convocation par procès-verbal : 514
- Poursuites alternatives : 515 et s.
- Traitement instantané : 478 et s.

Prévention : 633

- Accompagner : 741
- Accord collectif :
- Evaluation : 740
- Inspection du travail : 724

Procès-verbal

- Contenu : 412 et s.
- Contrôle : 427 et s.
- Force probante : 413
- Forme : 420 et s.
- Information : 438 et s.
- Modalités : 421 et s.
- Transmission : 428 et s.

Publication de la condamnation : 586
et s., 614 et s.

- Sanction administrative : 773
- Sanction pénale : 569 et s.

-R-

Rappel à la loi : 504

Récidive : 609

Référé



- Auteurs : 798 et s., 804 et s.
- Juge : 796 et s.
- Mesures : 808
 - Obligation de donner* : 809
 - Obligation de faire* : 810
 - Obligation de ne pas faire* : 813

Réparation du dommage : 505

Représentant du personnel :

- Entrave : 177
- Immunité disciplinaire : 182 et s.
- Mandat (conciliation professionnelle) : 696 et s.
- Rupture du contrat de travail : 187

Responsabilité civile

- Employeurs : 815
- Instances de représentation du personnel : 818

Responsabilité pénale

- Employeurs : 141 et s.
- Personnes morales :
 - Conditions* : 356 et s.
 - Délégation de pouvoirs* : 301 et s.
 - Domaine* : 345 et s.
 - Entrave* : 352
 - Faute « profitable »* : 375 et s.
 - Fusion* : 338 et s.
 - Généralisation* : 322
 - Groupements punissables* : 330 et s.
 - Infraction* : 345 et s.
 - Organe* : 358 et s.

Origines : 316 et s.

Représentant : 358 et s.

Responsabilité alternative : 379 et s., 382

Responsabilité cumulative : 381 et s.

- Personnes physiques :

Comité d'entreprise :

Cumul des responsabilités : 296 et s.

Délégation de pouvoirs : 285 et s.

Etendu (de la responsabilité) : 158 et s.

Fait du préposé (d'autrui) : 144 et s.

Représentant : (Voir responsabilité pénale – personne morale)

Restructuration

- Accord de méthode : 639
- Consultation des instances de représentation du personnel : 669 et s., 713 et s.
- Délégation de pouvoirs : 270

-S-

Sanctions administratives : 771 et s.

- Amende : 772
- Auteur : (Voir inspection du travail)
- Critères : 766 et s.
- Cumul de sanctions administratives : 787
- Garanties procédurales : 776 et s.
- Injonction : 753 et s.
- Non-cumul (sanctions pénales) 709
- Obligation de formation (Voir ce mot)
- Sanctions complémentaires : 773



Suppression des aides publiques : 8, 774

Sanctions civiles

- Dommages-intérêts : 816 et s.
- Référé (Voir ce mot)

Sanctions disciplinaires

- Représentant du personnel : 182 et s.

Sanctions pénales

- Amende (Voir ce mot)
- Emprisonnement (Voir ce mot)
- Fonction : 15, 566 et s.
 - Dissuasive* : 568
 - Pédagogique* : 567
 - Rétributive* : 573
- Individualisation :
- Libre choix : 590
- Non-cumul (sanctions administratives) : 769 et s.
- Obligation de formation : (Voir ce mot)
- Peines de référence
- Personnalisation : (Voir ce mot)
- Place (de la sanction pénale) : 24 et s.

Sanction-réparation : 625

Secrétaire du comité d'entreprise : 166

- Absence : 677
- Action en justice : 176, 537,
- Entrave : 177
- Obligation de rendre compte (gestion) : 175
- Ordre du jour : 168

- Rédaction du procès-verbal : 170
- Refus de désignation : 191, 196 et s.

Sécurisation : 650 et s., 666

- Loi du 14 juin 2013 : 636, 641, 644 et s.
 - Cumul des responsabilités*
 - Base de données unique* : 684
 - Comité d'entreprise* : 330 et s.
 - Restructuration* : 669 et s.

Stage : (Voir obligation de formation)

Sursis : 606 et s.

Syndicats

- Accord collectif : 660
- Action dans l'intérêt collectif de la profession : 538 et s.
- Communication syndicales : 691 et s.
- Information et consultation du comité d'entreprise : 540 et s.
- Intérêt collectif : 540 et s.



Table des matières

INTRODUCTION.....	1
I. Des enjeux	5
II. Des débats	16
A. Droits d'ailleurs.....	17
1°. Le système unique de répression.....	17
2°. Le système mixte de répression	19
B. Droit d'ici.....	20
III. Des réponses.....	25
PARTIE I - L'EFFECTIVITE DU DROIT DE LA REPRESENTATION COLLECTIVE ASSUREE PAR LA VOIE PENALE : LA TRADITION	28
<i>Titre I - Une identification effective des responsables</i>	<i>29</i>
Chapitre I - L'appréhension de l'intention.....	30
Section I - L'appréhension générale de l'intention.....	31
§I. Le dol en droit civil	31
I. L'élément intentionnel du dol à travers les âges	31
II. L'élément intentionnel du dol depuis 1804.....	34
§II. Le dol en droit pénal.....	36
I. Le principe d'intentionnalité	37
A. L'adoption d'une conception abstraite de l'intention	37
B. Une suppression théorique de l'infraction matérielle	39
II. L'application du principe d'intentionnalité.....	40
A. Le dol général.....	41
B. Le dol spécial	42
C. Le dol aggravé.....	43
§III. L'appréhension souhaitée de l'intention	43
Section II - L'appréhension spéciale de l'intention	45
§I. L'élément matériel suffisant	45
I. Une application a minima de l'article 121-3 du Code pénal	45
II. Une présomption quasi irréfragable	47
A. Les faits justificatifs.....	47
B. Les causes d'irresponsabilité.....	49
1°. L'erreur	49
a. Erreur de droit.....	50
b. Erreur de fait	53
2°. La contrainte et la force majeure.....	54
§II. Un élément moral déterminant	55
I. La nécessité d'un dol spécial.....	56
II. La nécessité de recourir aux mobiles	57
A. Le recours au mobile légal	58
1°. La « subjectivisation » en droit pénal	58
a. Indifférence au mobile	58
b. Prise en considération du mobile	62
c. Appréciation du mobile.....	63
2°. La « subjectivisation » dans le délit d'entrave	63
B. L'appréhension du mobile par le juge.....	65



Chapitre II - L'imputation de la responsabilité	68
Section I - L'imputation de la responsabilité aux personnes physiques	69
Sous-section I - La responsabilité pénale du chef d'entreprise.....	71
§I. La responsabilité pénale du chef d'entreprise.....	71
I. Détermination du chef d'entreprise responsable	71
A. Les dirigeants de droit : le critère formel	72
1°. Les sociétés	72
2°. Les associations et les syndicats	74
B. Les dirigeants de fait : le critère réel	74
II. Le régime de la responsabilité.....	75
A. Les fondements de la responsabilité pénale de l'employeur	75
1°. La responsabilité personnelle de l'employeur.....	76
2°. La responsabilité pénale du fait d'autrui	77
a. Diversité des fondements doctrinaux	77
b. Unicité d'un fondement jurisprudentiel	80
B. L'étendue de la responsabilité.....	83
1°. Les agissements non intentionnels	84
2°. Les agissements intentionnels	85
§II. La responsabilité pénale des autres acteurs de la vie de l'entreprise	87
I. Le secrétaire du comité	87
A. L'action pénale : une voie condamnée.....	88
1°. Identification des comportements du répréhensibles	88
2°. Un contentieux rare	92
B. La voie disciplinaire : une voie obstruée.....	93
1°. Le principe de l'immunité disciplinaire	94
2°. L'hypothèse de la rupture du contrat de travail.....	95
II. Le comité d'entreprise.....	96
A. Les maux	96
B. Les remèdes.....	99
Sous-section II - La responsabilité pénale du délégataire.....	100
§I. Un recours à la délégation de pouvoirs encadré	102
I. Domaine de la délégation de pouvoirs	102
A. Les pouvoirs extrinsèques	103
B. Les pouvoirs intrinsèques.....	104
II. Conditions de validité.....	109
A. Conditions relatives au délégataire	109
1°. Identification du délégataire.....	109
a. La qualité de la personne investie : un préposé	110
b. Les qualités de la personne investie : compétence et autorité.....	112
2°. Identification des moyens	116
3°. Acceptation du salarié.....	118
a. La délégation intrinsèquement liée au contrat de travail	119
b. La délégation accessoire au contrat de travail	121
B. Conditions relatives à la délégation	122
1°. Un champ limité.....	122
2°. Une délégation de pouvoirs pérenne	124
§II. Des effets limités	130
I. La délégation comme moyen d'exonération de la responsabilité	131
A. Une responsabilité alternative	132
1°. La situation du délégataire	132
2°. La situation du délégant	134
B. Une responsabilité cumulative	137



1°.	Déléataire et délégrant.....	137
2°.	Déléataire et personne morale.....	139
II.	La délégation comme moyen de défense.....	142
A.	Invocation.....	142
B.	Preuve.....	143
1°.	L'office de l'employeur.....	143
2°.	L'office du juge.....	145
Section II -	L'imputation de la responsabilité aux personnes morales.....	145
§	Préliminaire - Les origines du mal.....	146
I.	Les arguments favorables.....	146
A.	Une réalité technique.....	146
B.	Une réalité criminologique.....	147
II.	Les arguments défavorables.....	148
A.	Une violation de nombreux principes.....	148
B.	Une responsabilité fondée sur une logique économique.....	151
§I.	Le domaine de la responsabilité des personnes morales.....	152
I.	Les groupements punissables.....	152
A.	Le champ d'application matériel.....	152
B.	Le champ d'application temporel.....	154
1°.	La naissance.....	154
2°.	La disparition.....	154
II.	Les infractions.....	159
A.	Les qualifications pénales réputées sensibles.....	160
B.	Les oubliés.....	162
§II.	Les conditions de la responsabilité des personnes morales.....	164
I.	Les conditions de l'imputation.....	164
A.	L'identification nécessaire de l'organe ou du représentant.....	164
1°.	Un organe ou un représentant.....	165
2°.	Une identification nécessaire.....	166
a.	Un courant jurisprudentiel « anonymiste ».....	166
b.	Retour à l'orthodoxie juridique.....	169
B.	L'identification nécessaire d'une « faute profitable ».....	174
1°.	La notion de faute « profitable » : le critère objectif.....	174
2°.	L'évolution de la notion : vers un critère subjectif.....	175
II.	Les effets de l'imputation : vers une responsabilité alternative ?.....	177
A.	Les infractions non intentionnelles.....	177
B.	Les infractions intentionnelles.....	179
Conclusion -	Titre I.....	184
Titre II	Un traitement effectif des responsabilités.....	185
Chapitre I	L'exercice des poursuites.....	186
Section I -	L'exercice de l'action publique.....	187
§I.	L'inspecteur du travail : auteur du procès-verbal.....	187
I.	L'auteur du constat.....	187
II.	Le constat.....	190
A.	Les conditions de fond.....	194
1°.	La description des faits constatés.....	195
2°.	La qualification des infractions.....	197
3°.	L'imputabilité.....	197
B.	Les conditions de forme.....	198
1°.	Les modalités du constat.....	199
2°.	La rédaction.....	200
C.	Le contrôle du procès-verbal.....	201



1°.	La double transmission du procès-verbal.....	201
2°.	L'information.....	206
§II.	Le ministère public : auteur de la décision sur la poursuite.....	208
I.	Le principe d'opportunité des poursuites.....	208
A.	Une définition.....	208
B.	Des limites.....	210
C.	Une alternative.....	215
II.	Le principe d'opportunité des poursuites en droit pénal du travail.....	218
A.	Les causes du classement sans suites.....	219
B.	Les effets du classement sans suites.....	221
C.	Les remèdes au classement sans suites.....	222
1°.	Un partenariat privilégié.....	222
2°.	Vers une politique pénale du travail.....	226
a.	Une détermination conjointe.....	227
b.	La formation.....	227
1)	La formation des magistrats.....	228
2)	La formation des inspecteurs du travail.....	229
c.	Systématiser le recours aux alternatives aux poursuites.....	230
1)	La finalité des alternatives aux poursuites.....	230
2)	La mise en œuvre des alternatives aux poursuites.....	233
3)	La diversité des mesures alternatives.....	234
d.	Des audiences spécialisées.....	238
1)	La voie lente.....	239
2)	Des voies rapides.....	239
Section II -	L'exercice de l'action civile.....	241
§I.	Les limites de l'action civile : la notion d'intérêt à agir.....	245
I.	La définition originelle de l'action civile.....	245
II.	La définition actuelle de l'action civile.....	247
§II.	Les auteurs de l'action civile.....	248
I.	Les auteurs incontestés de l'action civile.....	248
A.	L'exercice de l'action civile par les institutions représentatives.....	248
B.	L'exercice de l'action civile par les organisations syndicales.....	250
II.	Les auteurs contestés de l'action civile.....	257
A.	L'exercice de l'action civile par les salariés.....	257
1°.	L'abus de confiance.....	257
2°.	Le délit d'entrave.....	258
B.	L'exercice de l'action civile par l'employeur.....	261
Chapitre II -	Le prononcé des sanctions.....	264
Section I -	L'objet de la sanction pénale.....	265
§I.	Les fonctions de la sanction pénale.....	265
I.	La fonction pédagogique oubliée.....	265
II.	La fonction dissuasive altérée.....	266
III.	La fonction rétributive recherchée.....	269
§II.	L'identification des sanctions pénales.....	270
I.	La sanction pénale de l'amende.....	271
A.	L'extension de la règle de multiplication des amendes.....	271
B.	La revalorisation du quantum de la peine d'amende.....	272
II.	Les sanctions pénales hors amende.....	274
A.	L'emprisonnement.....	274
B.	Les sanctions pénales encourues sur prévision de la loi.....	275
Section II -	L'individualisation de la sanction pénale.....	279
§I.	L'intensité de la sanction pénale.....	280



I. Les critères de variation	280
A. La personne	280
B. L'infraction	281
II. Les techniques de variation	282
A. L'atténuation	282
1°. L'atténuation au stade du prononcé de la peine	283
2°. L'atténuation au stade de l'exécution de la peine	285
B. L'aggravation	287
§II. L'adaptation de la sanction pénale	288
I. Le recours aux peines complémentaires	288
A. La sanction médiatique	288
B. L'obligation de formation : une sanction pédagogique	289
II. Le recours aux peines alternatives	291
A. Le jour-amende	292
B. La sanction-réparation	293
Conclusion - Titre II	296
<i>Conclusion – Partie I</i>	297
PARTIE II - L'EFFECTIVITE DU DROIT DE LA REPRESENTATION COLLECTIVE ASSUREE	
PAR LA VOIE EXTRA-PENALE : L'INNOVATION	298
<i>Titre I - L'effectivité assurée sans recours au juge</i>	299
Chapitre I - Une effectivité assurée par le jeu de la négociation	300
Section Préliminaire - Typologie des opportunités de négociation	302
§I. Les accords de méthode « typiques »	302
§II. Les accords de méthode atypiques	304
Section I - Le vecteur de la négociation	305
§I. L'appréhension de la négociation	305
I. Une négociation encouragée	305
II. Une négociation intéressée	306
§II. Le produit de la négociation	307
I. L'opposabilité de l'accord au comité d'entreprise	308
II. Les conditions de la négociation	312
Section II - L'objet de la négociation	315
§I. Les moyens des instances de représentation du personnel	316
I. L'encadrement du processus de consultation	316
A. Le cadre temporel	316
1°. En phase de restructuration	317
2°. Hors phase de restructuration	319
B. Les incidents de séance	321
II. L'encadrement de l'information	323
A. La communication de l'information	323
1°. De l'entreprise vers les instances de représentation du personnel	323
2°. Des instances de représentations du personnel vers les salariés	326
B. La compréhension de l'information	329
III. L'encadrement du mandat	330
§II. L'intervention des instances de représentation du personnel	333
I. La consultation : l'expression d'un avis	334
II. L'articulation des consultations	337
A. La consultation préalable du comité central d'entreprise	338
B. La consultation préalable du CHSCT	339
C. Le caractère préalable de la consultation du comité d'entreprise européen	342
Chapitre II - Une effectivité assurée hors le jeu de la négociation	345



Section I Une prévention administrative renouvelée.....	348
Sous-section I - Un changement de culture administrative	351
§I. De la partialité à la neutralité.....	352
§II. De l'individuel au collectif.....	354
I. Une adaptation de l'organisation.....	355
II. La définition de priorités collectives	357
III. Une nouvelle méthode d'évaluation.....	359
Sous-section II - Un changement de méthode administrative	360
§I. Classer	361
§II. Persuader	363
§III. Rapprocher	364
Section II - Des sanctions administratives renouvelées.....	365
Sous-section I - La sanction administrative dans l'urgence.....	366
Sous-section II La sanction administrative hors le jeu de l'urgence	368
§ Préliminaire. Les systèmes mixtes de répression	369
§I. L'identification de la sanction administrative	372
I. Identification de l'auteur de la sanction	372
II. Identification de l'infraction « administrative ».....	373
A. Les critères d'identification des infractions administratives	373
B. La place des sanctions administratives dans le droit de la représentation collective.....	375
III. Identification des sanctions	376
A. Une sanction principale.....	377
B. Les sanctions complémentaires.....	378
§II. L'influence du droit pénal sur les règles procédurales	379
I. L'influence dans l'individualisation de la sanction.....	382
II. L'influence dans le prononcé de la sanction	383
Conclusion - Titre I.....	387
<i>Titre II - L'effectivité assurée par recours au juge</i>	<i>388</i>
Chapitre I - L'effectivité assurée par le juge de l'urgence	389
Section I - Les acteurs de l'urgence.....	390
§I. Le juge.....	390
§II. Les parties.....	391
I. Les instances de représentation du personnel.....	391
II. L'employeur.....	393
Section II - Les mesures d'urgence.....	395
§I. L'obligation de donner	396
§II. L'obligation de faire	396
§III. L'Obligation de ne pas faire.....	397
Chapitre II - L'effectivité assurée par le juge du fond	398
Conclusion – Titre 2.....	401
<i>Conclusion - Partie II.....</i>	<i>402</i>
CONCLUSION GENERALE	403
BIBLIOGRAPHIE	406
INDEX	443
TABLE DES MATIERES	452



Vu : Le Président du Jury

Vu : Les membres du jury

M.

M.

M.

M.

**Vu et permis d'imprimer : Le Président de l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Droit – Economie – Sciences sociale**

Monsieur Guillaume Leyte

Résumé : Essai sur l'effectivité du droit de la représentation collective dans l'entreprise

La question des sanctions est centrale lorsqu'est ouvert le débat relatif à l'effectivité du droit de la représentation collective des salariés dans l'entreprise. Chargée de protéger les valeurs essentielles de la société, la voie pénale doit être réservée aux atteintes portées aux prérogatives des instances de représentation du personnel lesquelles présentent un caractère fondamental. Pour le surplus, il est des sanctions, d'ordre administratif ou civil, plus efficaces. Reste que la seule restriction du champ pénal ne suffit pas à garantir l'effectivité du droit de la représentation collective. Des réponses substantielles et « organisationnelles » tenant notamment à la définition d'une politique pénale d'envergure, à la révision de la ligne de partage des responsabilités dans l'entreprise et à la recherche de sanctions pénales renouvelées s'imposent. Au-delà de la voie répressive, d'autres méritent d'être explorées. L'application des règles du droit de la représentation collective doit être garantie au moyen d'outils non plus répressifs mais préventifs en dehors de toute participation d'une quelconque autorité judiciaire. La voie extra-pénale fait une large place à la fonction préventive de l'inspection du travail laquelle doit accompagner les entreprises en recourant à de nouvelles méthodes d'accompagnement et d'évaluation. La définition d'une politique sociale d'entreprise, moyennant la conclusion d'un accord unique sur la représentation du personnel, est légalement de nature à garantir l'effectivité de la norme en tenant compte des spécificités propres à chaque entreprise.

Mots-clés : Représentation du personnel – Responsabilité pénale – Délégation de pouvoir – Délit d'entrave – Eléments constitutifs de l'infraction – Sanctions pénales – Sanctions administratives – Sanctions civiles – Ministère public – Action publique – Action civile – Prévention – Inspection du travail – Négociation collective – Juge des référés

Abstract : Essay on the effectiveness of employee representation rules in the company

The issue of sanctions is critical when is opened the debate on the effectiveness of employee representation rules in the company. Aiming at protecting the core values of society, criminal law should be reserved for infringements of the prerogatives of employee representation bodies which are fundamental. For the rest, there are sanctions , administrative or civil, more effective. Still, the only restriction of the criminal field is not sufficient to guarantee the effectiveness of employee representation rules. Some substantial and “organizational” answers relating in particular to the definition of a major criminal policy, the revision of the division of responsibilities in the company and the search for renewed criminal sanctions seem necessary. Beyond the repressive way, others deserve to be explored. The application of employee representation rules must be guaranteed by tools rather preventive than repressive and without any involvement of any judicial authority. The extra-criminal policy leaves a large place to the preventive function of labor inspection which should help companies by using new methods of support and assessment. The definition of a corporate social policy, through the conclusion of a single agreement on staff representation, is legally adequate to ensure the effectiveness of the rule by taking into account the specificities of each company.

Keywords : Employee representation – Criminal liability - Delegation of authority – Offence of obstruction of employee representation – Components of the offense - Criminal sanctions - Administrative sanctions - Civil sanctions – Public prosecutor - Public prosecution – Private prosecution - Prevention - Labour inspection – Collective bargaining – Interim relief judge.