

Université PARIS OUEST NANTERRE LA DÉFENSE

U.F.R. de Droit et Sciences politiques

LES SOURCES DE LA REPRÉSENTATION COLLECTIVE DES SALARIÉS

CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DES SOURCES DU DROIT

Thèse de doctorat Mention Droit Privé

Présentée et soutenue publiquement par

Josépha DIRRINGER

Le 6 décembre 2012

Directeur de thèse :

M. Emmanuel DOCKÈS

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Membres du jury :

M. Jean-François AKANDJI-KOMBÉ

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Mme Thérèse AUBERT-MONPEYSSEN

Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

Mme Pascale DEUMIER

Professeur à l'Université Lyon III – Jean Moulin

Mme Sylvaine LAULOM

Professeur à l'Université Jean Monnet – Saint-Étienne

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Elles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Résumé

La représentation collective des salariés se caractérise par une pluralité de sources : internationales, européennes, étatiques et professionnelles.

Leur *identification* permet d'établir une cartographie. Certaines ont pour objet de garantir les droits fondamentaux des salariés d'essence collective. D'autres participent plus directement à structurer le système de représentation collective des salariés. Cette cartographie renseigne sur leur importance respective à régir ce dernier domaine. Le développement du droit de l'Union européenne d'un côté et l'essor de la négociation collective de l'autre tendent ainsi à relativiser l'importance traditionnelle de la loi. De même, la promotion des normes négociées conduit corrélativement à un déclin des normes issues du pouvoir patronal.

Leur *articulation* repose sur divers mécanismes poursuivant des finalités elles-mêmes variées. Classiquement, cette articulation vise à garantir le droit des salariés à être représentés. De manière renouvelée, elle s'inscrit dans un processus de contractualisation et de décentralisation de la production normative.

Le domaine de la représentation collective de salariés n'offre pas seulement une illustration particulière et vivante des mutations des sources du droit. Caractérisé par l'importance des normes de structure, il est un parfait observatoire pour appréhender le dynamisme de l'agencement des sources du droit.

Workers' collective representation. A study of sources of Law.

Workers' collective representation is guaranteed by several sources of Law: international, European, statutes and collective bargaining. Pinpointing all of them enables a "map-making". Some sources are to ensure workers' collective fundamental rights. Some others aim to design workers representation. This « law-mapping » indicates each law's respective importance. The increasing importance of the European Union law and of the collective bargaining in this matter alleviates statutes' traditional role. In the same time the increasing role of collective bargaining diminishes management role in this respect.

Studying the coordination of the different laws helps to understand their functions regarding one another. It makes possible to identify their purpose. Traditionally, such a coordination aims only to ensure workers' representation. Now on, this coordination falls within the scope of a « contractualized » and decentralized normative production. Workers' collective representation is not only a topic illustration of sources of laws mutation, it is also a field to observe the dynamic current of their coordination and interaction.

Laboratoire de rattachement :

Institut de Recherche sur l'entreprise et les relations professionnelles (I.R.E.R.P.) – 200 Av. de la République
92000 Nanterre.

Sommaire

| | |
|--|------------|
| Introduction | 1 |
| Première partie – Identification | 43 |
| Titre 1 – La représentation collective des salariés saisie par les normes étatiques et supraétatiques | 45 |
| Chapitre 1^{er} – La garantie du droit des salariés à une représentation collective | 47 |
| Section 1 : La liberté syndicale et l'exercice du droit syndical | 47 |
| Section 2 : Les droits de participation des salariés | 86 |
| Chapitre 2nd : La construction du système de représentation des salariés | 135 |
| Section 1 : L'intervention de l'État dans les relations professionnelles | 137 |
| Section 2 : L'intervention de l'Union européenne dans les relations professionnelles | 183 |
| Titre 2 – La représentation des salariés saisie par les normes professionnelles | 211 |
| Chapitre 1^{er} – Le déclin des normes issues du pouvoir patronal en matière de représentation des salariés | 215 |
| Section 1 : Les aménagements à l'initiative de l'employeur | 217 |
| Section 2 : La méfiance exprimée à l'encontre du pouvoir patronal | 236 |
| Chapitre 2nd – La représentation des salariés : objet de la négociation collective | 251 |
| Section 1 : L'habilitation des interlocuteurs sociaux en matière de représentation des salariés | 253 |
| Section 2 : L'affirmation de la dimension normative et statutaire des accords collectifs en matière de représentation des salariés | 328 |
| Seconde partie – Articulation | 393 |
| Titre 1 – La garantie du droit à être représentés finalité de l'articulation des sources | 395 |
| Chapitre 1^{er} – L'ordre public social : une garantie perfectible | 397 |
| Section 1 : La notion d'ordre public social | 398 |
| Section 2 : L'articulation des normes imposée par l'ordre public social | 408 |
| Chapitre 2nd – L'ordre public absolu : une garantie intangible | 433 |
| Section 1 : Les rapports d'exclusion | 435 |
| Section 2 : Les rapports de prévalence | 458 |
| Titre 2 – La production normative : finalité renouvelée de l'articulation des sources | 503 |
| Chapitre 1^{er} – L'articulation des légitimités | 505 |
| Section 1 : La légitimité de l'auteur de la norme | 506 |
| Section 2 : Une procédure loyale | 548 |
| Chapitre 2nd – L'articulation des espaces de production normative | 571 |
| Section 1 : Logique de déconcentration et fondation des espaces de production normative | 573 |
| Section 2 : Logique de décentralisation et coordination des espaces de production normative | 589 |
| Conclusion générale | 621 |

Liste des principales abréviations

| | |
|------------------------|---|
| A.J. | Actualité jurisprudentielle (du recueil Dalloz) |
| <i>A.J.D.A.</i> | <i>Actualité juridique de droit administratif</i> |
| Al. | Alinéa |
| <i>Arch. Phil. Dr.</i> | <i>Archives de philosophie du droit</i> |
| Art. | Article |
| A.P. | Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation |
| B.I.T. | Bureau international du travail |
| <i>Bull. Civ.</i> | <i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i> |
| <i>Bull. Crim.</i> | <i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i> |
| C.A. | Arrêt d'une cour d'appel |
| C.E. | Arrêt du Conseil d'État |
| Cf. | Voir |
| Ch. Réun. | Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation |
| Chron. | Chronique |
| C.E.D.H. | Arrêt de Cour européenne des droits de l'homme |
| Civ. | Chambre civile de la Cour de cassation |
| C.J.C.E. | Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes |
| C.J.U.E. | Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne |
| Com. | Chambre commerciale de la Cour de cassation |
| C. Const. | Décision du Conseil constitutionnel |
| <i>C.C.C.</i> | <i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i> |
| Comp. | Comparer |
| Crim. | Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation |
| <i>D.</i> | <i>Recueil Dalloz</i> |
| Dir. | Sous la direction de |
| <i>Dr. ouvr.</i> | <i>Droit ouvrier</i> |
| <i>Dr. soc.</i> | <i>Droit social</i> |
| éd. | Editeur |
| <i>Gaz. Pal.</i> | <i>Gazette du Palais</i> |
| Ibid. | Référence précédente |
| <i>Infra</i> | Ci-dessous |
| <i>J.C.P.</i> | <i>Semaine juridique édition générale</i> |
| <i>JCP éd. E</i> | <i>Semaine juridique, édition Entreprise</i> |
| <i>JCP éd. S</i> | <i>Semaine juridique, édition Sociale</i> |
| <i>J.D.E.</i> | <i>Journal de Droit Européen</i> |
| <i>J.O.R.F.</i> | <i>Journal officiel de la République française</i> |
| <i>J.O.C.E.</i> | <i>Journal officiel des Communautés européennes</i> |
| <i>J.O.U.E.</i> | <i>Journal officiel de l'Union européenne</i> |
| Jur. | Jurisprudence |
| <i>N.C.C.C.</i> | <i>Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel</i> |
| L.P.A. | Les petites affiches |
| Obs. | Observations |
| <i>Op. cit.</i> | Ouvrage, thèse, article, précité |
| p. | page |
| préc. | précité |
| P.U. | Presses universitaires |

| | |
|------------------------------|--|
| P.U.A.M. | Presses Universitaires d'Aix-Marseille |
| P.U.F. | Presses Universitaires de France |
| <i>R.D.C.</i> | <i>Revue des contrats</i> |
| <i>R.D.T.</i> | <i>Revue du droit du travail</i> |
| <i>R.D.P.</i> | <i>Revue de droit public</i> |
| <i>R.F.D.C.</i> | <i>Revue française de droit constitutionnel</i> |
| <i>R.F.D.A.</i> | <i>Revue française de droit administratif</i> |
| <i>Rec.</i> | <i>Recueil</i> |
| <i>Rép. Civ.</i> | <i>Répertoire de droit civil</i> |
| <i>Rép. Trav.</i> | <i>Répertoire de droit du travail</i> |
| <i>Rev. sociétés</i> | <i>Revue des sociétés</i> |
| <i>Rev. Phil. de Louvain</i> | <i>Revue philosophique de Louvain</i> |
| <i>R.C.J.B.</i> | <i>Revue critique de jurisprudence belge</i> |
| <i>R.I.D.C.</i> | <i>Revue internationale de droit comparé</i> |
| <i>R.I.D.E.</i> | <i>Revue internationale de droit économique</i> |
| <i>R.I.E.J.</i> | <i>Revue internationale d'études juridiques</i> |
| <i>R.I.T.</i> | <i>Revue international du travail</i> |
| <i>R.J.S.</i> | <i>Revue de jurisprudence sociale</i> |
| <i>R.R.J.</i> | <i>Revue de la recherche juridique, droit prospectif</i> |
| <i>R.T.D. civ.</i> | <i>Revue trimestrielle de droit civil</i> |
| <i>R.T.D. com.</i> | <i>Revue trimestrielle de droit commercial</i> |
| S. | Sirey |
| <i>S.S.L.</i> | <i>Semaine sociale Lamy</i> |
| Soc. | Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation |
| <i>Supra</i> | Ci-dessus |
| t. | Tome |
| trad. | Traduit par |
| Th. | Thèse |
| <i>T.P.S.</i> | <i>Travail et protection sociale</i> |
| V. | Voir |

Introduction

1. La représentation collective des salariés est une forme de régulation sociale. Symboliquement, elle transforme des volontés individuelles subordonnées en une volonté collective émancipée. La magie opère et le droit, grâce à une *fictio juris*¹, établit une équivalence. Il s'agit de faire *comme si* la parole et la volonté des représentants exprimaient les aspirations des salariés représentés. Prosaïquement, elle consiste en un mécanisme juridique d'expression et de défense des intérêts qui investit les premiers à parler au nom et pour le compte des seconds². Cette approche conduit à rechercher les normes d'habilitation qui fondent un tel pouvoir³.

2. Partant à la découverte de cette norme, un esprit positiviste est très vite confronté à une multitude d'énoncés qui ont pour objet la représentation collective des salariés. Constitution, traités internationaux, directives de l'Union européenne, lois, conventions collectives, engagements unilatéraux de l'employeur : tous contiennent des dispositions qui prévoient des modalités d'expression et de défense des intérêts des salariés par l'intermédiaire de représentants.

3. Face à ce constat, il devient évident que la recherche du fondement de la représentation collective des salariés ne peut pas faire l'économie d'un détour par les sources du droit. Sans une compréhension de celles-ci, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de rendre compte de la structuration juridique de la représentation collective des salariés.

¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 395 : « l'essence de la représentation consiste en ce que la volonté du représentant est la volonté du représenté » ; *ibidem* p. 935 : « plus évidente encore est la fiction de l'identité de volonté lorsque la volonté du représentant n'est liée en aucune façon à la volonté du représenté comme dans le cas de la représentation légale des incapables d'actions ou dans le cas de la représentation du peuple par un parlement dont les membres sont juridiquement indépendants dans l'exercice de leurs fonctions ». Nous soulignons. Toutefois, certains auteurs récuse l'idée que la représentation serait une fiction. Cf. P. Brunet, *Vouloir pour la Nation : le concept de représentation dans la théorie de l'État*, L.G.D.J. Bruylant, 2004.

² F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, L.G.D.J. 2000 ; G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 685 ; A. Jeammaud, « Sur la représentation dans les relations de travail », *Bull. de l'association critique du droit* 1987 ; M.-L. Morin, « Les conceptions juridiques de la représentation », *Cahiers du G.R.E.C.O.* 1995, n° 41, p. 17.

³ Sur le rapport entre pouvoir et habilitation, E. Dockès, *Les valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2005, p. 98.

Il est tout aussi évident que la représentation collective des salariés n'échappe pas à ce qui caractérise plus généralement le droit du travail : elle est régie par une variété de sources étatiques, supraétatiques et infraétatiques. Cette variété peut apparaître comme un facteur de complexité. Elle est surtout une richesse pour qui entend étudier les sources du droit. De manière générale, le droit du travail est un très bon laboratoire pour appréhender concrètement l'agencement d'une pluralité de sources⁴. Mais il existe un intérêt particulier à le faire dans le domaine plus spécifique de la représentation collective des salariés. Les représentants des salariés interviennent dans la production des normes⁵ sociales, soit préalablement à leur édicition, soit directement en tant qu'auteurs. L'attention se porte donc sur des normes de structure, c'est-à-dire sur des normes qui ont pour objet d'organiser les moyens de la production du droit⁶. Si la réflexion sur les sources du droit est déjà une réflexion sur les modes de création du droit, il s'agit ici de la mener à propos de normes dont l'objet est d'organiser et de régir la production d'autres normes. Une telle mise en abîme pourrait donner le vertige. Il faut plutôt y voir l'occasion de comprendre la dynamique qui anime les sources du droit.

En définitive, l'ambition poursuivie est double. Il s'agit, d'une part, de révéler les structures juridiques des relations collectives de travail et, d'autre part, de comprendre le caractère dynamique des modes de création du droit au sein du système juridique en s'appuyant sur un corpus de règles particulier relatif à la représentation collective des salariés. Avant de s'y employer, il convient de préciser l'objet de l'étude (I), la posture méthodologique (II) ainsi que l'hypothèse théorique (III).

⁴ G. Lyon-Caen, « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », *Dr. soc.* 2001, p. 1031 et spéc. p. 1033 ; P. Durand « Les sources du droit du travail en France », in *Les sources du droit du travail*, Publication de la C.E.C.A., coll. Droit du travail, Luxembourg, 1962, p. 97 ; J.-M. Verdier, P. Langlois, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, p. 253 ; F. Terré, « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », in B. Teyssié (dir.), *Les sources du droit du travail*, P.U.F., 1^{ère} édition, 1998 ; E. Jeansen, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, Economica, 2008.

⁵ Dans le cadre de la présente étude, aucune distinction ne sera opérée entre les notions de normes et de règles de droit.

⁶ Les normes de structure s'opposent ainsi aux normes de conduite qui viseraient directement à régir des comportements des sujets de droit. Sur cette distinction, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, Edition de la Baconnière, 1988, p. 96 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, O. Jacob, 1997, p. 54 ; N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J., 1980 ; F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg III, 1999, n° 291.

I – L’objet de l’étude : Les sources de la représentation collective des salariés en droit du travail

4. « *Conduire par ordre ses pensées* »⁷ requiert de dévoiler le sens donné à la notion de sources du droit (A) avant d’éclairer ce que recouvre la représentation collective des salariés (B).

A. Les sources du droit

5. La notion de sources du droit serait apparue pour la première fois dans les écrits de Cicéron⁸. Elle est une métaphore aquatique ou, plus exactement, une catachrèse tant l’image a pénétré la langue commune des juristes et leur manière de penser le droit. La juridicité jaillirait du tréfonds du droit comme l’eau des cavités souterraines⁹. L’étude des sources du droit serait une découverte des origines de la juridicité¹⁰.

6. La fausse évidence de l’expression masque la polysémie de la notion de sources du droit. M. P. Jestaz n’en relève pas moins de cinq sens¹¹. Le premier serait le fondement idéologique du droit ; le second serait les « *forces créatrices du droit* » au sens de G. Ripert,

⁷ R. Descartes, *Discours de la méthode*, Jan Maire, 1637.

⁸ La notion de source du droit est la traduction latine de l’expression *fons juris* employée par Cicéron (*Des lois*, Livre I, in *De la République*, trad. C. Appuhn, Flammarion, 1965, p. 130 : « *Atticus - Ce n’est donc ni dans l’édit du préteur, comme la plupart le font aujourd’hui, ni dans les Douze Tables comme nos anciens, mais aux sources les plus profondes de la philosophie qu’il faut puiser la vraie science du droit [...] Quintus – C’est bien là, mon frère, remonter à la source comme il convient et au chapitre initial du droit* »).

⁹ J.-L. Vullierme, « Les anastomoses du droit. (Spéculations sur les sources du droit) », *Arch. Phil. Dr. T. 27* : « *Sources* » du droit, 1982, p. 7 ; P. Amselek, « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *ibidem*, p. 253 ; R. Sève, « Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores », *ibidem* ; P. Deumier, T. Revet, « Sources du droit (problématique générale) », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF / Lamy, coll. « Quadrige », Paris, 2003, p.1430, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, P.U.F. 2003, p. 1431. Sur les origines de la notion de « source » : A. Dufour, « La théorie des sources du droit dans l’école de droit historique », *Droits de l’homme, droit naturel et histoire*, P.U.F., 1991, spéc. p. 258 ; Adde G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 4ème éd. corrigée, v°« source », p. 773.

¹⁰ Sur la notion de juridicité, G. Timsit, *L’archipel de la norme*, P.U.F., 1997, pp. 3 s. : « *on peut analyser la juridicité comme la propriété d’une norme qui fait que cette norme a la qualité de norme juridique [...] Cette propriété doit être définie de manière telle qu’elle réponde aux conditions d’immanence et de transcendance de l’univers juridique* ». La condition de transcendance réside dans la conviction des destinataires de la norme de son caractère contraignant ; la condition d’immanence tient à la signification objective attachée à la norme qui est déterminée, selon l’auteur, à la suite d’une opération de « *décodage* ». Contra A.-J. Arnaud, « Rossinante et le cheval de Troie : juridicité et raison juridique au crible de la grande dichotomie », *Procès*, 1982 p. 75.

¹¹ P. Jestaz, art. préc, p. 73.

c'est-à-dire les forces sociales. Selon l'auteur, ces deux acceptions se situeraient en dehors de la théorie des sources du droit et ne seraient jamais répertoriées en tant que telles. À ces deux sens, il en ajoute trois autres : les sources du droit entendues comme sources documentaires ; les sources du droit entendues comme une « *petite partie des sources documentaires, celle qui consiste en des normes dotées de la force obligatoire* » ; enfin, les sources du droit entendues comme « *activités productrices du droit* ». Mme C. Thibierge relève pour sa part huit manières d'entendre la notion de sources du droit : la source fondatrice, les forces créatrices, les instruments créateurs, les organes créateurs, les créateurs, les processus créateurs, les activités créatrices et les normes créées¹².

7. Cette polysémie oblige donc à préciser ce que cette notion recouvre et à indiquer le sens qui sera retenu dans le cadre de la présente étude.

8. **Singulier ou pluriel ?** – S'agit-il de découvrir *la* source du droit ou *des* sources du droit ? L'emploi de l'article défini singulier– *la* – ou de l'article indéfini pluriel– *des* – est révélateur de deux démarches tout à fait différentes¹³. Chercher à découvrir *la* source du droit, c'est croire qu'il existe un point originel auquel il est possible d'imputer toutes les formes de juridicité. Que l'on soit positiviste ou jusnaturaliste, religieux ou athée, institutionnaliste ou individualiste, la source originelle sera la norme fondamentale ou les droits fondamentaux de l'individu¹⁴, Dieu ou l'État, la conscience collective du peuple ou « *la masse des consciences individuelles* »¹⁵. Montrer qu'il existe *des* sources du droit relève d'une démarche plus prosaïque et moins essentialiste¹⁶. Il s'agit plus simplement de constater la pluralité des « *pôles émetteurs* » de normes¹⁷. Un tel constat ne préjuge pas de l'existence ou non d'un point originel d'imputation de la juridicité. Elle l'écarte en première analyse, mais n'exclut pas en fin de compte de pouvoir y adhérer ou au contraire de la refuser.

¹² C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Livres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 526, spéc. p. 529.

¹³ Comp. C. Atias, *Philosophie du droit*, P.U.F., Thémis, 2012, p. 199 : « *Même si l'expression est employée au pluriel – les sources du droit –, par nature, elle suppose l'unicité. Elles ont en commun d'être une source, c'est-à-dire d'une origine à laquelle il est possible de revenir* ».

¹⁴ E. Picard, « Droits fondamentaux – fondement du droit », *A.J.D.A.* 1998, p. 6.

¹⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Ed. de. Boccard, 1927, p. 112.

¹⁶ Sur le caractère dogmatique de la démarche consistant à trouver la source du droit, cf. C. Atias, *op. cit.* p. 200 : « *une source du droit est aussi un écran, un obstacle à la réflexion critique* » ; B. Oppetit, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. Ph. Dr.* 1982, p. 43, spéc. p. 45 ; H. Batifol, « Préface », *Ibid.* p. 2.

¹⁷ P. Jestaz, art. préc., p. 73.

Cette seconde approche est plus prudente que la première et assurément moins dogmatique. Elle repose sur un certain empirisme¹⁸ pour aborder la question de la création du droit et s'attache à conserver une plus grande neutralité méthodologique. Pour ces deux raisons au moins, la notion sera employée au *pluriel*.

9. **Sources documentaires, sources matérielles et sources formelles** – Une autre manière de présenter la question des sources du droit est de distinguer les sources documentaires, matérielles et les sources formelles¹⁹.

Les sources **documentaires** renvoient aux divers documents dont l'objet est de consigner les écrits juridiques. Rapports, recueils, actes, bulletins, etc. seraient « *la partie visible de la matière juridique* »²⁰. Elles ont une valeur instrumentale et aident dans une certaine mesure à retracer les évolutions du droit. De ce point de vue, elles constituent une documentation au service de la connaissance du droit²¹. Elles ne sont en revanche d'aucune utilité pour déceler les formes possibles de juridicité, étant entendu que la norme ne se confond pas avec l'énoncé et que tout énoncé n'a pas vocation à être le substrat de normes²².

Les sources **matérielles** désignent l'ensemble des facteurs qui sont la cause de l'adoption, de la modification ou de l'abrogation d'une règle de droit²³. Ces facteurs sont

¹⁸ P. Ancel, « Le droit *in vivo* ou plaidoyer d'un membre de la "doctrine" pour la recherche juridique empirique », *in Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz 2006, p. 1.

¹⁹ D'autres classifications existent. Il est possible de citer la distinction entre les sources formelles et les sources informelles : P. Roubier, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *in Mélanges Georges Ripert*, L.G.D.J. 1950, p. 9 ; P. Malaurie, P. Morvan, *Introduction générale*, 2012 3^{ème} édition, p. 37, étant entendu, selon les auteurs, que les sources informelles se distinguent des sources non juridiques ; celle entre sources originaires et sources dérivées, cf. M. Virally, *La pensée juridique*, Panthéon-Assas Paris II, coll. Théorie générale du droit Les Introuvables, 1960, p. 148 et p. 171 ; F. Ost, M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, F.U.S.L., 1987, p. 300 ; ou encore celle entre source du droit et source de droit : C. Thibierge, « Source du droit et source de droit », *in Libres propos sur les sources du droit, op. cit.*, p. 519 ; ou enfin celle entre sources formelles, sources non formelles et sources substantielles, *Ibidem*, p. 541.

²⁰ P. Jestaz, art. préc., p. 73.

²¹ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2003, p. 68.

²² M. Troper, *La philosophie du droit, op. cit.*, p. 87 ; E. Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *N.C.C.C.*, 2007, n° 21 ; G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, p. 46. L'auteur invoque une exigence d'individuation des normes juridiques. Cette opération d'individuation suppose de distinguer une disposition, qui est un fragment de texte non interprété ; un énoncé, qui est la signification dont sont à première vue revêtues certaines dispositions, et la norme, qui est la portion de signification que la théorie juridique décide de composer à partir des divers énoncés produits par les acteurs du droit.

²³ Les expressions sources « *substantielles* » - C. Thibierge, art. préc., p. 537 – sources « *idéales* » - P. Deumier, T. Revet, art. préc., p. 1431 ; P. Malaurie, P. Morvan, *Introduction générale au droit*,

d'ordre économique, social, politique, voire psychologique. Ce sont les forces créatrices du droit selon l'expression fameuse de G. Ripert²⁴. Les sources matérielles permettent d'expliquer les évolutions du droit positif. Elles s'inscrivent plus dans un discours sur la politique juridique que sur la technique juridique. Ce sont les sources qui donnent sens aux règles de droit. Elles renvoient à la fois aux buts qui leur ont été assignés et aux rôles objectifs qu'elles remplissent²⁵. Toutefois, elles sont possiblement innombrables et ambivalentes²⁶. De ce fait, il est difficile de les adopter comme cadre d'analyse pour étudier les sources de la représentation collective des salariés, c'est-à-dire l'agencement des règles de droit qui régissent cette matière.

Les sources **formelles** sont celles qui retiennent le plus l'attention des juristes et sans doute celles qui structurent le plus leur pensée. Une définition en a été proposée par F. GénY. Selon l'auteur, les sources formelles seraient « *les injonctions d'autorités, extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, compétemment formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle, qui sert à la direction de la vie juridique* »²⁷. Cette définition met en évidence trois éléments : les créateurs (les autorités), la procédure qu'ils ont suivie (« compétemment formées »), le fruit de leur création (la règle qui sert à la direction de la vie juridique). A partir de cette définition, F. GénY identifie quatre sources formelles du droit : la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine.

Pourtant, à s'en tenir à la définition de cet auteur, seule la loi y satisfait vraiment. Éventuellement la jurisprudence. La coutume, règle spontanée issue du corps social, et la doctrine, ensemble de discours et de constructions théoriques formulées à propos des règles de droit, y demeurent étrangères²⁸. S'agissant de la coutume, il est difficile d'identifier une

Defrénois, 2004, n° 29, sources « réelles » - B. Cubertafond, « Du droit enrichi par ses sources », *R.D.P.*, 1992, p. 354 – ou sources « brutes » - G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 773.

²⁴ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J. 1955.

²⁵ A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique. 1 Où va la sociologie du droit ?*, L.G.D.J. 1981 ; [http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/crj-html/1-introduction.htm#_Toc100025298].

²⁶ Ce caractère innombrable et ambivalent tient à la pluralité des valeurs et des conceptions du juste. V. P. Ricœur, *La pluralité des instances de justice*, in *Le juste, Esprit*, 1995, p. 140. L'auteur décrit « un paradoxe politique » qui s'accompagne de « l'enchevêtrement de diverses sources de la juridicité ». Nous soulignons. Adde L. Boltanski, L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991.

²⁷ F. GénY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, L.G.D.J., 2ème éd., 1919, p. 237.

²⁸ Évidemment tel n'est pas l'avis de l'auteur.

autorité ou une procédure qui aurait présidé à l'édiction de la règle coutumière²⁹. Quant à la doctrine, son rôle n'est certainement pas d'édicter des injonctions. Elle n'est qu'une source « *informelle* » du droit³⁰. Elle n'a pas à proprement parler de pouvoir normatif.

Peut-être est-ce la raison pour laquelle si l'expression "sources formelles" a survécu, la définition qu'en avait donnée son auteur a en revanche été délaissée³¹. Par suite, la classification qui y était attachée change d'un auteur à l'autre, faisant de la notion de sources formelles une notion au contenu variable³². Certains écourtent la liste dressée par F. Génay, contestant par exemple, que la doctrine constitue une source formelle du droit³³. D'autres l'étendent en y inscrivant les actes juridiques d'origine privée, en particulier le contrat³⁴.

Cette typologie classique des sources formelles, si elle est généralement reprise³⁵, reste discutée. Les désaccords peuvent être d'ordre idéologique³⁶. Le pouvoir normatif du juge et la capacité de la pratique à générer des normes restent discutés, voire suspectés. Tout étudiant en droit a pu l'apprendre. La Révolution française a mis fin aux arrêts de règlement³⁷ et le droit

²⁹ P. Deumier, *Le droit spontané*, *Economica* 2002, n° 430 : « *Le droit spontané est le droit qui, sans avoir été imposé et sans volonté délibérée, se dégage de la répétition constante et générale d'un comportement juridique par les membres d'un groupe, le plus souvent particulier, pour répondre à leurs besoins* ».

³⁰ P. Jestaz, « Genèse et structure du champ doctrinal », *D.* 2005, p. 19 ; P. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthode du droit, 1997 ; P. Brun, « Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine », in *Libres propos sur les sources du droit*, *op. cit.* p. 67. P. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 2005, p. 113. L'auteur qualifie la doctrine de source « *inclassable* ».

³¹ P. Jestaz, *Les sources du droit*, *op. cit.* p. 4 : Selon l'auteur, la définition proposée par Génay est « passablement obscure ».

³² C. Thiberge, art. préc., p. 538.

³³ E. Savaux, J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, Université, 2012 ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, L.G.D.J. 2011, p. 67.

³⁴ P. Jestaz, *Les sources du droit*, *op. cit.* p. 81 ; J. Ghestin, « Les données positives du droit », *R.T.D. civ.* 2002, p. 11 ; H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Arch. Phil. Dr. et de sociologie juridique*, 1940, p. 33 ; M. Troper, *La philosophie du droit*, *op. cit.* p. 87.

³⁵ P. Deumier, T. Revet, art. préc., p. 1431 : « *un large accord (pour ne pas dire plus) se fait sur l'admission de la loi, de la coutume et de la jurisprudence comme sources du droit* ». Comp. W. Dross, « Retour aux sources », *R.I.E.J.* 2003, p. 155 [article consultable en ligne : <http://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr/hal-00457622/en/>]. Par ailleurs, des auteurs ont tenté de les analyser selon une typologie différente. Ainsi, M. Jestaz préfère-t-il les analyser en distinguant les sources venues du sommet et les sources venues de la base : P. Jestaz, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 9 et p. 79 ; MM. P. Malaurie et P. Morvan distinguent pour leur part les sources écrites et les sources non écrites : *Introduction générale*, *op. cit.*, p. 187.

³⁶ Cf. E.-P. Haba, « Logique et idéologie dans la théorie des "sources du droit" », *Les sources du droit Arc. Ph. Dr.* 1982, p. 238.

³⁷ Faut-il le rappeler, aux termes de l'article 5 du Code civil, « *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». P. Jestaz, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11 ; F. Terré, « Jurisprudence ? », *R.T.D. civ.*

coutumier ne serait admis que *secundum legem* ou *praeter legem*. La loi seule exprimerait la volonté générale. La loi seule répondrait parfaitement aux qualités exigées d'une "bonne" règle de droit : la constance, la généralité, et l'impersonnalité. La loi seule constituerait une véritable source du droit au double sens de source créatrice et de source créée³⁸. De manière différente, les critiques portent sur la pertinence et l'utilité d'un tel classement. Les discussions autour de la pertinence conduiront à écarter cette typologie pour en retenir une autre jugée mieux à même de rendre compte des sources du droit. Quant aux discussions sur l'utilité d'un tel classement, il n'est pas rare qu'elle révèle un rejet radical de la notion même de sources du droit jugée à la fois inutile et inutilisable³⁹.

Ces querelles sont révélatrices de la manière dont on conçoit les sources du droit. Les étudier permettrait de répondre à la question *Quid jus?* – qu'est-ce qu'est le droit ? La typologie des sources formelles du droit tente de regrouper parmi les diverses normes celles dotées d'une juridicité et de tracer ainsi le départ entre le droit et le non-droit⁴⁰. Elle dissimule un retour au *singulier*, une tentative de déceler dans chacune *des* sources du droit l'expression de *la* source du droit⁴¹. Pour éconduire définitivement cette idée, une autre question doit être posée : *Quid juris?* – qu'est-ce qui est du droit ? Les sources du droit « *désignent aussi bien les divers modes de création des règles que les classes de règles désignées par la manière dont elles ont été créées* »⁴². Peut-être conviendrait-il alors de distinguer entre les sources *du* droit et les

1992, p. 355. Pour une présentation des débats sur le pouvoir normatif du juge, D. de Béchillon, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », *Libres propos sur les sources du droit*, op. cit. p. 29

³⁸ Sur cette distinction, C. Thibierge, art. préc., p. 529 et p. 540.

³⁹ H. Kelsen, op. cit. p. 314. P. Malaurie, « La révolution des sources », *Defrénois* 2006, p. 1552 : « *Le sens véritable de la source est donné par l'étymologie, non par la poésie : source, du verbe latin surgere = être debout, qui a donné regere = diriger, rex = roi et directus = droit. La source du droit c'est le droit et le pouvoir. Le droit, c'est le droit* ». Nous soulignons. Sur le caractère tautologique qui entourerait la notion de sources du droit : E.-P. Haba, art. préc., pp. 236 et 241.

⁴⁰ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey 1951, p. 32. Sur le concept de non-droit, J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 1992.

⁴¹ W. Dross, « Retour aux sources », *R.I.E.J.* 2003, p. 155 [article consultable en ligne : <http://hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr/hal-00457622/en/>] : « *La méthode semblait scientifique. Mais à définir le droit comme un « ensemble de règles visant à organiser la vie en société et sanctionnées par la puissance publique », on devait s'attendre à trouver l'État comme seule source de droit, car seul à même de disposer de cette contrainte publique posée comme élément consubstantiel à la norme juridique* ».

⁴² M. Troper, *La philosophie du droit*, P.U.F., Que sais-je ?, 2003, p. 86. Adde J.-M. Jacquet, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, Litec 2009, p. 345, n° 48. Adde H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 313. Selon l'auteur, les sources du droit regroupent « *toutes les méthodes de création du droit* » ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction*

sources *de* droit⁴³. Les premières seraient sources de règles de droit tandis que les secondes seraient plus modestement des sources de décisions. La distinction établit entre les deux une différence de portée normative. Toutefois, l'une et l'autre sont en mesure de modifier l'ordonnement juridique de sorte qu'il s'agit bien toujours de rendre compte de pouvoirs normatifs⁴⁴. Dans les deux cas ce sont des « *actes normateurs* »⁴⁵.

Ainsi définie la notion de sources du droit se voit-elle débarrassée des préjugés sur l'existence d'une source originelle de la juridicité. Surtout, loin d'être inutile, elle devient incontournable pour appréhender les mutations contemporaines des modes de production du droit.

10. **Mutations et renouvellement des sources formelles du droit** – Une définition épurée de ce que sont les sources formelles du droit permet d'appréhender à la fois leur « *diversification* »⁴⁶ et leur « *dispersion* »⁴⁷. Il existe une pluralité des foyers de production du droit, étatiques, supraétatiques et infraétatiques, formant un véritable « *archipel* »⁴⁸.

11. Ce constat souligne un décalage entre la simplicité de la typologie classique et l'émergence de nouvelles règles de droit sous l'effet des mouvements d'internationalisation et de privatisation de la production normative.

12. Le phénomène de **diversification** impose de créer de nouvelles catégories ou, à tout le moins, d'introduire des sous-catégories pour rendre compte des différentes autorités habilitées à édicter et à interpréter les règles de droit et des différents processus normatifs. Pour prendre le seul exemple du droit du travail, il y a lieu de faire une place aux conventions collectives de travail et aux normes liées à l'exercice du pouvoir patronal, telles que le règlement intérieur,

générale, L.G.D.J. 4^{ème} édition 1994, n° 236 : « *une source du droit est une autorité qui formule des propositions juridiques* ».

⁴³ P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Lexis nexis 2011 ; C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *op. cit.* p. 519, spéc. p. 532 ; E. Dockès, *Les valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 99.

⁴⁴ En ce sens, E. Dockès, *op. cit.* p. 101 ; E. Lafuma, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J. 2006, p. 174.

⁴⁵ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 504 : « *Lorsqu'un individu ou plusieurs individus, selon les cas, décident de faire un acte normateur, autrement dit de poser des normes juridiques, c'est toujours en vue d'obtenir un résultat qui se situe au-delà du résultat proprement juridique de l'opération, c'est-à-dire au-delà de l'édition même des normes juridiques qui vont être posées grâce à cette opération, et au-delà même de la réalisation de ces normes* ».

⁴⁶ C. Thibierge, art. préc., p. 519, spéc. p. 526.

⁴⁷ P. Timsit, *L'archipel de la norme*, P.U.F. 1997, p. 14 ; M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit* : Tome 1, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 171.

⁴⁸ G. Timsit, *L'archipel de la norme*, *op. cit.*

l'engagement unilatéral ou l'usage⁴⁹. À y regarder de près, les différents modes de création du droit sont plus ou moins imposés, plus ou moins négociés, plus ou moins spontanés⁵⁰. Quant aux juges du droit du travail, cinq Cours suprêmes ont le pouvoir de dire le droit intéressant les relations de travail : dans l'ordre interne, la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ; dans l'ordre européen, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Chacune interprète des textes, parfois les mêmes, élaborant une jurisprudence qui dément l'unicité présentée habituellement par la théorie des sources.

13. Le phénomène de **dispersion** des sources est double, du moins en droit du travail. Il est en premier lieu géographique. Les foyers de production de normes se déploient aux niveaux international, européen, national, régional, local⁵¹. Il est en second lieu d'ordre professionnel. L'entreprise, nationale ou transnationale, parfois composée d'établissements et faisant partie d'un groupe de sociétés, la branche professionnelle, le niveau national interprofessionnel ou le niveau communautaire : tous ces niveaux définissent des foyers différents de production normative. Compte tenu d'un tel degré de dispersion, il est impossible de se satisfaire de la typologie classique, trop monolithique et empreinte d'un fort « *statocentrisme* »⁵².

⁴⁹ Cette place leur est faite dans la plupart des manuels de droit du travail. J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz Précis, 27^{ème} édition, 2012 ; E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, Hypercours, 2012 ; P. Lokiec, *Droit du travail*, P.U.F. Thémis, 2011, pp. 44 s ; J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, Éditions Liaisons 2012 ; C. Radé, *Droit du travail*, Montchrestien, Lextenso, Focus droit 2011, n° 9 et 43 ; F. Favennec, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, Montchrestien, Lextenso, Manuel, 2011, p. 29 ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, Lextenso, Domat, 2010, pp. 48 s ; F. Duquesne, *Le (nouveau) droit du travail*, Gualino, 2008. Les conventions collectives sont également présentées dans quelques manuels d'introduction au droit. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, L.G.D.J. 2011, n°68 ; P. Malaurie, P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, Lextenso, 2009, n° 313, p. 259.

⁵⁰ La création de nouvelles catégories n'exclut d'ailleurs pas quelques forçages comme l'illustrent les accords dits atypiques, qui sont intégrés dans la catégorie des engagements unilatéraux de l'employeur alors même qu'ils sont conclus avec les représentants élus des salariés. Cf. Soc, 7 janvier 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 464, note C. Freyria : « *si ledit accord avait été conclu en l'absence de toute section syndicale par le délégué du personnel et la direction de la société, il n'en constituait pas moins un engagement de l'employeur envers ses salariés* ».

⁵¹ X. Blanc-Jouvan, « L'internationalisation des rapports de travail », *in Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail*, Paris : Dalloz, 1989, p. 67 ; M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006 ; M. Delmas-Marty, *La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique*, I.I.E.S. 2007 ; A. Lyon-Caen, Q. Urban, *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008 ; N. Aliprantis, *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux*, Bruylant, 2009.

⁵² G. Timsit, *Théorie de l'administration*, Economica, 1986.

Finalement, la diversification et la dispersion des sources du droit soulèvent la question, sinon de la nécessité, du moins de l'utilité, voire de la seule possibilité d'établir une typologie des sources du droit.

14. **Instrument de description et instrument de validation** – Une typologie des sources du droit permet de décrire de manière rationnelle l'organisation et le fonctionnement d'un système juridique. Ce n'est pas tout. À travers elle, il est possible de rendre compte d'un certain agencement des sources. En architecture, l'agencement est à la fois la disposition et le rapport des différentes parties d'un édifice. Il revêt donc un aspect *statique* – la disposition des sources – et un aspect *dynamique* – les rapports qui se nouent entre elles. La notion de sources du droit présente donc une double utilité. Instrument de description, elle remplit une fonction heuristique. Instrument de validation, elle a une fonction normative⁵³. Heuristique, car elle donne à voir un certain agencement des normes qui composent l'univers juridique (1.). Normative, car elle rend compte « *de la norme supérieure dans son rapport avec la norme juridique inférieure dont elle règle la création* »⁵⁴ (2).

1. *Instrument de description et fonction heuristique de la notion de sources du droit*

15. La théorie des sources du droit serait « *une présentation qui se veut rationnelle, explicative et conceptualisée* » de cet ensemble⁵⁵. La diversification et la dispersion des sources du droit conduisent à repenser la typologie classique. Il n'existe plus un seul critère pertinent à partir duquel dresser une typologie des sources du droit. Il en existe plusieurs. L'appartenance à un ordre juridique⁵⁶, le mode d'élaboration des normes⁵⁷, la valeur juridique sur la hiérarchie des normes⁵⁸, la force juridique, souple ou contraignante⁵⁹, la fonction

⁵³ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1993, p. 578 : « *une source du droit positif est un ensemble de moyens de connaissance des normes juridiques en vigueur, caractérisé par le fait que ces moyens doivent leur valeur informatrice au même critère de validité juridique* ».

⁵⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* p. 313.

⁵⁵ P. Jestaz, art. préc., p. 73. Adde. C. Thibierge, art. Préc., p. 519, spéc. P. 522.

⁵⁶ A titre indicatif : S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, p. 10 (traduction de la 2^{ème} édition) ; M. Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *in Mélanges H. Rolin*, A. Pedone 1964, p. 488.

⁵⁷ P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, *Droit imposé, droit négocié ?*, F.U.S.L., 2002 ; S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008 ; P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002.

⁵⁸ N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J. 1980.

⁵⁹ C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, L.G.D.J., 2009.

normative, prescriptive, permissive ou habilitante⁶⁰. Tous ces critères permettent de dresser des typologies des sources du droit. Selon le critère choisi, le nombre et les catégories ne seront pas toujours les mêmes. Il faut aussi concéder que classer les sources dans les catégories préétablies est un exercice difficile. Chaque typologie donne un éclairage particulier, mais partiel sur l'état des sources du droit. C'est ensemble que ces typologies dessinent une cartographie de l'univers juridique⁶¹.

16. Pour présenter les sources de la représentation des salariés, un choix devait pourtant être opéré parmi les différentes typologies possibles. Sans anticiper sur l'hypothèse théorique qui sera adoptée, le pluralisme juridique conduit à privilégier une présentation en fonction des foyers de production normative, encore appelés « *pôles émetteurs* »⁶².

17. Cette présentation ne se veut toutefois pas exclusive ; il sera possible ici et là d'évoquer d'autres critères, tels que la procédure d'élaboration ou la force normative.

2. *Instrument de validation et fonction normative de la notion de sources du droit*

18. La notion de sources du droit peut être employée pour décrire le rapport que les normes "supérieures" nouent avec les normes "inférieures" dont elles règlent l'édiction. Cette définition inspirée de H. Kelsen⁶³ révèle deux aspects : une fonction habilitante (a) et l'établissement d'un rapport hiérarchique (b).

a) Une fonction habilitante

19. Si l'on admet qu'il existe plusieurs types de normes, il est possible de relever, à côté des normes permissives et prescriptives, l'existence de normes d'habilitation⁶⁴. Leur fonction est précisément de régir l'édiction d'une norme en définissant l'acteur habilité, la procédure

⁶⁰ P. Amserek, « Fonctions normatives et catégories modales », *in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp.51

⁶¹ V. la « carte des sources » proposée par Mme C. Thibierge, art. préc., p. 517 et spéc. p. 546.

⁶² P. Jestaz, art. préc. ; « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre » ; *R.T.D. civ.* 1996, p. 299 ; P. Deumier, « De l'usage prudent des usages honnêtes – Réflexion sur un – éventuel – malentendu », *in Libres propos sur les sources du droit, op. cit.* p. 119.

⁶³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.* p. 313. Rappelons que l'auteur jugeait inutile la notion de sources du droit. Cf. C.-M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Presse de L'université de Laval, 2004, p. 37.

⁶⁴ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz 2006, p. 292 ; M. Troper, *La philosophie du droit*, P.U.F. Que sais-je ? 2003, p. 80 ; E. Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *N.C.C.C.* 2007, n° 21.

suivie et le champ d'habilitation, défini par son champ d'application et son champ de réglementation⁶⁵. Selon M. G. Tusseau, il est clair que la source d'une norme ne peut se trouver que dans une norme d'habilitation. Affirmer que la loi trouve sa source dans l'article 34 de la Constitution ne dit rien d'autre que la loi est la signification objective d'une norme d'habilitation située au niveau constitutionnel. De même, la source légale de la convention collective de travail réside dans une norme d'habilitation qui reconnaît aux interlocuteurs sociaux la faculté d'édicter un type de normes, selon une procédure particulière, dans un champ d'application et de réglementation particulier : les conventions collectives de travail.

La conséquence normative attachée à une norme d'habilitation est donc l'existence ou la validité de la norme prise en son application⁶⁶. Pour le dire autrement, la validité de toute norme est appréciée en considération d'une norme d'habilitation.

20. La validité d'une règle de droit n'est cependant pas entièrement univoque. La plupart du temps, selon une approche positiviste, la validité d'une norme juridique est *formelle*. Elle dépend de sa *légalité* c'est-à-dire de sa conformité aux conditions posées par sa norme d'habilitation.

21. Toutefois, à la suite de MM. F. Ost et M. Van de Kerchove, il est possible d'identifier au moins deux autres manières d'apprécier la validité d'une règle de droit⁶⁷. La validité d'une règle peut être *empirique* et renvoyer à son *effectivité*⁶⁸ ou peut être axiologique et renvoyer à sa légitimité⁶⁹. Selon les auteurs, les « *modes de formation du droit collectif, à surgissement*

⁶⁵ G. Tusseau *op. cit.* p. 306.

⁶⁶ L'auteur ne fait aucune distinction entre existence et validité d'une norme. L'absence de distinction tient au fait que l'auteur juge que le principe *lex superior derogat inferiori* est inscrit dans la norme d'habilitation. Au contraire, d'autres auteurs estiment que ce principe est indépendant de la norme d'habilitation qui fonde le pouvoir normatif d'un acteur. Ainsi, l'habilitation pourrait en quelque sorte autoriser un acteur à produire des normes contraires aux normes supérieures. Les auteurs partisans de cette lecture établiront une distinction entre validité et existence (F. Ost, M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit, op. cit.* p. 260) ou, pour prendre une autre terminologie, une distinction entre validité et conformité (O. Pfersmann, « Hiérarchie des normes » in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, série Dicos poche, 2003, p.783 ; « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, P.U.S., n°1, 1997, p.307 ; F. Bocquillon, « Vraies-fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », in *Le Droit social –le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de P. Ortscheidt*, P.U.S., coll. Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2003, p. 25.

⁶⁷ F. Ost, M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit, op. cit.* pp. 270 s. ; *Adde De la pyramide au réseau ?*, F.U.S.L., 2002, pp. 324 s.

⁶⁸ F. Ost, M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit, op. cit.* pp. 272.

⁶⁹ F. Ost, M. Van de Kerchove, *op. cit.* pp. 274.

lent et aux contours assez peu déterminés appellent une appréciation de leur validité essentiellement en termes de légitimité et d'effectivité »⁷⁰, alors que « les modes de formation du droit délibérés, instantanés et à contenu relativement déterminé, appellent une appréciation menée essentiellement (non exclusivement, bien entendu) en termes de légalité »⁷¹.

22. A s'en tenir à des exemples tirés du droit du travail, la validité de l'usage, norme issue d'une pratique répétée dans l'entreprise, dans une localité ou un secteur professionnel, serait plutôt d'ordre empirique et axiologique. La validité de l'accord collectif de travail, accord conclu par des syndicats signataires représentatifs ayant recueilli une certaine audience électorale sans avoir rencontré l'opposition des syndicats non signataires majoritaires, serait quant à elle d'ordre formel et axiologique.

23. De ce point de vue, les sources du droit constituent bien un instrument de validation en ce sens qu'elles permettent de déduire quelles normes sont valides et lesquelles ne le sont pas.

b) Hiérarchies des sources ?

24. La validité formelle instaure entre la norme créée et la norme qui la fonde un rapport hiérarchique⁷². Il existe donc un lien entre les sources du droit et la hiérarchie des normes. Chemin faisant, est-il justifié d'évoquer l'existence d'une « hiérarchie des sources »⁷³ ?

25. Envisagée de manière dynamique, la hiérarchie des normes déduit la validité des normes de leur conformité aux normes supérieures qui ne sont elles-mêmes valides qu'en raison de leur conformité à une norme plus supérieure encore. La hiérarchie des normes repose donc sur une représentation à la fois pyramidale et linéaire du rapport entre les normes. Or, précisément, cette représentation est ébranlée par la diversification et la dispersion des sources du droit. Le rapport entre les sources du droit devenant plus

⁷⁰ F. Ost, M. Van de Kerchove, *op. cit.* pp. 300. Adde. P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica 2002, p. 314.

⁷¹ F. Ost, M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.* p. 300.

⁷² M. Troper, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *R.D.P.S.P. en France et à l'étranger* 1978, p. 1531 : « dans l'ordre juridique français, conformément à la conception de Kelsen, les normes de chaque niveau sont bien posées en vertu d'une habilitation conférée par une norme de niveau supérieur, même s'il ne s'agit pas toujours du niveau immédiatement supérieur ».

⁷³ P. Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Université du Luxembourg, Bruylant, 1960, p. 180 ; Bruylant, 2^{ème} réimpression, 2010.

« complexe »⁷⁴, sa représentation se construit autour de l'idée de réseau⁷⁵. Les hiérarchies ne seraient plus continues, mais auraient tendance à « *s'enchevêtrer* » et à s'« *inverser* »⁷⁶. Des doutes naissent à propos de l'idée que le droit est un système hiérarchique. La prudence conduirait ainsi à concéder l'existence d'un principe hiérarchique qui ne serait pas le seul à présider à l'articulation des normes⁷⁷.

26. L'étude des sources du droit, en tant qu'instrument de validation, permet de comprendre le passage d'un système juridique hiérarchique et statocentré à un « *processus polycentrique et négocié* »⁷⁸. La représentation collective des salariés est un domaine où cette étude peut être menée concrètement dans la mesure où les normes qui la régissent sont des normes de structure qui déterminent les modes de production des normes sociales.

27. **Les sources du droit en matière de représentation collective des salariés** - Pour résumer, dans le cadre de la présente étude, la notion de sources du droit s'entendra des sources formelles. Compte tenu de la diversification et de la dispersion de celles-ci, il est apparu pertinent de les aborder à travers les différents espaces normatifs géographiques et professionnels, à savoir les sources internationales, les sources européennes, regroupant les normes édictées par le Conseil de l'Europe et celle édictée par l'Union européenne, les sources étatiques, regroupant les sources constitutionnelles, légales et réglementaires⁷⁹, les sources professionnelles résultant soit de la négociation collective soit du pouvoir normatif reconnu à l'employeur. Par ailleurs, les sources de la représentation collective des salariés seront appréhendées à la fois comme un instrument de description et comme un instrument de validation. Il s'agit en effet de décrire le corpus normatif se rapportant à la représentation collective des salariés. Il s'agit aussi de rendre compte dans ce domaine des normes jugées

⁷⁴ Sur la complexité en droit, F. Ost, M. Van de Kerchove, *op. cit. spéc.* p. 207. Les auteurs reprennent la définition d'H. Atlan, *Entre le cristal et la fumée. Essai sur l'organisation du vivant*, Seuil 1979, p. 79 : « *La complexité est un désordre apparent où l'on a des raisons de supposer un ordre caché* ».

⁷⁵ F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? op. cit.* 2002.

⁷⁶ M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 91.

⁷⁷ P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.*, 2001, n°4, p. 749 ; P. Amslek, « Une fausse idée claire : La hiérarchie des normes juridiques », *in Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 983.

⁷⁸ F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? op. cit.* 2002, p. 29.

⁷⁹ Les "petites" sources du droit étatique, telles que les circulaires ministérielles ne seront pas étudiées en tant que telles et il n'y sera fait référence qu'exceptionnellement comme instruments d'interprétation. V. S. Gerry-Vernières, *Les "petites" sources du droit : à propos des sources du droit étatiques non contraignantes*, Economica, 2012.

valides non seulement en ce qu'elles ont bien vocation à régir ce domaine mais encore compte tenu de leur conformité à l'égard des autres normes applicables.

B. La représentation collective des salariés en droit du travail

28. La représentation collective des salariés peut être présentée comme un *système* ordonné autour de *l'expression et la défense des intérêts des salariés* par l'intermédiaire de *représentants* dans le cadre des *relations collectives de travail*.

29. **Système ou réseau ?** – La notion de système « *implique une unité et une cohérence internes* ». Elle suppose également une clôture qui est nécessaire à la préservation de cette unité et de cette cohérence. A la suite de MM. F. Ost et M. Van de Kerchove, il est possible d'identifier trois éléments qui caractérisent la notion de système. Premièrement, l'existence d'un système suppose la réunion d'une **pluralité d'éléments** qui composent le système. Le système est donc un *ensemble* d'éléments. Deuxièmement, un système ne saurait exister sans **un certain ordre, une certaine organisation** qui définit la place et les rapports entre les composants du système. Cet ordre signifie que les éléments du système sont agencés d'une certaine manière, selon des relations spécifiques, et non simplement juxtaposés⁸⁰. Troisièmement, le système implique « *une certaine **unité** et non pas seulement un jeu d'interactions entre différents éléments. Cette unité du système comporte à la fois un aspect négatif de différenciation avec l'extérieur et un aspect positif d'identité qui permet de déterminer à la fois les éléments qui appartiennent et qui n'appartiennent pas au système* »⁸¹.

Ces traits caractéristiques du système le différencient du réseau. La notion de réseau renvoie de manière différente à un « *mode actuel de structuration souple, évolutive, labile* »⁸². Il serait « *une structure ouverte susceptible de s'étendre à l'infini* »⁸³.

⁸⁰ F. Ost, M. Van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F. 1998, p. 24. Les auteurs soulignent. *Adde* la définition du sociologue H. Mendras : « *Ensemble d'éléments entre lesquels existent des relations telles que toute modification d'un élément ou d'une relation entraîne la modification des autres éléments et relations et donc du tout* ».

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Sur la notion de réseau des relations professionnelles en sociologie des relations professionnelles : I. Da Costa, « La théorie des relations industrielles aux États-Unis », *in* J.-D. Reynaud, F. Eyraud, C. Paradeise, J. Saglio (dir.), *Les systèmes de relations professionnelles*, C.N.R.S. 1990, p. 29. Sur la notion de réseau pour évoquer l'ordonnancement des normes, ⁸² F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? op. cit.* 2002, p. 23. Sur les réseaux d'entreprise, E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, L.G.D.J. 2008.

⁸³ M. Castells, *Le pouvoir de l'identité*, Fayard, 1999, p. 526.

30. L'interprétation de la représentation collective des salariés comme constitutive d'un système repose sur la conviction que les différents modes d'expression et de défense des intérêts des salariés par l'intermédiaire de représentants composent une certaine unité et présentent une relative cohérence. Elle écarte dans le même temps l'idée de réseau. Ou plutôt, elle lui ajoute « *le fait que ce réseau fonctionne selon un mode particulier qui permet aux acteurs de résoudre les problèmes concrets de la vie de l'organisation selon des relations habituelles* », faisant de lui « *un système de régulation des relations* »⁸⁴.

1. Les éléments du système et leur agencement

31. Que recouvre exactement la représentation collective des salariés ? La représentation collective des salariés peut d'abord être saisie à travers ses **acteurs**. Ceux-ci ont pour mission d'exprimer et de défendre les intérêts des salariés. Certains sont élus par les salariés. D'autres sont désignés par les syndicats professionnels dont l'objet est précisément de défendre les intérêts professionnels des personnes visées par leurs statuts. Il est ainsi courant de distinguer la représentation élue de la représentation syndicale.

La représentation collective des salariés consiste ensuite en un **ensemble d'actions et de procédures** par lesquelles les représentants des salariés vont pouvoir exprimer et défendre les intérêts des salariés : action revendicative, action en justice, négociation collective, information et consultation des représentants des salariés, participation aux organes dirigeants des sociétés, etc. A travers ces actions, les acteurs nouent des relations plus ou moins conflictuelles et plus ou moins de confiance, cherchent des compromis, et consentent à des concessions⁸⁵.

Le système de représentation collective des salariés est susceptible enfin d'être appréhendé à travers les normes qui le composent. Les représentants de salariés et les actions qu'ils mènent sont *régis par des normes*. Ces normes sont de sources diverses : internationales, européennes, étatiques, professionnelles. Certaines normes ont pour objet de reconnaître ou d'instituer ces acteurs comme les représentants des salariés. D'autres normes les habilitent en vue de leur permettre d'exprimer et de défendre l'intérêt des salariés. Ces règles vont conférer aux relations entre les représentants des salariés et l'employeur ou les groupements

⁸⁴ P. Bernoux, *La sociologie des organisations*, Seuil, Points 2009, 2^{ème} édition, p. 157, p. 168 : « Par système de régulation des relations, on entend les règles de relations que se donnent les acteurs pour résoudre les problèmes quotidiens de l'organisation ».

⁸⁵ J.-D. Reynaud, « Conflit et régulation sociale », *Rev. fr. soc.*, 1979, p. 367.

d'employeurs une certaine régularité. Elles vont donner aux uns et aux autres un modèle d'action. Elles vont en définitive assurer un caractère *systematique* aux relations collectives de travail.

Le système de représentation collective des salariés n'est pas seulement régi par des normes. Il en *secrète*. On songe évidemment aux conventions et accords collectifs de travail conclus à l'occasion de négociations collectives. Il est possible d'ajouter les décisions prises par l'employeur à la suite des procédures d'information et de consultation des représentants des salariés.

2. *Unité et cohérence du système*

32. La notion de système suppose de déceler une unité et une cohérence⁸⁶. Pour cela, une clôture du système s'avère indispensable pour opérer une « *différenciation avec l'extérieur* »⁸⁷ et pour construire une « *identité* » qui permettra de connaître ce qui relève du système et ce qui n'en relève pas. Au demeurant, cette clôture autorise qu'un système constitue un sous-système⁸⁸. Ainsi le système juridique est un sous-système du système social, de même que le système de représentation collective des salariés s'intègre dans le système plus large des relations collectives de travail.

Cette différenciation est double. D'une part, la clôture est spatiale. L'unité des systèmes de représentation collective des salariés s'est construite sur la base de l'Etat social national. Elle revêt d'autre part une dimension substantielle : l'exigence d'unité implique d'exclure certaines matières limitrophes susceptibles de nuire à cette unité et à cette cohérence.

a) Les frontières de l'Etat social national et l'ailleurs

33. L'unité de la représentation collective des salariés tient d'abord à son caractère national. L'existence de singularités nationales découle de deux facteurs en particulier. Le

⁸⁶ Cf. *supra* n° 29.

⁸⁷ N. Luhman, « Le droit comme système social », Droit et société, 1994, p. 53 : « *Le concept d'autonomie du système juridique [...] ne décrit rien d'autre que la clôture opérationnelle dun système comme condition d'ouverture de celui-ci* » ; G. Teubner, Le droit, un système autopoïétique, P.U.F. 1993, p. 129.

⁸⁸ N. Luhman, art. préc. p. 55 : « *Lorsqu'on veut concevoir le droit comme un système social, on ne peut le faire qu'en ayant égard à ce que ce système est un sous-système qu'est la société, à côté duquel existe d'autres sous-systèmes* ».

premier serait lié à l'histoire du mouvement ouvrier ; le second, au rôle de l'État dans la structuration des relations collectives de travail. D'un côté, le mouvement ouvrier a émergé et s'est structuré largement dans le cadre des États-nations. C'est en son sein que s'est réglée la confrontation des intérêts entre salariés et employeurs. De l'autre, l'intervention de l'État dans les rapports de travail s'est nécessairement limitée aux frontières nationales, l'État-nation devenant alors social. Dans chaque pays, le mouvement syndical a connu des épreuves différentes. Dans chaque pays, les moments et les conditions de la reconnaissance des syndicats comme acteurs légitimes sont singuliers. Dans chaque pays, les raisons qui ont conduit à l'intervention ou à l'abstention de l'État sont la conséquence de circonstances historiques particulières⁸⁹.

Aujourd'hui encore, les systèmes nationaux, qui tous connaissent l'influence des normes internationales et européennes, conservent leurs spécificités. Les aménagements apportés prennent place dans un jeu dont les cartes sont en partie posées. Le phénomène d'eupéanisation ainsi que la politique d'intégration au niveau de l'Union européenne créent certainement des convergences, opèrent des « *recompositions* » mais ne dissolvent pas le cadre originel des relations collectives de travail, celui de l'État social national⁹⁰.

34. Pour rendre compte de ces spécificités, les analyses comparatistes révèlent des rapports différents entre les interlocuteurs sociaux et l'État⁹¹. L'autonomie dont ces derniers disposent

⁸⁹ Sur l'importance de l'aspect historique et non simplement formel de la construction juridique du système des relations de travail, J.-P. Bonafé-Schmidt, « Pour une approche socio-juridique de la production de normes dans les relations de travail », *Droit et société* 1994, p. 337, spéc. p. 340.

⁹⁰ S. Laulom (dir.), *Recomposition des systèmes de représentation en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2005, spéc. p. 14-15 ; P. Martin (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007, pp. 6 s ; « Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France) », in M.-A. Moreau (dir.), *La représentation collective des travailleurs*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 113.

⁹¹ O. Leclerc, « Comparer les systèmes des relations professionnelles », in O. Leclerc, A. Lyon-Caen, *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 91 ; M.-A. Moreau, *La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012 ; C. Dufour, A. Hege, *Évolutions et perspectives des systèmes de négociation collective et leurs acteurs : six cas européens. Allemagne, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suède*, I.R.E.S., 2010, spéc. p. 279 : « la reconnaissance des acteurs collectifs passe dans certains cas par une expression législative (France, Allemagne, Espagne), alors que dans d'autres elle relève d'une acceptation de facto qui donne lieu à des interprétations juridiques multiples (Grande-Bretagne, Suède, Italie). Dans certains cas, cette reconnaissance établit l'autonomie des acteurs dans les responsabilités qui leur sont dévolues (Suède, Grande-Bretagne, Allemagne, Italie) alors que dans d'autres (France, Espagne) l'État s'octroie une possibilité d'intervention sinon un droit d'initiative législative. Ces systèmes ont d'abord pour objectif

connaît des degrés variables. D'un système à l'autre, l'État ignore ou reconnaît les normes conventionnelles⁹². La reconnaissance peut conduire, comme en France, à l'intégration des conventions collectives au sein de la hiérarchie des normes, dans laquelle les conventions collectives sont hiérarchiquement inférieures à la loi⁹³. Elle peut différemment consister dans la reconnaissance d'une sphère où l'État s'abstient d'intervenir laissant en principe les interlocuteurs sociaux seuls le pouvoir de régir tel ou tel aspect des relations de travail. Tel est le cas par exemple en Allemagne ou en Italie⁹⁴. Selon sa posture, l'État interviendra ou non dans la sélection des agents de négociation et reconnaîtra ou non un effet normatif aux accords collectifs de travail.

De manière différente, les études comparatistes distinguent deux types de systèmes de représentation des salariés dans l'entreprise⁹⁵. Le premier est dit **système moniste** ou à **canal unique** et le second est appelé **système dualiste** ou à **double canal**. Système moniste et système dualiste sont des prototypes. Le premier, le système moniste, se caractérise par une unité d'acteur, le syndicat, de lieu, l'entreprise, et d'action, la négociation collective. L'archétype généralement retenu pour l'illustrer est le système anglais. Le système dualiste présente une pluralité d'acteurs, syndicats et représentants élus ; une pluralité de niveaux d'intervention, national interprofessionnel, régional et professionnel, entreprise ; et une pluralité de

de constituer des modes pacifiés d'organisation des relations du travail, au profit de la stabilité sociale et politique ».

⁹² Aucun État n'ignore la négociation collective au point d'y demeurer totalement indifférent. Parmi les systèmes juridiques où l'Etat reste le plus extérieur à la négociation collective, le Royaume-Uni est l'exemple le plus souvent cité : P. Lokiec, S. Robin-Olivier, J.-R. Grodin, S. Leader, L. Tebano, « Représentativité syndicale et négociation collective », *R.D.T.* 2006, p. 336 (en particulier la contribution de S. Leader) ; C. Dufour, « Royaume-Uni. Les syndicats regagnent-ils de la puissance ? », *I.R.E.S.* 2002, p. 3 ; L. Guardelli, *La négociation collective d'entreprise en droit français et anglais comparés*, Thèse Paris II, 1999.

⁹³ N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J. 1980 ; S. Yannakourou, *L'État, L'autonomie collective et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, L.G.D.J., 1995.

⁹⁴ S. Yannakourou, *L'État, L'autonomie collective et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, *op. cit.* ; P. Rémy, *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droits français et allemand de la négociation collective*, Thèse Paris X Nanterre, Dactyl., 1998 ; P. Lokiec, S. Robin-Olivier, J. R. Grodin, S. Leader, L. Tebano, « Représentativité syndicale et négociation collective », *R.D.T.* 2006, p. 336 ; U. Wendeling-Schröder, P. Rémy, G. Vallée, « Représentativité et négociation collective (suite) », *R.D.T.* 2006, p. 408 ; M. Rönmma, T. Jasper, J. Lahera Forteza, « Représentativité et négociation collective (suite et fin) », *R.D.T.* 2007, p. 54 ; H. Thiébaud, « La négociation collective, l'expérience allemande », *Dr. soc.* 1990, p. 647.

⁹⁵ S. Laulom (dir.) *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005.

fonctions, négociation collective, information et consultation, participation aux organes dirigeants, etc. L'archétype correspondant le mieux à ce modèle serait le modèle allemand.

35. Entre ces deux approches comparatistes, l'une mettant l'accent sur la négociation collective, l'autre sur la représentation des salariés dans l'entreprise, des ponts peuvent être dressés. *Grosso modo*, alors que les systèmes à canal unique sont des systèmes dans lesquels les interlocuteurs sociaux sont autonomes par rapport à l'État, les systèmes dualistes rencontrent généralement une intervention étatique plus forte⁹⁶.

36. **Un système dualiste marqué par l'intervention de l'État** - Le système français de la représentation collective des salariés relève de la catégorie des systèmes dualistes. Coexistent deux formes de représentation, élue et syndicale. Il se caractérise aussi par un dualisme des prérogatives où la négociation collective n'exclut pas d'autres formes de participation, en particulier les procédures d'information et de consultation. Cette structuration, présentée ici de manière très schématique, est le fruit d'une évolution historique qui, juridiquement, s'est caractérisée par un déploiement de la réglementation légale.

Le dilemme originaire de l'État était le suivant : faire des syndicats les porte-parole des salariés sans les imposer aux chefs d'entreprise. Pour le résoudre, l'État va emprunter deux chemins. Le premier est celui du droit syndical et des conventions collectives. Le second chemin est celui de la représentation des salariés dans l'entreprise. Une « *histoire par les lois* »⁹⁷ permet largement de retracer la structuration du système français de représentation collective des salariés autour de ces deux axes. D'un côté, les lois des 21 mars 1884, 25 mars 1919, 24 juin 1936, 23 décembre 1946⁹⁸, 11 février 1950, 27 décembre 1968⁹⁹, 13 juillet 1971¹⁰⁰,

⁹⁶ C. Dufour, A. Hege, *Evolutions et perspectives des systèmes de négociation collective et leurs acteurs : six cas européens : Allemagne, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suède*, I.R.E.S., 2010, spéc. p. 279 : « la reconnaissance des acteurs collectifs passe dans certains cas par une expression législative (France, Allemagne, Espagne), alors que dans d'autres elle relève d'une acceptation de facto qui donne lieu à des interprétations juridiques multiples (Grande-Bretagne, Suède, Italie). Dans certains cas, cette reconnaissance établit l'autonomie des acteurs dans les responsabilités qui leur sont dévolues (Suède, Grande-Bretagne, Allemagne, Italie) alors que dans d'autres (France, Espagne) l'État s'octroie une possibilité d'intervention sinon un droit d'initiative législative. Ces systèmes ont d'abord pour objectif de constituer des modes pacifiés d'organisation des relations du travail, au profit de la stabilité sociale et politique ».

⁹⁷ J.-P. Le Crom (dir.), *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, Les éditions de l'Atelier, 1998.

⁹⁸ Loi n° 46-2924 du 23 décembre 1946 relative aux conventions collectives, *J.O.R.F.* 25 décembre 1946, p. 10932.

⁹⁹ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968, Art. 16, *J.O.R.F.* 31 décembre 1968, p. 12403 ; M. Despax, « L'exercice du droit syndical dans l'entreprise (loi du 27 décembre 1968) », *J.C.P.* 1968. 2275 ; J. Savatier,

13 novembre 1982¹⁰¹, 4 mai 2004¹⁰² et 20 août 2008¹⁰³ jalonnent l'histoire du droit syndical et de la négociation collective. De l'autre, la loi du 24 juin 1936, l'ordonnance du 22 février 1945¹⁰⁴, les lois des 16 avril¹⁰⁵ et 16 mai 1946¹⁰⁶, celles des 27 décembre 1968¹⁰⁷, 28 octobre 1982¹⁰⁸, et 20 août 2008¹⁰⁹ jalonnent celle de la représentation des salariés dans l'entreprise. Cette histoire laisse entrevoir des rapprochements entre la représentation élue et la représentation syndicale, entre la négociation collective et les autres formes de participation des salariés, dans et hors les murs de l'entreprise. C'est ainsi que depuis la loi expérimentale de 1996, confirmée par celle du 4 mai 2004, en l'absence de délégués syndicaux dans l'entreprise, les représentants élus peuvent être habilités à négocier des accords collectifs. Ou encore, avec la loi du 20 août 2008 *portant rénovation de la démocratie sociale*, la capacité des syndicats à défendre les intérêts des salariés dépend de leur audience électorale aux élections

« La révolution de mai et le droit du travail », *Dr. soc.* 1968, p. 443 ; J. Brèthe de la Gressaye, « La présence du syndicat dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1969, p. 153. *Adde* R. Mathevet, « Reconnaissance légale des sections syndicales d'entreprise et garanties de leurs moyens d'action en relation avec le statut de l'entreprise », *Dr. soc.* 1965, p. 174. L'expression est empruntée à M. G. Borenfreund. Cf. « Les syndicats forcent les portes de l'entreprise : la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *in* J.-P. Le Crom (dir.), *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, Les éditions de l'Atelier, 1998, p. 213.

¹⁰⁰ Loi n° 71-561 du 13 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du chapitre IV bis du titre II du livre I du Code du travail relatives aux conventions collectives de travail, ainsi que de certaines dispositions du titre II de la loi n° 50-205 du 11 février 1950 relatives à la procédure de médiation, *J.O.R.F.* 14 juillet 1971, p. 6939.

¹⁰¹ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail, *J.O.R.F.* 14 novembre 1982, p. 3414.

¹⁰² Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *J.O.R.F.* 5 mai 2004, p. 7983.

¹⁰³ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 *portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*.

¹⁰⁴ Ord. n° 45-280 du 22 février 1945 *sur l'institution des comités d'entreprise*, *J.O.R.F.* du 23 février 1945, p. 954.

¹⁰⁵ Loi n° 46-730 du 16 avril 1946 : *J.O.R.F.* 17 avril 1946, p. 3224.

¹⁰⁶ Loi n° 46-1065 du 16 mai 1946, *tendant à la modification de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise*, *J.O.R.F.* 17 mai 1946, p. 4251.

¹⁰⁷ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968, Art. 16, *J.O.R.F.* 31 décembre 1968, p. 12403 ; M. Despax, « L'exercice du droit syndical dans l'entreprise (loi du 27 décembre 1968) », *J.C.P.* 1968. 2275 ; J. Savatier, « La révolution de mai et le droit du travail », *Dr. soc.* 1968, p. 443 ; J. Brèthe de la Gressaye, « La présence du syndicat dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1969, p. 153. *Adde* R. Mathevet, *Reconnaissance légale des sections syndicales d'entreprise et garanties de leurs moyens d'action en relation avec le statut de l'entreprise*, *Dr. soc.* 1965, p. 174 ; M. G. Borenfreund. Cf. « Les syndicats forcent les portes de l'entreprise : la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *in* J.-P. Le Crom, *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, Les éditions de l'Atelier, 1998, p. 213.

¹⁰⁸ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 *relative au développement des institutions représentatives du personnel*, *J.O.R.F.* 29 avril 1982, p. 3255.

¹⁰⁹ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 *portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*.

professionnelles dans l'entreprise¹¹⁰. Pour autant, la dualité originelle inscrite dans les sources étatiques n'a pas été abandonnée et caractérise toujours le système français de représentation collective des salariés.

37. L'importance des sources étatiques dans ce système n'a pas supprimé toute forme de régulation négociée ou spontanée. Il n'est pas anodin de rappeler que l'institution des délégués du personnel a été créée par les Accords de Matignon conclus à la suite des grèves de 1936. Jusqu'à un décret-loi daté du 12 novembre 1938, la mise en place de délégués du personnel n'était prévue que par les conventions collectives de branche. De même, l'institution du comité d'entreprise a été précédée d'expériences et de pratiques qui ont eu cours avant sa reconnaissance légale. Des instances collégiales sont apparues telles que le comité d'usine instauré en 1875 dans la filature de laine du *Val de bois* ou les comités de gestion mis en place à la Libération¹¹¹. Le même constat vaut pour les comités de groupe au niveau national, comme au niveau communautaire qui ont existé "dans la pratique" avant de faire l'objet d'un encadrement juridique¹¹². Aujourd'hui, outre les habilitations légales qui invitent, autorisent ou permettent simplement la négociation collective dans ce domaine, des pratiques, des codes de bonne conduite, des accords transnationaux apparaissent et se saisissent de la représentation collective des salariés.

b) Identité substantielle et différenciation avec les matières limitrophes

38. L'unité du système de représentation collective des salariés justifie de limiter l'étude aux seules *relations collectives de travail régies par le droit privé du travail*, c'est-à-dire aux

¹¹⁰ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 *portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*. Toutefois, dans les entreprises de moins de 11 salariés, qui ne disposent donc pas de représentation élue, la loi du 15 octobre 2010 prévoit que les salariés de ces entreprises participeront à un scrutin qui aura lieu tous les 4 ans au niveau régional. Cf. Loi n° 2010-1215 *complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008* et Art. L. 2122-10-1 à L. 2122-10-11 *C. trav.* G. Borenfreund, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *R.D.T.* 2008, p. 712.

¹¹¹ J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariale*, Syllepse, coll. Le présent avenir, 2003, p. 36.

¹¹² Cette référence au niveau communautaire est l'occasion d'opérer une précision sémantique. La terminologie communautaire mériterait d'être abandonnée dans la mesure où les Communautés européennes ont laissé la place à l'Union européenne. Pourtant, l'usage de cette terminologie persiste. À titre d'exemple, la directive relative au comité d'entreprise européen évoque les entreprises de dimension communautaire. Cf. Dir. 2009/38 *concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs*.

sources qui ont pour objet l'expression et la défense des intérêts des salariés par l'intermédiaire de représentants *face à l'employeur ou des groupements d'employeurs de droit privé*. Cette limitation exclut par conséquent la représentation collective des fonctionnaires et des agents publics dans le cadre de leurs relations de travail avec une personne de droit public. L'étude ne portera pas, ou seulement de manière incidente, sur les sources qui régissent la représentation des salariés au sein d'organismes consultatifs ou de protection sociale. La représentation des salariés vise alors à permettre une prise en compte des intérêts des salariés dans la définition des politiques sociales et plus largement dans celle de l'intérêt général. De telles relations, paritaires ou tripartites, ne relèvent donc pas à proprement parler des relations collectives *de travail*.

Certes, historiquement et juridiquement, des liens se sont tissés entre ces deux types de représentation. Le Conseil économique, créé en 1925, était censé chapeauter une pyramide dont le premier niveau aurait été les conseils d'usine et le second, les conseils régionaux¹¹³. Le paritarisme entretient pour sa part des liens forts avec la négociation collective¹¹⁴. L'Accord national interprofessionnel du 17 février 2012 sur la modernisation du paritarisme et de son fonctionnement le rappelle¹¹⁵.

¹¹³ G. Scelle, *Le droit ouvrier*, A. Colin, 1929, p. 207 : « *Les conseils mixtes d'employeurs et employés, à tous les degrés, depuis le conseil d'usine jusqu'aux conseils régionaux et nationaux joueraient à la fois aux divers échelons de la hiérarchie [...] le double rôle de législateurs secondaires et d'organes de conciliation* ».

¹¹⁴ Le droit des salariés à la négociation collective porte notamment sur les garanties sociales. Or, celles-ci renvoient aux aspects de protection sociale, notamment en matière de retraite, de chômage, etc. Sur la question du paritarisme, J. Barthélémy, « Le concept de paritarisme et les modalités de sa déclinaison », *S.S.L.* 2012, n° 1437, p. 7 ; B. Gibaud, « Paritarisme et démocratie sociale : aperçus historiques sur une liaison hasardeuse », *Mouvements* 2001, p. 38 ; J.-J. Dupeyroux, « Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 1994, p. 820 ; P. Langlois, « La révision des accords collectifs de retraite », *Dr. soc.* 1994, p. 696 ; J. Barthélémy, « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p. 513.

¹¹⁵ Accord national interprofessionnel du 17 février 2012 sur la modernisation du paritarisme et de son fonctionnement conclu, du côté patronal, par le M.E.D.F., la C.G.P.M.E. et l'U.P.A. et, du côté syndical, par la C.F.D.T., la C.F.T.C. et la C.G.T.-F.O., *L.S. Quotidien*, n° 16045 ; H. Guyot, « Le financement du dialogue social : acte 1, le financement du paritarisme », *J.C.P.* éd. S 2012.1146 : « *La notion de paritarisme peut recouvrir plusieurs acceptions : – la négociation collective, dont l'objet est de fixer entre partenaires sociaux (représentants des salariés et des employeurs) les normes applicables aux salariés et aux entreprises, liées à l'existence d'un contrat de travail ; – la gestion paritaire des normes issues de la négociation collective ; – l'interprétation de ces normes* ».

Pourtant, ces liens se sont distendus. Cette distance est en partie due à un phénomène d'« *institutionnalisation des syndicats* »¹¹⁶. Au sein du Conseil économique social et environnemental (C.E.S.E.) comme au sein des Conseils d'administration des institutions paritaires, les représentants des salariés ne sont plus porteurs de réclamations et de revendications émanant de *collectifs de travail*. Ils sont les représentants d'un intérêt collectif catégoriel attaché à un groupe social particulier, le salariat. De plus, la représentation du "monde du travail" n'y est plus exclusive, de sorte que la distance avec la représentation collective des salariés dans les relations de travail se fait plus grande encore. L'exemple du C.E.S.E. est éloquent. Outre les représentants des salariés et des employeurs, le C.E.S.E. comprend des représentants des travailleurs agricoles, des artisans, des professions libérales, des mutuelles, des associations familiales, sportives, sociales et environnementales, des étudiants, ainsi que des personnalités dites qualifiées dans les domaines sociaux, économiques, agricoles, culturels, sportifs, scientifiques et environnementaux.

Enfin, à cette distanciation s'ajoute la difficulté d'aborder dans le détail les droits de la protection sociale et de la formation professionnelle ou de justifier de spécificités dues à une imbrication avec les institutions étatiques. Tout ceci nuirait considérablement à la compréhension d'ensemble.

39. En revanche, il ne saurait être question de limiter le champ de la présente étude à la représentation des salariés dans l'entreprise et d'écarter ce qui relève des relations professionnelles et de la négociation collective.

La représentation des salariés dans l'entreprise et le reste des relations professionnelles connaissent des imbrications fortes. L'entreprise est un espace de négociation articulé avec les autres espaces de négociation. De plus, il n'existe pas vraiment d'étanchéité entre les modes d'expression des intérêts des salariés à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise, ni entre les acteurs chargés de les exprimer. Les procédures s'articulent et les acteurs interagissent. À titre d'exemples, la conclusion d'un accord collectif est précédée d'une consultation des représentants élus au comité d'entreprise. Ou encore, la consultation de ces derniers peut à certaines occasions être menée en vue de parvenir à un accord.

¹¹⁶ G. Adam, « L'institutionnalisation des syndicats : esquisse d'une problématique », *Dr. soc.* 1983, p. 597.

Ainsi, la représentation collective des salariés sera envisagée dans sa globalité, c'est-à-dire aux différentes échelles, dans les différents espaces, et en tenant compte des différentes prérogatives exercées par les représentants des salariés chargés d'exprimer et de défendre les intérêts de ces derniers. Représentation des salariés dans l'entreprise, liberté syndicale, exercice du droit syndical, et négociation collective font appel à des mécanismes juridiques où la médiation d'un acteur habilité rend possible l'expression et la défense collective des intérêts des salariés¹¹⁷.

40. *Le système de représentation collective des salariés est un système dynamique et ordonné juridiquement en vue de permettre la défense et l'expression collectives des intérêts des salariés lors de processus décisionnels qui ont lieu dans le cadre des relations collectives des salariés.* Ce système participe à la structuration juridique de ces dernières et révèle des équilibres particuliers quant à la place et au rôle de l'État, du patronat (et des employeurs) et des syndicats (et des salariés). En France, ces équilibres ont conduit à l'établissement d'un système dualiste marqué par une intervention forte de l'État.

41. Il est possible d'identifier trois éléments d'identification du système de représentation collective des salariés : l'ordonnancement juridique principalement mais non exclusivement hétéronome ; la défense et l'expression collective des salariés articulées autour de la négociation collective et d'autres formes de participation, par l'intermédiaire de représentants élus ou syndicaux ; la sécrétion de normes qui participent à l'organisation et à la réglementation des relations de travail.

42. La présentation des sources du droit s'achevait sur l'idée de pluralité alors que celle de la représentation collective des salariés conclut par l'idée d'unité. La présentation de la méthodologie et de l'hypothèse théorique permettront de dissiper cette apparente contradiction.

¹¹⁷ Ce qui exclut du champ de l'étude l'exercice du droit de grève qui est, en principe, un droit individuel exercé collectivement. En dehors du secteur public, il ne requiert pas la médiation d'un représentant chargé d'appeler à la grève et d'exprimer les revendications professionnelles.

II – La posture méthodologique : point de vue interne et approche inductive

43. La dénonciation régulière du discours dogmatique et idéologique sur les sources du droit rend nécessaire l'explicitation du point de vue adopté dans le cadre de la présente étude. Cette explicitation est aussi justifiée au regard des relations collectives de travail dont la compréhension dépend beaucoup de la manière dont se conçoit la place du droit par rapport aux acteurs sociaux.

44. La méthode choisie pour cette étude est non seulement d'adopter un point de vue interne par rapport au système juridique (A), mais également de suivre une démarche inductive (B).

A. Le point de vue interne

45. Le point de vue interne se distingue du point de vue externe. Cette distinction a été forgée par H.L.A. Hart¹¹⁸. Elle a été reprise maintes fois pour rendre compte des différents discours du droit et sur le droit, mais sans toujours recouvrir le même sens¹¹⁹.

En premier lieu, selon Hart, le point de vue interne sur les règles applicables à un groupe social est celui d'un des membres de ce groupe tandis que le point de vue externe est celui d'un observateur qui n'accepte pas lui-même ces règles¹²⁰.

En deuxième lieu, la distinction entre point de vue interne et point de vue externe correspond à deux manières de décrire le droit, qui correspondraient à celle du sociologue du droit et à celle du chercheur en droit. La différence est alors d'ordre à la fois méthodologique et épistémologique.

En troisième lieu, le juriste a la possibilité d'adopter, et c'est autre chose, ou bien un point de vue interne ou bien un point de vue externe¹²¹. Adopter un point de vue interne

¹¹⁸ H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés Saint-Louis, 1976, p. 116. Il convient de souligner que cette distinction ne correspond pas à la distinction kelsenienne entre le droit et la science du droit, même si elle la recoupe en partie.

¹¹⁹ Sur les différentes significations de la distinction interne/externe en droit, cf. S. Leader, « Interne/externe (Perspective) », in A.-J. Arnaud et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, L.G.D.J. 1993, p. 312 ; E. Millard, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *R.I.E.J.*, Bruxelles, 2007, p. 59 ; R. Guastini, « Le "point de vue" de la science juridique », *R.I.E.J.* 2007, p. 49 ; F. Ost et M. de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Facultés Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 32 ; *De la pyramide au réseau ?*, op. cit, 2002, p. 454 s.

¹²⁰ H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, op. cit., p. 116.

¹²¹ L'un et l'autre relevant, dans la perspective précédente, du point de vue interne.

conduit à tenir un discours dogmatico-doctrinal. Il s'agit de rendre compte de manière ordonnée des règles du droit en énonçant ce qui doit être. Adopter un point de vue externe conduit à se livrer « *à une activité intellectuelle qui n'exige aucune participation active à la pratique juridique des acteurs du système positif dont il s'agit* ». Pour reprendre le vocable de M. R. Guastini, l'interprétation est, dans le premier cas, d'ordre « *délibératif* » et, dans le second, d'ordre « *cognitif* »¹²².

Le point de vue interne n'est donc plus seulement celui d'un membre du groupe social. Il est aussi celui qui « *essaie de comprendre les règles, les principes et les institutions juridiques en cherchant à connaître les significations pour ceux qui participent à leur interprétation en tant que juges, fonctionnaires, ou citoyens* »¹²³.

Partant de cette définition, l'étude des sources de la représentation collective des salariés impose d'adopter un point de vue interne qui seul permet de découvrir la structuration juridique des relations collectives de travail et le caractère dynamique que présente l'agencement des sources du droit. Ce point de vue interne devra prendre appui sur un raisonnement de type inductif plutôt que déductif.

B. Une approche inductive

46. L'approche inductive s'oppose à l'approche déductive dont il faut se départir. L'approche déductive paraît conduire à deux écueils. Le premier écueil est de déduire de prémices des conclusions présentées comme nécessaires et inévitables. Par exemple, un raisonnement purement déductif serait de tirer argument de la place des normes dans la hiérarchie des normes une manière de résoudre les conflits de normes au profit des normes supérieures. Or, si un lien peut être établi entre la valeur hiérarchique d'une norme et la manière de l'articuler avec les autres normes, il est loin d'être simple et mécanique. Une même approche déductive ressort d'un raisonnement qui, partant de la promotion d'un droit négocié déduit un recul corrélatif de la loi et de son impérativité. Une telle lecture a largement été répandue pour réclamer ou dénoncer le phénomène de "déréglementation". Juridiquement, la "déréglementation" aurait dû se traduire par un réagencement des sources

¹²² R. Guastini, « Le "point de vue" de la science juridique », art. préc. p. 49.

¹²³ E. Pattaro, « Vers une définition de la science juridique », in *Philosophie et épistémologie juridiques, Revue de synthèse* 1985, p. 256. Comp. F. Ost, M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », art. préc. p. 72. Pour ces auteurs, cette tentative de compréhension participe plutôt d'un point de vue externe modéré.

du droit du travail où la « *dualité des sources* » se serait muée en un « *duel des sources* »¹²⁴ et où « *le contrat [serait devenu] le mode dominant des relations de travail* »¹²⁵. Le principe hiérarchique devait marquer le pas et substituer l'idée de subsidiarité¹²⁶. Pourtant, il y a lieu de douter que le droit étatique ou le droit de l'Union européenne se résorbent à mesure que la négociation collective gagne en importance. L'existence de vases communicants entre les sources du droit ne peut être un postulat ; elle ne peut être qu'une hypothèse qu'il convient d'éprouver. Toute lecture *a priori* des rapports entre les sources du droit comporte le risque de glisser subrepticement d'un discours descriptif à un discours prescriptif sur ce que devraient être la place et le rapport entre les sources du droit.

Le second écueil est de postuler que les normes juridiques et leur agencement ne sont que la mise en œuvre de principes posés *a priori*. Ainsi est-il courant d'entendre à propos du droit du travail qu'il est un droit protecteur des salariés au service du progrès social¹²⁷. Preuve en serait notamment l'existence d'un ordre public social et d'une règle de faveur. Toujours selon cette lecture, la représentation collective des salariés est perçue comme un moyen de retrouver l'égalité faisant défaut au niveau individuel. Elle donne à la collectivité des salariés des moyens d'expression et de défense de leurs intérêts compte tenu de leur subordination juridique individuelle à l'égard de l'employeur. Pourtant, une autre lecture défend que la représentation collective des salariés est un cadre d'échanges entre employeurs et salariés qui

¹²⁴ C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, L.G.D.J. 2006, p. 3 et p. 14.

¹²⁵ G. Adam, « La refondation sociale : quelle deuxième étape », *Dr. soc.* 2003, p. 44 ; *Adde La refondation sociale à réinventer. Le renouveau du dialogue social au cœur du débat public*, E. Liaison, 2002.

¹²⁶ J.-E. Ray, « Du tout État au tout contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », *Dr. soc.* 2000, p. 574 et spéc. p. 575 ; N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, P.U.A.M. 2005, n° 272 ; C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, L.G.D.J. 2006, pp. 322 s ; J.-C. Guibal, « Plaidoyer pour un contrat collectif d'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p. 602 ; B. Teyssié, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 577 ; « L'articulation et la hiérarchie des normes en droit du travail français. Le droit d'aujourd'hui et les perspectives de demain » *Actes du Colloque*, A.F.E.R.P. 2003, p. 100 ; B. Brunhes, « Les bonnes raisons d'une refondation sociale », *Dr. soc.* 2000, p. 571 ; G. Bélier, « Des voies nouvelles pour la négociation collective », *S.S.L.* 2001, n° 1038, p. 7 ; J.-F. Amadiou, B. Boissard, *La démocratie sociale en danger, Laissons vivre les partenaires sociaux*, Ed. Liaisons 2001 ; J. Barthélémy, G. Cette, « Droits du travail réglementaire et conventionnel : une articulation en mutation », *in Vingt ans de transformation de l'économie française, Cahiers français*, La documentation française 2002, p. 75 ; *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, La documentation française, 2011 ; « Droit social, pourquoi et comment refonder », *Dr. soc.* 2012, p. 763.

¹²⁷ R. de Quenaudon, « La doctrine progressiste : une lecture du droit du travail ? », *D.* 2005, p. 1736.

permet de canaliser la conflictualité des rapports de travail¹²⁸. Ainsi aurait-elle rendu acceptable l'exercice du pouvoir unilatéral du chef d'entreprise sans en remettre en cause la légitimité. De manière plus récente, l'action publique « *s'intellectualise* ». Les pouvoirs publics explicitent les raisons de leur action¹²⁹. C'est ainsi qu'en droit du travail, l'État "modernise", "rénovent", "démocratise". En matière de représentation collective des salariés, le dialogue social¹³⁰ ou la démocratie sociale¹³¹ sont devenus des fins que l'État poursuit par l'adoption de lois éponymes et qui justifient son intervention. Toute la difficulté tient à la polysémie de ces notions, pétries d'idéologies en partie contradictoires¹³².

Faits de changements et de permanences, le droit du travail en général, et la représentation des salariés en particulier, ne se sont pas construits autour d'une seule idée et les finalités originaires assignées au droit du travail n'ont pas disparu pour faire place à de nouvelles finalités telles que la démocratie sociale ou le dialogue social. Aussi une approche déductive présente-t-elle le risque de s'enfermer dans une grille de lecture jetant le voile sur d'autres facteurs importants et sur la diversité des conceptions dont sont porteuses les différentes sources examinées.

Rapportée à la théorie des sources, cette approche cherche à découvrir les raisons de l'encadrement juridique du système de représentation des salariés, en déterminant soit les finalités du droit du travail soit ses fonctions dans les sphères sociales et économiques. Cela

¹²⁸ J-D Reynaud., *Les règles du jeu, l'action collective et la régulation sociale*, A. Collin, 1997 ; M. Werber, *Sociologie du droit*, P.U.F. Quadrige, p. 213, spéc. p. 217. Selon une approche marxienne, G. Lyon-caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.* 1979, p. 350 ; A. Artous, « Marx et le droit légal : retour critique », *Droit et émancipation*, Syllepse, 2005, p. 60.

¹²⁹ C.-A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J. Droit et société, 1999, spéc. p. 132.

¹³⁰ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social ; Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social. Cette notion revêt une importance particulière en droit de l'Union européenne : « *Basé sur les principes de solidarité, de responsabilité et de participation, [le dialogue social] constitue le principal organe à travers lequel les partenaires sociaux contribuent à définir les normes sociales européennes et jouent un rôle vital dans la gouvernance de l'Union* ».

[www.europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_dialogue/index_fr.htm]. A. Mias, *Le dialogue social européen. 1957-2005 : Genèse et pratique d'une institution communautaire*, C.N.A.M., 2005.

¹³¹ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

¹³² M. Le Friant, « Démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards* 2001, p. 48 ; A. Jemmaud, M. Le Friant, « Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théoriques », in M.-A. Moreau (dir.), *La représentation collective des travailleurs*, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 15.

revient en réalité à étudier les sources matérielles. Leur caractère possiblement innombrable et ambivalent a précédemment justifié de les écarter comme cadre d'analyse.

47. L'approche déductive a été délaissée pour lui préférer une approche inductive, même s'il faut se méfier alors d'un doute méthodologique trop radical et du relativisme.

Peut-être une méthode non-déductive se rapproche de ce que M. A. Jeammaud nomme une lecture critique du droit du travail. Cette lecture critique invite en effet à partir du régime juridique applicable aux relations de travail qui façonne les relations de travail en même temps qu'il livre une certaine représentation de ce qu'elles devraient être¹³³. Peut-être aussi la méthode suivie s'inspire-t-elle de l'analyse « *systémale* » formulée par M. G. Timsit¹³⁴. Celle-ci ne serait pas structurale en ce sens qu'elle ne prétend pas que le droit est extérieur aux relations sociales. Elle ne serait pas pour autant systémique, ignorant la transcendance de l'univers juridique. L'analyse systémale n'entend rejeter ni l'intention de l'auteur de la norme ni la réception de celle-ci par ses destinataires, qu'ils soient l'autorité interprète ou qu'ils soient les personnes assujetties.

Une méthode inductive cherche d'abord à appréhender un corpus d'énoncés qui ont une portée normative. Elle refuse que la signification et la fonction des normes soient entièrement prédéterminées sans pour autant considérer que cette signification ne soit que pure contingence. Elle cherche à décrire un ordonnancement juridique de la représentation collective des salariés, non seulement en l'abordant comme un système de production de normes, mais également comme un ensemble de normes produites.

En définitive, le point de vue interne et l'approche inductive font se placer de plain-pied¹³⁵ dans un « *espace normatif* » – celui des relations collectives de travail – mais qui ne se limite pas à un seul ordre juridique – en particulier celui de l'ordre juridique étatique – et à

¹³³ A. Jeammaud, « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, Thèmes et commentaires 2005, p. 8 [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/jeammaud_n41int.pdf] ; Adde G. Lyon-Caen, *Le droit du travail – Une technique réversible*, op. cit. Adde. T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*. Th. U-P.O.N.D. 2008, pp. 33-35 ; Comp. J. Barthélémy, *Le droit social technique d'organisation de l'entreprise*, Liaisons 2003.

¹³⁴ G. Timsit, *L'archipel de la norme*, op. cit, pp. 3 s. et pp. 234 s.

¹³⁵ F. Ost, M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in F. Chazel, J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Droit et société L.G.D.J. 1991, p. 72.

une seule rationalité qui explique la structuration juridique des relations de travail et l'agencement des sources du droit.

III – L'hypothèse théorique : le pluralisme intégré

48. La théorie des sources du droit est directement traversée par le débat sur l'existence d'un pluralisme juridique. L'affirmation d'une pluralité de foyers de production de normes ébranle l'idée que le centre de gravité de la production normative serait l'État. Au-delà d'une dimension non-étatique du droit sur lequel il est possible de s'accorder, l'hypothèse du pluralisme juridique va jusqu'à mettre en doute que l'État ait un rôle prépondérant dans le contrôle de la régulation dans la société. Elle pose enfin la question des rapports entre les différents foyers normatifs et des effets attachés au pluralisme juridique en terme d'intégration, d'acculturation ou de conflit. Il existe donc une pluralité des théories du pluralisme juridique¹³⁶. Leur point commun est de dresser une critique contre le monisme étatique et le statocentrisme¹³⁷ et de réfuter le caractère exclusif, totalisant et suprême du droit étatique.

49. S'agissant du système de représentation des salariés en particulier, trois théories du pluralisme juridique méritent d'être évoquées et discutées. La première théorie est celle formulée par le juriste italien Santi Romano auquel revient en particulier la paternité du concept de *relevance*. La deuxième est celle développée par M. Delmas-Marty : l'hypothèse d'un pluralisme ordonné. La troisième, qui sera l'hypothèse retenue pour mener la présente étude, est celle d'un pluralisme intégré.

50. **La relevance des ordres juridiques** – Dans son ouvrage *L'ordre juridique*, le juriste italien Santi Romano entend démontrer la pluralité d'ordres juridiques et, corrélativement, nier tout « *statocentrisme* »¹³⁸. L'auteur se réclame des pensées de Kelsen et d'Hauriou. Selon

¹³⁶ G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935 ; S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, p. 10 (traduction de la 2^{ème} édition) ; J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, P.U.F., Thémis, 2004 ; M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* (tome 2), Seuil 2006 ; A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, L.G.D.J. Droit et société, 2003 [http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/crj-html/1-introduction.htm#_ftnref39]. Pour un aperçu des théories pluralistes, D. Terré, « Le pluralisme et le droit », *Le pluralisme Arch. Ph. Dr.*, tome 49 2005, p. 69 ; L. Fontaine (Dir.), *Droit et pluralisme*, Actes du colloque de Caen (2006), Ed. Bruylant, coll. Droit et justice, n° 76, 2007.

¹³⁷ D. Terré, art. préc., p. 74.

¹³⁸ S. Romano, *L'ordre juridique*, *op. cit.* ; G. Timsit, *op. cit.*

l'auteur, un ordre juridique constitue une institution qui n'est pas nécessairement originaire, mais peut dériver d'un autre ordre juridique. L'apport théorique de Santi Romano se situe surtout dans le concept de « *relevance* » à partir duquel il explique comment s'établissent les rapports entre les ordres juridiques. Pour constater la *relevance*, « *il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions émises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre qu'à un titre défini par ce dernier* »¹³⁹. Ainsi, un ordre juridique peut être *relevant* pour un autre ordre juridique, en particulier pour l'État. Il l'est lorsque ses normes sont reconnues comme valides et qu'elles produisent des effets de droit dans l'ordre juridique dans lequel elles sont reçues. Un ordre juridique peut au contraire être *irrelevant* pour un autre. Dans ce cas, ses normes sont ignorées, jugées nulles, ou constituées en un acte pénalement répréhensible¹⁴⁰. Au demeurant, le concept de *relevance* n'est pas exclusif de rapports hiérarchiques entre les ordres juridiques.

51. Négativement, cette théorie nie que tout pouvoir normatif découle de l'État. Positivement, elle cherche à établir les conditions auxquelles est subordonnée la réception des normes issues d'un ordre juridique pour un autre ordre juridique. Cette démarche suppose donc de caractériser au préalable deux ordres juridiques posés comme distincts avant de déterminer leurs rapports.

52. Dans cette perspective, M. N. Aliprantis a étudié la manière dont les conventions collectives de travail, issues de l'ordre juridique socioprofessionnel, étaient réceptionnées dans la hiérarchie des normes de l'ordre juridique étatique¹⁴¹. De son côté, Mme S. Yannakourou a réfléchi aux relations en France et en Italie qu'entretenaient l'État et l'autonomie collective : « *L'autonomie collective attachée à l'ordre professionnel désigne un terrain d'autoréglementation où les organisations professionnelles des travailleurs et des employeurs sont dotées d'une capacité originaire de production de normes impératives. Cette capacité n'est pas encadrée par l'État automatiquement comme capacité normative* »¹⁴². Selon l'auteure, la représentativité syndicale est le titre de *relevance* auquel l'État subordonne la réception des normes issues de l'ordre juridique professionnel. L'auteur remarque qu'en France l'État opère

¹³⁹ S. Romano, *op. cit.* p. 106.

¹⁴⁰ S. Romano, *op. cit.* p. 144.

¹⁴¹ N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J. 1980, spéc. pp. 37 s.

¹⁴² S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur - Étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, L.G.D.J. 1995, p. 39 et p. 183.

de cette manière une « *juridification de l'autonomie collective* »¹⁴³. Ce processus conduit à l'« *insertion [de la convention collective] dans un système de réglementation gouverné par l'intervention étatique. [Elle] devient un instrument complémentaire de cette réglementation* »¹⁴⁴. De cette manière, l'État « *altère les règles d'autolégitimation des acteurs professionnels et impose ses propres conditions de reconnaissance de leur capacité normative* »¹⁴⁵.

Cette approche a le mérite de systématiser les rapports de l'État et de la sphère professionnelle. Elle rend compte également de manière rigoureuse des mécanismes juridiques sur lesquels le droit de la négociation collective repose¹⁴⁶.

En dépit de ces atouts à la fois méthodologiques et didactiques, elle n'est cependant pas adaptée à la présente étude. Reposant sur une vision unitaire de l'État, elle empêche d'appréhender de manière suffisamment précise la pluralité des sources au sein même de l'État. De plus, il ne s'agit pas ici de comprendre la manière dont les normes d'un ordre juridique sont reçues par un autre ordre juridique. Enfin, le système de représentation collective des salariés est appréhendé comme un ensemble structuré par des normes qui sont agencées autour d'un objet commun : l'expression et la défense collective des intérêts des salariés. Il s'agit de l'analyser comme tel et non comme une multitude d'ordres juridiques en conflit.

53. **Les interactions dans un pluralisme ordonné** - Une autre hypothèse, celle du « *pluralisme ordonné* », a été développée par Mme M. Delmas-Marty sur la base d'une expression qu'elle emprunte à N. Bobbio¹⁴⁷. Cette auteure rejette l'étatisme et le légicentrisme. Elle réfute tout autant le « *pluralisme juridique de fusion* » conduisant à une trop grande acculturation juridique, de même que le « *pluralisme juridique de séparation* » qui porte en lui

¹⁴³ S. Yannakourou, *op. cit.*, p. 191.

¹⁴⁴ S. Yannakourou, *op. cit.*, p. 193.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ La théorie de la réception est complémentaire de la théorie de la relevance. La théorie de la réception se place au niveau d'un ordre juridique pour étudier la manière dont les normes issues d'un autre ordre sont reçues et retranscrites. La théorie de la relevance part d'un point de vue plus externe par rapport aux ordres juridiques étudiés.

¹⁴⁷ M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* (tome 2), *op. cit.*, p. 9 ; « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951. Comp. A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique. A. Où va la sociologie du droit ?*, C.N.R.S., [http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/crj-html/1-introduction.htm#_Toc100025298]. L'auteur évoque pour sa part une polysystémie disjonctive.

le risque d'un relativisme et repose sur une autonomie illusoire des différents systèmes juridiques¹⁴⁸. L'hypothèse du pluralisme ordonné cherche « *à maintenir une séparation, sans imposer la fusion et pourtant construire quelque chose comme un ordre, ou un espace ordonné : telle pourrait être la réponse à la complexité juridique du monde* »¹⁴⁹. L'hypothèse du pluralisme ordonné propose de mettre fin à ce qui serait un ordonnancement « *sans majesté, par ajustements successifs, toujours partiels, toujours imparfaits* », dont « *les métaphores rendent bien mal compte* »¹⁵⁰. Plus concrètement, l'auteure tente de décrire les processus, les espaces et les temps qui permettraient de répondre à ce qu'un autre auteur a appelé la « *dissociation des hiérarchies* »¹⁵¹ : la « *coordination* » et l'existence d'une « *internormativité horizontale* » ; l'« *harmonisation* » et l'établissement de « *rapprochements* » sans aller jusqu'à l'uniformité ; l'« *unification* » qui consiste tantôt en une « *transplantation* », tantôt en une « *hybridation* ».

L'auteure cherche à décrire des mouvements entre ordres juridiques situés dans des espaces normatifs communs situés à l'échelle régionale ou mondiale¹⁵². Ceux-ci seraient des lieux d'interactions et d'hétérogénéité normative à ordonner. Mme M. Delmas-Marty l'affirme elle-même : ce sont les processus qu'elle entend saisir plutôt que les résultats auxquels aboutissent ces processus¹⁵³. Ainsi, la théorie du pluralisme ordonné n'appréhende pas ce que M. A.-J. Arnaud appelle la « *polysystémie simultanée* »¹⁵⁴, expression qui souligne la coexistence de plusieurs raisons juridiques, portées par le droit imposé et par ce que l'auteur nomme à l'opposé le droit spontané¹⁵⁵.

Semblablement à l'analyse de la relevance des ordres juridiques, l'hypothèse du pluralisme ordonné rend plutôt compte de la manière dont un événement peut relever de plusieurs ordres juridiques en même temps.

54. **Les enchevêtrements dans l'hypothèse du pluralisme intégré** – L'hypothèse du pluralisme intégré s'appuie sur le constat d'un enchevêtrement des ordres juridiques et tente

¹⁴⁸ M. Delmas-Marty, art. préc., p. 951.

¹⁴⁹ M. Delmas Marty, *Le pluralisme ordonné, op. cit.* p. 26.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 30.

¹⁵¹ D. de Béchillon, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011, p. 33, spéc. p. 36.

¹⁵² M. Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 135.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵⁴ A.-J. Arnaud, *op. cit.*

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 29 : La raison juridique est définie par l'auteur comme « *le moteur en vertu duquel un système juridique s'organise de façon cohérente et propre à réaliser certaines fins* ».

de comprendre le processus d'intégration à l'échelle nationale¹⁵⁶. Elle offre une explication renouvelée des rapports entre droit étatique et droit international, prenant ses distances à la fois avec la théorie moniste et avec la théorie dualiste¹⁵⁷.

55. Pour rappel, en France, suivant l'article 55 de la Constitution, les Traités ratifiés, de même que les traités et le droit dérivé communautaires, priment sur la loi. Depuis les arrêts *Jacques Vabre*¹⁵⁸ de la Cour de cassation et *Nicolo*¹⁵⁹ du Conseil d'État, les juges contrôlent la conformité des lois aux traités et au droit dérivé communautaire que la loi soit antérieure ou postérieure à ceux-ci¹⁶⁰. En revanche, la Constitution reste la norme supérieure, trahissant l'attachement du droit français à la théorie moniste de la primauté de l'ordre juridique sur les ordres juridiques internationaux et européens¹⁶¹. Cette lecture entre en tension avec celle

¹⁵⁶ E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, spéc. p. 59 ; A. Saris, *Compénétration des ordres normatifs. Études des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatique en France et au Québec*, Université Mac Gill, 2005 ; J.-G. Belley, « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et société* 1988, p. 301 et spéc. p. 312 ; « Pluralisme juridique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J. 1993, p. 449.

¹⁵⁷ V. déjà M. Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges H. Rolin*, A. Pedone 1964, p. 488 et spéc. p. 504 : l'auteur plaide pour un « pluralisme à primauté du droit international ».

¹⁵⁸ Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre* ; *D.* 1975, p. 497, concl. A. Touffait ; *Gaz. Pal.* 1975, p. 470 ; *R.C.D.I.P.* 1976, p. 347, note J. Foyer, D. Holleaux ; *R.G.D.I.P.* 1976, p. 690, obs. C. Rousseau.

¹⁵⁹ C.E. Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.* 190, concl. Frydman ; *J.C.P.* 1989.21371 ; *R.F.D.A.* 1989, p. 812 ; *R.T.D. eur.* 1989, p. 771 *A.J.* 1989, p. 756, obs. E. Honorat, E. Baptiste ; *op. cit.* p. 788, obs. D. Simon ; *R.F.D.A.* 1989, p. 824, note B. Genevois ; *R.C.D.I.P.* 1990, p. 139, obs. P. Lagarde. *Adde* pour le droit dérivé, C.E. 24 septembre 1990, *Boisdet*, *Rec.* p. 251 *A.J.* 1990, p. 863, E. Honorat, R. Schwartz ; *R.F.D.A.* 1991, p. 172 note L. Dubouis ; *R.G.D.I.P.* 1991, p. 964, note C. Rousseau.

¹⁶⁰ Cf. aussi Art. 88-1 de la Constitution : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».

¹⁶¹ C.E. 30 octobre 1998, Sarran n° 200286, 200287, *G.A.J.A.* n° 117 ; *R.T.D. civ.* 1999, p. 232, note N. Molfessis ; *R.F.D.A.* 1998, p. 1094, note D. Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international » ; Europe 1999, p. 4, note D. Simon, « L'arrêt Sarran : dualisme incompressible ou monisme inversé : la hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État » : « si l'article 55 de la Constitution dispose que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie", la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle » ; *A.P.*, 2 juin 2000, *Bull. A.P.* n° 4 ; *D.* 2000, p. 865, note B. Mathieu, M. Verpeaux, « Le régime électoral en Nouvelle-Calédonie entre arrangements constitutionnels et exigences conventionnelles » ; *D.* 2001, p. 1636, note B. Beigner, S. Mouton ; « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction » ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 672, note R. Libchaber, « La vision du monde selon la Cour de cassation » ; *L.P.A.* 2000, p. 8, B. de Lamy, P. Deumier, « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable » : « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas

retenue par les juges européens. Ainsi convient-il de rappeler les termes de l'arrêt *Costa c/ Enel* rendu par la Cour de justice des communautés européennes (C.J.C.E.) en 1964 : « *le Traité C.E.E a institué un ordre juridique intégré au système juridique des États membres* »¹⁶². De même la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle écarté, quoiqu'indirectement, l'application de dispositions constitutionnelles contraire à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H.)¹⁶³.

A la suite de Mme E. Lambert, il faut sans doute renoncer à se ranger derrière les analyses moniste ou dualiste pour ne pas avoir à nier l'une ou l'autre des solutions rendues par ces Cours suprêmes¹⁶⁴. Il semble préférable de conclure à une « *souveraineté nationale contrôlée* » ou à une « *primauté [internationale] et européenne relative* »¹⁶⁵.

56. L'intégration (comme résultat et non comme processus) des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique des États dépend de facteurs différents, liés à l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques, d'une pluralité de sources potentiellement applicables et d'une pluralité des juges chargés de l'interprétation. L'hypothèse d'un pluralisme intégré n'est pas seulement propice à l'analyse des rapports entre droit étatique et droit international. Elle l'est aussi pour appréhender le droit créé aux niveaux infraétatiques, qu'il soit spontané ou négocié.

57. Cette hypothèse conduit à envisager le pluralisme non plus « *comme un phénomène de droit extérieur à l'ordre juridique étatique [mais comme étant] intégré dans la logique interne d'un droit positif à la fois commun et pluraliste* »¹⁶⁶.

La notion d'intégration suppose un « *ajustement réciproque des éléments constitutifs d'un système permettant à celui-ci de former un tout équilibré* »¹⁶⁷. Il traduit ainsi « *la volonté*

dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle ». Tel n'est pas le cas en droit belge. Cf. C.E. 5 novembre 1996, Orfinger, « *Le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne afin de limiter la portée des dispositions du droit communautaire aurait pour conséquence de porter atteinte à l'unité et l'efficacité de ce droit et ne saurait dès lors être admis, même si les dispositions de droit interne sont celles de la Constitution* ». cité par F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁶² C.J.C.E. 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, *Rec.* p. 1141.

¹⁶³ C.E.D.H. 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande* ; F. Sudre, « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », *R.F.D.C.*, 1993, p. 216.

¹⁶⁴ E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.* p. 35.

¹⁶⁵ M. Delmas-Marty, « La jurisprudence de la C.E.D.H. et la "logique du flou" », *R.D.P.C.* 1992, p. 1031.

¹⁶⁶ J.-G. Belley, art. préc., p. 312. Nous soulignons.

de l'État de conserver un monopole sur un droit qu'il veut unifier tout en prenant "plus ou moins" en considération la situation d'hétérogénéité normative existant sur son territoire »¹⁶⁸.

Cela étant, l'intégration ne conduit pas à nier la raison juridique du foyer normatif originaire. L'autonomie des différents ordres juridiques demeure prise en compte. Si les sources internationales, européennes et professionnelles de la représentation collective des salariés ont un sens « *prédéterminé* », celui-ci est en fin de compte « *codéterminé* » par le juge qui est chargé de les interpréter¹⁶⁹. À cette prédétermination et à cette codétermination, il faut ajouter la « *surdétermination* », « *résultant des contraintes qui découlent, pour l'application du droit, de la présence d'un champ de valeurs qui lui sert de support* »¹⁷⁰.

De plus, ce n'est pas sur un mais sur cinq « *juges de la loi* » qu'il faut compter. Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, le Conseil d'État, la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) et la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) ont tous un « *pouvoir de dernier mot* »¹⁷¹. Leurs discordes sont habituelles et l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (Q.P.C.) en a certainement créé de nouvelles¹⁷². S'il n'y a pas lieu de mettre fin aux « *dialogues des juges* », encore convient-il de savoir articuler les différents types de contrôle, notamment le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* avec le contrôle de conventionnalité, entendu comme le contrôle de la conformité des lois aux engagements internationaux et de la compatibilité avec le droit de l'Union européenne. Il ne

¹⁶⁷ « Intégration », *Grande Encyclopédie Larousse*, p. 7127 [<http://www.larousse.fr/archives/grande-encyclopedie/page/7127>].

¹⁶⁸ E. Lambert, *op. cit.* p. 418. Nous nous écartons ainsi de la définition donnée par A. Saris qui entend le pluralisme intégré comme un pluralisme *ad hoc*, opposé au pluralisme institutionnalisé. V. A. Saris, *op. cit.* pp. 27 s. et sur le pluralisme intégré *op. cit.* pp. 81 s.

¹⁶⁹ Sur les notions de prédétermination, codétermination et surdétermination de la norme, G. Timsit, « Sur l'engendrement du droit », *R.D.P.* 1988, p. 39.

¹⁷⁰ A. Lajoie, « Surdétermination », in A. Lajoie, R.- A. Macdonald, R. Janda et G. Rocher (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, p. 85.

¹⁷¹ D. de Béchillon, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011, p. 33.

¹⁷² Art. 61-1 de la Constitution - *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.* D. Simon, A. Rigaux, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonances(s) des monologues juridictionnels croisés », *C.C.C.* 2010, p. 63 ; « Drôle de drame. La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe* 2010, Étude 5 ; M. Gautier, « Q.P.C. et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *D.A.* 2010, étude 19. Une lecture plus conflictuelle a conduit les journalistes à préférer un champ lexical guerrier : « Guerre des juges autour de la réforme du Conseil constitutionnel », *Les Échos*, 28 avril 2010 ; « La Cour de cassation surprend sur la question prioritaire de constitutionnalité », *Le Monde*, 23 avril 2010 où l'on évoque un « coup de tonnerre ».

s'agit pas de créer entre ces deux formes de contrôle un rapport d'exclusion comme l'a cru la Cour de cassation¹⁷³. Il s'agit de savoir les concilier. La Q.P.C. est possible - et a la priorité - *pour autant* qu'elle ne prive pas les juges du fond du pouvoir de contrôler « l'eurocompatibilité »¹⁷⁴, de saisir la C.J.U.E. d'une question préjudicielle et *in fine* d'écarter les dispositions contraires au droit de l'Union européenne¹⁷⁵. Au demeurant, il en va déjà ainsi du contrôle de constitutionnalité d'acte réglementaire de transposition¹⁷⁶.

Enfin, l'intégration dépendra autant de la manière dont le juge interne se saisit des règles internationales, européennes, et professionnelles que de celle dont les juges européens se saisiront du droit interne pour apprécier leur conformité avec les règles dont ils assurent le respect¹⁷⁷. L'intégration passera par des mécanismes tels que la marge d'appréciation laissée

¹⁷³ A.P. 16 avril 2010, n° 10-40.002 ; *J.C.P.* éd. G. 2010.563, obs. J.-F. Akandji-Kombé, « Q.P.C. versus question préjudicielle posée à la C.J.U.E : à qui la priorité ? » ; *ibidem* 2010.550, obs. D. de Béchillon, « La question de constitutionnalité peut-elle être "prioritaire" ? - Un arrière-plan à ne pas perdre de vue » ; *R.T.D. eur.* 2010, p. 577, obs. J. Dutheil de La Rochère, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. La porte étroite ».

¹⁷⁴ D. Simon, « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs* 2011, p. 19 et spéc. p. 26.

¹⁷⁵ C.J.U.E. 19 novembre 2009, C-314/08, *Filipiak* ; C.J.U.E. 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdelli* ; Déc. n° 2010-605 D.C. du 12 mai 2010, *Rec.* p. 78 ; B. Mathieu, « La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision n° 2010-605 D.C. du Conseil constitutionnel », *J.C.P.* éd. G. 2010.1077 ; S. Lavric, « Jeux de ligne : le Conseil constitutionnel répond à la Cour de cassation », *D.* 2010, p. 1205 ; J.-P. Camby, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les jeux en ligne : le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne peut nuire au contrôle de conventionnalité », *L.P.A.* 7 juillet 2010, p. 6 ; D. Simon, « Le feuillet de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, Le jour se lève? », *Europe* 2010, p. 1 ; C.E. 14 mai 2010, n° 312605, *J.C.P.* 2010.608, obs. J.-G. Sorbara. *Adde.* D. Simon, « conventionnalité et constitutionnalité », *art. préc.*, pp. 26 s. ; J.-F. Akandji-Kombé, « Le juge (du fond), les parties et la Q.P.C. : stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *D.* 2010, p. 1725. Selon l'auteur, il s'agit d'appliquer la technique *Solange*, en référence à la jurisprudence constitutionnelle allemande ou *Bosphorus* en référence la jurisprudence de la C.E.D.H. cf. D. Simon, A. Rigaux, « Solange, le mot magique du dialogue des juges », *Europe* 2010, repère 7.

¹⁷⁶ C.E. 8 février 2007, n° 287110 ; *A.J.D.A.* 2007, p. 577, obs. F. Lenica, J. Boucher et p. 1097, obs. P. Cassia ; *Constitutions* 2010, p. 58, obs. A. Levade, « Affaire Arcelor : épilogue d'un dialogue empreint de loyauté » ; *D.* 2007, p. 1066 ; V. Bernaud, L. Gay, *D.* 2007, p. 2272, obs. M. Verpeaux ; *D.* 2007, p. 2742, P. Deumier, « Constitution et droit communautaire dérivé : la voix du Conseil d'Etat dans le dialogue des juges » ; *R.F.D.A.* 2007, p. 387, concl. M. Guyomar ; *R.F.D.A.* 2007, p. 564 obs. A. Levade ; *Ibid.* p. 578, obs. X. Magnon ; *R.T.D. civ.* 2007, p. 299, obs. P. Rémy-Corlay ; *Ibid.* p. 378, obs. P. Cassia ; *R.T.D. civ.* 2008, p. 835 ; *G.A.J.A.* 2012, p. 892 ; C.J.C.E. gde. Ch. 16 décembre 2008, aff. C-127/07, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, *D.* 2009 p. 2448, obs. F. Trébulle ; *A.J.D.A.* 2009, p. 245, obs. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; C.E. 3 juin 2009, Société Arcelor Atlantique et autres, n° 287110 ; *A.J.D.A.* 2009, p. 1710, note F. Lafaille ; *D.* 2009. 2448, obs. F. Trébulle ; *R.F.D.A.* 2009, p. 800, concl. M. Guyomar.

¹⁷⁷ T. Aubert-Monteypenssen, « Les droits sociaux fondamentaux et le juge français », *in* N. Aliprantis (dir.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux : défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, 2009. J.-F. Akandji-Kombé, « Le juge (du fond), les parties et la Q.P.C. : stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *D.* 2010, p. 1725.

aux États s'agissant des normes supraétatiques ou l'interprétation des conventions conforme à la volonté des parties concernant les normes de type contractuel. Ces mécanismes peuvent être analysés comme des clés de décodage entre pôles normatifs émetteurs et pôles normatifs récepteurs.

Un lien peut être établi avec la théorie de Mme M. Delmas-Marty qui n'est pas contradictoire avec l'hypothèse du pluralisme intégré, mais complémentaire. Les processus de rapprochements, de transplantation ou d'hybridation supposent en effet d'identifier un ou plusieurs pôles normatifs émetteurs et un pôle normatif récepteur. Dans la perspective du pluralisme juridique intégré, le sens de la norme harmonisée, transplantée ou hybride dépendra du sens prédéterminé au sein des ordres juridiques émetteurs et, dans l'ordre juridique récepteur, de la codétermination par le juge qui l'interprète et du contexte normatif dans lequel cette norme va s'inscrire. Un auteur faisait justement remarquer que « *c'est peut-être dans cette étonnante faculté d'intégration de la diversité et de la pluralité que réside en dernier ressort la puissance de l'État* »¹⁷⁸.

58. **Le pluralisme intégré appliqué à la représentation collective des salariés** – La diversification et la dispersion des sources pouvaient sembler contradictoires avec l'unité et la permanence du système de représentation des salariés. L'hypothèse du pluralisme intégré permet de surmonter cette contradiction apparente. En premier lieu, le pluralisme intégré constitue un cadre théorique qui permet de dresser une cartographie unitaire d'un corpus normatif se rapportant à un objet commun. Il rend compte de la diversité des sources de la représentation collective des salariés et de la manière dont chacune, qu'elle soit internationale, européenne ou professionnelle, prend place à côté des sources étatiques. Cette hypothèse semble donc la plus propice pour décrire l'agencement des sources de la représentation des salariés dans le système français de représentation collective des salariés, que ces sources émanent des acteurs du système ou d'autorités qui lui soient extérieures. Loin d'empêcher une appréhension unitaire de la représentation collective des salariés, elle lui restitue sa globalité et sa cohérence en tant que système.

En second lieu, la pertinence de cette hypothèse apparaît dans sa capacité à expliquer la conservation et la permanence d'un système soumis à de fortes perturbations.

Adde Colloque Pluralisme des sources et « dialogue des juges » organisé à l'Université de Toulouse I Capitole par Institut de recherche en droit européen international et comparé en février 2012.

¹⁷⁸ D. Mockle, « Deux variations sur le thème des normes », *Cahiers de droit* 1997, p. 437, spéc. p. 459.

L'internationalisation et la fondamentalisation du droit d'un côté, sa décentralisation et sa contractualisation de l'autre, étaient en effet de nature à mettre à mal son homéostasie, c'est-à-dire sa capacité à se conserver et à demeurer un système. L'agencement des sources se fait autre. Elles ne sont plus seulement agencées autour du droit des salariés à être représentés. Elles le sont aussi en vue de réaliser la déconcentration et la décentralisation de la production des règles régissant les relations de travail. Grâce à l'hypothèse du pluralisme intégré, il est possible d'étudier cette recomposition des sources de la représentation collective des salariés.

59. En définitive, l'hypothèse d'un pluralisme juridique intégré conduit à rechercher, dans le système français de représentation collective des salariés, la manière dont sont agencées les différentes sources qui le régissent et participent de son fonctionnement. L'établissement d'une cartographie des sources de la représentation collective des salariés est utile pour se représenter la place de chacune d'elles. L'agencement se veut dans un premier temps *statique* : chaque source est considérée isolément, *hic et nunc* (Partie 1). Ce tableau esquissé, l'étude des sources de la représentation collective des salariés peut, dans un second temps, prendre un tour plus *dynamique*. Il s'agit alors de montrer comment les sources de la représentation collective des salariés s'agencent entre elles (Partie 2).

Partie 1 – Identification

Partie 2 - Articulation

Première partie – Identification

60. Comprendre l'agencement des sources juridiques de la représentation des salariés impose un exercice préalable d'identification. Celui-ci paraît d'autant plus nécessaire que la représentation des salariés, comme l'ensemble du droit du travail du reste, se caractérise par une pluralité de sources.

61. L'hypothèse d'un pluralisme juridique conduit à prendre en compte, outre les sources étatiques, les sources extraétatiques, qui sont à la fois supraétatiques et infraétatiques. L'approche choisie est celle plus spécifique d'un pluralisme juridique intégré. Pour rappel, celui-ci ne vise donc pas à penser « *les phénomènes de droit extérieurs à l'ordre juridique étatique [mais à se placer] dans logique interne d'un droit positif à la fois commun et pluraliste* »¹⁷⁹. Une telle approche rend compte d'un certain ordonnancement des relations collectives de travail, en présentant d'abord les sources étatiques et supraétatiques (Titre 1) puis les sources professionnelles de la représentation des salariés (Titre 2).

¹⁷⁹ Cf. *supra* n° 48 s. Adde J.-G. Belley, « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et société* 1988, p. 301, spéc. p. 310.

Titre 1 – La représentation collective des salariés saisie par les normes étatiques et supraétatiques

62. Les normes étatiques et supraétatiques envisagent la représentation des salariés de deux manières.

63. Au regard des différentes sources, interne, internationale ou européenne, la représentation collective des salariés apparaît comme un droit des salariés qu'elles ont vocation à garantir (Chapitre 1^{er}). Cette position *surplombante* n'épuise pas l'objet de ces sources. Celles-ci ont aussi une vocation *structurante* à l'égard des relations professionnelles (Chapitre 2nd).

Chapitre 1^{er} –La garantie du droit des salariés à une représentation collective

64. Le droit des salariés à être représentés n'est pas garanti en tant que tel. Son existence se déduit de la reconnaissance aux salariés de la liberté syndicale et de droits de participation.

65. Garanties par la Constitution, la liberté syndicale et la participation des salariés trouvent également des fondements au sein des sources européennes et internationales. L'ensemble des sources de la représentation des salariés partage une idée commune : être représenté est un droit fondamental des salariés. Simplement, « *les droits et libertés fondamentaux désignent [...] simplement les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus ni moins* ». ¹⁸⁰. Ainsi sont mis en avant la haute valeur normative, la prévalence, et l'ensemble de garanties apportées à ce droit des salariés.

66. À travers la reconnaissance de la liberté et de l'action syndicales, les salariés ont acquis un moyen d'exprimer et de défendre collectivement leurs intérêts, aussi bien face au patronat que face à l'État (Section 1). Davantage protéiformes, les droits de participation des salariés garantissent à ces derniers la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions qui les affectent, à travers l'association de leurs représentants aux processus décisionnels (Section 2).

Section 1 : La liberté syndicale et l'exercice du droit syndical

67. La liberté syndicale n'est pas une liberté qui appartient aux seuls salariés¹⁸¹. Néanmoins, à leur égard, elle revêt une signification particulière. La liberté et l'action syndicales ont été essentielles pour permettre aux salariés de défendre collectivement leurs intérêts professionnels. C'est ainsi que les syndicats sont les représentants naturels des intérêts des salariés.

¹⁸⁰ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 15^{ème} édition, 2013, n° 1218, p. 870.

¹⁸¹ Le sixième aliéna du Préambule de la Constitution de 1946 notamment vise « *tout homme* ». La liberté syndicale est reconnue à l'ensemble des travailleurs qu'ils aient ou non la qualité de salariés, en particulier les travailleurs indépendants, les fonctionnaires ou les professionnels libéraux, mais plus généralement à toute personne qui exerce une activité professionnelle, notamment les employeurs.

68. Les garanties apportées à la liberté syndicale concernent aussi bien sa dimension individuelle que sa dimension collective. Ces deux dimensions sont intimement imbriquées, ce qui constitue au demeurant une des originalités de la liberté syndicale. Envisager d'abord la liberté reconnue aux individus et poursuivre ensuite par la liberté reconnue aux groupements syndicaux n'est donc nullement traiter de la liberté individuelle d'abord et de la liberté collective ensuite, mais bien de traiter des deux simultanément sous l'angle des effets produits à chacun de ces deux moments de la liberté syndicale.

69. La liberté syndicale est désormais une liberté fondamentale. Elle est consacrée aussi bien par les sources internationales (Paragraphe 1), européennes (Paragraphe 2), qu'étatiques (Paragraphe 1).

Paragraphe 1- Les conventions n° 87 et 98 de l'O.I.T.

70. Dès la sortie de la Première Guerre Mondiale, le droit français du travail a intégré les conventions internationales du travail de l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T.)¹⁸². A la suite de la Déclaration de Philadelphie et de son intégration au système des Nations Unies¹⁸³, la mission de l'O.I.T a été élargie de l'amélioration des conditions de travail à la « *sécurité économique fondée sur la justice sociale* ». Parmi les domaines confiés à l'O.I.T., la représentation collective des salariés occupe une place centrale, en particulier à travers la protection de la liberté syndicale et du droit de négociation collective.

¹⁸² J.-M. Verdier, « L'apport des normes de l'O.I.T. au droit français du travail », *R.I.T.* 1993, p. 747 ; « L'apport des normes de l'O.I.T. au droit français du travail », in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 51 ; P. Lyon-Caen, « L'application par la France des Conventions internationales du travail », *Droits fondamentaux*, 2010, [www.droits-fondamentaux.org]. La première convention internationale du travail ratifiée par la France le 24 juin 1937 fut la convention n° 29 sur le Travail forcé. Bien qu'elle n'ait pas la valeur normative d'un Traité, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 garantit également la liberté syndicale (article 23). Cf. CE, 23 novembre 1984, M. Roujansky et autres. *Adde* R. de Quenaudon, « L'application par le juge français des droits sociaux fondamentaux affirmés par l'O.I.T. et l'O.N.U. », *R.D.T.* 2007, p. 315. La liberté syndicale est également garantie par l'article 8 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 16 décembre 1966 et entré en vigueur en France le 4 février 1981. Cependant, celui-ci est mobilisé devant le juge français de manière très marginale. Il n'y aurait qu'une seule décision rendue par la Cour de cassation sur le fondement de ce texte. Cf. Soc, 16 décembre 2008, *Bull. civ. V*, n° 251 ; *R.D.T.* 2009, p. 239, note R. de Quenaudon.

¹⁸³ E. Lee, « La déclaration de Philadelphie : rétrospective et prospective », *R.I.T.* 1994, p. 513 ; A. Supiot, *L'Esprit de Philadelphie : La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.

71. La liberté syndicale occupe, au sein des normes internationales du travail, une place originale. Elle bénéficie d'un régime particulier qui offre à cette liberté en particulier, une plus grande effectivité.

En 1998, la Conférence internationale du travail a décidé que la liberté syndicale relevait des principes et droits fondamentaux au travail¹⁸⁴. Cette qualification emporte une conséquence : « *l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution [ces principes et ces droits].* »¹⁸⁵.

Depuis 1951, une instance spécifique connaît des plaintes faisant état des violations de la liberté syndicale : le comité de la liberté syndicale¹⁸⁶. Les plaintes sont dirigées contre un État, qu'il ait ou non ratifié les conventions sur la liberté syndicale. Le comité peut être saisi par des organisations de travailleurs ou d'employeurs. Il émet des recommandations et élabore un rapport à destination du Conseil d'administration¹⁸⁷. L'État, qui a violé les principes de la liberté syndicale, tient informé le comité de la liberté syndicale des mesures qu'il a prises pour mettre fin aux violations constatées. Le comité de la liberté syndicale n'a pas de pouvoir de sanction. Ses décisions n'en visent pas moins à pointer les violations de la liberté syndicale et à en identifier leurs auteurs¹⁸⁸.

72. La France a ratifié les deux conventions internationales du travail qui reconnaissent et garantissent la liberté syndicale et auxquelles la Constitution de l'O.I.T fait référence.

¹⁸⁴ Ils sont au nombre de quatre : la liberté d'association et la reconnaissance effective de la négociation collective ; l'élimination de toute forme de travail forcé ; l'abolition effective du travail des enfants ; l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Partant, le Bureau international du travail a identifié huit conventions jugées comme « fondamentales pour les droits humains au travail » : B.I.T., *Les conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail*, B.I.T. 2002.

¹⁸⁵ Déclaration de l'O.I.T. relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail, 26 janvier 1998. [www.ilo.org].

¹⁸⁶ E. Gravel, I. Duplessis, B. Gernigon, *Le Comité de la liberté syndicale: quel impact depuis sa création ?*, B.I.T. 2001 ; S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, P.U.F. Thémis, 2010, p. 16.

¹⁸⁷ Le Conseil d'administration est l'organe exécutif de l'Organisation internationale du Travail.

¹⁸⁸ Pour une étude complète, A. Wisskirchen, « Le système normatif de l'O.I.T. : pratique et questions juridiques », *R.I.T.* 2005, p. 267.

73. Il s'agit tout d'abord de la convention n° 87 sur *la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, signée le 9 juillet 1948¹⁸⁹. Cette convention a principalement pour objet de garantir la liberté syndicale face à l'État. A l'issue de l'article 2 de cette convention, ce dernier doit respecter la liberté des travailleurs et des employeurs de constituer des syndicats et de s'affilier au syndicat de leur choix. Les articles 3 à 7 précisent quelques-uns des aspects de la liberté des organisations de travailleurs et d'employeurs. Celles-ci sont libres de rédiger leurs statuts, de décider de leur fonctionnement et de leurs relations avec d'autres organisations, de définir leur programme d'action, etc.

Dès lors, un syndicat qui décide de s'affilier non plus à la C.F.T.C. mais à l'U.N.S.A. et modifie en conséquence ses statuts en supprimant la référence aux valeurs chrétiennes ne fait qu'user de sa liberté d'élaborer ses statuts, d'élire ses représentants et de s'affilier à une confédération¹⁹⁰. Le juge ne peut donc pas lui interdire de participer aux élections dans l'entreprise au motif que les changements intervenus sont une modification substantielle ayant entraîné la création d'un nouveau syndicat et le privant de l'ancienneté de deux ans requise pour présenter des candidats.

74. Ensuite, la convention n° 98, adoptée le 1^{er} juillet 1949 porte *sur le droit d'organisation et de négociation collective*¹⁹¹. Elle interdit les discriminations à l'encontre des salariés syndiqués, ainsi que les actes d'ingérence dans une organisation de travailleurs ou d'employeurs, en particulier dans leur formation, leur fonctionnement ou leur administration¹⁹². De plus, la convention invite les États à adopter, si nécessaire, des mesures visant à promouvoir et à encourager la négociation collective entre les organisations de travailleurs et les organisations d'employeurs dans le but de régir par ce moyen les conditions d'emploi¹⁹³.

75. Ces deux conventions protègent la liberté syndicale, à la fois dans sa dimension individuelle et dans sa dimension collective. Sans doute insistent-elles davantage sur la dimension collective. L'accent est mis sur la nécessité de protéger l'organisation contre l'État

¹⁸⁹ Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical adoptée le 9 juillet 1948, entrée en vigueur le 4 juillet 1950 et ratifiée par la France le 28 juin 1951.

¹⁹⁰ Soc, 3 mars 2010, *Bull. civ.* V, n° 54 ; *J.C.P.* éd. S. 2010.1190, note B. Gauriau, « Liberté syndicale et représentativité syndicale ».

¹⁹¹ Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective adoptée le 1^{er} juillet 1949, entrée en vigueur le 18 juillet 1951 et ratifiée par la France le 26 octobre 1951.

¹⁹² Art. 1 et 2.

¹⁹³ Art. 4.

ou contre les autres organisations. Par ailleurs, la négociation collective, thème principal de la convention n° 98, apparaît avant tout comme l'exercice d'une prérogative syndicale. Au sein des normes internationales de l'O.I.T., il s'agit d'un principe.

76. Néanmoins, ce principe connaît des tempéraments, et même des exceptions. Ainsi, les normes internationales du travail ne s'opposent pas à ce que la liberté du syndicat soit tempérée par une exigence de représentativité, à condition que les organisations syndicales non reconnues comme appartenant aux plus représentatives ne soient pas privées « *des moyens essentiels de défense des intérêts professionnels de leurs membres, et du droit d'organiser leur gestion et leur activité et de formuler leur programme d'action prévu par la convention no 87* »¹⁹⁴. Il faut en outre que les critères de représentativité soient « *objectifs et préétablis, de façon à éviter toute possibilité de partialité ou d'abus* »¹⁹⁵.

77. Au titre des exceptions, la Convention n° 154 sur la négociation collective admet que les négociations avec des représentants des salariés autres que les organisations syndicales puissent être qualifiées de négociations collectives. Toutefois, les États doivent veiller à ce que la présence de ces représentants ne « *puisse servir à affaiblir la situation des organisations de travailleurs intéressées* »¹⁹⁶. L'évocation de cette convention permet d'éclairer la manière dont la négociation collective est conçue au niveau de l'O.I.T, à savoir une modalité d'exercice de la liberté syndicale. Il est à noter cependant que cette convention n'est pas une source de la représentation des salariés en France, qui ne l'a pas ratifiée¹⁹⁷. En revanche, la convention

¹⁹⁴ B.I.T. *La liberté syndicale, Recueil de décision et de principes du Comité de la liberté syndicale*, B.I.T., 5^{ème} édition, 2006, § 346.

¹⁹⁵ *Ibidem*, § 347.

¹⁹⁶ Art. 3 Conv. n° 154 sur la négociation collective adoptée le 19 juin 1981, entrée en vigueur le 11 août 1983. *Adde* Recommandation n° 91 du 29 juin 1951 *sur les conventions collectives*. Spéc. § 2.1 – *Aux fins de la présente recommandation, on entend par convention collective tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers en conformité avec la législation nationale*. Nous soulignons.

¹⁹⁷ Le refus de la France de ratifier la convention n° 154 renvoyait à celui de reconnaître aux fonctionnaires le droit de négociation collective. Cette position est peut-être appelée à évoluer dans la mesure où la loi reconnaît désormais que des négociations collectives soient menées au sein de la fonction publique. Cf. Y. Ferkane, « L'arrivée de la négociation dans la fonction publique », in M. Touzeil-Divina, M. Sweeney (dir.), *Droits du travail et des fonctions publiques : unité(s) du Droit ?*, L'épilogue, Lextenso, 2012, p. 129. Toutefois, il n'est pas certain que la procédure de négociation instaurée par loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 soit conforme aux principes de l'O.I.T. de la négociation collective, notamment en raison de leur absence de toute force obligatoire et du rôle de l'Etat.

n° 135 l'est et rappelle que la présence d'une représentation élue ne doit pas servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants¹⁹⁸. Ainsi, suivant le rapport du Comité de la liberté syndicale de 2011, le gouvernement français est invité à veiller à ce que la négociation avec les représentants élus et les salariés mandats n'aboutisse pas « *en pratique [...] une situation de recours systématique* » à cette forme de négociation au détriment de celle avec des délégués syndicaux¹⁹⁹.

78. Cette règle pose une autre question qui concerne l'élection comme mode de sélection des syndicats. Dans un arrêt du 14 avril 2010, la Cour de cassation a décidé la conformité des dispositions de la loi du 20 août 2008 avec notamment les conventions n° 98 et n° 135. Les dispositions litigieuses concernaient plus précisément la désignation par les syndicats représentatifs d'un délégué syndical qui est désormais subordonnée à deux conditions. D'une part, le syndicat doit avoir recueilli 10 % des suffrages exprimés et d'autre part, le salarié appelé à être désigné doit avoir personnellement obtenu ce score. A cette occasion, elle a jugé que « *le fait pour les salariés, à l'occasion des élections professionnelles, de participer à la détermination des syndicats aptes à les représenter dans les négociations collectives n'a pas pour effet d'affaiblir les représentants syndicaux au profit des représentants élus, chacun conservant les attributions qui lui sont propres* »²⁰⁰.

79. Ainsi est-ce sur le terrain de l'équilibre entre représentation syndicale et représentation élue que se place la Cour de cassation. Elle ne répond pas à la question de savoir si cette disposition constitue en réalité une ingérence des pouvoirs publics dans l'organisation de la gestion et de l'activité des syndicats. Selon les principes dégagés par le Comité de la liberté syndicale, « *il incombe aux organisations de travailleurs et d'employeurs de déterminer les conditions dans lesquelles leurs dirigeants syndicaux sont élus, et les autorités devraient s'abstenir de toute intervention indue dans l'exercice du droit garanti aux*

Cf. B. Gernignon, A. Odero, H. Guido, « Les principes de l'O.I.T. sur la négociation collective », *R.I.T.* 2000, p. 37. *Adde* Recommandation n° 91, préc., § 3.1 – *Toute convention collective devrait lier ses signataires ainsi que les personnes au nom desquelles la convention est conclue.*

¹⁹⁸ Art. 6 Conv. n° 135 concernant les représentants des travailleurs, adopté le 23 juin 1971, entrée en vigueur le 30 juin 1973 et ratifiée par la France le 30 juin 1972.

¹⁹⁹ *362ème rapport du comité de la liberté syndicale*, B.I.T. 2011, § 957.

²⁰⁰ Soc, 14 avril 2010, *Bull. civ.* V, n° 100 ; *R.D.T.* 2010, p. 374 note J.-F. Akandji-Kombé, « Représentativité syndicale selon la loi du 20 août 2008 et normes internationales : le pas de trois de la Cour de cassation » ; *J.C.P.* éd. S 2010.24, obs. B. Gauriau ; *Dr. ouv.* 2010, p. 405 obs. A. Braun, P. Rennes ; J.-M. Béraud, Rapport : « Les nouvelles règles : l'évaluation de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2010, p. 276 ; L. Pécaut-Rivolier, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », *Dr. soc.* 2010, p. 647.

organisations de travailleurs et d'employeurs d'élire librement leurs représentants conformément à la convention n° 87». C'est ainsi que l'élection doit en principe être prévue par les statuts du syndicat, de manière à « *agir en toute indépendance et promouvoir avec efficacité les intérêts de leurs membres* »²⁰¹

En 2011, une plainte a été déposée par la C.G.T.-F.O pour constater les violations des conventions n° 87, 98 et 135. Le comité de la liberté syndicale a entendu sa plainte et invite le gouvernement français à réviser la législation française sur un point : la désignation des délégués syndicaux.

Selon le rapport, « *le droit des organisations syndicales d'organiser leur gestion et leur activité conformément à l'article 3 de la convention n° 87 comprend la liberté pour les organisations reconnues comme représentatives de choisir leurs délégués syndicaux aux fins de la négociation collective. Le comité aussi estime que les syndicats devraient pouvoir être assistés par des conseillers et s'attend à ce que le système établi sur la base des élections syndicales n'exclue pas cette possibilité* »²⁰².

A la différence de la Cour de cassation dans l'arrêt du 14 avril 2010, le Comité de la liberté syndicale ne s'attache donc pas seulement aux prérogatives exercées par la représentation élue. L'affaiblissement de la représentation syndicale peut découler de ce qu'un système basé sur des élections porte atteinte à la liberté d'organiser la gestion et l'activité d'un syndicat et révèle une ingérence des pouvoirs publics. Le Comité ne remet pas en cause la légitimation par le vote, seulement l'obligation qui est faite aux syndicats représentatifs de choisir les représentants parmi les candidats aux élections²⁰³. Autrement dit, il ne remet pas en cause le caractère légitime de la législation française qu'avait relevé par « *anticipation* » la Cour de cassation²⁰⁴ : l'article L. 2143-3 du Code du travail « *tend à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte* ». Il met en cause son caractère proportionné.

²⁰¹ B.I.T. *La liberté syndicale, Recueil de décision et de principes du Comité de la liberté syndicale*, B.I.T. 2006, § 390 à 392.

²⁰² *362^{ème} rapport du comité de la liberté syndicale*, B.I.T. 2011, § 948 ; S. Mitterand, I. Odoul-Asorey, « Décision de l'O.I.T sur la loi du 20 août 2008 : quelles suites ? », *R.D.T.* 2012, p. 107.

²⁰³ Le Comité rappelle en effet que la liberté syndicale implique le droit pour les travailleurs et les employeurs d'élire leurs représentants.

²⁰⁴ J.-F. Akandji-Kombé, note sous Soc, 14 avril 2010, « Représentativité syndicale selon la loi du 20 août 2008 et normes internationales : le pas de trois de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2010, p. 374.

80. La conception de la liberté syndicale et de la négociation collective qui ressort des normes internationales n'est certainement pas celle qui se dégage des sources de droit interne, ni celle que retiennent les normes européennes. Les normes internationales insistent davantage sur la dimension collective de la liberté syndicale et les garanties qui y sont apportées sont plus nombreuses. Quant à la négociation collective, celle-ci apparaît avant tout comme un droit du syndicat ; jamais comme un droit des salariés²⁰⁵. À aucun moment, la convention n° 98 n'évoque le travailleur, la collectivité des travailleurs ou les syndiqués, qui sont pourtant les personnes assujetties aux conventions collectives²⁰⁶.

81. Une telle conception explique aussi, comme la suite le montrera, pourquoi les normes internationales, à la différence des normes constitutionnelles et européennes, garantissent peu les droits de participation des salariés²⁰⁷.

Paragraphe 2 – Les sources européennes de la liberté syndicale

Les sources européennes de la liberté syndicale sont ici entendues largement. En premier lieu sont visées les normes issues du Conseil de l'Europe : l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C.E.D.H.). (A) et l'article 5 de la Charte sociale européenne (B). En second lieu, il importe depuis 2010 d'ajouter l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (C).

A. L'article 11 de la C.E.D.H.

82. La Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales (C.E.D.H.) ne garantit pas la liberté syndicale en tant que telle. Elle la garantit en tant qu'expression particulière de la liberté d'association. Suivant l'article 11 de la C.E.D.H., *« toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la*

²⁰⁵ Cependant, pas plus que le droit français, les conventions de l'O.I.T. ne consacrent pas de monopole de la négociation aux organisations syndicales : l'article 3 de la convention n° 154 prévoit en effet que : la loi ou la pratique nationale doit déterminer « *dans quelle mesure le terme "négociation collective" peut englober des négociations avec ces représentants [élus] à condition que des mesures appropriées soient prises pour garantir que la présence de ces représentants ne puisse servir à affaiblir la situation des organisations de travailleurs intéressés* ».

²⁰⁶ Recommandation n° 91 préc., § 3.1 *in fine* – *Les employeurs et les travailleurs liés par une convention collective ne devraient pas pouvoir convenir, par le moyen de contrats de travail, de dispositions contraires à celles de la convention collective.*

²⁰⁷ Cf. *infra* Section 2.

défense de ses intérêts »²⁰⁸. De plus, suivant le second paragraphe du même article, des limites peuvent être apportées à la liberté syndicale, en interdisant par exemple à certaines professions la liberté de créer ou d'adhérer un syndicat²⁰⁹. Il est remarquable que la liberté syndicale soit le droit social consacré en tant que tel par la Convention²¹⁰. Ainsi se révèle une nouvelle fois l'originalité de la liberté syndicale dont la dimension individuelle, en tant que droit de l'homme, semble primer sur sa dimension collective alors même que celle-ci paraît tout aussi évidente, du moins est-elle plus visible dans la société.

83. L'article 11 de C.E.D.H. consacre la dimension individuelle de la liberté syndicale. Celle-ci est une liberté de constitution et une liberté d'affiliation reconnues à toute personne (1). « *Alchimiste de la liberté syndicale* »²¹¹, la Cour européenne des droits de l'homme est allée au-delà du sens évident de cette disposition et a établi un lien nécessaire entre l'existence du syndicat et l'action qu'il mène. Ainsi, l'article 11 protège-t-il également les droits reconnus aux syndicats (2).

1. La liberté du salarié

84. L'article 11 de la C.E.D.H. protège explicitement la liberté de toute personne de créer un syndicat et de s'y affilier. C'est ce que la Cour européenne des droits de l'homme nomme l'aspect positif de la liberté syndicale. Longtemps, ce fut la seule qu'elle reconnaissait.

85. Ce n'est que progressivement qu'elle a reconnu l'aspect négatif de la liberté syndicale, à savoir la liberté de ne pas se syndiquer ou la liberté de se retirer d'un syndicat. Dans un premier temps, il n'était pas sûr qu'elle la reconnaisse à l'égal de la liberté syndicale dans sa

²⁰⁸ Nous soulignons.

²⁰⁹ Selon le second paragraphe de l'article 11 : « *L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État* ». Adde C.E. 11 décembre 2008, n° 306962 (Publié au Recueil) : « *Eu égard aux exigences qui découlent de la discipline militaire et des contraintes inhérentes à l'exercice de leur mission par les forces armées, les dispositions précitées de l'article L. 4121-4 du Code de la défense, qui ne font en rien obstacle à ce que les militaires adhèrent à d'autres groupements que ceux qui ont pour objet la défense de leurs intérêts professionnels, constituent des restrictions légitimes au sens de ces stipulations de l'article 11* ».

²¹⁰ F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 103.

²¹¹ N. Hervieu, « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *R.D.T.* 2009, p. 288.

dimension positive. Elle ne s'opposait qu'aux *closed shop* que s'ils avaient pour effet de priver les salariés de la faculté de se syndiquer au syndicat de leur choix²¹². Cette différence notable avec le système juridique français s'explique par la présence, au sein des membres du Conseil de l'Europe, d'États membres dans lesquels les accords de monopole syndical sont licites et très répandus. Ces accords ont pour objet de réserver des emplois et de permettre l'embauche à des personnes adhérentes au syndicat bénéficiant d'un accord de monopole syndical. On le rencontre dans les pays où la liberté syndicale est d'abord la liberté du syndicat et où les relations professionnelles se sont construites autour et par les groupements syndicaux. Tel est le cas en particulier dans les pays d'Europe du Nord. Or, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas entendu, du moins dans un premier temps, aller frontalement à l'encontre des traditions syndicales de ces États membres. Cette posture pragmatique est assumée par les juges de Strasbourg. Ces derniers estiment ainsi : « *Vu le caractère sensible des questions sociales et politiques qu'implique la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs, et compte tenu du fort degré de divergence entre les systèmes nationaux à cet égard, les États contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation quant à la manière d'assurer la liberté syndicale et la possibilité pour les syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres* ».

86. Malgré tout, la Cour européenne des droits de l'homme a finalement et explicitement reconnu l'aspect négatif de la liberté syndicale à l'occasion de l'arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande* du 30 juin 1993²¹³. Selon la Cour, « *l'article 11 de la Convention doit aussi être considéré comme consacrant un droit d'association négatif, autrement dit un droit à ne pas être contraint de s'affilier à une association* ».

Cependant, la liberté de ne pas se syndiquer ou de se retirer d'un syndicat n'était pas protégée à l'égal de la liberté de se syndiquer. La Cour exigeait seulement que l'obligation faite à une personne de se syndiquer ne portât pas atteinte à la « substance » de la liberté d'association²¹⁴.

87. Dans la décision du 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen contre Danemark*, la Cour européenne des droits de l'homme fait un pas supplémentaire. Désormais, elle « *n'exclut pas en principe que les aspects négatifs et les aspects positifs du droit consacré par l'article 11*

²¹² C.E.D.H., 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, série A n° 44.

²¹³ C.E.D.H., 30 juin 1993, § 35, série A n° 264.

²¹⁴ C.E.D.H. 25 avril 1996, § 45, *Rec. des arrêts et décisions* 1996-II.

doivent bénéficier du même niveau de protection dans le domaine pertinent ». Elle ajoute toutefois : « *il est difficile de trancher in abstracto cette question, qui ne peut être examinée de façon adéquate qu'à la lumière des circonstances propres à une affaire donnée* ». En réalité, la Cour européenne des droits de l'homme reste soucieuse de prendre en compte les spécificités de chaque État membre, selon que certains reconnaissent la licéité des accords de monopole syndical et que d'autres la refusent. Toujours selon l'arrêt *Sorensen et Rasmussen contre Danemark*, « *lorsque le droit interne d'un État contractant autorise la conclusion entre syndicats et employeurs d'accords de monopole syndical qui vont à l'encontre de la liberté de choix de l'individu inhérente à l'article 11, la marge d'appréciation doit être considérée comme réduite. [...]. Pour déterminer si un État contractant est resté dans les limites de sa marge d'appréciation en tolérant l'existence d'accords de monopole syndical, une importance particulière doit être attachée aux motifs avancés par les autorités pour justifier ces accords et – élément apprécier au cas par cas – à leur degré d'empiètement sur les droits et intérêts protégés par l'article 11* »²¹⁵. Plus précisément, l'appréciation concrète suivie par la Cour européenne des droits de l'homme la conduit à exiger des États de justifier la reconnaissance des accords de monopole syndical et de démontrer l'absence d'atteintes disproportionnées à la liberté de ne pas se syndiquer.

2. La liberté du syndicat

88. A la lecture de l'article 11 de la C.E.D.H., la liberté de constitution des syndicats²¹⁶ et l'action syndicale sont des libertés individuelles. Les droits des syndicats ne sont reconnus que dans la mesure où la dimension individuelle de la liberté syndicale est garantie.

89. Aux termes de l'arrêt *Syndicat national de la police belge du 27 octobre 1975*, la Cour européenne des droits de l'homme décide que « *la Convention protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont les États contractants doivent à la fois autoriser et rendre possibles la conduite et le développement. [...] En vue de la défense de leurs intérêts, les membres d'un syndicat ont*

²¹⁵ C.E.D.H., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, requêtes n° 52562 et 52620/99 ; *R.J.S.* 2006, n° 656, p. 364, obs. F. Kessler ; *Dr. soc.* 2006, p. 1022, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

²¹⁶ C.E.D.H. 31 janvier 2012, *Sindicatul Pastoral Cel Bun c/ Roumanie*, Req. n° 2330/09 ; *R.D.T.* 2012, p. 451, note T. Ticlea.

droit à ce qu'il soit entendu »²¹⁷. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la liberté d'action syndicale obligeait l'État à consulter les organisations syndicales. Or, selon la Cour, le droit d'être entendu n'implique pas une obligation de consultation à la charge des États²¹⁸. « *Ce qu'exige [seulement] la Convention, c'est que la législation nationale permette aux syndicats, selon des modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres* ».

90. De même, dans un premier temps, la Cour jugeait que le droit d'être entendu n'imposait pas à l'État "employeur" de négocier et de conclure des conventions collectives²¹⁹.

91. Ce faisant, la Cour entendait préserver la marge d'appréciation des États dans la manière de garantir la liberté syndicale et, en particulier, l'exercice du droit syndical. Suivant cette approche, le droit des adhérents à ce que leur syndicat soit attendu ne garantit pas à ce dernier un traitement précis de la part de l'État qui conserve son pouvoir d'appréciation.

Sans remettre en cause cette solution, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme va connaître une première évolution dans l'affaire *Wilson et Union nationale des journalistes*. Plus précisément, la Cour juge que « *la négociation collective peut être l'un des moyens par lesquels les syndicats peuvent être mis en mesure de protéger les intérêts de leurs affiliés, elle n'est pas indispensable à une jouissance effective de la liberté syndicale* »²²⁰.

92. Un revirement va cependant intervenir. La Cour fut saisie à la suite d'un litige né entre l'Administration turque et un syndicat qui reprochait l'inapplication d'une convention collective. Le juge turc avait refusé d'appliquer la convention au motif que les syndicats de fonctionnaires n'étaient pas autorisés à conclure des conventions collectives. La Turquie sera sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans un second temps, dans

²¹⁷ C.E.D.H., 27 octobre 1975, Syndicat national de la police belge c. Belgique. Comp. C.E.2 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections, 9 juin 2011, n° 340287 : « *ni le principe de la liberté syndicale consacré par le sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ni le principe de participation exprimé au huitième alinéa de ce même Préambule, ni les stipulations de l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni, en tout état de cause, celles de l'article 12 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'imposaient, à peine d'irrégularité de la procédure d'adoption du décret litigieux, la consultation préalable des [organisations représentatives des professions de santé]* ».

²¹⁸ *Ibidem*, §38.

²¹⁹ C.E.D.H., 6 février 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotive c. Suède, n° 5614/72, § 39.

²²⁰ C.E.D.H., 2 juillet 2002, *Wilson et Union nationale des journalistes et autres* c. Royaume-Uni, Requêtes nos 30668/96, 30671/96 et 30678/96, § 44.

une décision du 12 novembre 2008, *Demir et Byakara*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « *le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du "droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts" énoncé à l'article 11 de la Convention, étant entendu que les États demeurent libres d'organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs* ». Et de poursuivre, « *l'État contractant, tout en étant libre en principe de décider quelles mesures il entend prendre afin d'assurer le respect de l'article 11, est dans l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence de la Cour* »²²¹.

93. Pour bien comprendre l'évolution de la Cour quant au droit syndical, il faut rappeler les deux principes directeurs qui guident sa jurisprudence. « *D'une part, la Cour prend en considération la totalité des mesures prises par [un] État [...] afin d'assurer la liberté syndicale dans la mise en œuvre de sa marge d'appréciation ; d'autre part, la Cour n'accepte pas les restrictions qui affectent les éléments essentiels de la liberté syndicale sans lesquels le contenu de cette liberté est vidé de sa substance* ». Les juges de Strasbourg opèrent une « *corrélation* » entre ces deux principes directeurs : « *tout en étant libre en principe de décider quelles mesures il entend prendre afin d'assurer le respect de l'article 11, l'État contractant en cause est dans l'obligation d'y inclure les éléments considérés comme essentiels par la jurisprudence de la Cour* »²²².

94. Le revirement opéré par l'arrêt *Démir et Byakara* est donc important. La liberté de négocier collectivement n'est plus seulement une modalité particulière du droit des adhérents à ce que leur syndicat soit entendu – modalité qui ne reçoit donc aucune garantie au titre de l'article 11 – elle est un élément essentiel sans lequel la liberté syndicale ne saurait être garantie. Par suite, la liberté de négocier collectivement ne relève plus de la marge d'appréciation des États qui ne peuvent ni l'interdire ni la supprimer.

95. Une idée semblable à celle retenue par le juge constitutionnel français apparaît : la vocation des syndicats de défendre les intérêts professionnels conduit à établir un lien nécessaire, d'ordre organique, entre l'objet du syndicat et l'action qu'il mène dans le cadre de

²²¹ C.E.D.H., 12 novembre 2008, *Démir et Baykara C/ Turquie*, req. n° 34503/97 ; *R.D.T.* 2009, p. 288, obs. N. Hervieu ; F. Sudre, « L'interprétation constructive de la liberté syndicale au sens de l'article 11 de la C.E.D.H. », note sous C.E.D.H. 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/Turquie*, *J.C.P.* éd. G, 2009. 10018 ; *J.C.P.* éd. S, 2009. 1154.

²²² C.E.D.H. 12 novembre 2008, préc., § 144.

la négociation collective. Certains auteurs n'ont pas manqué de souligner le rapprochement sur ce point entre la solution du Conseil constitutionnel et les règles européennes et internationales du travail²²³. Néanmoins, pour les juges de la Cour européenne des droits de l'homme, seule la liberté syndicale fonde le droit de mener des négociations collectives. Au contraire, pour le juge constitutionnel français, l'intervention des syndicats en matière de négociation collective se fonde non seulement sur la liberté de l'action syndicale, mais également sur le principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail.

96. Cette décision a eu une résonance particulière en droit français. Alors que la Cour de cassation était invitée à se prononcer sur la conventionnalité de la loi du 20 août 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a repris au mot près les termes de la solution de la Cour européenne des droits de l'homme²²⁴. Ainsi, pour la première fois, la Cour de cassation reconnaissait explicitement le lien entre la négociation collective et la liberté syndicale. Par ailleurs, il faut sans doute replacer dans la perspective de la jurisprudence *Démir et Byakara*, rendue à propos de la négociation collective dans l'administration turque, l'adoption en France de la loi du 5 juillet 2010²²⁵. Cette loi reconnaît en effet un droit de négociation collective dans la fonction publique qui auparavant n'existait pas. Peut-être l'adoption de cette loi n'est-elle pas consécutive de l'arrêt précité, elle n'en est pas moins arrivée à point nommé.

97. Dans un arrêt du 21 avril 2009, les juges de Strasbourg ont également reconnu sur le fondement de l'article 11 que « *la grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix,*

²²³ Sur ce rapprochement, cf. J.-M. Verdier, « Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1040 et spéc. p. 1042 ; M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25 et spéc. p. 27.

²²⁴ Soc, 14 avril 2010, *Dr. soc.* 2010, p. 647, obs. L. Pécaut-Rivolier ; J.-F. Akandji-Kombé, « Représentativité syndicale selon la loi du 20 août 2008 et normes internationales : le pas de trois de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2010, p. 374. : « *Le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs* ». Adde T.G.I Brest, 27 octobre 2009, S.S.L. 2009 n° 1421, note J.-F. Akandji-Kombé, « Tonnerre de Brest ou pétard mouillé ».

²²⁵ Loi n° 2010-751 du 10 juillet 2010 *relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, *J.O.R.F.* 6 juillet 2010, p. 12224. Cf. Y. Ferkane, « L'arrivée de la négociation dans la fonction publique », in M. Touzeil-Divina, M. Sweeney (dir.), *Droits du travail et des fonctions publiques : unité(s) du Droit ?*, L'építoge, Lextenso, 2012, p. 129.

constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts »²²⁶.

Cette décision présente un autre intérêt. Pour la première fois semble-t-il, la Cour européenne des droits de l'homme n'évoque pas le droit des membres d'un syndicat, mais le droit du syndicat « *de faire entendre sa voix* » - mettant dans l'ombre la dimension individuelle de la liberté syndicale exprimée dans l'article 11. La liberté d'action du syndicat se voit ainsi admise de manière autonome. Il n'est pas indifférent de relever qu'était en cause le droit de grève. La Cour européenne des droits de l'homme estime ainsi que le titulaire du droit de grève est le syndicat. Cette conception rompt avec celle du droit français qui appréhende le droit de grève comme un droit individuel du travailleur d'exercice collectif²²⁷, dont l'exercice est indépendant de celui la liberté syndicale²²⁸. Cette comparaison avec le droit français fait apparaître un enjeu important : la Cour européenne des droits de l'homme ne garantit pas le droit de grève, en tant que tel, mais, en tant qu'il est une forme de l'action syndicale²²⁹.

98. L'évolution accomplie par la Cour européenne des droits de l'homme est impressionnante : alors qu'elle ne reconnaissait au départ que la liberté du salarié de se syndiquer, elle admet aujourd'hui que l'article 11 est le fondement de la plupart des droits

²²⁶ L'adjectif « *important* » a été ici préféré à celui d'« *essentiel* ». Ce changement terminologique ne semble pas avoir eu de conséquences particulières, notamment au regard du contrôle exercé. Ainsi, les limites apportées à l'exercice du droit de grève sont légitimes si elles sont prévues par la loi, si elles sont justifiées par un but légitime et si elles sont nécessaires dans une société démocratique.

²²⁷ Brièvement, cette qualification emporte notamment pour conséquence que les salariés peuvent faire grève sans qu'un syndicat ait lancé un appel à la grève. Le droit de grève est par principe un droit individuel d'exercice collectif qui n'exige pas la médiation du groupement syndical. Ce principe connaît toutefois une exception dans les services publics. Les syndicats ont alors un monopole du déclenchement de la grève. Cependant, cette intervention syndicale est considérée moins comme une manifestation du droit syndical que comme une garantie apportée à la continuité du service public. Cf. E. Peskine, G. Borenfreund, O. Leclerc, « Le droit de grève dans les services publics des transports : regards sur la loi du 21 août 2007 », *R.D.T.* 2007, p. 664 ; M.-A. Souriac, S. Nadal, « Le droit de grève dans les services publics des transports : regards sur la loi du 21 août 2007 », *R.D.T.* 2007, p. 738 ; O. Leclerc, « L'encadrement législatif de l'exercice du droit de grève. Observations à partir de la loi n° 2008-790 du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles pendant le temps scolaire », *R.D.T.* 2008, p. 774 ; « Où va le droit spécial de la grève », *R.D.T.* 2012, p. 570 ; R. Vatinet, « Un nouveau droit des conflits collectifs », *Dr. soc.* 2008, p. 671.

²²⁸ Tout travailleur dispose du droit de grève sans qu'il ait à justifier de sa qualité de syndiqué.

²²⁹ Cette remarque doit peut-être être nuancée. En effet, la Cour décide de reconnaître le droit de grève après avoir relevé que ce droit est reconnu par la Charte sociale européenne. Or, celle-ci évoque la grève comme un moyen d'action collective offert aux travailleurs et aux employeurs, ainsi qu'à leurs organisations respectives.

d'essence collective. Peut-être la C.E.D.H. était-elle « *perméable* » aux droits sociaux²³⁰. Néanmoins, pour lui donner cette coloration sociale qui lui faisait défaut originairement, les juges de Strasbourg se sont certainement inspirés des dispositions contenues dans la Charte sociale européenne et des rapports du Comité européen des droits sociaux²³¹.

B. L'article 5 de la Charte sociale européenne

99. La Charte sociale européenne a été conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe, à Turin, le 18 octobre 1961. Elle a été ratifiée par la France le 9 mars 1973²³². Elle fut révisée le 3 mai 1996 et ratifiée par la France le 7 mai 1999²³³.

100. Elle est donc d'application directe²³⁴. Cependant, les parties à la Charte européenne n'ont pas entendu lui conférer un effet horizontal. Elle n'est donc applicable directement qu'en vue d'opérer un contrôle de la conventionnalité des lois ou d'interpréter les dispositions légales conformément à ses dispositions²³⁵.

101. La Charte sociale européenne n'a pas institué, à l'instar de la C.E.D.H., de juridiction qui veille à son application et au respect des droits qu'elle proclame. Un comité a néanmoins été créé : le comité européen des droits sociaux²³⁶. Composé d'experts, ce comité a pour mission de juger de la conformité du droit et de la pratique des États parties à la charte sociale européenne sur la base de rapports que lui transmettent les États.

²³⁰ F. Sudre, « La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », *in Pouvoir et Liberté – Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles 1998, p. 467.

²³¹ G.-T. Chatton, « L'harmonisation des pratiques jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Comité européen des droits sociaux : une évolution discrète », *in* C. Chappuis, B. Foëx, T. Kadner-Graziano, *L'harmonisation internationale du droit, édité par*, Édition Schulthess, 2008, p. 45-73.

²³² P. Laroque, « La Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 1979, p. 110.

²³³ Loi n° 99-174, 10 mars 1999 ; *J.O.R.F.* 11 Mars 1999 ; S. Grévisse, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 2000, p. 884 ; J.-F. Akandji-Kombé, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne », *R.D.T.* 2011, p. 233.

²³⁴ Art. 55 de la Constitution. Cf. A. Jeammaud, « Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail », *Dr. soc.* 1986, p. 399. Pour un exemple récent de l'application par les juges de l'article 5 de la Charte sociale européenne ; Soc, 14 avril 2010, *Dr. soc.* 2010, p. 647, obs. L. Pécaut-Rivolier ; J.-F. Akandji-Kombé, « Représentativité syndicale selon la loi du 20 août 2008 et normes internationales : le pas de trois de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2010, p. 374.

²³⁵ F.-M. van Asbeck, « La charte sociale européenne : sa portée juridique, la mise en œuvre », *in Mélanges offerts à Henri Rolin*, éd. Pedone, 1964 ; T. Aubert-Montpeyssen, « Une justiciabilité accrue de la Charte sociale européenne », *J.D.E.* 2011, p. 166.

²³⁶ Lors de la 158^{ème} session, qui a eu lieu du 16 au 20 novembre 1998, le Comité d'experts indépendants a décidé d'utiliser dorénavant le nom de « Comité européen des Droits sociaux » voir Conclusions XIV-2, p. 23.

Depuis 1995, date de conclusion du Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, le comité rend également des décisions : une procédure de réclamations collectives a été mise en place²³⁷. Seules certaines personnes sont habilitées à saisir le comité européen des droits sociaux dans le cadre de cette procédure : 1°) La Confédération européenne des syndicats (C.E.S.), *BusinessEurope* (ex-U.N.I.C.E.), et l'Organisation internationale des employeurs (O.I.E.) ; 2°) Les organisations non gouvernementales (O.N.G.) dotées du statut participatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur une liste établie à cette fin par le Comité gouvernemental ; 3°) les organisations nationales représentatives d'employeurs et de salariés de l'État concerné²³⁸.

Si la réclamation est jugée recevable et bien fondée, le comité rédige un rapport qu'il transmet au Conseil des ministres. Sur la base de rapport, ce dernier adopte une résolution. Le contrôle exercé est un contrôle *in abstracto*. Le comité n'est pas saisi de cas particuliers, mais de la compatibilité de la législation d'un Etat avec les dispositions de la Charte²³⁹.

Toutefois, des doutes existent quant à la portée des décisions rendues par le Comité. Il n'est pas certain que les juges internes soient soumis à l'interprétation retenue par ce dernier.

102. La liberté syndicale est reconnue par l'article 5 de la Charte sociale européenne, intitulé *Droit syndical*. Suivant cette disposition, les États garantissent et promeuvent « *la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et*

²³⁷ La France a accepté cette procédure le 7 mai 1999, en même temps que la ratification de la charte sociale européenne révisée. V. J.-F. Akandji-Kombé, « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamation collective », *Dr. soc.* 2000, p. 888. *Adde.* « Actualité de la Charte sociale européenne, chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives », *R.T.D.H.*, 2008, p. 507 et 2012, p. 547 ; S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, P.U.F. Thémis, 2010, p. 39.

²³⁸ La notion de représentativité est autonome de celle qui peut être retenue dans les différentes législations nationales : Aff. 6/1999, *Syndicat national des professions de tourisme c. France* : « *la représentativité des syndicats nationaux aux fins de la procédure de réclamations collectives est une notion autonome, indépendante des qualifications nationales et du contexte interne des relations collectives de travail* ».

²³⁹ J.-F. Akandji-Kombé, « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne », *R.D.T.* 2011, p. 233 ; « L'applicabilité *ratione personae* de la Charte sociale européenne : ombres et lumières », in O. De Schutter (coord.), *La Charte Sociale Européenne : une constitution pour l'Europe*, Bruylant 2010 ; S. Hennion, M. Le Barbien-Le bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, P.U.F. Thémis, 2010, p. 40.

d'adhérer à ces organisations »²⁴⁰. La Charte sociale européenne garantit ainsi de manière explicite la liberté de constitution et la liberté d'affiliation. La formule est proche de celle de l'article 11 de la C.E.D.H. L'article 5 va néanmoins plus loin en garantissant la liberté d'organisation des syndicats. Plus précisément, il reconnaît la liberté de s'implanter quel que soit le niveau géographique. En revanche, dans la mesure où la négociation collective et la grève font l'objet d'une reconnaissance en tant que tels à l'article 6 de la Charte, ils ne sont pas protégés comme des éléments de la liberté syndicale, ce qu'attestent d'ailleurs les conclusions du comité européen des droits sociaux.

103. Récemment, le comité européen des droits sociaux a estimé que la France ne respectait pas l'article 5 de la Charte sociale européenne « *au motif que des pratiques de monopole syndical subsistent dans le secteur du livre* ». Appelé également à apprécier la conformité des dispositions de la loi du 20 août 2008 relatives à la représentativité syndicale, le comité a considéré que les critères établis sont « *clairs, préétablis, objectifs et imposés par la loi, et qu'ils peuvent donner lieu à un contrôle juridictionnel* ». En revanche, pour ce qui est de leur caractère raisonnable, le Comité réserve son jugement le temps d'apprécier les conséquences de l'application de la loi²⁴¹. Le comité ne s'arrête donc pas à la seule législation en vigueur. Il prend également en compte les pratiques qui subsistent en dépit d'une interdiction formelle. Autrement dit, le respect de la Charte par les États parties s'apprécie au regard de son application effective.

Au demeurant, compte tenu des influences réciproques, l'interrogation émise par le comité européen des droits sociaux sur le caractère raisonnable des critères de représentativité prévus par la loi du 20 août 2008 sera peut-être de nature à influencer la Cour européenne des droits de l'homme si elle était amenée à apprécier la conformité de cette loi au regard de l'article 11 de la C.E.D.H.²⁴². En effet, une complémentarité et une perméabilité existent entre deux textes. L'un et l'autre sont l'œuvre du Conseil de l'Europe. En outre, la Cour européenne

²⁴⁰ Cette disposition prévoit des tempéraments : « *la mesure dans laquelle les garanties prévues au présent article s'appliqueront à la police sera déterminée par la législation ou la réglementation nationale. Le principe de l'application de ces garanties aux membres des forces armées et la mesure dans laquelle elles s'appliqueraient à cette catégorie de personnes sont également déterminés par la législation ou la réglementation nationale* ».

²⁴¹ Conclusion 2010/def/FRA du 22 octobre 2010, pp. 11-12. Voir déjà Conclusion c-2006-fr1 du 30 juin 2006 [<http://hudoc.esc.coe.int>].

²⁴² Sur les influences réciproques, cf. F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *R.T.D.H.* 2003, p. 755.

des droits de l'homme se sert à des fins d'interprétation des rapports du comité européen des droits sociaux interprétant la Charte sociale européenne.

Cette complémentarité ressort aussi du droit de l'Union européenne qui, en s'inspirant des garanties apportées par la C.E.D.H. et la Charte sociale européenne, entend constituer une sorte de patrimoine normatif commun aux pays européens.

*C. L'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*²⁴³

104. Au sein de l'ordre juridique communautaire, la Cour de justice des communautés européennes est la première à avoir reconnu la liberté syndicale en tant que liberté fondamentale²⁴⁴.

105. Plus tard, le 9 décembre 1989, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux reconnaîtra la liberté syndicale, comme une expression particulière de la liberté d'association²⁴⁵. A ce titre, elle reconnaît aux employeurs et aux travailleurs, ainsi qu'à leurs organisations, les droits de négociation collective et de mener des actions collectives.

Cette Charte n'a pas la valeur juridique d'un traité. À dire vrai, sa portée juridique est entourée d'une grande incertitude²⁴⁶. Elle a pu servir de fondement pour légitimer l'adoption d'une directive. Ainsi, la directive 94/45/CE rappelle dans son préambule le contenu de la Charte en matière d'information et de consultation des travailleurs. Elle a pu aussi servir de guide d'interprétation aux juges. A titre d'exemple, pour imposer l'antériorité de la consultation du comité d'entreprise européen, la Cour d'appel de Versailles s'était référée à la Charte du 5 décembre 1989. Selon elle, la directive 94/45/CE « *[avait intégré] dans l'ordre juridique communautaire des intentions contenues dans la Charte communautaire des droits*

²⁴³ *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2010/C/83/02, J.O.U.E. 30 mars 2010, C83/389.

²⁴⁴ C.J.C.E. 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, *Rec.* p. 1219 (points 31 et 52).

²⁴⁵ Paragraphe 11 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux - *Les employeurs et les travailleurs de la Communauté européenne ont le droit de s'associer librement en vue de constituer les organisations professionnelles ou syndicales de leur choix pour la défense de leurs intérêts économiques et sociaux. Tout employeur et tout travailleur ont la liberté d'adhérer ou de ne pas adhérer à ces organisations, sans qu'il puisse en résulter pour lui un dommage personnel ou professionnel.*

²⁴⁶ Au terme d'un document de travail du Parlement européen, « *Elle ne possède pas la qualité d'un acte juridique obligatoire de l'UE et ne constitue pas non plus un contrat impératif de droit international public entre les États signataires. Elle représente simplement une déclaration solennelle des chefs d'État et de gouvernement des États membres* ».

[http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/104/chap2_fr.htm].

sociaux fondamentaux » et était, « *sur le terrain de l'information et de consultation un instrument de transposition juridique* »²⁴⁷.

106. À compter du Traité d'Amsterdam, l'article 117 du T.C.E, figurant désormais à l'article 151 du T.F.U.E., reconnaît une mission de promotion des droits sociaux fondamentaux, qu'ils soient reconnus par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux ou qu'ils soient reconnus par la Charte sociale européenne²⁴⁸. La jurisprudence de la C.J.C.E ira également en ce sens en ajoutant au passage la référence aux conventions O.I.T.²⁴⁹.

107. Le 7 décembre 2001, le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont adopté la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁵⁰. Pour l'essentiel, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend les droits sociaux énoncés par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs et par la Charte sociale européenne.

Suivant les dispositions de l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts* ». Ainsi, à l'instar de l'article 11 de la C.E.D.H., l'article 12 de la Charte voit dans la liberté syndicale une expression de la liberté d'association.

108. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été intégré au Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne depuis l'adoption du Traité de Lisbonne, conclu le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Elle s'impose donc de la même manière que le droit primaire de l'Union européenne. Elle est d'application directe et prime

²⁴⁷ C.A. Versailles, 7 mai 1997, *R.J.S.* 1997, n° 829 ; *D.* 1997, p. 142 ; *Dr. soc.* 1997, p. 506, obs. A. Lyon-Caen ; *T.P.S.* 1997, n° 186, obs. B. Teyssié.

²⁴⁸ L'article 117, devenu l'article 136 T.C.E, repris à l'article 151 F.U.E. -*La Communauté et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions.* J.-F.Akandji-Kombé, « Charte sociale et droit communautaire » in Akandji-Kombé J.-F., Leclerc S., *La Charte sociale européenne*, Ed. Bruylant, 2001, coll. Rencontres européennes.

²⁴⁹ C.J.C.E. 15 juin 1978, *Defrenne*, aff. 149/77, *Rec.* p. 1365, § 28.

²⁵⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *J.O.C.E.* C-364/1 du 18 décembre 2000. Cf. F. Benoît-Rohmer, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001, p. 1483.

sur les lois et règlements²⁵¹. C'est ainsi, en matière de liberté syndicale, que le Conseil d'État a jugé conforme à l'article 12 le refus d'un ministre de consulter les organisations syndicales représentatives de la profession avant l'adoption un décret intéressant ces dernières²⁵², ou encore, que la Cour de cassation a jugé conforme la différence de traitement entre syndicats catégoriels et syndicats non catégoriels²⁵³ et la condition d'ancienneté de deux ans²⁵⁴.

109. Par ailleurs, l'interprétation de l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'est pas différente de celle que retient la Cour européenne des droits de l'homme de l'article 11 de la C.E.D.H. Tout d'abord, l'adhésion de l'Union européenne à la C.E.D.H. est envisagée par les traités qui prévoient pour l'heure que les droits protégés par C.E.D.H. constituent des principes généraux du droit communautaire²⁵⁵. Ensuite, suivant l'article 52 § 3 de la Charte, « *dans la mesure où [elle] contient des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que [cette dernière] leur confère* ». Enfin et assurément existent entre les juges de Strasbourg et de Luxembourg des « *influences réciproques* »²⁵⁶.

Dès lors, la liberté de ne pas se syndiquer, qui ne figure pas de manière explicite, est garantie par l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁵⁷. Si la portée de la liberté de ne pas se syndiquer est la même que celle déduite de l'article 11 de la C.E.D.H., alors l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas de manière absolue aux accords de monopole syndical. La liberté de ne pas se syndiquer peut être limitée pour des raisons légitimes²⁵⁸. Ces limites doivent être prévues par la loi et respecter le contenu essentiel des droits garantis par la Charte. De plus, « *dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles*

²⁵¹ Art. 55 de la Constitution. Cf. A. Jeammaud, « Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail », *Dr. soc.* 1986, p. 399.

²⁵² C.E. 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections, 9 juin 2011, n° 340287.

²⁵³ Soc, 14 décembre 2011, n° 10-18.699 (publié au Bulletin).

²⁵⁴ Soc, 29 février 2012, n° 11-60.203 (publié au Bulletin).

²⁵⁵ Art. 6§2 et §3 T.U.E. ; Art. 218 § 6 a) ii) T.F.U.E (ex art. 300 T.C.E.).

²⁵⁶ D. Simon, « Des influences réciproques entre C.J.C.E. et C.E.D.H. : "je t'aime moi non plus" ? », *Pouvoirs* 2001, p. 31.

²⁵⁷ Cette interprétation s'impose d'autant plus que le paragraphe 11 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 prévoyait explicitement l'aspect négatif de la liberté syndicale.

²⁵⁸ Pour rappel, suivant l'article 52 § 1 de la Charte, des limites peuvent être apportées aux droits qu'elle consacre.

sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Les mêmes conclusions s'imposent s'agissant du « *droit de mener des négociations collectives* » ou du droit de faire grève.

110. Pourtant, à la différence de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne rattache pas formellement ces deux droits à la liberté syndicale. Elle les garantit de manière distincte, sous le Chapitre intitulé "*Solidarité*". L'article 28 consacre en effet un « *droit de négociation et d'actions collectives* ». Plus précisément, suivant cette disposition, « *les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève* ». L'existence de cette disposition, à côté de l'article 12, ouvre deux interprétations. Ou bien elle est exclusive de l'article 12. L'article 28 fonderait alors la liberté de négociation et l'exercice du droit de grève et l'article 12 ne garantirait que la liberté syndicale dans sa dimension purement individuelle. Ou bien considère-t-on que ces deux dispositions se combinent, de sorte que la négociation collective et la grève disposent d'un double fondement. Celles-ci seraient garanties de manière autonome, à travers l'article 28 et, de manière indirecte, comme des formes de l'action syndicale, à travers l'article 12. Cette seconde hypothèse devrait prévaloir. En effet, l'article 12 a un sens et une portée identiques à ceux de l'article 11 de la C.E.D.H. Dès lors, le droit de mener des négociations collectives est un « *élément essentiel du droit de fonder des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts* » et le droit de faire grève en constitue un « *élément important* »²⁵⁹. De surcroît, selon l'article 53 de la Charte, « *aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par*

²⁵⁹ Cf. *supra* n° 92 s.

les constitutions des États membres ». Or retenir une interprétation différente risquerait d'être en contrariété avec le droit européen et le droit international.

Au demeurant, concernant le droit de négociation collective, cette seconde interprétation rapprocherait la conception de l'Union européenne de la conception française, où la négociation collective est à la fois une modalité de l'action syndicale et la mise en œuvre du principe de participation²⁶⁰. Concernant la grève, au contraire, elle marquerait une rupture dans la mesure où le droit français envisage ce droit d'abord comme un droit individuel s'exerçant collectivement.

111. Le choix dépendra en définitive de la manière dont le droit de l'Union européenne entend établir l'équilibre entre l'organisation syndicale et les salariés que cette organisation représente. Or, cet équilibre n'est donné ; il se construit. Les exemples du droit constitutionnel français et du droit issu du Conseil de l'Europe montrent des voies différentes. Sans le droit de l'Union européenne se rapprochera-t-il plus de ce dernier que de celui issu de l'Organisation internationale du travail.

Paragraphe 3 – Les sources étatiques

112. Reconnue par la loi de 1884, la liberté syndicale a reçu une consécration constitutionnelle. Selon l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946, « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ». Il appartient au législateur de définir les garanties nécessaires à sa protection et les limites acceptables qu'elle peut subir. Plus qu'un pouvoir, c'est pour lui une obligation.

113. Le sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 garantit explicitement la liberté d'adhésion et l'action syndicale. Au regard de l'énoncé, il n'est donc pas évident que la liberté du syndicat soit concernée. Compte tenu de la prégnance de la dimension individuelle en droit français, la liberté syndicale pourrait très bien viser la liberté de chaque personne de mener une action syndicale. Tel n'est pas le cas : le juge constitutionnel garantit sur ce fondement l'exercice du droit syndical à la fois par le syndiqué et par l'organisation syndicale²⁶¹.

²⁶⁰ Cf. Déc. n° 96-383 D.C. préc.

²⁶¹ Déc. 80-127 D.C. du 20 janvier 1981. *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, Rec. p. 15 ; *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 30 ; Déc. 82-144 D.C. du 22 octobre

114. La liberté syndicale revêt trois aspects. La liberté syndicale est d'abord la liberté individuelle de chaque salarié (A). Elle est ensuite une liberté de constitution et d'organisation des syndicats (B) et, enfin, une liberté d'action (C).

A. La liberté syndicale du salarié

115. La liberté syndicale du salarié est garantie constitutionnellement aussi bien dans sa dimension positive que dans sa dimension négative²⁶². La première apparaît explicitement dans l'énoncé de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 au terme duquel « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ».

116. La seconde, la liberté de ne pas se syndiquer ou de se retirer d'un syndicat apparaît dès la loi du 21 mars 1884. Suivant l'article 7, « *tout membre d'un syndicat professionnel peut se retirer à tout instant de l'association, nonobstant toute clause contraire* »²⁶³. Sa valeur constitutionnelle sera consacrée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 juillet 1983²⁶⁴. Ce dernier énonce le principe selon lequel « *aucune disposition ne saurait permettre que soit imposée en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion ou le maintien de l'adhésion des salariés d'une entreprise à une organisation syndicale* »²⁶⁵. Plus tard, dans la décision du 25 juillet 1989, relative à la loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, le Conseil constitutionnel évoque la liberté de ne pas se syndiquer comme relevant de « *la liberté personnelle du salarié* »

1982. *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*. Rec. p. 61; D. 1983 p. 1989, obs. F. Luchaire ; *Gaz. Pal.* 1983 n° 28/29 p. 6, obs. F. Chabas ; *R.D.P.* 1983 p. 333, obs. L. Favoreu ; L. Hamon, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1983 p. 155 ; Déc. n° 89-257 D.C., du 25 juillet 1989, préc., considérant 22. Comp. Soc., 29 février 2012, n° 11-60.203 (publié au Bulletin). Dans cet arrêt, alors que le pourvoi contestait la condition d'ancienneté de deux pour participer aux élections comme contraire à la liberté du syndicat, la Cour de cassation rejette le pourvoi en constatant uniquement que la condition critiquée garantit « *la mise en œuvre du principe de participation des travailleurs [...], l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein du syndicat sans priver tout salarié de la liberté de créer un syndicat ou d'adhérer au syndicat de son choix* ».

²⁶² G. Spyropoulos, *La liberté syndicale*, L.G.D.J. 1954 ; J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, in G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1987 ; C. Sachs-Durand, F. Duquesne, « Syndicats (II Constitution et fonctionnement) », *Rép. Droit du travail*, Dalloz, 1999, mise à jour 2011, n° 175-247.

²⁶³ Cf. Art. L. 2141-3 *C. trav.* – Tout membre d'un syndicat professionnel peut s'en retirer à tout instant, même en présence d'une clause contraire.

²⁶⁴ Déc. 83-162 D.C du 20 juillet 1983. Loi relative à la démocratisation du secteur public Rec. p. 49, considérant 85 ; Déc. n° 89-257 D.C., préc., considérant 23.

²⁶⁵ Déc. 83-162 D.C du 20 juillet 1983. préc.

²⁶⁶. Plus précisément, le juge constitutionnel estimera que « *les modalités de mise en œuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié qui, comme la liberté syndicale, a valeur constitutionnelle* »²⁶⁷. Ainsi, la liberté syndicale du salarié s'oppose à ce que les syndicats, forts de leur pouvoir de représentation, contraignent les salariés à se syndiquer²⁶⁸.

L'absence de contrainte doit s'entendre largement. Dans la décision du 20 juillet 1983, le Conseil constitutionnel indique qu'« *aucune disposition ne saurait permettre que soit imposée en droit ou en fait, directement ou indirectement, l'adhésion ou le maintien de l'adhésion des salariés d'une entreprise à une organisation syndicale* »²⁶⁹. En l'occurrence, la disposition concernait l'habilitation à conclure des accords collectifs relatifs à l'exercice du droit syndical dans les entreprises du secteur public. Selon la loi, ces accords peuvent contenir des clauses relatives à la collecte des cotisations²⁷⁰. Les requérants, à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel, craignaient que les accords collectifs permettent « *aux organisations syndicales de faire pression sur les salariés de l'entreprise en vue de leur adhésion à un syndicat ou du maintien de celle-ci* ». Autrement dit, du fait de leur effet normatif, les conventions collectives de travail seraient porteuses d'une contrainte faite aux salariés de se syndiquer. Telle n'est pas la position du Conseil constitutionnel. Pour porter atteinte à la liberté de ne pas se syndiquer, encore faut-il que la clause soit abusive ou que sa mise en œuvre le soit²⁷¹.

La valeur constitutionnelle de cette règle impose au législateur de veiller à la liberté syndicale de chaque salarié, même lorsqu'il n'est pas l'autorité normative. C'est ainsi que doit s'entendre la référence aux atteintes indirectes. En tant qu'autorité habilitante, il ne peut permettre ou autoriser l'édiction de normes qui porteraient une atteinte excessive à la liberté

²⁶⁶ Déc. n° 89-257 D.C., préc., considérant 23.

²⁶⁷ Déc. n° 89-257 D.C., préc., considérant 23. Nous soulignons.

²⁶⁸ Rappr. C.E.D.H., 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, série A n° 44. Cf. *supra* n° 85 s.

²⁶⁹ Déc. n° 83-162 D.C. du 20 juillet 1983. préc., considérants 83 à 86.

²⁷⁰ Les dispositions de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1986, habilitant les interlocuteurs sociaux à négocier des accords relatifs aux modalités complémentaires d'exercice du droit syndical, figurent désormais aux articles L. 2144-1 et L. 2144-2 du Code du travail.

²⁷¹ Déc. n° 83-162 D.C. du 20 juillet 1983, préc., considérant 85.

de ne pas se syndiquer ou à la liberté de se syndiquer aux syndicats de son choix²⁷². Il en va notamment de la conclusion d'accords collectifs qui réserveraient des avantages aux salariés syndiqués ou qui bénéficieraient à certains syndicats seulement²⁷³.

117. Cette garantie légale repose principalement sur des règles de non-discrimination et des incriminations pénales. Les principales règles prohibant les discriminations syndicales ont été édictées par la loi du 27 avril 1956²⁷⁴. Ces dispositions figurent désormais dans le Code du travail aux articles L. 2141-5 et suivants du Code du travail. La loi interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'activité syndicale pour arrêter ses décisions, notamment en matière d'embauchage, de conduite, d'avancement, de rémunération, d'octroi d'avantages sociaux, etc.²⁷⁵. La loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise a également introduit une disposition au terme de laquelle « *aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses* ». Enrichie à la fois par les mesures susceptibles de constituer une discrimination et par les motifs jugés discriminatoires, cette disposition figure désormais à l'article L. 1132-1 du Code du travail.

L'interdiction légale des discriminations fondées sur l'appartenance syndicale vise à protéger la liberté des salariés de se syndiquer et d'exercer une activité syndicale, peu important au demeurant qu'il soit un cadre dirigeant²⁷⁶.

118. La loi du 27 avril 1956 a également entendu interdire les accords collectifs de monopole syndical, qui imposent à l'employeur de ne recruter que des salariés syndiqués²⁷⁷.

²⁷² G. Spyropoulos, *La liberté syndicale*, L.G.D.J. 1954 ; J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, in G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1987 ; C. Sachs-Durand, F. Duquesne, « Syndicats (II Constitution et fonctionnement) », *Répertoire droit du travail*, Dalloz, 1999, mise à jour 2011, n° 175-247.

²⁷³ Concernant la licéité des clauses réservant des avantages aux salariés syndiqués ou aux organisations syndicales, cf. *infra* n° 919 s.

²⁷⁴ Loi n° 56-416 du 27 avril 1956, tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical, *J.O.R.F.* 28 avril 1956, p. 4080. G. Spyropoulos, « Le monopole syndical d'emploi et la liberté syndicale », *Dr. soc.* 1956, p. 264.

²⁷⁵ Art. 1^{er} a) 1^{er} alinéa de loi du 27 avril 1956, codifié à l'article L. 2141-5 du Code du travail. Le principe de non-discrimination a été formulé pour la première fois dans les accords de Matignon du 7 juin 1936 : « Article 3 - *Les employeurs s'engagent à ne pas prendre en considération le fait d'appartenir ou de ne pas appartenir à un syndicat pour arrêter leurs décisions en ce qui concerne l'embauchage, la conduite ou la répartition du travail, les mesures de discipline ou de congédiement [...]* ».

²⁷⁶ Soc, 3 juillet 2012, n° 11-10.793 (publié au bulletin).

Une telle interdiction vise avant tout à protéger la liberté de chaque salarié de ne pas se syndiquer ou de se retirer d'un syndicat. Elle permet en outre d'assurer aux salariés la liberté de se syndiquer au syndicat de leur choix. Enfin, de manière plus lointaine, il s'agit de garantir la liberté au travail qui ne peut être subordonnée à une condition étrangère aux compétences professionnelles des salariés.

119. Cette loi a également prévu des sanctions pénales. Le délit figure à l'article L. 2146-2 du Code du travail qui punit de 3750 euros d'amende le fait pour l'employeur de méconnaître les articles L. 2141-5 à L. 2141-8 relatifs à la discrimination syndicale²⁷⁸. Par ailleurs, depuis l'élaboration du nouveau Code pénal en 1992, les articles 225-1 et 225-2 de ce code sanctionnent de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende les discriminations fondées notamment sur les activités syndicales²⁷⁹. Le second de ces textes liste les actes discriminatoires susceptibles d'être commis par une personne physique ou morale. Seuls de tels actes peuvent constituer l'élément matériel de l'infraction. Sont visés : le refus de fournir un bien ou un service ; l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; le refus d'embaucher ; le fait de sanctionner ou de licencier une personne ; le fait de subordonner la fourniture d'un bien, d'un service une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1.

Les incriminations prévues par le Code du travail et par le Code pénal se recoupent en partie²⁸⁰. En partie seulement : outre la peine qui n'est pas la même, elles se distinguent par la manière de définir l'infraction. Le Code du travail vise « *toute mesure* » prise par

²⁷⁷ Art 20-a) al 2 : « Est nulle et de nul effet toute disposition ou accord tendant à obliger l'employeur à n'embaucher ou à ne conserver à son service que des adhérents du syndicat propriétaire de la marque et ou label ».

²⁷⁸ Notons que le délit prévu à l'article L. 2146-2 est distinct du délit d'entrave à l'exercice du droit syndical prévu à l'article L. 2142-1 du Code du travail. Y. Chalaron, *Dr. soc.* 1984, p. 447; M. Cohen, *Dr. soc.* 1978, p. 268; A. Cœuret, « Entrave et discrimination », *Dr. ouv.* 1987, p. 447 ; « Droit syndical et droit pénal. Regard sur une collaboration fructueuse », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Verdier*, Dalloz, 2001, p. 1.

²⁷⁹ Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.

²⁸⁰ E. Fortis, « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *A.J. Pénal* 2008, p. 303 ; E. Fortis, A. Coeuret, *Droit pénal du travail*, Litec 2008, n° 64 ; M.-T. Lanquetin, « Discrimination », *Rep. Droit du travail*, Dalloz, janvier 2010, mis à jour mars 2012, n° 22 s.

l'employeur²⁸¹. L'infraction repose donc essentiellement sur la prise en compte de l'appartenance syndicale ou de l'activité syndicale. Au contraire, le Code pénal exige de prouver que l'un des actes énumérés à l'article 225-2 a été commis. De plus, il ne vise que l'activité syndicale et non la simple appartenance²⁸². Enfin, à la différence du Code du travail, le Code pénal vise à la fois les actes commis par les personnes morales et par les personnes physiques.

120. Les sources étatiques garantissent donc deux aspects la liberté syndicale du salarié : alors que la liberté de se syndiquer au syndicat de son choix vise à protéger les salariés contre le pouvoir étatique et contre le pouvoir patronal, la liberté de ne pas se syndiquer et de se retirer le protège contre le groupement syndical²⁸³.

121. Toutefois, la valeur constitutionnelle de la liberté syndicale ne signifie pas qu'elle ne puisse pas connaître certains tempéraments. Ainsi, selon le juge constitutionnel, « *la liberté syndicale [celle de ne pas se syndiquer] n'est pas méconnue du fait que la loi prévoit que, lorsque l'employeur entend engager une négociation avec les organisations syndicales dans l'entreprise, il en informe ces organisations sans être obligé d'étendre cette information au-delà du cercle de ses partenaires* »²⁸⁴. Plus tard, dans la décision du 25 juillet 1989, il admet que le législateur « *confère à des organisations syndicales des prérogatives susceptibles d'être exercées en faveur aussi bien de leurs adhérents que des membres d'un groupe social dont un syndicat estime devoir assurer la défense* »²⁸⁵. La liberté des salariés de ne pas se syndiquer ne fait donc pas obstacle au pouvoir de représentation que la loi reconnaît aux organisations syndicales, à l'égard des salariés syndiqués et des salariés non syndiqués.

122. Ces limitations doivent être justifiées par un motif d'intérêt général ou par les exigences tirées d'une autre disposition constitutionnelle. Par exemple, l'article L. 2141-4 du Code de la défense dispose que « *l'existence de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que l'adhésion des militaires en activité de service à des groupements*

²⁸¹ Cf. Art. L. 2141-8 *C. trav.*

²⁸² A moins de considérer que l'adhésion à un syndicat constitue déjà l'exercice d'une activité syndicale.

²⁸³ En ce sens, J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 27^{ème} édition, 2012, n° 951 ; G. Lyon-Caen et G.-H. Camerlynck, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 1973, n° 477, p. 454 ; G. Spyropoulos, *La liberté syndicale*, Th. préc.

²⁸⁴ Déc. 83-162 D.C. du 20 juillet 1983 préc., considérant 95.

²⁸⁵ Déc. n° 89-257 D.C., du 25 juillet 1989, préc., considérant 22.

professionnels sont incompatibles avec les règles de la discipline militaire ». Les limitations légales doivent être justifiées et ne pas être excessives.

123. La liberté de ne pas se syndiquer ou celle de se syndiquer au syndicat de son choix se voit également tempérée lorsque la loi reconnaît aux organisations syndicales l'exercice de prérogatives qu'elles peuvent exercer « *en faveur aussi bien de leurs adhérents que des membres d'un groupe social dont un syndicat estime devoir assurer la défense* »²⁸⁶. En réalité, rares sont les dispositions légales qui reconnaissent des prérogatives syndicales que les syndicats ne peuvent exercer qu'en faveur de leurs seuls membres²⁸⁷. À dire vrai, la vocation des organisations syndicales à représenter les intérêts de l'ensemble des salariés a été essentialisée au point que le droit français voit même comme discriminatoire vis-à-vis des non-syndiqués le fait de réserver des avantages aux seuls salariés syndiqués²⁸⁸. Selon le juge constitutionnel, cela ne constitue assurément pas une atteinte à la liberté de ne pas se syndiquer. Il exige néanmoins, lorsque l'exercice d'une prérogative intéresse la « *liberté personnelle* » du salarié, que celui-ci soit informé et ait la faculté de s'opposer à l'action du syndicat²⁸⁹. Tel est le cas en particulier de l'action en justice d'un syndicat en substitution de son action individuelle.

Le législateur semble être à la recherche d'un équilibre entre les deux dimensions de la liberté syndicale, individuelle et collective²⁹⁰. Peut-être percevra-t-on « *le paradoxe [de la loi du 21 mars 1884] de consacrer la liberté individuelle dans un texte consacré aux modalités d'organisation des groupements professionnels* »²⁹¹.

B. La liberté de constitution et d'organisation des syndicats

124. La liberté de constitution et d'organisation des syndicats est une liberté publique : au nom de la liberté syndicale, toute personne peut constituer et organiser librement un syndicat,

²⁸⁶ Déc. n° 89-257 D.C., du 25 juillet 1989, préc., considérant 22. S'agissant de la négociation collective : Déc. 83-162 D.C. du 20 juillet 1983 *concernant la loi relative à la démocratisation du secteur public*, Rec. p. 49, considérant 95.

²⁸⁷ Par exemple, selon l'article L. 2262-9 du Code du travail, un syndicat peut agir en lieu et place d'un de ses membres afin d'exiger de la part de l'employeur l'application d'une convention collective.

²⁸⁸ Cf. *infra* n° 925.

²⁸⁹ Déc. n° 89-257 D.C., du 25 juillet 1989, préc. ; considérants 22 et suivants.

²⁹⁰ Il existe des variations possibles dans l'articulation des dimensions individuelle et collective de la liberté syndicale. Une approche comparatiste est la mieux à même de mettre en lumière ces variations. Cf. B. Veneziani, « La liberté syndicale en droit comparé », *A.I.J.C.* 1997, p. 377.

²⁹¹ F. Soubiran-Paillet, *L'invention du syndicat – Itinéraire d'une catégorie juridique*, L.G.D.J., 1999, p. 10.

sans autorisation préalable. Cette liberté va de pair avec un principe de non-ingérence des pouvoirs publics.

125. Garantie par les normes supraétatiques²⁹², la liberté d'organisation du syndicat dans l'entreprise n'avait jamais fait l'objet de consécration constitutionnelle, jusqu'à la récente décision du Conseil constitutionnel. Saisi de l'ingérence des pouvoirs publics dans l'organisation des syndicats de salariés, ce dernier a jugé qu' « *en imposant aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10% des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles, l'article L. 2143-3 associe les salariés à la désignation des personnes reconnues les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte ; qu'en adoptant cet article, le législateur n'a pas méconnu le principe de la liberté syndicale énoncé par le sixième alinéa du Préambule de 1946* »²⁹³. Il réfute l'argument avancé par les syndicats requérants pour lesquels cette disposition constitue une ingérence de l'État dans le fonctionnement des organisations syndicales²⁹⁴. Ces dernières sont en partie dépossédées du pouvoir de désigner les personnes aptes à les représenter devant l'employeur. La solution du juge constitutionnel souligne toutefois que le délégué syndical n'est pas uniquement le mandataire du syndicat face à l'employeur. Il est aussi une institution de représentation des salariés de l'entreprise. Sa désignation ne met donc pas seulement en cause le droit du syndicat ; elle affecte également le droit des salariés à être représentés déduit du principe de participation des travailleurs. Dès lors, au regard des normes constitutionnelles, le législateur est compétent pour définir les conditions dans lesquelles les syndicats peuvent désigner leur délégué syndical, en dépit de la limite apportée à la liberté d'organisation des syndicats.

²⁹² Cf. *supra* n° 73 s.

²⁹³ Déc. n° 2010-63/64/65 Q.P.C. du 12 novembre 2010, Fédération nationale C.F.T.C. de syndicats de la métallurgie, saisie par la Cour de cassation : Soc, 20 septembre 2010, n° 1947, 1948 et 1949 ; C. Radé, « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions*, 2011, p. 89 ; J.-F. Akandji-Kombé, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social », *R.D.T.* 2010, p. 628. Rapp. Soc, 14 avril 2010, *Bull. civ. V*, n° 100 ; *R.D.T.* 2010, p. 374 note J.-F. Akandji-Kombé, « Représentativité syndicale selon la loi du 20 août 2008 et normes internationales : le pas de trois de la Cour de cassation » ; *J.C.P.* éd. S 2010.24, obs. B. Gauriau ; *Dr. ouv.* 2010, p. 405 obs. A. Braun, P. Rennes ; J.-M. Béraud, Rapport : « Les nouvelles règles : l'évaluation de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2010, p. 276 ; L. Pécaut-Rivolier, « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », *Dr. soc.* 2010, p. 647.

²⁹⁴ Sur l'incompatibilité avec la Convention n° 87 de l'O.I.T., cf. *supra* n° 79. *362^{ème} rapport du comité de la liberté syndicale*, B.I.T. 2011, § 948 ; S. Mitterand, I. Odoul-Asorey, « Décision de l'O.I.T sur la loi du 20 août 2008 : quelles suites ? », *R.D.T.* 2012, p. 107.

126. Des interrogations similaires sont nées à propos de la liberté d'affiliation d'un syndicat à une union ou à une fédération de syndicats. Dans une décision du 7 octobre 2010 le juge constitutionnel a jugé légitime l'objectif poursuivi par le législateur de limiter « *la dispersion de la représentation syndicale* »²⁹⁵. Reste à savoir jusqu'où le législateur est légitime à le faire et à imposer un syndicalisme confédéré de tendance²⁹⁶.

Le juge constitutionnel apprécie le caractère justifié et proportionné des limites posées par la loi. D'une part, la limite posée par la loi est justifiée au regard du principe de participation énoncé à l'alinéa 8 du Préambule de 1946. D'autre part, la loi ne retire pas aux syndicats toute possibilité de choix ; elle ne fait que la restreindre. La présence d'un contrôle de justification et de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel atteste de la valeur constitutionnelle de la liberté d'organisation du syndicat. Si la liberté du syndicat n'avait pas été celle d'une liberté constitutionnelle, le droit constitutionnel de participation des travailleurs aurait prévalu sans qu'il eût été besoin de le concilier avec la liberté syndicale.

C. La liberté d'action du syndicat

127. Le syndicat a le droit de poursuivre la finalité qu'il s'est donné, à savoir la défense des intérêts professionnels des personnes qu'il entend représenter. L'alinéa 6 du Préambule garantit la liberté de chaque personne de défendre ses intérêts par l'action syndicale. Outre la dimension individuelle évidente de cette disposition, celle-ci doit être entendue comme établissant un lien nécessaire entre l'existence du syndicat et l'action qu'il mène.

128. Dans la décision du 6 novembre 1996, le Conseil constitutionnel a garanti, au nom de la liberté syndicale, le rôle des organisations syndicales dans la négociation et la conclusion des accords collectifs d'entreprise. Plus généralement, il garantit le lien qui existe entre l'objet du syndicat – le syndicat est celui qui a « *vocation naturelle à assurer la défense des droits et*

²⁹⁵ Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010 ; *J.O.R.F.* du 8 octobre 2010, p. 18235, considérant 6 ; V. Bernaud, *D.* 2011, p. 1773 ; J.-F. Akandji-Kombé, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social », *R.D.T.* 2010, p. 628 ; C. Radé, « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions*, 2011, p. 89.

²⁹⁶ M. Grévy, « Affiliation syndicale et démocratie sociale », *R.D.T.* 2011, p. 489 ; J.-M. Pernot, « La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », *R.D.T.* 2011, p. 427. Sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux conséquences attachées à l'affiliation sur l'appréciation de la représentativité syndicale, cf. *infra* n° 278.

intérêts des travailleurs »²⁹⁷ - et l'action qu'il mène pour le réaliser – la négociation collective. La vocation des organisations syndicales, à savoir défendre les intérêts des salariés, acquiert une valeur constitutionnelle.

129. Si le pouvoir de représentation des syndicats est garanti, il n'est pas exclusif. Il peut être concurrencé par d'autres acteurs, en particulier dans le cadre de la négociation collective. Si la place des syndicats dans la négociation collective d'entreprise est mise en cause à travers la reconnaissance d'autres agents de négociation (a), elle l'est également à travers un autre procédé : la consultation directe des salariés, plus connue sous le nom de référendum, auquel le législateur a eu plusieurs fois recours (b).

1. *La vocation des syndicats à défendre les intérêts des salariés et les autres représentants des salariés*

130. La « *vocation naturelle* » des syndicats à défendre les intérêts des salariés, notamment par la négociation collective, a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans la décision précitée du 6 novembre 1996²⁹⁸. Le Conseil d'État l'a réaffirmé dans un arrêt rendu le 16 décembre 2005²⁹⁹. La Haute juridiction administrative a eu à connaître de la légalité d'une ordonnance du 2 février 1945, qui interdisait aux organisations syndicales représentant les huissiers de justice la possibilité de négocier collectivement ; l'ordonnance attribuait cette prérogative à la Chambre nationale des huissiers de justice. Selon le Conseil d'État, « *une telle interdiction est incompatible avec les dispositions du sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; que, par suite, l'entrée en vigueur de celui-ci a*

²⁹⁷ Déc. 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, *Rec.* p.128 ; M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25 ; G. Lyon-Caen, « La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 D.C. du Conseil constitutionnel par un esprit "non prévenu") », *Dr. ouv.* 1996, p. 479 ; B. Mathieu, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective. A propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 D.C. du 6 novembre 1996 », *D.* 1997, p. 152 ; *L.P.A.*, 23 juillet 1997, p. 26 ; J. Trémeau, *R.F.D.C.* 1997, p. 107 ; X. Prétot, « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *T.P.S.*, 1997, p. 4-6. Cf. déjà sur cette question : A. Supiot, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p. 63.

²⁹⁸ Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, préc.

²⁹⁹ C.E. Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité et syndicat national des huissiers de justice*, n° 259584, *Rec.* 2006, n° 5 ; *R.D.T.* 2006, p. 113, obs. S. Nadal. V. également les conclusions de M. J.-H. Stahl qui affirme notamment que « *Ces normes [L'alinéa 6 du Préambule, la convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail et l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme] par elles-mêmes et à elles seules, ne conduisent certes pas à garantir à toutes les organisations syndicales la même place dans la négociation collective ; mais elles leur garantissent, à tout le moins, le droit de mener des négociations et de souscrire des accords dans l'intérêt de leurs membres* ».

implicitement, mais nécessairement, eu pour effet d'abroger les dispositions de l'article 10 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, en tant qu'elles incluait dans le monopole ainsi conféré à la Chambre nationale des huissiers de justice les questions [...], qui relèvent des droits reconnus aux syndicats professionnels, tant d'employeurs que de salariés». Toutefois, cette garantie ne signifie pas que les organisations syndicales disposent d'un monopole de négociation. La décision du 6 novembre 1996 l'a indiqué : les règles constitutionnelles « *n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective* ».

En vertu des normes constitutionnelles, le législateur ne peut pas entièrement substituer, dans le cadre de la négociation collective, l'intervention d'autres acteurs à celle des syndicats. Cela apparaît clairement dans la décision du Conseil d'État qui décide de l'abrogation implicite d'une disposition légale qui conférait le pouvoir de négocier à une autorité autre que les syndicats³⁰⁰. Mais l'interdiction faite au législateur concerne également son pouvoir normatif d'habilitation. La loi soumise au contrôle du Conseil constitutionnel habilitait les négociateurs de branche à organiser la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux avec les salariés mandatés ou avec les représentants élus. Selon les sages, il importe que la loi « *assure aux organisations syndicales un rôle effectif dans la procédure de négociation* »³⁰¹. Ce rôle constitue une garantie de la liberté syndicale que ni le législateur ni les négociateurs de branche ne peuvent écarter³⁰². Ainsi, lorsque la loi renvoie à la norme conventionnelle le soin de définir les modalités d'une négociation avec d'autres agents que les syndicats, elle doit garantir que les syndicats ne soient pas entièrement privés de toute intervention. À se référer à la décision du 6 novembre 1996, l'habilitation légale à

³⁰⁰ C.E. Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité et syndicat national des huissiers de justice*, précité.

³⁰¹ Le Conseil constitutionnel relève notamment qu'il revient à une convention collective de branche conclues selon le droit commun de la négociation collective de prévoir cette possibilité ; que ces accords fixent les thèmes ouverts à la négociation ; qu'enfin il appartient à une commission de valider ces accords, procédure au terme duquel l'accord conclu acquiert la qualité d'accords collectifs de travail. Cf. considérant 15. S'agissant des salariés mandatés, le Conseil constitutionnel exige que l'accord de branche doive déterminer les modalités de désignation du salarié, la fixation précise par le mandant des termes de la négociation ainsi que les obligations d'information pesant sur le mandataire et la faculté de mettre fin au mandat : considérant 18.

³⁰² Cf. T.G.I Poitiers, 15 décembre 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 334. Dans cette décision, le tribunal se fonde sur la décision du Conseil constitutionnel pour annuler une disposition d'un accord de branche prévoyant la possibilité du mandatement. V. également, J. Savatier, « Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales », *Dr. soc.* 1998, p. 330.

destination des négociateurs de branche constitue une de ces garanties³⁰³. Le Conseil constitutionnel relevait en outre, dans l'hypothèse où l'accord était conclu avec les représentants élus, la validation par une commission paritaire de branche et, dans l'hypothèse où l'accord était conclu avec un salarié mandaté, les conditions du mandatement par les organisations syndicales.

131. Aujourd'hui, depuis les modifications législatives apportées en 2004 et en 2008, la négociation collective avec les représentants élus dans l'entreprise ou avec un salarié mandaté est directement autorisée par la loi. Celle-ci a établi une hiérarchie : les salariés mandatés ne peuvent être des agents de négociation que si l'entreprise est dépourvue de toute institution de représentation des salariés élue. Or, ni suppression de la convention de branche, ni l'établissement de cette hiérarchie n'a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Or, reprenant les termes de la décision de 1996, il n'est pas certain que cela n'ait « *ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à [l'intervention] des organisations syndicales représentatives* »³⁰⁴. D'autres garanties ont cependant été maintenues. Ainsi, s'agissant de la négociation avec les représentants élus, les organisations syndicales représentatives dans la branche interviennent toujours dans le processus de négociation *a posteriori*³⁰⁵. De plus, le législateur de 2008 a prévu que les représentants élus ou les salariés mandatés appelés à négocier un accord collectif d'entreprise peuvent « *prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche* »³⁰⁶. En réalité, ce n'est pas tant sur la teneur des garanties apportées par la loi à l'intervention effective des syndicats que sur leur caractère suffisant. Cela vaut particulièrement s'agissant de l'accord conclu avec un salarié mandaté dont la validation découle de l'approbation par les salariés eux-mêmes³⁰⁷. Il convient de relever néanmoins au

³⁰³ Dans sa motivation, le juge constitutionnel relevait que la conclusion préalable d'une convention de branche par les organisations syndicales autorisant la conclusion d'accords d'entreprise par des représentants élus ou des salariés mandatés participait à garantir leur rôle.

³⁰⁴ Déc. n° 96-383 D.C., préc., considérant 8. cf. G. Borenfreund, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2004, p. 606, et spéc. p. 614.

³⁰⁵ L'article L. 2232-22 du Code du travail prévoit que la commission paritaire de branche contrôle que l'accord collectif n'enfreint pas les dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles applicables. L'article L. 2232-21 prévoit que sa décision doit intervenir dans les quatre mois qui suivent la transmission de l'accord ; passé ce délai, l'accord est réputé avoir été validé. De plus, l'article L. 2232-27-1 4°) prévoit la faculté pour les élus de prendre l'attache des organisations syndicales représentatives de la branche. Sur l'encadrement par la branche de la négociation d'entreprise avec les agents alternatifs de négociation, cf. *infra* n° 1167 s.

³⁰⁶ Art. L. 2232-27-1 4°) *C. trav.*

³⁰⁷ Art. L. 2232-27 *C. trav.*

titre des nouvelles garanties légales que la loi du 20 août 2008 a limité le recours aux agents alternatifs de négociation aux entreprises de moins de deux cents salariés.

2. *La vocation des syndicats à défendre les intérêts des salariés et la technique dite du référendum*

132. Lors des débats précédents l'adoption de la loi du 28 novembre 1982, J. Auroux affirmait que le référendum, « *c'est la mort du fait syndical* »³⁰⁸. En effet, et bien que le Conseil constitutionnel n'eût lui-même jamais à y répondre, la question se pose de savoir si l'intervention directe des salariés dans la négociation collective porte atteinte à la vocation des syndicats à défendre les intérêts des salariés.

133. En réalité, plusieurs sortes de consultation des salariés doivent être distinguées : le référendum consultatif, le référendum décisionnel et le référendum intégré au processus de négociation avec les organisations syndicales³⁰⁹.

134. Le premier type de référendum, consultatif, consiste, pour une organisation syndicale, à consulter les salariés sur un projet d'accord qu'ils sont appelés à négocier avec l'employeur³¹⁰. Le deuxième vise à faire de l'approbation des salariés l'engagement des salariés à un accord avec l'employeur. Le troisième type de consultation directe des salariés consiste à soumettre la conclusion de l'accord par les syndicats représentatifs à son approbation préalable par les salariés ou, dit de manière différente, à faire ratifier par les salariés l'accord conclu avec les syndicats.

135. Ces trois types de consultation directe des salariés n'ont pas la même fonction et sont susceptibles de recevoir des qualifications juridiques différentes. Le référendum consultatif consiste à établir un mandat quasi impératif entre les syndicats et la collectivité des salariés, mais il n'affecte pas l'accord lui-même. Émanant des organisations syndicales, il apparaît

³⁰⁸ *J.O.A.N.* 10 juin 1982, p. 3245, C.R. de la deuxième séance, réponse du Ministre du travail à l'amendement proposé par M. Noir.

³⁰⁹ B. Gauriau, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.* 1998, p. 338 ; « Un traitement démocratique ... aux effets indésirables », *L.S. magazine*, décembre 1999, p. 68 : L'auteur n'envisage que les deux premières formes de référendum ; comp. M.-A. Souriac, « Regards sur le référendum », *L.S. mensuel*, décembre 1993, p. 88 ; G. Borenfreund, « Idée majoritaire et négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président M. Despax*, P.U.S.S.T., 2002, p. 481.

³¹⁰ Concernant la licéité d'un référendum consultatif organisé par un comité d'entreprise, cf. Soc, 19 décembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 693 ; *Dr. soc.* 1991, p. 269, avec le rapport de P. Waquet.

comme une modalité d'exercice du droit syndical³¹¹. Le référendum intégré au processus de négociation consiste davantage en une condition suspensive de la validité ou de l'opposabilité de l'accord. Quant au référendum décisionnel, certains auteurs vont même jusqu'à douter qu'il s'agisse d'accords relevant du droit de la négociation collective³¹². En dehors des cas légaux qui assimilent ce procédé à la conclusion d'un accord collectif, la réticence existe à considérer que des actes juridiques nés de l'approbation des salariés puissent être qualifiés d'accords collectifs. Outre l'absence personnalité juridique accordée à la collectivité du personnel³¹³, ce procédé ne procède d'aucune négociation, d'aucun échange de vues, ni d'aucune concession³¹⁴. Au mieux s'agit-il d'une décision de l'employeur qui a reçu l'assentiment des salariés. Certainement la qualification d'accords collectifs nécessite-t-elle une pétition de principe de la part du législateur. Trois hypothèses ont ainsi été prévues par la loi : les accords de participation³¹⁵, d'intéressement³¹⁶ et de mise en place d'un système de retraite complémentaire³¹⁷.

³¹¹ L'organisation d'une consultation directe des salariés par l'employeur peut apparaître comme une pression à l'encontre des syndicats. C'est pourquoi il est interdit à l'employeur d'en prendre l'initiative en vertu de l'article L. 2141-7 du Code du travail, mesure qui serait sanctionnée pénalement au titre de l'article L. 2146-1 *C. trav.* Sur la consultation organisée par les organisations syndicales ; cf. B. Gauriau, art. préc., p. 341. L'auteur fonde la faculté des organisations syndicales d'organiser un référendum sur l'objet même des syndicats, qui consiste dans *l'étude* et la défense des intérêts matériels et moraux, tant individuels que collectifs des personnes visées par ses statuts (souligné par l'auteur).

³¹² En ce sens, B. Gauriau, art. préc., *Dr. soc.* 1998, p. 342 ; M.-A. Souriac, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse Paris I, 1986, p. 746.

³¹³ B. Gauriau, art. préc., *Dr. soc.* 1998, pp. 345 s ; G. Borenfreund, « Idée majoritaire et négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président M. Despax*, P.U.S.S.T., 2002, p. 481. Comp. J. Grimaldi d'Esdra, « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1994, p. 402.

³¹⁴ En ce sens, S. Yannakourou, *L'État, L'autonomie collective et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, L.G.D.J. 1994, p. 310 ; Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 159-160, p. 145.

³¹⁵ Art. L. 3322-6 C. trav. – *Les accords de participation sont conclus pour une durée de trois ans, selon une des modalités suivantes : [...] 4 °) A la suite d'une ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par l'employeur. Lorsqu'il existe dans l'entreprise une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou un comité d'entreprise, la ratification est demandée conjointement par l'employeur et une ou plusieurs des organisations ou ce comité.*

³¹⁶ Art. L. 3312-5 C. trav – *Les accords d'intéressement sont conclus pour une durée de trois ans, selon une des modalités suivantes : [...] 4 °) A la suite d'une ratification, à la majorité des deux tiers du personnel, d'un projet d'accord proposé par l'employeur. Lorsqu'il existe dans l'entreprise une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ou un comité d'entreprise, la ratification est demandée conjointement par l'employeur et une ou plusieurs des organisations ou ce comité.*

³¹⁷ Art. L. 911-1 C.S.S. – *À moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale sont déterminées soit par voie de conventions ou d'accords collectifs, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé.*

136. Outre leur qualification juridique différente, ces trois formes de référendum ne sont pas toutes aussi respectueuses de la vocation des syndicats à représenter les intérêts des salariés dans le cadre d'une négociation collective.

137. Le référendum décisionnel conduit à écarter les organisations syndicales du processus de négociation. Au mieux, leur reconnaît-on un rôle technique³¹⁸. L'objet essentiel du référendum décisionnel tient précisément au fait qu'il supprime l'intermédiation par les syndicats³¹⁹. On relèvera à l'égard des accords d'intéressement et de participation prévus par la loi, qu'il n'est pas certain que le procédé de conclusion par référendum échappe à un grief d'inconstitutionnalité si l'on venait à poser une question prioritaire de constitutionnalité.

Certes, dans une décision du 3 août 1994, le Conseil constitutionnel estime que « *les institutions de prévoyance sont administrées paritairement et sont constituées "sur la base d'une convention ou d'un accord collectif, d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise et ratifié par la majorité des intéressés ou par accord entre des membres adhérents et des membres participants réunis à cet effet en assemblée générale" [...]; que par suite, la loi ne porte pas atteinte au principe énoncé au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dont elle assure la mise en œuvre dans le cadre des compétences que lui réserve l'article 34 de la Constitution* »³²⁰.

Pourtant, si les exigences tirées du huitième alinéa sont sauves, celles tirées du sixième alinéa du Préambule ne sortent pas indemnes du recours au référendum décisionnel. Comme le relevait M. J. Savatier, s'agissant des accords d'intéressement, « *ces conditions de recours à la ratification par le personnel permettent aux chefs d'entreprise qui n'auraient pas obtenu le vote favorable de la majorité du comité d'entreprise de s'appuyer sur une seule organisation*

³¹⁸ J. Grimaldi d'Esdra, « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Dr. soc.*, 1994, p. 402.

³¹⁹ Cf. S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, L.G.D.J. 1994, p. 312.

³²⁰ Déc. n° 94-348 D.C. du 4 août 1994, *Rec.* p. 117, considérant 11 ; Y. Broussole, « Le paradoxe de la liberté contractuelle », *J.C.P.* éd. G. 1995.22404 ; *R.F.D.C.* 1994, p. 832, obs. P. Gaïa ; *L.P.A.* du 28 avril 1995, p. 5, obs. B. Mathieu ; *D.* 1995, p. 344, obs. F. Mélin-Soucramanien ; *op. cit.* p. 351, obs. P. Gaïa ; *D.* 1996, p. 45, obs. X. Prétot ; P. Laigre, « Les institutions de retraite complémentaire et leurs fédérations après la loi du 8 août 1994 (suivi de :) La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994 », *Dr. soc.* 1994, p. 306 ; J. Mestre, « La liberté contractuelle à l'épreuve du Conseil constitutionnel et de la Commission des opérations de bourse », *R.T.D. civ.* 1996, p. 151. Pourtant, la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail n'est en principe possible que « *par l'intermédiaire des délégués* ». De plus, s'agissant de l'ordonnance du 21 octobre 1986 relative à la participation et à l'intéressement, celle-ci a permis de recourir au référendum, peu importe l'existence de représentants des salariés dans l'entreprise.

syndicale pour soumettre le projet d'accord par référendum au personnel. Même si l'hypothèse ne se réalisera sans doute que rarement, elle montre que le dispositif légal affaiblit là encore les organisations syndicales en permettant de leur opposer le vote de la collectivité des travailleurs »³²¹.

138. La loi du 4 mai 2004 a, quant à elle, développé la consultation directe des salariés intégrée au processus de négociation. La loi du 20 août 2008 a cantonné le procédé à deux hypothèses seulement. Il s'agit d'une part des accords que serait exceptionnellement amené à conclure le représentant de la section syndicale³²². D'autre part, le vote des salariés est requis lorsque l'accord a été conclu par un salarié mandaté³²³. Dans ces deux cas, la validité d'un accord collectif de travail est soumise à l'approbation par la collectivité des salariés, mais l'intervention des organisations syndicales est préservée au stade de la négociation et de la conclusion de l'accord. À supposer que de telles garanties soient jugées suffisantes, les personnes qui négocient l'accord ont toutes reçu un mandat de la part d'une organisation syndicale. De plus, dans le cas de la négociation avec un salarié mandaté, les organisations syndicales représentatives de la branche doivent avoir été informées préalablement par l'employeur de sa volonté d'engager des négociations avec un ou plusieurs salariés mandatés. Enfin, la loi exige que les organisations syndicales prennent part à la décision d'organiser la consultation des salariés, qui ne peut donc avoir lieu par la seule volonté de l'employeur³²⁴. « *Le procédé n'atteint donc pas directement leur vocation naturelle à défendre les intérêts des*

³²¹ J. Savatier, « Les accords d'intéressement et de participation », *Dr. soc.* 1988, p. 92.

³²² Art. L. 2332-14 *C. trav.* Au terme de cette disposition, le représentant de la section syndicale ne peut être désigné que par un syndicat non représentatif et n'est habilité à négocier que lorsqu'il n'existe pas de délégué syndical.

³²³ Art. L. 2232-27 *C. trav.*

³²⁴ Art. D. 2232-2 s. C ; *trav.* ; en particulier, Art. D. 2232-6 – *Les modalités d'organisation des consultations prévues au 1° de l'article L. 2232-12 et à l'article L. 2232-14 sont les suivantes : 1° La consultation intervient après la conclusion de la convention ou de l'accord d'entreprise ou d'établissement ; 2° Les organisations syndicales sollicitant l'organisation de la consultation notifient par écrit leur demande à l'employeur et aux autres organisations syndicales dans un délai de huit jours à compter de la date de signature de l'accord ; 3° Après avoir consulté les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou dans l'établissement, l'employeur fixe, dans un délai de quinze jours à compter de la notification de la demande de consultation, les modalités d'organisation de la consultation qu'il notifie par écrit à ces organisations. ; D. 2232-7 – En cas de désaccord sur les modalités d'organisation de la consultation retenues par l'employeur, le tribunal d'instance, s'il est saisi par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou l'établissement, statue en la forme des référés et en dernier ressort.*

salariés », la consultation des salariés visant seulement à pallier le manque de légitimité des agents de négociation³²⁵.

139. Jamais la constitutionnalité de ces dispositifs légaux n'a été appréciée au regard du principe de la liberté syndicale. Aussi, la question de la conformité de ces procédés à l'égard de la norme constitutionnelle reste ouverte. A l'étude, le référendum décisionnel apparaît contestable au regard du principe de la liberté syndicale. D'ailleurs, on ne peut entièrement exclure que le dispositif relatif aux institutions de prévoyance prévu à l'article L. 931-1 du Code de la sécurité sociale puisse être remis en cause, à travers une question prioritaire de constitutionnalité, non au regard du principe de participation, mais au regard du principe de la liberté syndicale. Seul le référendum consultatif, lorsqu'il est à l'initiative du syndicat, et le référendum intégré au processus de négociation sont suffisamment respectueux du droit syndical : loin de constituer « *une atteinte à la fonction de représentation des syndicats* », ces formes de consultation sont de nature à renforcer le lien qui existe entre les syndicats et la collectivité des salariés³²⁶.

140. Au demeurant, les articles D. 2232-2 du Code du travail et suivants, qui régissent les modalités d'organisation de la consultation des salariés, ne visent que la négociation collective avec un salarié mandaté dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ou bien celle avec le représentant de la section syndicale. Or, ces règles permettent de préserver l'intervention des syndicats lors de la consultation des salariés, intégrée à la procédure de négociation ; il y a donc lieu de leur conférer une vocation générale à s'appliquer quels que soient l'objet et le fondement de cette consultation. Elles sont de nature à garantir le rôle des syndicats en matière de négociation collective : les écarter reviendrait certainement à nier leur vocation à défendre les intérêts des salariés. On ne saurait admettre, directement ou indirectement, qu'il y soit porté atteinte, à moins peut-être qu'un accord collectif apporte des garanties équivalentes³²⁷. Dans cette perspective, ne conviendrait-il pas, comme le suggérait

³²⁵ G. Borenfreund, « Idée majoritaire et négociation collective », *op. cit.* p. 488.

³²⁶ Comp. J. Savatier, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *op. cit.* p. 179 : « *Pourtant, cette pratique implique que le syndicat sente le besoin d'une procédure d'expression directe des travailleurs avant de conclure un accord. C'est donc bien qu'il renonce à jouer son rôle de représentation de la collectivité de travail sans obtenir une confirmation de son mandat* » et spéc. p. 190.

³²⁷ Cf. *infra* n° 511 s. : le législateur peut, sans méconnaître sa compétence, habiliter les interlocuteurs sociaux à substituer aux garanties légales des garanties conventionnelles équivalentes. La décision du 6 novembre 1996 a été l'occasion de l'affirmer. Etaient en cause le statut protecteur des salariés mandatés.

M. B. Gauriau, d'envisager « *la consécration législative d'un protocole d'accord préréférendaire* »³²⁸ ? L'on regrettera encore que ces dispositions figurent dans la partie réglementaire du Code du travail et non dans la partie législative.

141. Finalement, en dépit d'une reconnaissance constitutionnelle, la liberté du syndicat et l'exercice du droit syndical connaissent des tempéraments nombreux. À tout le moins, la différence de protection entre la liberté du salarié et la liberté du syndicat est perceptible. Elle ne fait que refléter la prégnance de la dimension individuelle de la liberté syndicale qui, en droit français est originelle. Peut-être aussi cela est dû à ce que les actions du syndicat ne sont pas seulement fondées sur le seul fondement de la liberté syndicale, mais le sont aussi sur le fondement des droits de participation reconnus aux salariés.

Section 2 : Les droits de participation des salariés

142. **La notion de participation des salariés.** La participation des salariés recouvre deux aspects différents : la participation des salariés aux résultats financiers de l'entreprise et la participation des salariés aux processus décisionnels. Dans le cadre de la présente étude, consacrée aux sources de la représentation des salariés, la notion de participation est exclusive de l'idée de participation aux résultats financiers de l'entreprise³²⁹. Seules sont envisagées les règles qui ont pour objet l'expression et la prise en compte des intérêts des salariés dans le cadre des processus décisionnels.

143. Même restreinte à ce seul aspect, la participation des salariés ne renvoie pas à un droit précis³³⁰ ; elle correspond plutôt à un objectif global. La notion de participation des salariés est

Le Conseil constitutionnel rappelle que, constitutionnellement, il importe que le négociateur bénéficie d'une protection, visant à « *assurer [sa] nécessaire indépendance [...] à l'égard de l'employeur* », dans l'intérêt des salariés, « *mais aussi dans l'intérêt même des institutions représentatives* », à savoir les organisations syndicales. Or, pour reconnaître la constitutionnalité de la loi qui renvoyait à la négociation collective la détermination de ce statut, le juge émet une réserve stricte d'interprétation. Il considère qu'une telle habilitation n'est possible qu'à la condition que la protection conventionnelle instituée « *assure, sous le contrôle du juge, des garanties au moins équivalentes à la garantie légale* ».

³²⁸ Art. préc. p. 341.

³²⁹ Cela ne signifie pas que des liens existent entre ces deux formes de participation. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a estimé que la participation aux résultats de l'entreprise avait pour fondement le huitième alinéa de la Constitution de 1946 consacrant le principe de participation : Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006.

³³⁰ V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica, P.U.A.M., 2003, n° 261, p. 124.

entourée d'une certaine équivocité, en raison de l'indétermination de son contenu. M. J. Le Goff relève le caractère originellement ambigu de l'idée de participation : « *Tantôt la participation est donnée pour synonyme d'association [...] aux responsabilités dans l'entreprise, selon une tonalité guère éloignée de la cogestion. [...] Tantôt au contraire, dans la version opérationnelle du projet, il n'est plus question que de participation aux résultats qu'elle [l'entreprise] détient* »³³¹. À la croisée de ces deux positions apparaît la lutte du « *contrôle du pouvoir de décider* »³³².

144. Elle ne recouvre pas toujours le même sens d'un système juridique à l'autre, voire d'une norme à une autre. Ainsi, au sens du huitième alinéa du Préambule de la Constitution, la participation renvoie à toutes les formes de participation dans lesquelles les représentants des salariés expriment les intérêts des salariés : négociation collective, information et consultation, participation financière, participation aux organismes institutionnels de consultation au niveau national ou régional, etc. Au sein du droit de l'Union européenne, la notion de participation renvoie uniquement à une participation d'intégration au sein des organes dirigeants. Pour évoquer l'ensemble des mécanismes par lesquels les travailleurs défendent leurs intérêts professionnels, le droit de l'Union européenne préfère la notion d'implication des travailleurs. Au sein des normes internationales de l'O.I.T., la notion de participation regroupe tous les mécanismes par lesquels les travailleurs prennent part aux décisions dans l'entreprise, que ce soit à travers la négociation collective ou que ce soit à travers des procédures d'information et de consultation.

145. Une telle polysémie empêche toute appréhension de ce que serait un droit des salariés à la participation, tant ses titulaires et les prérogatives qui y sont attachées varient.

146. La référence aux droits de participation a été préférée : le pluriel permet en effet de souligner la diversité conceptuelle et la diversité des prérogatives que l'on peut rattacher à

³³¹ J. Le Goff., *op. cit.* p. 347. *Adde. Droit du travail et société – Les relations collectives de travail*, P.U.R., 2002, p. 35 ; J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariale*, Syllepse, 2003. En conclusion de son ouvrage, l'auteur distingue trois modèles de représentation des salariés : le modèle paternaliste ou « patronal » où l'existence d'une représentation et ses modalités d'intervention dépendent du chef d'entreprise, le modèle cogestionnaire ou autogestionnaire selon les cas, et enfin, le modèle de contrôle ouvrier qui consiste d'abord en une fonction de contrôle des décisions du chef d'entreprise : pp. 169 s.

³³² A. Touraine, *Le communisme utopique. Le mouvement de mai 1968*, Seuil, 1968, p. 11. Cf. également le Rapport Bloch-Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*, 1963. Cela renvoie également aux premières revendications du mouvement syndical favorables au « contrôle ouvrier » : G. Dehove, *Le contrôle ouvrier en France, l'élaboration de sa notion, ses conceptions*, Thèse de doctorat, 1937.

l'idée de participation. Reste cependant que l'idée de participation peut être entendue selon une acception étroite ou selon une acception large.

147. La conception étroite de l'idée de participation des salariés exclut la négociation collective. Négociation collective et participation des salariés sont pensées en opposition l'une par rapport à l'autre. La négociation collective suppose une confrontation des intérêts, alors que la participation des salariés serait traversée par une idée de coopération³³³. De plus, la négociation collective serait moins un droit des salariés qu'une modalité de l'action syndicale. Cette conception est peut-être davantage présente dans les sources européennes et internationales, qui appréhendent la négociation collective d'abord comme la liberté conventionnelle des syndicats. En réalité, même au sein des sources européennes et internationales, la frontière qui sépare la négociation collective et la participation des salariés est poreuse, et, partant, la conception restrictive des droits de participation des salariés doit être relativisée. D'une part, les normes européennes et internationales n'opposent pas la négociation collective aux autres formes de participation des salariés. D'autre part, et de manière plus générale, les différences qui existent entre les droits de participation n'empêchent pas de les regrouper sous une idée commune : les droits de participation, y compris la négociation collective, assurent aux salariés l'expression et la prise en compte de leurs intérêts professionnels.

148. Ainsi, selon une acception large, les droits de participation sont tous les droits des salariés qui *garantissent à ces derniers l'expression et la prise en compte de leurs intérêts professionnels*. Ils regroupent ainsi *l'ensemble des procédures par lesquelles les salariés participent aux processus décisionnels susceptibles d'affecter leurs intérêts*. Une telle acception est en outre plus proche de celle retenue dans le système français de la représentation des salariés, objet de la présente étude.

³³³ G. Arrigo, G. Casale, *Une analyse comparative sur la notion de participation des travailleurs*, B.I.T. 2010. Cependant, la distinction entre coopération et confrontation des intérêts prétend décrire les mécanismes d'expression des intérêts des salariés. En réalité, elle conduit à imposer une certaine représentation du monde social. Il est en réalité hasardeux, à partir des procédures mises en place et des missions confiées aux représentants des salariés d'affirmer si cela correspond à une logique de coopération plutôt qu'à une logique de confrontation. Ainsi, le comité d'entreprise qui, à l'origine, a été institué dans une logique de « coopération », s'est révélé être une instance dans laquelle la confrontation avec l'employeur était possible. Cela est particulièrement visible dans le cadre des procédures de licenciement pour motif économique au cours desquelles le comité d'entreprise joue un rôle important. Les représentants des salariés expriment alors l'intérêt des salariés menacés de licenciement. Les circonstances se prêtent alors mal à la coopération. Il arrive souvent que la procédure d'information et consultation devienne le lieu de négociations que l'on qualifie alors d'aytpiques.

149. Il existe trois droits de participation auquel il convient de prêter une attention particulière : le droit à l'information et à la consultation, le droit à l'implication dans les organes dirigeants de l'entreprise et le droit à la négociation collective. Les droits de participation des salariés consistent donc dans la mise en place de procédures, qui encadrent les processus décisionnels susceptibles d'affecter les intérêts des salariés. L'information et la consultation se caractérisent par l'existence d'un contrôle sur la prise de décision, tandis que la négociation collective et l'implication dans les organes dirigeants tendent plutôt vers un partage de la décision. De manière différente, l'information et la consultation, comme l'implication aux organes dirigeants, reposent sur une certaine intégration institutionnelle des représentants des salariés. Au contraire, la négociation collective requiert une autonomie des organisations qui représentent les salariés par rapport à l'employeur ou par rapport aux organisations d'employeurs.

150. Ces trois formes de participation des salariés reposent sur une participation indirecte des salariés. Elles nécessitent l'intervention de représentants des salariés qui ont pour mission de défendre et d'exprimer l'intérêt des salariés face au patronat et surtout face à l'employeur. Autrement dit, le droit des salariés à être représentés est sous-tendu par les droits de participation que sont le droit à l'information et à la consultation, le droit à l'implication dans les organes dirigeants et le droit à la négociation collective.

Dès lors, il s'agit de déterminer la manière dont chacune des sources internationales (paragraphe 1), européennes (paragraphe 2) et étatiques (paragraphe 3), reconnaît et garantit les droits de participation.

Paragraphe 1- Les sources internationales des droits de participation des salariés.

151. Les conventions internationales de l'O.I.T. ne consacrent pas de droits de participation aux salariés. La négociation collective est principalement envisagée comme une forme de l'action syndicale. Elle est un droit des organisations syndicales. Cela ressort de la convention n° 98, adoptée le 1^{er} juillet 1949 et portant sur le droit d'organisation et de négociation collective³³⁴. Par ailleurs, aucune convention de l'O.I.T. ne consacre de droits à l'information et à la consultation, de droit à la participation aux organes dirigeants de l'entreprise.

³³⁴ Cf. *supra* n° 74.

152. Cela étant, l'O.I.T a développé l'idée de participation des salariés³³⁵. Selon la terminologie que cette dernière utilise, la participation des salariés est entendue comme « *la participation des salariés à la prise de décision au sein de l'entreprise* »³³⁶. Elle n'est donc pas exclusive de la négociation collective. En revanche, elle écarte la participation aux résultats de l'entreprise.

153. Ainsi, la participation des travailleurs apparaît de manière sous-jacente dans les conventions n° 98 et 135. Suivant la première, des mesures devaient être prises « *pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi* ». La formule semble s'ouvrir à toute forme de mécanismes qui pourraient aboutir à une négociation. Selon la convention n° 135, relative aux représentants des travailleurs³³⁷, « *les représentants des travailleurs dans l'entreprise doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes mesures qui pourraient leur porter préjudice, y compris le licenciement, et qui seraient motivées par leur qualité ou leurs activités de représentants des travailleurs, leur affiliation syndicale, ou leur participation à des activités syndicales* ». L'article 5 insiste en outre sur la nécessité de garantir le rôle des organisations syndicales ; ce rôle ne doit pas être affecté par l'existence de représentants élus : « *lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants,*

³³⁵ Résolution de la Conférence générale, 50^{ème} session, 22 juin 1966, concernant la participation des travailleurs dans l'entreprise ; B.I.T., La participation des travailleurs aux décisions dans l'entreprise, 1981, B.I.T., « Participación de los trabajadores en las decisiones que se adoptan en las empresas », Documentos de una reunión técnica, Ginebra 20-29 de noviembre de 1967, Serie Relaciones de Trabajo, num. 33 (Geneva, 1969) ; G. Arrigo, G. Casale, Une analyse comparative sur la notion de participation des travailleurs, B.I.T. 2010., spéc. p. 17.

³³⁶ G. Arrigo, G. Casale, *Une analyse comparative sur la notion de participation des travailleurs*, op. cit. p. 17. À l'extérieur de l'entreprise, l'O.I.T préfère évoquer l'idée de consultation et de coopération, *Ibidem*, p. 17 et Recommandation n° 13 en matière de Consultation et Coopération entre les autorités publiques et les organisations des travailleurs et des employeurs au niveau industriel et national.

³³⁷ Conv. n° 135 concernant les représentants des travailleurs, adoptée le 23 juin 1971, entrée en vigueur le 30 juin 1973 et ratifiée par la France le 30 juin 1972.

d'autre part »³³⁸. Cette convention garantit aux représentants des salariés, qu'ils soient élus ou qu'ils soient désignés par un syndicat, une protection contre le licenciement. Plus que le salarié lui-même, il s'agit de protéger la mission dont ce salarié est investi. Le statut de salarié protégé ne vise donc pas seulement à prendre compte la plus grande vulnérabilité face à l'employeur du salarié investi d'une mission de représentation. Il vise encore à protéger l'institution de représentation que le salarié incarne et, au-delà, le droit de la collectivité à disposer d'une représentation collective dans l'entreprise³³⁹. Dans cette perspective, il est possible de déceler dans la convention O.I.T n°135 une reconnaissance, même indirecte, des prérogatives exercées par les représentants des salariés.

154. Les recommandations de l'O.I.T sont plus explicites quant aux mesures que les États sont invités à prendre pour encourager la participation des travailleurs.

La recommandation n° 94, édictée en 1952, invite les États à adopter des mesures encourageant la coopération dans l'entreprise entre employeur et travailleurs sur des sujets d'intérêt commun³⁴⁰. La recommandation écarte alors les mécanismes de négociation collective qu'elle distingue de mécanismes de consultation. Quinze ans plus tard, en 1967, deux nouvelles recommandations seront adoptées. La première, la recommandation n° 129³⁴¹, a pour objet de promouvoir la communication et l'échange d'information au sein de l'entreprise. Cette recommandation envisage aussi bien les mécanismes par lesquels une communication et un échange de vues peuvent avoir lieu³⁴², que les matières sur lesquelles elle peut porter³⁴³. La seconde, portant le numéro 130, appelle les États à mettre en place des procédures par lesquelles un ou plusieurs travailleurs peuvent porter à la connaissance de l'employeur des réclamations relatives à leurs conditions de travail ou à leurs relations de travail.

155. Cependant, il convient d'être prudent quant à l'influence que peuvent avoir les recommandations de l'O.I.T. La Constitution de l'O.I.T. distingue les conventions et les

³³⁸ Nous soulignons.

³³⁹ J.-M. Verdier, « Les représentants des salariés : "protégés" ou exposés ? Liberté fondamentale et logique du statut », in *Analyse juridique et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 571.

³⁴⁰ Rec. n° 94 concernant la collaboration sur le plan de l'entreprise adoptée le 26 juin 1952.

³⁴¹ Rec. n° 129 sur les communications dans l'entreprise adoptée le 28 juin 1967.

³⁴² Paragraphe 13. De manière plus précise, les mécanismes mis en place ne doivent pas nuire à la liberté syndicale, ou aux représentants librement choisis. Ils peuvent cependant consister en une communication directe à destination des salariés de l'entreprise.

³⁴³ Paragraphe 15.

recommandations. Les premières ont valeur de traité international, à la différence des secondes qui n'ont pas vocation à devenir de véritables règles au sein des ordres juridiques nationaux. Ainsi aux termes de l'article 19 paragraphe 6 d), les États ont l'obligation de soumettre la recommandation à l'autorité ou aux autorités compétentes. Il est immédiatement précisé que « *les Membres ne seront soumis à aucune autre obligation, si ce n'est qu'ils devront faire rapport au Directeur général du Bureau international du Travail* »³⁴⁴. Autrement dit, « *la recommandation a force obligatoire, mais limitée. Les États s'engagent seulement à la "prendre en considération" mais non pas du tout à l'adopter et à lui donner force de loi à l'intérieur de leurs frontières* »³⁴⁵.

Les normes internationales participent peut-être davantage à promouvoir l'idée participation des salariés qu'elles ne garantissent des droits de participation. Du moins, ceux-ci ne sont pas reconnus en tant que tels.

Paragraphe 2 – Les sources européennes des droits de participation des salariés

156. Les sources européennes des droits de participation des salariés sont à la fois celles de la Charte sociale européenne (A) et celles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (B).

A. La Charte sociale européenne

157. La Charte sociale européenne garantit trois droits de participation. L'article 6 protège le droit de la négociation collective. Plus précisément, les États signataires de la Charte s'engagent à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs ; à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ; à favoriser l'institution et l'utilisation de procédures appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaire pour le règlement des conflits du travail.

³⁴⁴ Remis à des périodes appropriées, selon ce que décidera le Conseil d'administration, ce rapport a pour objet « *l'état de leur législation et sur leur pratique concernant la question qui fait l'objet de la recommandation, en précisant dans quelle mesure l'on a donné suite ou l'on se propose de donner suite à toutes dispositions de la recommandation et en indiquant les modifications de ces dispositions qui semblent ou pourront sembler nécessaires pour leur permettre de l'adopter ou de l'appliquer* ».

³⁴⁵ M. Virally, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, 1956, pp. 66 et spéc. p. 79.

158. Plus loin, l'article 21 consacre un droit à l'information et à la consultation des travailleurs. D'une part, les travailleurs, ou leurs représentants, doivent être en mesure d'« *être informés régulièrement ou en temps opportun et d'une manière compréhensible de la situation économique et financière de l'entreprise qui les emploie* »³⁴⁶. D'autre part, les travailleurs, ou leurs représentants, doivent « *être consultés en temps utile sur les décisions envisagées qui sont susceptibles d'affecter substantiellement les intérêts des travailleurs et notamment sur celles qui auraient des conséquences importantes sur la situation de l'emploi dans l'entreprise* ».

159. Enfin, l'article 22 garantit un « *droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail et du milieu du travail* ». Il s'agit de permettre aux travailleurs, ou à leurs représentants de participer à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail, de l'organisation du travail et du milieu du travail ; à la protection de la santé et de la sécurité au sein de l'entreprise ; à l'organisation de services et facilités sociaux et socioculturels de l'entreprise ; au contrôle du respect de la réglementation en ces matières. Le droit des salariés à prendre part à la détermination de leurs conditions de travail n'a pas pour objet d'obliger les États à créer des droits et des avantages dans ces différents domaines. Il les oblige seulement, lorsque ces droits existent, à permettre aux salariés de participer à leur organisation³⁴⁷.

160. Le droit de la négociation collective n'est pas un droit réservé aux seuls salariés. Il est aussi, et dans les mêmes termes, reconnu aux employeurs. Il s'agit là d'une différence importante avec le droit français, qui envisage la négociation collective d'abord comme un droit des salariés et, secondairement, comme une liberté des organisations des travailleurs et des employeurs. De plus, le droit de la négociation collective, au sens de l'article 6 de la Charte sociale européenne, appartient à la fois, aux organisations syndicales ou patronales et, aux travailleurs ou aux employeurs. Les syndicats ne sont donc pas les seuls agents d'exercice du droit de négociation collective ; ils en partagent la titularité avec les salariés eux-mêmes. Cette cotitularité est sans doute une raison qui explique que le droit de négociation collective fait

³⁴⁶ L'article 21 b) précise : « *étant entendu que la divulgation de certaines informations pouvant porter préjudice à l'entreprise pourra être refusée ou qu'il pourra être exigé que celles-ci soient tenues confidentielles* ».

³⁴⁷ Plus précisément, le comité des droits sociaux estime que l'article 22 de la Charte n'a pas pour objet d'obliger l'employeur de créer des services et facilités sociaux et socioculturels mais, lorsque de tels services existent, les salariés participent à leur organisation : Cf. notamment, Comité des droits sociaux, *Conclusions 2007*, Éditions du Conseil de l'Europe, Tome 1, Estonie article 22, p. 418.

l'objet d'une reconnaissance distincte du droit syndical énoncé à l'article 5, ce qui distingue sur ce point la Charte sociale européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

161. Le droit à l'information et à la consultation et le droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail ont été reconnus plus récemment, à l'occasion de la révision de la Charte en 1996³⁴⁸.

Au regard de leur champ d'application, ces deux droits sont complémentaires. Le droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail apparaît en effet comme le complément utile du droit à l'information et à la consultation qui concerne la situation économique et financière de l'entreprise. En revanche, ces deux droits se distinguent au regard des prérogatives que l'un et l'autre confèrent aux salariés. Le droit à l'information et à la consultation garantit des prérogatives particulières, qui figurent dans l'intitulé même du droit. De plus, l'article 21 précise quelques-unes des exigences procédurales liées à l'effectivité de ce droit : l'information due aux salariés ou à leurs représentants doit être régulière, elle doit être livrée en un temps opportun et elle doit être compréhensible. De la consultation, il est exigé qu'elle ait lieu en temps utile.

Au contraire, aux termes de l'article 22, aucune procédure particulière n'est prévue et aucune exigence substantielle n'est formulée. Peu importe la procédure, dès lors qu'elle permet aux salariés de prendre part à la détermination et à l'amélioration de leurs conditions de travail.

162. Le droit des salariés de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail se conjugue également très bien avec le droit de négociation collective. Sur le fondement de l'article 22, la négociation collective peut en effet saisir les conditions de travail, élargissant ainsi le domaine qui lui est dévolu au titre de l'article 5³⁴⁹.

163. En définitive, le droit des salariés à prendre part à la détermination et à l'amélioration de leurs conditions de travail ouvre de nouvelles perspectives aux droits définis aux articles 5 et 21 de la Charte³⁵⁰.

³⁴⁸ S. Grévisse, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 2000, p. 884.

³⁴⁹ Comité des droits sociaux, *Conclusions 2007*, Éditions du Conseil de l'Europe, Tome 1, Estonie article 22, p. 418.

³⁵⁰ A travers cette conjugaison, le droit de la négociation collective et le droit à l'information et à la consultation retrouvent potentiellement le même champ que celui défini par le huitième alinéa du

B. Le droit de l'Union européenne

164. L'idée de participation des salariés, à laquelle est parfois préférée celle d'implication des salariés³⁵¹, est apparue tôt dans la construction de l'Union européenne. En revanche, leur reconnaissance des droits de participation comme droit fondamental est assez récente. Ainsi, « *si la formulation des droits à l'information, à la consultation et à la négociation dans les chartes a pu s'inspirer de directives déjà adoptées, les directives les plus récentes vont se présenter comme des instruments de mise en œuvre de ces droits* »³⁵². C'est ainsi notamment que l'article L. 2341-4 du Code du travail, transposant l'article 1 de la directive 2009/38 sur la mise en place du comité d'entreprise européen dispose qu'« *un comité d'entreprise européen ou une procédure d'information et de consultation est institué dans les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire afin de garantir le droit des salariés à l'information et à la consultation à l'échelon européen* ».

165. Les droits de participation ont été reconnus comme des droits sociaux fondamentaux par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs du 8 décembre 1989. Ceux-ci consistaient principalement dans les droits d'information et de consultation, énoncés aux paragraphes 17 et 18. Suivant ces dispositions, « *l'information, la consultation et la participation des travailleurs doivent être développées, selon des modalités adéquates, en tenant compte des pratiques en vigueur dans les différents États membres. Cela vaut en particulier dans des entreprises ou des groupes comportant des établissements ou des entreprises situés dans plusieurs États membres de la Communauté européenne* ». Suit l'énonciation d'un principe d'effet utile concernant l'information et la consultation portant sur les conditions de travail, les restructurations, les procédures de licenciement collectif, les conditions d'emploi, en particulier des travailleurs transfrontaliers³⁵³. En revanche, la Charte

Préambule de la Constitution de 1946, à savoir la détermination des conditions de travail et la gestion de l'entreprise. Cependant, le principe de participation ne privilégie aucune procédure selon l'objet qui est en cause. Au contraire, la Charte sociale européenne établit un lien nécessaire entre certaines matières et certaines procédures.

³⁵¹ Cette terminologie a été préférée s'agissant de l'implication des salariés dans la société européenne. Selon la directive, les modalités de l'implication des salariés dans la société européenne recouvrent l'information, la consultation et, le cas échéant, la participation, qui est alors définie strictement comme la participation des salariés dans les organes dirigeants de la société européenne.

³⁵² S. Laulom, art. préc., p. 113, spéc. p. 118.

³⁵³ Sur la portée de l'effet utile, cf. *infra* n° 392 et 965.

communautaire des droits sociaux fondamentaux n'envisage pas la négociation collective comme un droit de participation des salariés, mais comme le pendant de la liberté syndicale³⁵⁴.

166. Une telle reconnaissance n'avait cependant pas valeur de garantie. En effet, la valeur juridique de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux est incertaine. Elle a néanmoins eu une influence. « *Instrument politique* »³⁵⁵, elle fut une source d'inspiration pour les institutions communautaires et a favorisé l'essor de la réglementation communautaire en matière d'information et de consultation des travailleurs³⁵⁶.

167. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne va plus loin dans la garantie offerte aux droits sociaux, notamment grâce à sa valeur juridique qui est désormais celle des Traités de l'Union européenne. Parmi les droits sociaux consacrés par la Charte figurent le droit à l'information et à la consultation, et le droit de négociation collective et d'actions collectives. Suivant l'article 27 de la Charte, « *les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales* ». Aux termes de l'article 28, « *les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève* ».

168. La disposition qui consacre le droit de négociation collective et d'actions collectives a été déplacée par rapport à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Elle n'apparaît plus à la suite de l'article consacré à la liberté syndicale. Partant, liberté syndicale et droit de négociation collective et d'actions collectives sont formellement dissociés. Malgré cela, le lien existe toujours entre la seconde et la première. En premier lieu, l'article 28 indique que le droit de négociation collective appartient, outre aux salariés et aux employeurs, à leurs organisations respectives. En second lieu, l'examen de l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relatif à la liberté syndicale a permis de tirer quelques enseignements. L'interprétation de cette disposition est la même que celle de l'article 11 de la C.E.D.H. Or, l'article 11 de la C.E.D.H. garantit le droit de mener des

³⁵⁴ Cf. *supra* n° 105.

³⁵⁵ P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J. 2008, n° 150-1.

³⁵⁶ Sur les directives en matière d'information et de consultation des travailleurs, Cf. *infra* n° 374 s.

négociations collectives comme un élément essentiel de la liberté syndicale. Partant, le droit de négociation collective conserve toujours un fondement dans l'article 12 de la Charte.

Le droit de négociation collective dispose ainsi d'un double fondement, l'article 12 et l'article 28. L'existence d'une disposition propre n'est cependant pas sans influence. Placé à la suite du droit à l'information et à la consultation des travailleurs, le droit de négociation et d'actions collectives figurant à l'article 28 est présenté comme un moyen supplémentaire d'expression et de défense des intérêts professionnels, qui ne relève pas nécessairement de l'action syndicale.

169. Par ailleurs, de la même façon que la Charte sociale européenne, la titularité des droits de participation consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne semble partagée entre les salariés et leurs représentants. Que ce soit le droit à l'information et à la consultation ou que ce soit le droit de négociation collective et d'actions collectives, les représentants des salariés ou leurs organisations ne sont pas seulement des agents d'exercice ; ils sont cotitulaires des droits. Du moins, il n'est pas évident que, s'agissant des représentants, une distinction soit effectuée entre titulaires et agents d'exercice du droit.

170. Un arrêt du 16 juillet 2009 reconnaît explicitement la nature collective du droit à l'information et à la consultation mis en œuvre par la directive 98/59 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs³⁵⁷. La C.J.C.E invoque en premier lieu l'économie générale de la directive, destinée aux représentants des travailleurs et non pas aux travailleurs pris individuellement³⁵⁸. Elle relève en deuxième lieu que « *la nature collective du droit d'information et de consultation découle également d'une interprétation téléologique de la directive 98/59* »³⁵⁹. Ainsi, reconnaître la nature collective de ce droit en attribuant sa titularité aux représentants est plus à même de remplir les objectifs de la directive à savoir, d'une part, « *[formuler] des propositions constructives portant, au moins, sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs et d'en atténuer les conséquences et, d'autre part, [présenter] des observations éventuelles à l'autorité publique compétente* ». En troisième et dernier lieu, la Cour rappelle que le droit d'information et de consultation « *s'exerce par l'intermédiaire des représentants des travailleurs* ». Elle conclut en jugeant que « *le droit d'information et de consultation prévu*

³⁵⁷ C.J.C.E. 16 juillet 2009, C-12/08, *Mono Car Styling* ; *S.S.L.* 2010 n° 1444, p. 15 note S. Laulom.

³⁵⁸ Point 38.

³⁵⁹ Point 40. Nous soulignons.

par la directive 98/59[...] est conçu au bénéfice des travailleurs en tant que collectivité et possède donc une nature collective »³⁶⁰.

Cet arrêt ne fait pas référence à l'article 27 de la Charte car celle-ci n'était pas encore entrée en vigueur. Elle le sera quelques mois plus tard. Cette interprétation de la directive 98/59 n'en est pas moins une anticipation de celle qui sera donnée de l'article 27. Selon Mme S. Laulom, le droit de l'Union européenne est plutôt un droit de la participation³⁶¹. Ainsi est-ce à partir du droit d'information et de consultation que la C.J.C.E. en déduit la nature collective et la nécessité d'une représentation collective des salariés³⁶².

171. Récemment la Cour de cassation a renvoyé une question préjudicielle à la C.J.U.E où elle demandait si : *« le droit fondamental relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que précisé par les dispositions de la Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne peut être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins de vérifier la conformité d'une mesure nationale de transposition de la directive, et dans l'affirmative, si ces mêmes dispositions doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une disposition législative nationale excluant du calcul des effectifs de l'entreprise, notamment pour déterminer les seuils de mise en place des institutions représentatives du personnel, les travailleurs titulaires des contrats suivants : apprentissage, contrat initiative-emploi, contrat d'accompagnement dans l'emploi, contrat de professionnalisation »³⁶³.*

172. La question posée concerne l'opposabilité des droits de participation consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ceux-ci s'imposent sans aucun doute aux autorités communautaires et aux États membres. C'est ainsi désormais qu'en transposant les directives relatives à l'information et à la consultation des travailleurs, ces derniers garantissent en même temps le droit de participation consacré à l'article 27 de la Charte. Sont-

³⁶⁰ Points 41 et 42. Nous soulignons

³⁶¹ S. Laulom, art. préc., p. 114.

³⁶² Cf. C.J.C.E. 8 juin 1994, Aff. C-382/92 *Commission c/ Royaume-Uni*, point 24 : *« le législateur communautaire n'a donc pas entendu permettre aux différents ordres juridiques nationaux de tolérer l'absence de désignation de représentants des travailleurs alors que cette désignation est nécessaire pour que les obligations prévues par l'article 6 de la directive soient satisfaites »*. Nous soulignons.

³⁶³ Soc, 11 avril 2012, n° 11-21.609 (Publié au Bulletin) ; *S.S.L.* 2012 n° 1535 note S. Laulom, « La saga du calcul des seuils d'effectifs ». Nous soulignons.

ils également justiciables ? La question posée par la Cour de cassation permettrait de savoir si le juge peut vérifier la conformité de la législation interne directement au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou si la directive est susceptible de faire écran. On rappellera utilement que seule la C.J.U.E. est en mesure de contrôler la validité d'une directive au regard de la Charte. Or, depuis un arrêt du 1^{er} mars 2011, la C.J.U.E. n'hésite pas à écarter les dispositions d'une directive qui serait contraire à une disposition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁶⁴. Assurément l'effectivité des droits de participation sortirait grandie si la C.J.U.E. investissait le juge interne du pouvoir de vérifier cette conformité. À supposer donc que les juges de Luxembourg optent pour cette première lecture, quelle peut-être leur décision sur le fond. Au préalable, il faut certainement replacer cette question préjudicielle dans le cadre du contentieux qui a conduit le Conseil constitutionnel à juger conforme au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 l'article L. 1111-3 du Code du travail qui exclut du décompte des effectifs certains salariés titulaires de contrats de travail atypiques et précaires³⁶⁵. Précisément, cette disposition est celle qui fait l'objet de la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la C.J.U.E. Selon le juge constitutionnel, l'exclusion de ces salariés est justifiée par des raisons économiques³⁶⁶ et par le droit à l'emploi des salariés exclus³⁶⁷. S'agissant de contraintes liées à la mise en place d'une représentation des salariés, la directive 2002/14 CE les a prises en compte en instaurant un seuil d'effectif³⁶⁸. Toute restriction nationale supplémentaire fondée sur ce même motif pourrait apparaître redondante et, partant, disproportionnée. S'agissant de

³⁶⁴ C.J.U.E. 1^{er} mars 2010 C-236/09 *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* ; D. 2011, p. 11592 obs. M. Robineau ; A.J.D.A. 2011, p. 967 obs. L. Burgogue-Larsen ; R.D.S.S. 2011, p. 645, obs. G. Calvès ; Dr. soc. 2011, p. 689, obs. E. Grass ; R.T.D. civ. 2012, p. 405 obs. F. Benoît-Rohmer. Adde. C.J.U.E. 22 décembre 2010 C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein ; A.J.D.A. 2011, p. 264, obs. M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat ; R.T.D. civ. 2011, p. 98 obs. J. Hauser ; Europe 2011, p. 40 obs. D. Simon.

³⁶⁵ Déc. n° 2011-122 Q.P.C. du 29 avril 2011, C.G.T. cf. *infra* n°195.

³⁶⁶ Selon le Conseil constitutionnel, « en l'adoptant, le législateur a entendu alléger les contraintes susceptibles de peser sur les entreprises afin de favoriser l'insertion ou le retour de ces personnes sur le marché du travail ».

³⁶⁷ Le législateur avait entendu « prendre des mesures destinées à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; qu'il peut donc, en vue d'améliorer l'emploi des jeunes et des personnes en difficulté et de leur permettre d'acquérir une qualification professionnelle, autoriser des mesures propres à ces catégories de travailleurs ».

³⁶⁸ Paragraphe 19 du préambule de la directive 2002/14 CE - Ce cadre général a également pour but d'éviter toutes contraintes administratives, financières et juridiques qui feraient obstacle à la création et au développement de petites et moyennes entreprises. Il semble adéquat, pour ce faire, de limiter le champ d'application de la présente directive, selon le choix fait par les États membres, aux entreprises employant au moins 50 travailleurs ou aux établissements employant au moins 20 travailleurs.

la justification tirée du droit à l'emploi, la C.J.C.E l'avait déjà écartée dans un arrêt du 18 janvier 2007 pour s'opposer à l'exclusion des effectifs les salariés de moins de 26 ans. Plus précisément, se fondant sur la définition de travailleurs, elle avait jugé que « *les États membres ne sauraient exclure dudit calcul une catégorie déterminée de personnes rentrant initialement dans ce cadre. [...] Lorsqu'une disposition communautaire renvoie aux législations et pratiques nationales, les États membres ne sauraient adopter des mesures susceptibles de compromettre l'effet utile de la réglementation communautaire dans laquelle cette disposition s'intègre* »³⁶⁹. Au-delà de la conformité à la directive et de la préservation de son effet utile, le juge devra vérifier si l'article L. 1111-3 du Code du travail ne porte pas atteinte au droit fondamental des travailleurs d'information et de consultation. Or, la nécessité de disposer d'une représentation, condition d'effectivité du droit d'information et de consultation reconnu à toute collectivité de salariés, amène sans doute à refuser que l'on nie l'existence de cette collectivité par la mise à l'écart de certains salariés.

173. La protection apportée aux droits de participation par les sources européennes est certainement remarquable au regard de celle apportée par les sources internationales. Elle l'est aussi lorsqu'on les confronte aux sources constitutionnelles, moins en raison de l'importance que ces droits y occupent qu'en raison de la manière dont ils sont garantis.

Paragraphe 3 – La source étatique des droits de participation

174. Les droits de participation trouvent leur source constitutionnelle dans le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui consacre un principe de participation des travailleurs. Selon cette disposition, « *tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Comme l'affirme Mme M.-L. Morin, « *[le principe de participation] donne une base constitutionnelle aussi bien au droit de la négociation collective à tous les niveaux qu'aux*

³⁶⁹ C.J.C.E, 18 janvier 2007, Aff. C. 385/05, *J.O.U.E.* 2007/C-56/15 du 10 mars 2007. L. Idot, « Notion de travailleur et décompte des effectifs », *Europe* 2007 Comm. n° 93 p.19, V. Bonnin, « L'exclusion des travailleurs de moins de 26 ans et le droit communautaire », *D.* 2007 p.776, H. Tissandier, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *R.J.S.* 2007 p. 297 ; S. Laulom, « Seuils d'effectif, le feuillet des moins de 26 ans », note sous C.J.C.E. 18 janvier 2007, C-385/05, CGT et autres, *S.S.L.*, n°1292, janvier 2007, p. 5.

fonctions des représentants élus dans l'entreprise, en les définissant comme des droits des travailleurs »³⁷⁰.

175. La juridicité³⁷¹ de cette disposition n'est plus contestable et sa valeur constitutionnelle lui permet de s'imposer et de primer (A). Elle n'est pas seulement l'assise du système de représentation des salariés ; elle constitue aussi le fondement des droits de participation reconnus aux salariés. Plus précisément, il garantit à ces derniers le droit de disposer de représentants des salariés (B), ces derniers étant appelés à intervenir dans le cadre des procédures visant la défense et l'expression des intérêts des salariés (C).

A. La juridicité du principe constitutionnel de participation

176. Aujourd'hui, la juridicité du principe de participation ne fait plus de doute³⁷². Son invocation est désormais communément admise aussi bien par le juge constitutionnel (1), que par le juge administratif (2) ou par le juge judiciaire (3).

1. L'application du principe constitutionnel de participation par le juge constitutionnel

177. Longtemps, la juridicité du huitième alinéa de la Constitution de 1946 fut mise en doute, voire était tout simplement rejetée. Une partie de la doctrine constitutionnelle contestait la juridicité du Préambule de la Constitution de 1946³⁷³ et, à tout le moins, celle de

³⁷⁰ M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », art préc., p. 26.

³⁷¹ La juridicité est ici entendue moins comme une forme particulière de normativité que comme le critère de la justiciabilité d'un énoncé. Cela étant, il faut convenir que le concept de juridicité comme celui de justiciabilité mériterait d'être précisé quant à la manière dont les juges mobilisent les différents énoncés dotée d'une valeur normative. En ce sens, cf. J.-F. Akandji Kombé, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Dr. soc.* 2012, p. 1014.

³⁷² L. Philip « La valeur juridique du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, L'Hermès, 1980, p. 265, spéc. p. 274 ; J. Daniel « Alinéa 8 », in G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Dalloz 2001 p. 179, spéc. p. 182 ; V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, op. cit., pp. 80 et s.

³⁷³ Certains auteurs l'ont très vite admise – cf. G. Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 326 ; G. Vedel, J. Rivero, « Les principes économiques et sociaux de la constitution: le Préambule », in *Pages de doctrine*, Tome 1, L.G.D.J. 1980, p. 93. (Ces auteurs soulignent néanmoins l'étrangeté de ce Préambule) ; R. Pelloux, « Le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 », *R.D.P.*, 1947, p. 347. Pour une étude générale, Y. Poirmeur, « La réception du Préambule de 1946 par la doctrine juridique – La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », in *Le Préambule de la Constitution de 1946*, P.U.F. 1996, p. 99.

certaines de ses dispositions, en particulier le principe de participation³⁷⁴. Selon cette approche, le principe de participation n'avait qu'une valeur programmatique et sa réalisation était essentiellement laissée à la discrétion du législateur³⁷⁵.

178. Cette lecture s'appuyait sur l'absence de procédures particulières de participation des salariés visées par l'alinéa 8 du Préambule de 1946. La négociation collective ou l'existence d'institutions représentatives des salariés dans l'entreprise ne seraient visées que de manière implicite³⁷⁶. Elles n'étaient donc que modalités particulières prévues par le législateur à l'égard desquelles il disposait d'une entière discrétion.

179. Cette position fut relayée en particulier par le juge administratif et explique la relative tardiveté de la reconnaissance de la juridicité du principe de participation. Elle fut reconnue par le Conseil constitutionnel dans une décision du 5 juillet 1977³⁷⁷. Après avoir rappelé la teneur huitième alinéa du Préambule de 1946, le juge constitutionnel affirme : « *ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre, ce qu'il a fait dans le cas de l'espèce* ». L'invocation du principe de participation visait alors, et seulement, à justifier la compétence réservée du législateur.

180. Depuis, le Conseil constitutionnel a réaffirmé maintes fois cette solution, s'exprimant toujours de manière semblable : « *Si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que "tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises", l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect de*

³⁷⁴ G. Vedel, J. Rivero, « Les principes économiques et sociaux de la constitution: le Préambule », *op. cit.* : « Pour qu'un texte ayant la forme d'une règle de droit en soit une, il faut qu'il renferme l'édition d'une règle de conduite, soit que grammaticalement il énonce celle-ci, soit que logiquement on l'en déduise » ; G. Morange, « Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des droits », R.D.P., 1945, p. 239 ; R. Pelloux, « Le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 », R.D.P., 1947, p. 347.

³⁷⁵ J. Daniel, « Alinéa 8 », *in* G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (*dir.*), *op. cit.*, p. 179 ; V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, *op. cit.* 2003, n° 261, p. 124.

³⁷⁶ I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel*, Th. U-P.O.N.D. 2008, p. 34

³⁷⁷ Déc. n° 77-79 D.C. du 5 juillet 1977 – Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, considérant 3, *J.O.R.F.* du 6 juillet 1977, p. 3560, *Rec.* p. 35 ; *Pouvoirs* 1977 n°3 p. 179, obs. P. Avril et J. Gicquel; *J.C.P.* éd. G 1979, p. 19186, note M. Debène.

cette disposition à valeur constitutionnelle, les conditions et garanties de sa mise en œuvre »³⁷⁸.

181. En outre, et surtout, le Conseil constitutionnel a entamé une approche plus substantielle du principe de participation. Il interprète celui-ci comme recélant un droit des salariés d'appartenir à une communauté de travail en vue d'y être électeur ou éligible³⁷⁹ et comme recélant également un droit des salariés à être informés utilement³⁸⁰. Ainsi, sans anticiper les développements à venir, cette nouvelle approche du Conseil constitutionnel donne un nouveau souffle à cette disposition constitutionnelle : elle ne sert plus seulement à définir les contours de la compétence du législateur ; elle a vocation à garantir des droits aux salariés qui s'imposent au législateur.

De plus, l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a eu une influence sur celle des autres juridictions suprêmes. Le Conseil d'État et la Cour de cassation vont infléchir leur jurisprudence et, progressivement, vont admettre que le principe de participation est une source de droits invocables par les salariés.

³⁷⁸ Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, Loi relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *J.O.R.F.* du 21 décembre 1993 p. 17814 et rect. *J.O.R.F.* du 12 mars 1994, p. 3965 ; *Rec.*, p. 547 ; P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1994, p. 207 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *L.P.A.* 8 juin 1994, p. 13 ; J.-Y. Chérot, *R.F.D.C.*, 1994, p. 138 ; « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 1994, 2, *Doc. p. 837* ; A. Sauret, *L.P.A.* 21 janvier 1994, p. 4 ; X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », *Dr. soc.*, 1994, p. 139. Nous soulignons. *Adde* Déc. n° 89-257 D.C., préc. ; Déc. 96-383 D.C. du 6 novembre 1996. *Rec.* p.128 ; M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25, et spéc. p. 26 et 27 ; G. Lyon-Caen, art préc. ; B. Mathieu, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, p. 152 ; Déc. n° 2004-494 D.C. du 29 avril 2004 – Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *J.O.R.F.* 5 mai 2004, p. 7998, *Rec.* p. 91. considérant 7.

³⁷⁹ Déc. n° 2006-545 D.C. d 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, *Rec.* p. 138, considérant 7 ; A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *R.D.T.* 2007, p. 84 ; J.-E. Schoettl, « La loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social » devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.* du 8 février 2007, p. 37 ; A. Mangiavillano, « L'enrichissement du contenu essentiel du droit constitutionnel de participation », *R.F.D.C.* 2007, p. 766 ; *C.C.C.* 2007, p. 38.

³⁸⁰ *Ibidem*.

2. *L'application du principe constitutionnel de participation par le Conseil d'État*

182. Le Conseil d'État est certainement celui qui s'est montré le plus longtemps réticent à l'idée que le principe de participation puisse être une source de normes³⁸¹. Avant la décision du 5 juillet 1977 rendue par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État refusait de voir dans le principe de participation un possible fondement. Selon lui, il ne s'agissait que d'« *un objectif à atteindre auquel les constituants ont réaffirmé leur attachement* »³⁸². Après la décision du Conseil constitutionnel, certes, il abandonnera cette qualification, mais sans revenir sur le sens de sa solution. Dans un arrêt *Manufacture française des pneumatiques Michelin* du 15 décembre 1978, la Haute juridiction administrative juge qu'« *aucun principe général du droit ni aucune disposition applicable en l'espèce n'impose à l'administration d'assurer au sein du comité d'entreprise la représentation de chacune des catégories entrant dans la composition d'un même collège électoral* »³⁸³. Ainsi élude-t-elle toute référence au principe de participation. Plus tard, dans un arrêt du 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police*, le Conseil d'État évoque le huitième alinéa du Préambule de 1946. Seulement, il estime que « *les droits reconnus par ce principe ne peuvent s'exercer que dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires qui le régissent* »³⁸⁴. En définitive, le principe de participation apparaît toujours comme un simple objectif à valeur constitutionnelle.

183. Ce n'est que très récemment que le Conseil d'État se fonde sur l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Dans un arrêt du 19 octobre 2005, le Conseil d'État, saisi de la légalité de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 relative à l'aménagement des règles de décompte des effectifs des entreprises, a vérifié que celle-ci ne méconnaissait pas les exigences tirées du principe de participation. Il en a fait une application directe : selon la Haute juridiction administrative, « *les dispositions [...] de l'ordonnance du 2 août 2005 ne procèdent qu'à un aménagement des règles de décompte des effectifs [...], sans modifier le contenu de*

³⁸¹ Cf. M. Clapié, « Le Conseil d'État et le Préambule de la Constitution de 1946 », *Rev. Adm.* 1997, n° 297, p. 278.

³⁸² C.E. Ass., 28 juin 1974, *Fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux de la C.F.D.T.*, *Rec.* p. 380 ; *R.T.D.S.S.* 1974, p. 699, concl. Bertrand ; *Adde.* C.E. Sect., 15 février 1961, *Sieur Lesieur et autres*, *Rec.* p. 115.

³⁸³ C.E. 15 décembre 1978, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, n° 05242 (publié au Recueil) ; *Concl. R. Latournerie*, *D.* 1979, p. 329.

³⁸⁴ C.E., Sect., 9 juillet 1986, *Syndicat des commissaires de police et des hauts fonctionnaires de la police* : « *les droits reconnus par ce principe ne peuvent s'exercer que dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires qui le régissent* ».

ces dispositions et sans priver d'effectivité la portée de celles qui mettent en œuvre le principe énoncé au huitième alinéa du préambule »³⁸⁵. À travers cette solution, le juge administratif encadre le pouvoir du gouvernement au moyen des exigences tirées du principe de participation. Il le fait ici lorsque, en application de l'article 38 de la Constitution et d'une loi d'habilitation du législateur, le Premier ministre met en œuvre le principe de participation. Cependant, la nature de ce contrôle n'est pas différente de celui que le Conseil constitutionnel exerce lorsqu'il doit contrôler la constitutionnalité d'une loi. Aussi, le Conseil d'État ne reconnaît pas que le principe de participation fonde un droit des salariés. Il n'est envisagé que comme une règle qui encadre l'édiction de règles par une autorité normative.

184. Le pas est franchi, semble-t-il, par un arrêt du 11 octobre 2010. Le Conseil d'État était invité à apprécier la légalité des statuts de la S.N.C.F. au regard des exigences du principe de participation³⁸⁶. Les organisations syndicales à l'origine de la saisine estimaient que les statuts, qui avaient été modifiés à la suite de la loi du 20 août 2008, méconnaissaient les exigences de ce principe. Leur requête est rejetée. Selon le juge administratif, les dispositions soumises à son examen et relatives à la représentativité des syndicats au sein de la S.N.C.F. ne méconnaissent pas « *le droit consacré par le Préambule de la Constitution de 1946, pour tout salarié, de participer par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail* »³⁸⁷. Le rejet de la requête ne doit pas conduire à minorer la portée de la solution. Désormais le Conseil d'État semble prêt à opposer ce droit aux autorités administratives. Celles-ci ne peuvent le méconnaître, indépendamment des dispositions légales applicables.

185. La Cour de cassation a suivi une voie similaire à celle du Conseil d'État, peut-être en se montrant moins réticente que ce dernier.

3. L'application du principe constitutionnel de participation par la Cour de cassation

186. La Cour de cassation est d'abord restée silencieuse à l'égard du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Elle ne l'invoquait pas. Ce silence est d'autant plus

³⁸⁵ C.E. Sect. 19 octobre 2005, n° 283892 (publié au *Recueil Lebon*).

³⁸⁶ C.E. 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 11 octobre 2010, n° 327660 (Publié au *Recueil Lebon*) ; M. Vialettes, « Les conclusions du Rapporteur public : les nouvelles règles de la représentativité syndicale à la S.N.C.F. – Conseil d'État, 11 octobre 2010 », *Dr. soc.* 2011, p. 186.

³⁸⁷ Nous soulignons.

remarquable que, très tôt, elle a cité le Préambule de la Constitution 1946 comme fondement de ses décisions, s'agissant de l'exercice du droit de grève³⁸⁸ ou de la liberté syndicale³⁸⁹.

187. Certaines décisions semblaient néanmoins s'en inspirer. La Cour de cassation s'est en effet montrée soucieuse d'assurer aux salariés une représentation collective effective. Ce souci apparaît notamment dans sa jurisprudence, déjà ancienne, relative au décompte d'effectifs³⁹⁰, ou encore dans celle relative à la détermination des cadres de représentation³⁹¹. Cependant, l'absence de référence au huitième alinéa du Préambule de 1946 demeure. Un arrêt du 13 avril 1999 est, de ce point de vue significatif³⁹². La Cour de cassation y reconnaît l'existence d'un « droit des salariés d'être représentés »³⁹³. Seulement l'absence de référence constitutionnelle laissait penser qu'aux yeux des juges de la Cour de cassation, ce droit n'a qu'une valeur législative.

188. Les mêmes regrets se sont exprimés lorsque, dans un arrêt du 30 avril 2003³⁹⁴, pour la première fois, la Cour de cassation reconnaissait la liberté de négocier au niveau du groupe de sociétés. Or, la Cour de cassation n'a pas cherché à donner à cette liberté une valeur autre que légale : ni l'alinéa 6 ni l'alinéa 8 du Préambule ne figurent dans la décision³⁹⁵.

189. La première décision rendue au visa de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 est un arrêt du 23 septembre 2003³⁹⁶. À travers ce fondement, la chambre sociale de la Cour de cassation réaffirmait de manière solennelle l'obligation pour l'employeur d'inviter l'ensemble des organisations syndicales représentatives à la négociation, sous peine de nullité

³⁸⁸ Soc. 1^{er} juin 1951, *Bull. cass.* n° 432 ; P. Durand « Le nouveau droit jurisprudentiel de la grève », *Dr. soc.* 1951, p. 526.

³⁸⁹ Soc. 24 janvier 1957, *Bull. civ.* IV n° 57 et 58 (2 arrêts) ; Soc. 3 janvier 1958, *Bull. civ.* n° 13 *Comptoir national de la pharmacie française c. Antoine* ; G. Lyon-Caen et J. Péliissier, *G.A.D.T.* 2^{ème} éd., Sirey 1980, p. 97.

³⁹⁰ A.P. 6 juillet 1990, *Bull. A.P.* n° 10 ; *D.* 1990 p. 196 ; *Dr. soc.* 1990, p. 867 ; concl. H. Dontenville, *R.J.S.* 1990, n° 702.

³⁹¹ Soc, 19 décembre 1972, *D.*1972, p. 381, note M. Despax.

³⁹² Soc, 13 avril 1999, *Bull. civ.* V, n° 172 ; *J.C.P.* G 1999. 10116, comm. D. Corrignan-Carsin.

³⁹³ Nous soulignons.

³⁹⁴ Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ.* V, n°155 ; B. Gauriau, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.* 2003, p. 732 ; P. Rodière, « Émergence d'un nouveau cadre de négociation collective : le groupe ? », *S.S.L.* 2003, n° 1125, p. 6 ; J. Grangé et N. El Aougri, « Accords collectifs : la négociation de groupe », *S.S.L.* 2003, n° 1144, p. 5. *Adde*, P. Iriart, note sous T.G.I. Paris, 1^{er} décembre 1998 ; « Négociation et effets d'un accord organisant une représentation syndicale de groupe », *D.* 1999, p. 465.

³⁹⁵ J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *G.A.D.T.*, Dalloz, 4^{ème} édition 2008, pp. 722-723.

³⁹⁶ Soc, 17 septembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 240 ; *R.J.S.* 2003, n°1297 ; *D.* 2004, p. 388, obs. I. Odoul-Asorey.

de l'accord collectif. Depuis, les arrêts rendus au fondement de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 se sont multipliés. Les solutions intéressent des domaines divers, tels que la protection des salariés protégés³⁹⁷, la représentativité syndicale³⁹⁸, ou encore l'obligation de l'employeur de mettre en place les institutions de représentation des salariés dans l'entreprise³⁹⁹.

190. La juridicité du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 démontrée, il convient de préciser les exigences et les droits garantis aux salariés tirés de cette disposition. Par souci de clarté, seront présentées d'abord les exigences qui concernent les représentants des salariés, agents d'exercice des droits de participation reconnus aux salariés, puis les exigences relatives aux procédures de participation elles-mêmes.

B. Le principe constitutionnel de participation et les représentants des salariés

191. Deux exigences constitutionnelles ont été reconnues au nom du principe de participation qui se rapportent à la mise en place des institutions de représentation des salariés. La première exigence concerne la collectivité des salariés représentés (1.). La seconde intéresse la capacité d'un représentant à représenter les salariés, c'est-à-dire sa représentativité (2.).

1. Le droit constitutionnel des salariés d'être représentés et l'appartenance à une communauté de travail

192. Le Conseil constitutionnel a mis en évidence le fondement constitutionnel du droit des salariés de disposer d'une communauté de travail en vue d'être représentés. Pour la première fois, dans une décision rendue le 28 décembre 2006, le juge constitutionnel reconnaît que le principe de participation garantit des droits dont les titulaires sont les salariés⁴⁰⁰. À cette occasion, il censure une disposition législative qui excluait du décompte des

³⁹⁷ Soc, 8 décembre 2009, *Bull. civ. V*, n° 277 ; Soc, 28 septembre 2011, n° 10-21.294 (à paraître au *Bulletin*).

³⁹⁸ Soc, 16 septembre 2008, *Bull. civ. V*, n° 162 ; A.P. 18 juin 2010, n° 10-40.005, *Dr. soc.* 2010, p. 2264 ; Soc, 18 mai 2011, n° 10-60.264 (à paraître au *Bulletin*).

³⁹⁹ Soc, 17 mai 2011, n° 10-12.852 (à paraître au *Bulletin*).

⁴⁰⁰ Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social ; M.-L. Morin, « Effectif et électorat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 », *R.D.T.* 2007, p. 229 ; A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *R.D.T.* 2007, p. 84 ; A. Mangiavillano,

effectifs et du corps électoral les salariés mis à disposition. Pour le décider, le Conseil constitutionnel affirme que le droit de participation a « *pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés* ». Cette décision marque un tournant : l'intégration des salariés à une communauté de travail qui conditionne leur appartenance au corps électoral est un droit des salariés constitutionnellement garanti. Cette appréciation réaliste consacre leur droit à être représentés *utilement*⁴⁰¹.

193. La solution du Conseil constitutionnel est immanquablement influencée par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation relative au contentieux électoral⁴⁰² et à celui du décompte des effectifs⁴⁰³. Cette dernière retenait déjà une approche réaliste pour définir les communautés de travail, sans se limiter à la seule existence d'un contrat de travail avec l'employeur⁴⁰⁴. Le Conseil constitutionnel reprend donc cette idée : la prise en compte des travailleurs est définie au regard de leur appartenance à la communauté de travail, laquelle dépend du degré et de la permanence de leur intégration au sein de celle-ci.

Seulement, avant la décision du Conseil constitutionnel de 2006, la Cour de cassation n'envisageait pas de manière identique le décompte des effectifs et les conditions d'électorat et d'éligibilité⁴⁰⁵. Elle distinguait même selon l'institution de représentation en cause pour décider de l'appartenance d'un salarié à une communauté de travail⁴⁰⁶.

« L'enrichissement du contenu essentiel du droit constitutionnel de participation », *R.F.D.C.* 2007, p. 766.

⁴⁰¹ A. Lyon-Caen, art. préc., p. 84.

⁴⁰² A.P. 6 juillet 1990, *Bull. A.P.* n° 10 ; *D.* I 1990 I.R. p. 196 ; *Dr. soc.* 1990, p. 867 ; concl. Dontenwille, *R.J.S.* 1990, n° 702 ; Soc, 30 avril 2003, *Bull. Civ. V*, n° 153 ; *Dr. soc.* 2003, p. 782 ; obs. J. Savatier ; *G.A.D.T* 2004, n° 132 : « les démonstrateurs étant intégrés dans la communauté des travailleurs salariés du B.H.V. et dans l'entité du grand magasin, y sont électeurs et éligibles ».

⁴⁰³ Soc, 21 juillet 1986, *Bull. civ. V*, n° 387 ; *Jurisp. Soc. I.U.M.M.*, p. 16 ; *D.* 1987, p. 201.

⁴⁰⁴ Soc, 21 juillet 1986, *Bull. civ. V*, n° 387 ; *Jurisp. Soc. I.U.M.M.*, p. 16 ; *D.* 1987, p. 201.

⁴⁰⁵ Seul l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 juillet 1990 avait déduit de l'intégration des démonstrateurs à la communauté de travail des Grands magasins du B.H.V., en se référant à la disposition relative au décompte des effectifs, pour décider qu'ils pouvaient être électeurs et éligibles dans le collège « employés ».

⁴⁰⁶ S'agissant du décompte des effectifs : Cf. Soc, 1^{er} mars 1984, *Bull. civ. V*, n° 88 : « *si l'existence d'une communauté de travail entre salariés d'entreprises différentes qui ont notamment à négocier avec l'employeur les accords collectifs portant sur les conditions générales de travail, doit s'exercer dans le cadre de l'entreprise ou de l'établissement dont, en conséquence seuls les salariés doivent être pris en compte pour la détermination du nombre des délégués syndicaux* ». Dans le même sens, s'agissant des conditions de désignation des délégués syndicaux : Soc, 9 octobre 1991, n° 90-60.456 ; *D.* 1992, p. 298,

Or, avec la décision du 28 décembre 2006, le Conseil constitutionnel semblait établir un critère commun applicable au décompte des effectifs comme à l'appartenance au corps électoral. L'existence d'un critère commun découlerait précisément de l'affirmation d'un droit constitutionnel de tous les travailleurs intégrés à la communauté de travail de participer à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise. Cette interprétation avait été d'autant plus admise que la disposition censurée par le juge constitutionnel, l'article 54 de la loi, concernait l'appartenance à l'effectif de l'entreprise et au corps électoral.

194. Et l'on avait conclu, trop rapidement en définitive, que « *la constitutionnalisation du droit du travail n'est pas celle systématique, du haut vers le bas, qui voit s'imposer mécaniquement, selon la règle de l'autorité de chose jugée, la jurisprudence constitutionnelle à celles des juges ordinaires. Réseau à double sens, la constitutionnalisation implique aussi que parfois, du bas vers le haut et définissant un droit fondamental, le juge constitutionnel érige en droit positif des concepts élaborés par les juges ordinaires* »⁴⁰⁷.

195. Dans un arrêt du 29 avril 2011, le Conseil constitutionnel a jugé que le critère de l'intégration étroite et permanente n'était applicable qu'à l'appartenance au corps électoral et non pas aux règles de décompte des effectifs⁴⁰⁸. Selon lui, l'article L. 1111-3 du Code du travail, qui exclut du décompte des effectifs certains travailleurs en raison de la nature de leur contrat, « *ne leur interdit pas, en particulier, d'être électeur ou éligible au sein des instances représentatives du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent ; que, par suite, il ne porte pas atteinte, en lui-même, au principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ».

Il reste malgré tout possible de se demander, à l'instar de M. A. Lyon-Caen, si le principe de participation peut « *épouser aussi la voie d'une applicabilité directe, [...] notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'un acte unilatéral, ou d'un accord* ».

obs. G. Borenfreund. S'agissant des conditions d'électorat, on peut comparer, pour l'élection des délégués du personnel ; Soc, 22 juin 2005, n°03-60.417 et, pour l'élection des membres au comité d'entreprise ; Soc, 17 juin 1992, *Bull. civ.* V, n° 405 ; *R.J.S.* 8-9/92, p. 1013.

⁴⁰⁷ A. Mangiavillano, « L'enrichissement du contenu essentiel du droit constitutionnel de participation », *R.F.D.C.* 2007, p. 766, spéc. p. 776.

⁴⁰⁸ Déc. n° 2011-122 Q.P.C. du 29 avril 2011, C.G.T. (considérant 8).

collectif»⁴⁰⁹. Autrement dit, est-ce que le droit reconnu par le Conseil constitutionnel est directement invocable par les salariés ?

2. *Le droit des salariés d'être représentés et l'exigence de représentativité des représentants des salariés*

196. L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que la participation des salariés à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion des entreprises s'exerce par l'intermédiaire de leurs représentants.

197. Le législateur, à qui il appartient de mettre en œuvre le principe de participation, définit quels sont ces représentants. Il peut s'agir des syndicats ou bien des institutions de représentation des salariés qu'il a lui-même instituées. La loi exige souvent des syndicats qu'ils soient représentatifs des salariés. Ce faisant, elle pose une condition qui permet de s'assurer de la capacité des syndicats à représenter les intérêts des salariés et de leur légitimité à l'égard de la collectivité des salariés. Quant aux institutions de représentation des salariés dans l'entreprise, elles tirent leur légitimité à l'égard du personnel de l'entreprise soit, directement, du vote des salariés, soit, indirectement, de celle du syndicat qui les désigne.

198. La capacité et la légitimité des représentants des salariés constituent-elles des exigences à valeur constitutionnelle tirées du principe de participation ?

199. Une première réponse figure dans la décision du Conseil constitutionnel du 8 novembre 1996. À cette occasion, le juge constitutionnel rejette la valeur constitutionnelle du monopole des syndicats en matière de négociation collective. Selon lui, le principe de participation admet que le législateur habilite d'autres agents à négocier et à conclure des accords collectifs de travail. Plus précisément, il décide que « *des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail* »⁴¹⁰.

200. Vient ensuite la décision de la Cour de cassation dans laquelle celle-ci a refusé de renvoyer au juge constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions de la loi du 20 août 2008. Selon elle, « *la représentation légitimée par le vote, loin*

⁴⁰⁹ A. Lyon-Caen, art. préc., p. 84. A rapprocher de la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la C.J.U.E. sur l'application directe de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à propos de l'article L. 1111-3 du Code du travail, cf. *supra* n° 171 s.

⁴¹⁰ Déc. n°96-383 D.C. préc., considérant 8. Nous soulignons.

de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité »⁴¹¹.

À la lettre, la Cour de cassation semble estimer que sans légitimation par le vote, la règle contenue dans le huitième alinéa du Préambule serait ineffective. Du moins faut-il entendre que l'effectivité de cette règle en sort renforcée. La représentativité syndicale, appréciée au regard notamment de l'audience à chaque échéance électorale, réaliserait ainsi l'idée de représentation contenue dans le principe de participation à savoir l'existence un lien entre le représentant et la collectivité de salariés.

201. Enfin, le 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a rendu une décision qui souligne le fondement constitutionnel de l'exigence de représentativité des organisations syndicales : *« il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales ; que la disposition contestée tend à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles »*⁴¹². Si la fixation des critères de représentativité syndicale est une modalité de mise en œuvre de ce droit, l'exigence de représentativité relève des garanties essentielles du droit de participation énoncé au huitième alinéa.

202. L'arrêt rendu le 18 juin 2010 par la Cour de cassation et la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 renvoient à la notion de représentativité *stricto sensu*, à savoir la représentativité des organisations syndicales. Cependant, le même terme figure dans la décision de 1996. Le Conseil constitutionnel vise alors plus largement la qualité reconnue à toute personne ou toute institution qui atteste de sa capacité et de sa légitimité à représenter les intérêts des salariés. Dès lors, une interprétation amplifiante permet de déduire l'existence

⁴¹¹ A.P., 18 juin 2010, n° pourvoi 10-40.005 ; 10-40.006 ; et 10-40.007 (à paraître au *Bulletin*) ; *D.* 2010, p. 1150.V. Bernaud et F. Petit, « La Cour de cassation face aux premières questions prioritaires de constitutionnalité : la porte étroite », *D.* 2010, p. 2264 ; V. également, J.-F. Akandji-Kombé et M.-F. Mazars, « Q.P.C. : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ? », *R.D.T.* 2010, p. 622 ; « Question prioritaire de constitutionnalité : la Chambre sociale de la Cour de cassation, juge constitutionnel ? », *Constitutions* 2010, p. 587.

⁴¹² Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010 ; *J.O.R.F.* du 8 octobre 2010, p. 18235, considérant 6 ; V. Bernaud, *D.* 2011, p. 1773 ; J.-F. Akandji-Kombé, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social », *R.D.T.* 2010, p. 628 ; C. Radé, « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions*, 2011, p. 89.

d'une *exigence constitutionnelle de représentativité* tirée directement du principe de participation

203. Une telle exigence n'est pas sans faire écho au principe de représentativité dégagé par le Conseil d'État dans un arrêt du 22 mars 1995⁴¹³. Cependant, celui-ci n'a ni la même valeur juridique ni la même teneur. Tout d'abord, le principe de représentativité a la valeur d'un principe général du droit. Or, les normes ainsi qualifiées ont, en principe, une valeur supra-décrétale et infra-légale⁴¹⁴. Ensuite, la notion de représentativité, telle que l'entend le juge constitutionnel, ne s'épuise ni dans la représentativité des seules organisations syndicales, ni dans un mode particulier par lequel la capacité à représenter les salariés serait attestée. Or, le principe de représentativité énoncé par le juge administratif concerne seulement les organisations syndicales. Ensuite, dans la jurisprudence administrative, le principe de représentativité est autonome du principe de participation⁴¹⁵. Au contraire, pour le juge

⁴¹³C.E. 22 mars 1995, Union des syndicats de la Poste et France Télécom, *Rec.* n°155821, p. 137, *A.J.D.A.* 1995 p.658, note S. Salon. L'arrêt évoque l'existence d'un « principe général relatif à la représentativité ». *Adde.* C.E., 10ème et 9ème sous sections réunies, 30 décembre 2009, n° 310284 et C.E. 1ère et 6me sous-sections réunies, 11 octobre 2010, n° 327660 (Publié au *Recueil Lebon*) ; M. Vialettes, « Les conclusions du Rapporteur public : les nouvelles règles de la représentativité syndicale à la S.N.C.F. – Conseil d'État, 11 octobre 2010 », *Dr. soc.*, 2011, p. 186 ; J. Dirringer, Y. Ferkane, M. Sweeney, « La représentativité syndicale dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », www.unitedudroit.org ; M. Grévy, « Droit administratif du travail », *Dr. ouv.* 2011, p. 339.

⁴¹⁴ G. Morange, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *R.D.P.* 1977, p.768 ; M. Letourneur, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Études et Documents 1951, p. 19 ; B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1954. Selon G. Vedel, les principes généraux du droit : « ne sont pas autres chose qu'une synthèse constructive accomplie par le juge à partir des données juridiques que lui fournit un milieu donné », *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-1952, p.167. Cette conception a été développée par la suite dans le manuel de droit administratif de G. Vedel repris par M. P. Delvolvé, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 12e éd., 1992, p. 473 et s. Voir aussi, B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 240 s. L'auteur évoque un pouvoir « *quasilégislatif* » du juge. Voir également P. Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Paris, Economica, 2006, p.207.

⁴¹⁵ En effet, dans l'arrêt du 11 octobre 2010, le juge administratif juge d'un côté que « *les dispositions litigieuses pouvaient, sans méconnaître les exigences qui découlent du principe de représentativité, principe général du droit applicable à l'ensemble des relations collectives de travail, [...], prévoir que la représentativité syndicale serait, y compris pour des représentants du personnel propres à des établissements locaux, appréciée en fonction des élections aux seuls comités d'établissements* » (nous soulignons). De l'autre côté, il estime « *que ni ces dispositions ni l'arrêté du 6 mars 2009 qui les approuve n'ont méconnu le principe d'égalité ou le droit, consacré par le Préambule de la Constitution de 1946, pour tout salarié, de participer par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail* ».

constitutionnel comme pour le juge judiciaire, l'exigence de représentativité se déduit du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

204. L'exigence constitutionnelle de représentativité fonde la compétence du législateur⁴¹⁶. Cela étant, plus qu'un fondement au pouvoir normatif du législateur, le principe de représentativité apparaît bien comme une exigence constitutionnelle qui ne peut être privée de garanties légales suffisantes.

205. Dans la décision du 6 novembre 1996, après avoir écarté le monopole des organisations syndicales en matière de négociation collective, le juge constitutionnel conclut que « *des salariés désignés par la voie de l'élection ou titulaires d'un mandat assurant leur représentativité peuvent également participer à la détermination collective des conditions de travail* »⁴¹⁷. Il relève deux éléments qui justifient que, concernant les salariés mandatés, ceux-ci sont en mesure d'être des agents de négociation. Tout d'abord, il vérifie l'existence d'un statut protecteur qui permet selon lui d'assurer la nécessaire indépendance des négociateurs à l'égard de l'employeur. Il contrôle ensuite les conditions du mandatement des salariés mandatés par les syndicats représentatifs. En effet, selon le Conseil constitutionnel, ces conditions constituent des garanties apportées au principe de participation dans la mesure où elles assurent la *capacité* et la *légitimité* d'une personne à représenter les intérêts des salariés face à l'employeur⁴¹⁸.

La référence à l'exigence de représentativité des agents de négociation figure dans cette décision sous la forme d'une incise. Cela rend plus difficile l'identification des règles qui participent des garanties légales apportées à l'exigence de représentativité et, à travers elle, au principe de participation.

206. La décision du 7 octobre 2010 est à cet égard plus explicite, lorsqu'il est affirmé que « la disposition contestée tend à assurer que la négociation collective soit conduite par des organisations dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles ».

207. Plus précisément, l'exigence de représentativité permet « *la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle* ». D'un côté, la liberté syndicale ne

⁴¹⁶ Cf. *infra* n° 330 s.

⁴¹⁷ Déc. n° 96-383 D.C. préc., considérant 8. Nous soulignons.

⁴¹⁸ *Ibidem*, considérants 9 et 21.

s'oppose pas à ce que le législateur réserve certaines prérogatives ou certains droits aux seules organisations syndicales représentatives⁴¹⁹. Tel est le cas par exemple du droit de négocier des accords collectifs, de déposer un préavis de grève dans le secteur public, ou de s'opposer à l'entrée en vigueur d'un accord collectif. Ce faisant, le législateur apporte une limite non excessive à la liberté syndicale, ne portant pas atteinte à son contenu essentiel. De l'autre, la limitation de la liberté d'action des syndicats se justifie au regard du principe de participation.

208. Dès lors, l'affirmation d'une exigence constitutionnelle de représentativité, dont le fondement serait le principe de participation, a des conséquences importantes à l'égard du pouvoir du législateur, et différentes de celles tirées du principe de la liberté syndicale. Au nom du principe de participation, le législateur doit veiller à la représentativité des représentants des salariés. Par ailleurs, en tant qu'autorité habilitant les interlocuteurs sociaux, le législateur ne saurait dès lors permettre à un accord collectif de déroger aux règles visant à garantir l'exigence de représentativité ou de prévoir des conditions de représentativité qui ne soient pas au moins équivalentes à celles de la loi, sans priver le principe de participation de ses garanties légales nécessaires.

C. Le principe constitutionnel de participation et les procédures de participation

209. Le principe de participation autorise le législateur à déterminer toutes modalités par lesquelles les travailleurs participent à la détermination de leurs conditions de travail ou à la gestion de l'entreprise : négociation collective, mise en place de représentants des salariés dans l'entreprise, participation aux instances direction, etc.⁴²⁰. Ce principe ne privilégie aucune forme de participation. Partant le législateur est libre de choisir une forme de participation plutôt qu'une autre⁴²¹.

210. Le pouvoir d'appréciation laissé au législateur n'implique pas pour autant qu'aucune exigence constitutionnelle ne lui est imposée pour garantir les droits de participation des

⁴¹⁹ Cf. *supra* n° 300 et 902.

⁴²⁰ Déc. 83-162 D.C. du 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public. *Adde* Déc. n° 2001-455 D.C. – *Loi de modernisation sociale* : « considérant que loin de méconnaître les dispositions du huitième alinéa du Préambule de 1946, l'article contesté a pour objet de le mettre en œuvre en instaurant une représentation des salariés actionnaires au sein des organes de direction » ; Déc. 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006 ; Déc. n° 77-92 D.C. du 18 janvier 1978. *Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale)*. *Rec.* p. 21 ; *R.J.C.* p. I-57 ; *R.D.P.* 1978 p. 835, L. Favoreu ; *Pouvoirs* 1978 n° 5 p. 186, note P. Avril et J. Gicquel ; Déc. 89-257 D.C. du 25 juillet 1989, préc., considérant 11.

⁴²¹ Cf. *infra* n° 340 s.

salariés. Le principe constitutionnel de participation garantit en particulier deux modalités essentielles par lesquelles les salariés participent, par l'intermédiaire de leurs représentants, à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise. Il s'agit, d'une part, de la négociation collective (1.) et, d'autre part, des procédures d'information et de consultation qui encadrent l'exercice par le chef d'entreprise de son pouvoir de décision unilatéral (2.).

1. Le droit des salariés à la négociation collective

211. La décision relative à la loi quinquennale de 1993 a été l'occasion pour le Conseil constitutionnel d'affirmer que le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ne privilégiait aucune modalité particulière de participation des salariés. Plus précisément, il a refusé que la négociation collective soit la seule modalité de mise en œuvre du principe de participation.

En revanche, une telle modalité ne peut être supprimée en raison de son assise constitutionnelle (a). À l'égard de la liberté syndicale, la négociation collective est une liberté d'action reconnue aux syndicats⁴²². À l'égard du principe de participation, elle est un droit des salariés par lequel ces derniers participent à la détermination collective de leurs conditions de travail. L'assise constitutionnelle de la négociation collective au regard du principe de participation mérite d'être précisée (b).

a) L'assise constitutionnelle de la négociation collective

212. Le principe de participation ne constitue pas en lui-même le fondement du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux⁴²³. En réalité, cette question demeure débattue au sein de

⁴²² Cf. *supra* n° 128.

⁴²³ I. Odoul-Asorey, *Droit constitutionnel et négociation collective*, Th. U.-P.O.N.D, dactyl. 2008, p. 90 ; *Contra* V. Ogier Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica P.U.A.M. 2003, pp. 126-127 : « l'alinéa 8 du Préambule constitue le fondement direct du pouvoir de réglementation des partenaires sociaux » ; plus loin lit-on qu'il « est la source directe du pouvoir normatif des partenaires sociaux [...] cette disposition constitutionnelle protège la liberté de négociation collective, elle-même comprise comme un processus de création de normes et non comme une simple liberté de contracter. [...] Le législateur ne saurait donc supprimer cette dimension et remettre en question l'effet réglementaire des conventions collectives » ; M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective*, *op. cit.*, p. 609 : « l'effet normatif attaché à l'accord collectif ne prend pas seulement sa source dans une délégation du législateur. Il prend direction dans le principe de participation » ; B. Mathieu, *Les sources du droit du travail*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 199, p. 23. ; J. Trémeau, note sous la décision n°96-383 D.C. du 8 novembre 1996, *R.F.D.C.* 1997, p. 113.

la doctrine. Pour certains, le pouvoir normatif des interlocuteurs serait une délégation de l'État⁴²⁴. Pour d'autres, favorables à la théorie du pluralisme juridique, il existe un pouvoir originaire, indépendant de toute reconnaissance étatique⁴²⁵. Parmi ces derniers, la plupart estiment malgré tout que les normes conventionnelles font l'objet d'une réception au sein de l'ordre juridique étatique. De cette manière, l'État insérerait les normes conventionnelles au sein la hiérarchie des normes de l'ordre juridique étatique⁴²⁶.

⁴²⁴ M. Despax, « L'État et la négociation collective en France », *Annales de l'Institut du travail et de la sécurité sociale*, Lyon, 1971, p. 23 ; Bonnechère M., « L'ordre public au sens du droit du travail », *J.C.P.* 1974, p. 601 ; G. Borenfreund, M.-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 72, spéc. p. 75 : « *si les protagonistes sociaux disposent d'un pouvoir normatif, c'est bien parce que la loi le leur a reconnu* ». cf. également, L. Dardalhon, « La réforme du droit des conventions collectives devant le Conseil constitutionnel, note Déc. n° 2004-494 D.C., 29 avril 2004, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social », *A.J.D.A.* 2005, p. 409 : « *l'accord se caractérise par une absence de pouvoir spontané. L'autorisation accordée à l'accord collectif de mettre en œuvre l'impératif légal s'analyse comme une sorte de « prérogative » du législateur, encadrée par le juge constitutionnel, qui conserve toujours le choix de ne pas confier une telle mission à l'accord collectif* ».

⁴²⁵ A. Rouast, *Essai sur la notion de contrat collectif dans le droit des obligations*, Rousseau 1909, p. 96-97 : « *il y a un droit résultant de cet état collectif de nécessité, un droit qui n'est pas conventionnel, mais antérieur à la volonté [...] C'est le droit collectif [...], droit qui s'impose aux individus soumis au même état de nécessité, et crée entre eux un lien, le lien collectif, les constituant en collectivité* » ; G. Lyon-Caen, « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », *Hommage à P. Horion*, Facultés de Liège, 1972, p. 173 ; N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J. 1980, spéc. pp. 37 s. V. du même auteur, N. Aliprantis, « Le droit conventionnel relatif à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979, p. 7 ; S. Yannakourou, Th. préc., L.G.D.J. 1995, p. 39 et p. 183 : « *L'autonomie collective attachée à l'ordre professionnel désigne un terrain d'autoréglementation où les organisations professionnelles des travailleurs et des employeurs sont dotés d'une capacité originaire de production de normes impératives. Cette capacité n'est pas encadrée par l'État automatiquement comme capacité normative* » ; M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective*, L.G.D.J. 1994, p. 609. V. également « Droit imposé et droit négocié : regard à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.) *Droit négocié, Droit imposé ?*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint Louis, 1996, p. 664. Mme M.-L. Morin considère à cette occasion que l'accord collectif est « *encastré* » dans le droit étatique.

⁴²⁶ N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J. 1980, p. 37 ; S. Yannakourou, *op. cit.* L.G.D.J. 1994, p. 197. Selon cet auteur, il existe, en France, entre l'État et l'ordre socioprofessionnel une communication verticale à travers laquelle l'État « *juridifie* » l'autonomie collective. L'un et l'autre considèrent que l'accord collectif de travail se voit réceptionné dans l'ordre juridique étatique. Il prend alors place au sein de la hiérarchie des normes, dans laquelle il est hiérarchiquement soumis à la loi. Plus précisément, M. N. Aliprantis différencie la hiérarchie selon la force juridique des normes et la hiérarchie selon le conditionnement des normes juridiques. La seconde, la hiérarchie selon le conditionnement des normes juridiques, correspond davantage à une hiérarchie dite dynamique, dans laquelle une norme n'est valide que si elle répond aux conditions posées par la norme qui lui est supérieure. La première, la hiérarchie selon la force juridique se rapproche d'une hiérarchie statique entre les normes selon laquelle une norme n'est valide que si son contenu est conforme à celui des normes qui lui sont supérieures.

213. Toutefois, cette réception est plus qu'une simple reconnaissance, dès lors que la loi définit les conditions de relevance des normes conventionnelles. Comme l'affirmait encore le Doyen M. Despax, « *l'ordre socioprofessionnel s'articule sur l'ordre de l'État qui lui est supérieur* »⁴²⁷.

214. Or, la réception des normes issues du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux trouverait une assise constitutionnelle dans le principe de participation qui, loin de l'empêcher, en assurerait la promotion⁴²⁸. Affirmer cette assise constitutionnelle signifierait, non pas qu'il est un fondement de la négociation collective, mais plutôt qu'il tend à la garantir. Dès lors, le principe de participation interdit au législateur de la supprimer, en tant qu'institution⁴²⁹, et en tant qu'elle est un droit dont la titularité revient aux salariés⁴³⁰. Reste à savoir dans quelle mesure la négociation collective est garantie au nom du principe de participation.

b) L'appréciation de la garantie constitutionnelle apportée à la négociation collective

215. En premier lieu, le droit des salariés à la négociation peut impliquer, lorsque la détermination de leurs conditions de travail est en cause, que l'État doive laisser les interlocuteurs sociaux négocier préalablement. Tel est le cas en Espagne⁴³¹ ou encore en Allemagne qui garantit l'autonomie tarifaire⁴³². Une telle garantie n'existe pas en droit français. Selon le Conseil constitutionnel « *aucun principe constitutionnel n'oblige le législateur à faire précéder l'élaboration de la loi portant détermination des principes fondamentaux du droit du travail, d'une concertation entre les interlocuteurs sociaux* »⁴³³. Jusqu'à la loi du 31 janvier 2007, cela ne constituait qu'une faculté laissée à l'appréciation du gouvernement, auteur du projet de loi. Depuis cette loi, l'article L. 1 du Code du travail exige

⁴²⁷ M. Despax, « L'État et la négociation collective en France », *Annales de l'Institut du travail et de la sécurité sociale*, Lyon, 1971, p. 23.

⁴²⁸ Sur le rôle promotionnel du principe de participation à l'égard de la négociation collective, cf. I. Odoul-Asorey, *Droit constitutionnel et négociation collective*, Th. U.-P.O.N.D. 2008 dactyl., p. 93 s.

⁴²⁹ N. Aliprantis, Th. préc., p. 108.

⁴³⁰ M.-A. Rotschild-Souriac, Th.préc., p. 112 ; M.-L. Morin, « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p. 24.

⁴³¹ Art. 37 Constitution espagnole du 27 décembre 1978. F. Valdès Dal Re, « La Négociation collective (et la Constitution) », *A.I.J.C.* 1997, p. 348.

⁴³² P. Rémy, *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droits français et allemand de la négociation collective*, Th.Paris X Nanterre 1998.

⁴³³ Déc. 98-401 D.C. du 10 juin 1998. *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*. Rec. p. 258.

une concertation préalable. Toutefois, concertation ne signifie pas nécessairement négociation collective. De plus, il ne s'agit que d'une obligation légale qui n'est pas imposée au titre de la liberté syndicale. Au demeurant, les sanctions en cas de méconnaissance de cette obligation sont incertaines, car il y a lieu de douter que le juge constitutionnel sanctionne la méconnaissance d'une obligation légale. Par ailleurs, il n'existe pas de domaine constitutionnellement réservé à la négociation collective qui impose au législateur de faire précéder son intervention à celle des interlocuteurs sociaux ou qui ait pour effet de limiter le pouvoir d'amendement des parlementaires.

216. En revanche, le droit des salariés à la négociation collective s'oppose à ce que le législateur puisse étendre à l'infini les domaines des lois d'ordre public absolu, interdisant de cette manière toute négociation collective. Selon M. N. Aliprantis, cette interdiction découle directement des exigences du principe de participation. Une loi ne saurait supprimer « *le noyau de la liberté de négociation collective* » en rendant toutes les dispositions du Code du travail intangibles⁴³⁴. Tant que l'interdiction de la négociation collective n'est pas absolue, le législateur a le pouvoir de déterminer les domaines respectifs de la loi et de la négociation collective⁴³⁵.

217. Il convient encore de se demander si la garantie constitutionnelle apportée à la négociation collective est globale et concerne, comme le suggère M. N. Aliprantis, l'institution de l'accord collectif ; ou bien, si elle est distributive, en ce sens que le principe de participation garantirait la négociation collective à chaque niveau. Dans un cas, le principe de participation garantit aux salariés un droit à la négociation collective ; dans l'autre, il leur garantit un droit à la négociation collective à tous les niveaux de représentation. Au regard de la titularité du droit des salariés à la négociation collective, celui-ci appartient à la collectivité des salariés ou, selon une approche plus individualiste, à chaque salarié qui appartient à une collectivité des salariés⁴³⁶. Or, l'existence d'une multitude de collectivités des salariés conduit à préférer cette

⁴³⁴ N. Aliprantis, *op. cit.* p.270.

⁴³⁵ Cf. *infra* n° 862 s.

⁴³⁶ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, P.U.F. 2007, 2^{ème} édition, p. 140 s. L'auteur analyse notamment la liberté de négociation collectivement comme une « *liberté individuelle d'agir collectivement* ». *Plus tôt lit-on*, « *Mais cet essor de l'autonomie collective ne signifie nullement une autonomie de la dimension collective dans l'analyse de la relation de travail. Cette dimension n'a de sens que dans le rapport qu'elle entretient avec la dimension individuelle dont elle est indissociable* ».

seconde lecture. La question devient alors celle de l'articulation de l'intérêt collectif de chaque collectivité⁴³⁷.

L'un des enjeux de cette question est la détermination des normes conventionnelles applicables. C'est d'ailleurs à cet égard que la constitutionnalité du dispositif légal prévu par la loi du 4 mai 2004 a été appréciée. Après avoir rappelé que l'articulation des accords collectifs entre eux participait des principes fondamentaux du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution et que le législateur avait apporté toutes les précisions nécessaires, le Conseil constitutionnel affirme que le législateur n'a pas méconnu sa compétence, pas plus que le principe de clarté et d'intelligibilité de la loi. Le juge constitutionnel n'a fait que répondre aux arguments des requérants. Il n'a donc pas vérifié si le mécanisme d'articulation des accords collectifs ne portait pas atteinte au principe de participation. Pourtant, celui-ci pouvait certainement justifier, de la part du législateur, des garanties plus grandes pour encadrer le pouvoir des négociateurs de branche sur les autres niveaux de négociation. En effet, dès lors que la loi permet aux négociateurs de branche de limiter la capacité de négocier de protagonistes sociaux situés aux niveaux inférieurs, la participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail est susceptible, à ces niveaux, d'être affectée⁴³⁸. Cette considération n'a toutefois pas été prise en compte.

218. Pourtant, la reconnaissance et l'articulation des niveaux de négociation intéressent également la manière dont est garantie constitutionnellement la négociation collective au regard du principe de participation.

219. La négociation collective au niveau du groupe de sociétés a été l'occasion de poser la question. Avant sa reconnaissance légale en 2004⁴³⁹, Mme M.-A. Souriac estimait que l'absence de reconnaissance légale des accords de groupe en 1982 ne signifiait pas que le législateur ait voulu interdire la négociation collective à ce niveau⁴⁴⁰. Mais l'aurait-il pu ? Si l'on considère que la garantie constitutionnelle de la négociation collective consiste à garantir la liberté de

⁴³⁷ M.-L. Morin, « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p. 24.

⁴³⁸ On pourrait également soutenir que ces clauses limitent la liberté de l'action syndicale, qui doit en principe pouvoir s'exercer aux niveaux où le syndicat l'estime nécessaire.

⁴³⁹ V. P. Rodière, « Accord de groupe. L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective », *S.S.L.* n° 1125, 2 juin 2003, p. 6, « La branche professionnelle l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon », *S.S.L.* n° 1148, 15 décembre 2003 ; P.-H. Antonmattéi, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. soc.*, 2004, p. 601.

⁴⁴⁰ M.-A. Souriac, *Th. Préc.* p. 194 ; « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.* 1991, p. 491 ; Dans le même sens, Y. Chalaron, *op. cit.* n° 29.

négozier au niveau où l'entendent les interlocuteurs sociaux, alors, le législateur n'aurait pas pu valablement interdire la négociation à ce niveau⁴⁴¹. Au contraire, envisagée globalement, la garantie constitutionnelle de la négociation collective permettrait au législateur de n'autoriser la négociation qu'à certains niveaux et non à d'autres⁴⁴².

Avant l'adoption de la loi du 4 mai 2004, la Cour de cassation avait admis dans un arrêt du 30 avril 2003 que « *des employeurs et des syndicats représentatifs [puissent] instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies [...] ; qu'un tel accord, qui ne requiert pas l'unanimité des organisations syndicales représentatives, est opposable aux organisations non signataires en sorte que, si elles entendent participer aux négociations de groupe qu'il prévoit, elles sont tenues de désigner leurs représentants conformément à ses dispositions* »⁴⁴³.

Dès lors, la négociation collective de groupe est bien une liberté des interlocuteurs sociaux. Pourtant, la décision de la Cour de cassation ne dit pas si la liberté de négocier au niveau du groupe existe, parce qu'elle n'est pas prohibée par la loi, ou bien parce qu'elle est garantie constitutionnellement. On rejoindra à cet égard les auteurs des *Grands arrêts du droit du travail* qui estiment que « *l'existence et la dimension constitutionnelle du [droit à la négociation collective] auraient pu conforter le choix de reconnaître l'accord collectif de groupe avant que la loi du 4 mai 2004 ne lui donne une consécration [...], et permettre à la Cour de cassation de faire plus qu'affirmer, sans autre justification normative, d'une part la faculté pour des employeurs et des syndicats représentatifs d' "instituer par voie d'accord*

⁴⁴¹ En ce sens, Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 26 : « *En l'absence d'éléments légaux déterminant objectivement les cadres de la négociation, il appartient aux négociateurs de procéder à cette détermination en toute liberté* ».

⁴⁴² En ce sens, J. Frossard, « Les modalités de la négociation dans les entreprises », *Annales de l'université Jean Moulin*, 1982, p. 15. Selon ce dernier, les dispositions légales relatives au niveau de négociation sont limitatives.

⁴⁴³ Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ. V*, n°155 (nous soulignons) ; B. Gauriau, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.* 2003, p.732 ; P. Rodière, « Émergence d'un nouveau cadre de négociation collective : le groupe ? », *S.S.L* 2003, n° 1125, p. 6 ; J. Grangé, N. El Aougri, « Accords collectifs : la négociation de groupe », *S.S.L.* 2003, n° 1144, p. 5.

collectif [...] une représentation syndicale de groupe" [...], d'autre part l'opposabilité d'un tel accord aux organisations non-signataires »⁴⁴⁴.

220. Depuis la loi du 4 mai 2004, il s'agit, à n'en plus douter, d'une liberté reconnue par la loi. Elle serait davantage protégée si le principe de participation lui conférait une assise constitutionnelle. Avec un triste éclat, apparaît une nouvelle fois la pauvreté du contenu substantiel conféré au principe constitutionnel de participation.

C'est avec la même précaution qu'il convient désormais de déterminer si et dans quelle mesure le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 garantit les procédures d'information et de consultation des représentants des salariés qui encadrent le pouvoir de décision unilatéral du chef d'entreprise.

2. Le droit à l'information et à la consultation des travailleurs

221. La garantie des procédures de participation adossées au pouvoir de décision du chef d'entreprise pose deux séries de questions. Une première série de questions porte sur la conciliation des droits de participation avec l'exercice du pouvoir du chef d'entreprise (a). Une seconde conduit à rechercher les garanties apportées aux procédures de participation qui sont adossées au pouvoir normatif de l'employeur (b).

a) Le pouvoir normatif du chef d'entreprise et le principe de participation : des liens ambigus

222. À coup sûr, le principe de participation ne remet pas en cause le pouvoir de décision du chef d'entreprise. Néanmoins, pour le démontrer, il importe de distinguer deux aspects : la question de la légitimité du pouvoir de l'employeur et de sa justification et celle de sa positivité et de son fondement. Une première question est de savoir si le principe de participation a vocation à ébranler la légitimité du pouvoir de l'employeur (i). Une autre question est de se demander dans quelle mesure il est possible, au nom du principe de participation, de limiter le pouvoir de l'employeur (ii).

⁴⁴⁴ J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *G.A.D.T.*, Dalloz, 2008, pp. 723. Les auteurs soulignent.

i. *L'absence de remise en cause de la légitimité du pouvoir de l'employeur*

223. Chercher à expliquer la raison d'être de l'autorité dont dispose l'employeur à l'égard des salariés est rarement dissocié de la volonté de légitimer celle-ci. Que l'on ait invoqué un pouvoir naturel dont serait investi le patron, de même nature que celui du père de famille⁴⁴⁵, que l'on ait davantage préféré se référer aux prérogatives que le chef d'entreprise détient en tant que propriétaire des moyens de production, détenteur du capital, en tant que responsable du risque d'entreprendre, il s'est souvent agi de chercher une légitimité à ce pouvoir⁴⁴⁶. Selon cette première perspective, le pouvoir de direction reconnu à l'employeur à l'égard de la collectivité de salariés repose sur le présupposé que ses décisions sont des décisions purement privées. C'est le temps de « *l'employeur, seul juge* »⁴⁴⁷.

Plus tard, la légitimation du pouvoir de l'employeur trouvera un nouvel élan chez les institutionnalistes⁴⁴⁸. Selon ces derniers, l'entreprise est une institution qui poursuit un intérêt propre qu'il revient à l'employeur de défendre : elle serait « *une organisation réunissant dans une même communauté les détenteurs du capital, les salariés et la direction* »⁴⁴⁹. Dans cette perspective, l'employeur est légitime à agir et à diriger dès lors qu'il respecte l'intérêt transcendant de l'entreprise.

224. Ces grands courants théoriques, qui ont cherché à rendre compte de l'entreprise comme lieu de pouvoir, justifient la subordination du salarié par la fonction sociale dont serait

⁴⁴⁵ Cette représentation du rapport de travail fut celle du début du XIX^{ème} siècle. Cf. R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard, 1995, p. 378 s. L'auteur souligne l'analogie persistante du peuple et de l'enfant, et plus précisément de l'ouvrier. Ainsi parlait-on de patronage ou encore d'autorité sociale, concept développé par F. Le Play, conservateur paternaliste.

⁴⁴⁶ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne. L'entreprise capitaliste*, L.G.D.J., 1951, p. 265 ; J.-C. Javillier, *Droit du travail*, L.G.D.J., 3^{ème} éd., 1990, p. 109. D'un point de vue patrimonial, le chef d'entreprise détient tous les droits du propriétaire, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. La maîtrise qu'il détient sur sa chose, l'entreprise, lui donne un pouvoir arbitraire sur elle, dans la limite de l'abus de droit. S'inscrivant dans une conception largement libérale et individualiste, le pouvoir d'organisation du chef d'entreprise restant dans la sphère privée, celui-ci pouvait sans s'en justifier, prendre toutes les décisions qui lui semblaient utiles pour son entreprise, relatives notamment à l'organisation du travail des salariés, qui lui sont à ce titre subordonnés.

⁴⁴⁷ Soc, 31 mai 1956, *Brinon*, *J.C.P.* 1956.9397, note P. Esmein ; *D.* 1958, p. 21, note G. Levasseur.

⁴⁴⁸ Parmi les défenseurs de la théorie institutionnelle, on compte évidemment P. Durand, « Aux frontières de l'institution et du contrat, la relation de travail », *J.C.P.* 1944, I, n° 387 ; « La notion juridique entreprise », in *Travaux de association Henri Capitant*, 1948, p 45 ; J. Brèthe de la Gressaye, « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Dr. soc.* 1960, p. 633 ; mais également, M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Th. Toulouse, 1956 ; J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, Thémis, 1956, pp. 155 s ; F. Bloch Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*, Seuil, 1963, spéc. pp. 23, 24 et 32.

⁴⁴⁹ A. Supiot, *Critique du droit du travail, op. cit.*, p. 621.

investi l'employeur⁴⁵⁰. Cette conception, qui a longtemps persisté, conduit à reconnaître à l'employeur un pouvoir total sur la gestion et l'organisation de l'entreprise. Ensuite, ces théories prétendent justifier l'existence d'une « *réglementation patronale de l'entreprise* »⁴⁵¹. Ainsi, selon P. Durand, « *le chef d'entreprise est le législateur naturel de la société professionnelle, parce qu'il a pour fonction d'en coordonner les éléments et d'assurer le bien commun du groupement* »⁴⁵². Comme l'explique M. A. Jeammaud, ces théories prétendent « établir dans le même mouvement la nécessité, la légitimité et la positivité des pouvoirs patronaux »⁴⁵³.

225. Le pouvoir de l'employeur n'a pas été remis en cause, lorsque l'idée est née de permettre aux salariés de prendre part à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise. « *Le droit du travail voit donc ses capacités de réformes limitées par la crainte de compromettre ce pouvoir et cette fonction a priori souverains. Il est plus sûrement apte à les confirmer et légitimer en les encadrant, qu'à les altérer substantiellement* »⁴⁵⁴. À la Libération, l'ambition est « *d'associer très largement l'ouvrier à la vie de l'établissement dans lequel il travaille, de lui donner une place qui ne fasse pas seulement de lui le rouage d'une machine, mais une place de réflexion et de pensée qui doit être celle d'un être humain* »⁴⁵⁵.

226. Plus tard, en 1982, la volonté de créer une « *citoyenneté* » au sein de l'entreprise est au cœur du projet socialiste⁴⁵⁶. La contestation du pouvoir de l'employeur se fait alors plus grande

⁴⁵⁰ Cela apparaît notamment dans la caractérisation du lien de subordination, lequel est mis en évidence par les juges qui apprécient notamment les éléments de faits attestant de l'existence d'un pouvoir de direction. Sur cette question, cf. notamment P. Lokiec, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, L.G.D.J., 2004 ; T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, L.G.D.J. 2010, n° 49 ; T. Aubert-Montpeyssen, *Subordination juridique et relation de travail*, C.N.R.S 1988.

⁴⁵¹ A. Supiot, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1992, p. 215.

⁴⁵² P. Durand, *Traité de droit du travail*, Dalloz, Tome 1, 1947, n° 119, P. 151.

⁴⁵³ A. Jeammaud, « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *S.S.L.* du 11 février 2008, n° 1340 supplément - Le pouvoir de l'employeur, p. 15.

⁴⁵⁴ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, Coll. Précis. 2006, 23^{ème} édition, p. 38. Cette phrase ne figure plus dans la dernière édition du manuel. Remontant dans les éditions de ce manuel, il convient de relever que la sixième édition consacrait une partie à l'entreprise. Les auteurs, G. Lyon-Caen et G.-H. Camerlynck, dédiaient un titre au chef d'entreprise ; un titre relatif aux institutions représentatives du personnel. De manière plus significative encore, ces deux titres étaient eux-mêmes distingués d'un troisième titre consacré à la participation des salariés dont un des chapitres concernait la participation aux décisions.

⁴⁵⁵ A. Parodi, *Associations des membres et anciens membres du Conseil d'État*, 1980, p. 66 cité par J. Le Goff, *op. cit.*, p. 346

⁴⁵⁶ Sur le salarié citoyen, trois aspects peuvent être distingués. Dans un premier sens, le salarié demeure un citoyen titulaire de droits et de libertés qui demeurent en dépit de leur subordination juridique au

et trouve désormais un écho auprès du législateur. Dans ce mouvement de réforme, l'idée de contrôle du pouvoir de l'employeur par les représentants des salariés se substitue à celle de coopération entre l'employeur et les salariés. Seulement, la notion de contrôle a davantage le sens de vérification et de surveillance que celui de domination et de partage du pouvoir de diriger⁴⁵⁷. La participation des salariés est d'abord pensée comme la vérification par les salariés de l'exercice du pouvoir par l'employeur, et non comme le partage de ce pouvoir, l'idée de la cogestion comme du contrôle ouvrier ayant été refusée⁴⁵⁸. Le Ministre J. Auroux, père des lois de 1982, sera très clair : « *il n'est pas question de remettre en cause dans le secteur privé l'unité de direction et de décision dans l'entreprise* »⁴⁵⁹. Dès lors, la liberté d'entreprendre et le droit de propriété privée continuent de fonder le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise, et par la même une certaine capacité de l'entreprise à s'autoréguler. Jamais il n'a été remis en cause par le droit des salariés à participer à la gestion de l'entreprise. Paradoxalement, celui-ci aura participé à consolider le pouvoir normatif du chef d'entreprise, non seulement en le légitimant, mais également en le rationalisant⁴⁶⁰. Comme l'affirme Mme M.-L. Morin, le principe de participation « *vise donc aussi bien des procédures de négociation d'accord collectif avec les syndicats que les procédures de consultation avec des organes de*

pouvoir de l'employeur. Sur cet aspect, cf. notamment, T.-Aubert-Montpeyssen, « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, 2002, P.U.S.S., p. 295, spéc. p. 304. Dans un second sens, plus discutable, le salarié serait citoyen dans une communauté que constituerait l'entreprise. Dans un troisième sens, la citoyenneté salarié tient à la reconnaissance au salarié ou à la collectivité de salariés de droits et de prérogatives qui sont autant de contre-pouvoir face au pouvoir de direction de l'employeur. Sur cet aspect, T. Grumbach, « Citoyenneté, Entreprise et Contrat social », *Dr. ouv.* 1995, p. 235.

⁴⁵⁷ V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, *op. cit.* p. 128, n° 273. On soulignera brièvement que les deux sens du mot contrôle sont présents en langue française. Toutefois, le premier sens, celui qui renvoie à l'idée de vérification, est apparu le premier dans la langue française ; le second sens, celui qui renvoie à l'idée d'un pouvoir de diriger, est plus récent et serait issu du verbe anglais *to control*. Cf. www.cntrl.fr.

⁴⁵⁸ J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariale*, *op. cit.* p. 42.

⁴⁵⁹ Rapport Auroux. cité Par. J. Le Goff, *op. cit.* p. 469 et *Droit du travail et société*, tome 2 Les relations collectives de travail, préf. d'E. Morin, P.U.R., 2002, p. 14 : « *A l'employeur, la direction de l'entreprise sur un mode monarchique ou oligarchique conformément au principe d'unité de direction tenu par tous les gouvernements pour irrécusable et intangible* ».

⁴⁶⁰ cf. E. Lafuma, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J. 2008 ; A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, L.G.D.J. 2010. Ce dernier met notamment en évidence l'existence d'une rationalisation concertée de l'action de l'employeur ; V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, *op. cit.* p. 126 : « *le Conseil constitutionnel admet la compatibilité du pouvoir unilatéral de décision de l'employeur avec le principe de participation des travailleurs, à condition que son exercice soit précédé d'une telle concertation* » ; I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et droit constitutionnel*, *op. cit.* p. 168.

représentation élue qui laissent entier le pouvoir de décision unilatéral du chef d'entreprise »⁴⁶¹.

ii. *La conciliation de la participation des salariés et du pouvoir de l'employeur : une exigence constitutionnelle*

227. L'appréhension des rapports du pouvoir de l'employeur et de la participation des salariés se prête à une autre approche. Celle-ci suppose de rechercher, non la raison d'être du pouvoir de l'employeur, mais son fondement juridique ; il s'agit de rechercher la norme d'habilitation qui reconnaît ou qui confère à ce dernier un pouvoir juridique.

228. Pour certains, ce pouvoir découle de la loi. Ainsi, certains considèrent que « *l'État, au terme d'une véritable délégation de pouvoir [a confié] aux chefs d'entreprise le soin de prendre les "règlements nécessaires au travail dans leur entreprise"* »⁴⁶². Pour M. A. Supiot, l'autonomie normative de l'entreprise fondée sur le pouvoir du chef d'entreprise fait l'objet d'une véritable « *légitimation légale* »⁴⁶³. « C'est la loi elle-même qui institue l'employeur législateur en son entreprise »⁴⁶⁴. Plus nuancée, M. A. Jeammaud estime :

*« S'il est exact que, à la différence de ce que l'on rencontre dans diverses législations étrangères, aucune disposition législative française n'investit l'employeur d'une prérogative particulière dénommée "pouvoir patronal" ou "pouvoir de direction", flanquée de pouvoirs particuliers qui en sont les corollaires (pouvoir d'édicter des règles, de prononcer des sanctions), il apparaît que ce ou ces pouvoirs-prérogatives juridiques se trouvent consacrés par un faisceau de règles positives, en particulier de normes appartenant au droit du travail ». Et de conclure, « en vérité, le ou les pouvoirs de l'employeur à l'égard de ses salariés se dessinent "en creux" dans ce fragment du discours législatif que constitue le Code du travail. Que des dispositions, sans nommer ce pouvoir, prévoient et parfois prescrivent, encadrent, soumettent à des procédures ou à une exigence de motivation, voire de justification, des mesures qui ont le sens d'actes pris dans son exercice, implique la reconnaissance de ce dernier »*⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ M.-L. Morin, *Droit imposé et droit négocié : regard à partir du droit des salariés à la négociation collective en France*, in P. Gérard, F. Ost et M. Van De Kerchove (dir) *Droit négocié, droit imposé ?*, F.U.S.L, 2002, p. 647, spéc. p. 652 ; V. également, V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, op. cit, p. 125, n° 266.

⁴⁶² M.-L. Morin, « *Droit imposé et droit négocié : regard à partir du droit des salariés à la négociation collective en France* », art. préc., p. 647. Elle fait référence à la loi du 22 germinal an IX : « *Celui qui dirige le travail doit être pleinement obéi dans tout ce qui y est relatif* ».

⁴⁶³ A. Supiot, « *La réglementation patronale de l'entreprise* », art. préc., p. 218. Adde M. Véricel, « *Sur le pouvoir normateur de l'employeur* », *Dr. soc.* 1991, p. 120.

⁴⁶⁴ A. Supiot, art. préc., p. 220.

⁴⁶⁵ A. Jeammaud, « *Le pouvoir patronal visé par le droit du travail* », art. préc., p. 15 et spéc. p. 21.

229. D'autres, au contraire, contestent franchement que la loi confère à l'employeur son pouvoir⁴⁶⁶. Ce serait au sein du contrat de travail que résiderait la norme d'habilitation investissant l'employeur d'un pouvoir de direction⁴⁶⁷. L'existence de cette norme d'habilitation ne serait toutefois qu'implicite⁴⁶⁸.

230. Comme l'explique M. A. Supiot, la pluralité des fondements justifiant le pouvoir de l'employeur reflète diverses facettes du pouvoir de l'employeur à savoir, le pouvoir de direction, le pouvoir réglementaire et le pouvoir disciplinaire⁴⁶⁹. Elle reflète aussi l'existence d'un pluralisme juridique qui empêche de trouver un unique fondement normatif auquel imputer le pouvoir normatif du chef d'entreprise⁴⁷⁰.

Si l'on s'attache uniquement au pouvoir normatif du chef d'entreprise, celui-ci apparaît comme un véritable pouvoir réglementaire de droit privé. Depuis 1982, la loi définit l'objet du règlement intérieur qu'il appartient à l'employeur d'élaborer⁴⁷¹. La Cour de cassation l'a qualifié d' « *acte réglementaire de droit privé* »⁴⁷². Ce faisant, la loi habilite bien l'employeur à édicter des règles de droit générales, impersonnelles et relevantes pour l'ordre juridique étatique. Le règlement intérieur s'impose à *tous* : aux membres du personnel, au chef d'entreprise, et, plus généralement, à toute personne travaillant dans l'entreprise, qu'elle soit ou non liée par un contrat de travail⁴⁷³. Cela ne signifie pas que tous les choix effectués par le

⁴⁶⁶ A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, n° 32 ; E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyses juridiques et valeurs en droit social. Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 203 et spéc p. 208.

⁴⁶⁷ E. Dockès, art. préc., p. 203 et spéc. p. 208 : « *C'est bien en effet parce que le salarié a consenti par contrat au pouvoir de l'employeur qu'il y est juridiquement soumis. Dans une vision kelsenienne de la hiérarchie des normes, cette reconnaissance du contrat comme norme d'habilitation du pouvoir suffit pour fonder la supériorité du contrat sur le pouvoir* ».

⁴⁶⁸ G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », *Arch. de phil. Dr.* 2000, p. 109.

⁴⁶⁹ A. Supiot, art. préc. p. 220.

⁴⁷⁰ E. Lafuma, *op. cit.* p. 216 s.

⁴⁷¹ Art. L. 1321-1 s. *C. trav.*

⁴⁷² Soc, 25 septembre 1991 ; *Dr. soc.* 1992, p. 24, note J. Savatier, *G.A.D.T.*, Dalloz, 2008, 4^{ème} éd. n° 177 ; P. Neau-Leduc, *La réglementation de droit privé*, Litec 1998.

⁴⁷³ C.E., 4 mai 1988, n° 74589, mentionné au *Recueil Lebon*. Dans cette décision, le Conseil d'État semble distinguer d'un côté le pouvoir disciplinaire de l'employeur et le pouvoir réglementaire que lui reconnaît la loi : « *Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne s'opposent à ce qu'un règlement intérieur établi pour une entreprise ou un établissement soit applicable, en tant qu'il fixe les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité ainsi que les règles générales et permanentes relatives à la discipline, à toutes les personnes qui exécutent un travail dans cette entreprise ou cet établissement, que ces personnes soient liées ou non par un contrat de travail avec l'employeur qui a établi ledit règlement ; que cependant, l'employeur ne pouvant exercer son pouvoir disciplinaire qu'à l'égard des salariés qui lui sont liés par un contrat de*

chef d'entreprise constituent de véritables règles de droit⁴⁷⁴. À tout le moins, la reconnaissance du pouvoir réglementaire par le droit demeure ambiguë⁴⁷⁵, celui-ci apparaissant tantôt simplement « *considéré* », tantôt « *consacré* » par lui, et cherchant le plus souvent à le « *cantonner* »⁴⁷⁶.

231. Dès lors, à supposer que ce pouvoir soit reconnu par le droit étatique, il s'agit encore de découvrir plus précisément son fondement au sein de l'ordre juridique étatique. Celui-ci serait la liberté d'entreprendre. Cela ressort des jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation⁴⁷⁷. Or, la liberté d'entreprendre revêt une valeur constitutionnelle. Elle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel « *la liberté consiste pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* »⁴⁷⁸.

232. Érigé au niveau constitutionnel, le pouvoir de l'employeur doit être concilié avec les droits des salariés revêtant une valeur juridique identique. Le juge constitutionnel l'a affirmé dans une décision du 12 janvier 2001, à l'égard du droit de l'emploi et à l'égard du principe de participation⁴⁷⁹. Ainsi, « *il incombe au législateur, dans le cadre de [sa] compétence [...] d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement*

travail, les dispositions du règlement intérieur relatives à la nature et l'échelle des sanctions ainsi qu'à la procédure disciplinaire ne peuvent s'appliquer qu'à ces salariés ».

⁴⁷⁴ Sur la distinction discutée entre normativité et juridicité en droit du travail, cf. notamment A. Jeammaud et A. Lyon-Caen, « *Droit et direction du personnel* », *Dr. soc.* 1982, p. 56 et A. Supiot, « *Délégation, normalisation et droit du travail* », *Dr. soc.* 1984, p. 296 et « *La réglementation patronale de l'entreprise* », art. préc., spéc. pp. 222 et 223.

⁴⁷⁵ E. Lafuma, *Les procédures internes en droit du travail*, L.G.D.J. 2006, pp. 226 s.

⁴⁷⁶ A. Jeammaud, art. préc., p. 15.

⁴⁷⁷ Déc. n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, considérants 46 et 53 ; G. Lyon-Caen, *Dr. ouv.* 2002, p. 161 ; X. Prétot, *Dr. soc.* 2002, p. 244 ; F. Renaud, *A.J.D.A.*, 2002, p. 1163 ; B. Mathieu, *D.* 2002, p. 1439 ; *Dr. ouv.* 2002, p. 44. ; Soc, 13 juillet 2004, *Bull. civ.* V, n° 205 ; E. Dockès, « *Le pouvoir patronal au-dessus des lois* », *Dr. ouv.* 2005, p. 1 : La Cour de cassation a jugé, sur le fondement du principe fondamental de la liberté d'entreprendre, qu'un juge « *ne pouvait [...] imposer à l'employeur la modification de l'implantation des appareils de pointage sans porter atteinte à son pouvoir de direction* ».

⁴⁷⁸ Déc. n° 81-132 D.C. du 16 janvier 1982, Lois de nationalisations ; Déc. n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, considérant 45 : « *Considérant que le Préambule de la Constitution réaffirme les principes posés tant par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que par le Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'au nombre de ceux-ci, il y a lieu de ranger la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789* ». cf. G. Lyon-Caen, *Dr. ouv.* 2002, p. 161 ; X. Prétot, *Dr. soc.* 2002, p. 244 ; F. Renaud, *A.J.D.A.*, 2002, p. 1163 ; B. Mathieu, *D.* 2002, p. 1439 ; *Dr. ouv.* 2002, p. 44.

⁴⁷⁹ Déc. n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, considérants 46 et 53 ; G. Lyon-Caen, *Dr. ouv.* 2002, p. 161 ; X. Prétot, *Dr. soc.* 2002, p. 244 ; F. Renaud, *A.J.D.A.* 2002, p. 1163 ; B. Mathieu, *D.* 2002, p. 1439 ; *Dr. ouv.* 2002, p. 44.

garanties »⁴⁸⁰. Et d'ajouter, s'agissant en particulier du huitième alinéa de ce Préambule , « *pour définir les conditions et garanties de mise en œuvre du droit pour tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* »⁴⁸¹.

Les dispositions légales soumises à l'examen des sages concernaient la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise dans le cadre d'un licenciement pour motif économique. Selon les auteurs de la saisine ; elles conduisaient « *à un allongement excessif des procédures de licenciement collectif pour motif économique, qui constituerait une atteinte manifeste à la liberté d'entreprendre* ». L'argument est rejeté : « *en aménageant ainsi les délais des procédures de consultation du comité d'entreprise, le législateur n'a pas porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi* »⁴⁸².

233. Ainsi, le principe de participation autorise que des limites soient apportées au pouvoir de l'employeur. Ces limites doivent néanmoins respecter deux conditions. Premièrement, elles doivent être justifiées au regard au but poursuivi ; secondement, elles ne doivent pas constituer une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, fondement du pouvoir patronal. Autrement dit, les droits de participation des salariés ne sauraient justifier la remise en cause du pouvoir de direction.

234. Une telle solution n'est pas sans faire écho au refus du droit français de la cogestion, trouvant ainsi un certain renfort, à défaut de recevoir une consécration. La cogestion consiste à reconnaître aux représentants des salariés un pouvoir de gestion dans tous les aspects qui concerne la marche générale de l'entreprise, qu'ils soient techniques, commerciaux, financiers ou sociaux. Or, le patronat français a toujours montré une hostilité farouche à une telle reconnaissance⁴⁸³.

⁴⁸⁰ Nous soulignons.

⁴⁸¹ Nous soulignons.

⁴⁸² Déc. n° 2001-455 D.C. préc., considérant 54.

⁴⁸³ Pour rappel, la Libération connaîtra l'expérience des comités de gestion mais celle-ci sera définitivement abandonnée avec l'ordonnance du 22 février 1945. Par ailleurs ce refus doit être rapporté aux difficultés de trouver un compromis au sujet de l'implication des travailleurs dans la société européenne. Cf. *infra* n°384.

Au demeurant, il n'est pas inopportun d'interroger la portée constitutionnelle de ce refus du droit français et de l'attachement à la dualité des procédures inscrite dans le principe de participation⁴⁸⁴. Ces deux principes structurent fortement les relations professionnelles en France. Pourtant, leur valeur juridique demeure incertaine. À tout le moins, ils déterminent la manière dont le Conseil constitutionnel interprète le principe de participation et apprécie la constitutionnalité des dispositions légales qui le mettent en œuvre. Or, à l'heure où la complexité du système de représentation des salariés conduit à vouloir repenser les institutions de représentation dans l'entreprise, au moyen notamment d'un canal unique de représentation⁴⁸⁵, il n'est pas superflu de se demander si la fin de la dualité des formes de représentation peut aller de pair avec celle de la dualité procédures de participation. Or, une réponse négative ne s'impose que dans la mesure où la négociation collective et la consultation préalable à la décision du chef d'entreprise reçoivent, l'une et l'autre, une garantie constitutionnelle.

235. Par ailleurs, la conciliation entre la liberté d'entreprendre et le principe de participation suggère que ni l'un ni l'autre ne prévaut. Pourtant, un léger trouble apparaît devant la faculté du chef d'entreprise de définir « *les modalités concrètes de la mise en œuvre du principe de participation* ». Plus précisément, le Conseil constitutionnel interprète la décision de l'employeur de mettre en place la délégation unique du personnel, précédée de la consultation des représentants élus des salariés, comme « *une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives* »⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ En ce sens, P.-Y. Verkindt, « De la consultation à la négociation : questions de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 321 et spéc. pp. 323 et 324 : « *La référence au Préambule ne permet pas d'établir une quelconque hiérarchie entre négociation et consultation s'agissant de deux modalités d'expression du droit à la participation de travailleurs* » ; « *Le premier [obstacle à penser l'existence d'un principe général de prééminence de la négociation sur la consultation] tient à l'existence de textes précis pénalement sanctionnés organisant la consultation des institutions représentatives du personnel et s'analysant comme la déclinaison du rôle général confié depuis longtemps à ces institutions. Mais il est vrai qu'il est toujours possible de modifier des textes pour peu qu'une volonté politique appuyée sur une conviction dominante du corps social ou sur son indifférence, aille en ce sens* ». V. également, M.-A. Souriac, « Négociation collective d'entreprise et consultation du comité d'entreprise », *Action juridique* 1996, p. 4, n^{os} 118 et 119 ; cf. également Th préc., 1986, p. 361.

⁴⁸⁵ G. Bélier et F. Petit, « Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? », *R.D.T.*, 2010, p. 76.

⁴⁸⁶ Déc. n^o 93-328 D.C. préc. considérant 5 ; *Dr. soc.* 1994, p. 139, X. Prétot. Sur ce dispositif légal, J.-E. Ray, *Dr. soc.* 1994, p. 142 ; M. Cohen, *Dr. soc.* 1994, p. 147 ; P. Rennes, *Dr. ouv.* 1995, p. 1 ; M. Del Sol, « La délégation unique du personnel : portée d'une réforme », *Dr. soc.* 1995, p. 153 ; J. Savatier, *R.J.S.* 2/96, p. 63. Sur le pouvoir de l'employeur de décider la mise en place d'une délégation unique du personnel, Cf. *infra* n^o 448.

Partant, le juge constitutionnel ne voit aucune contradiction à admettre, d'un côté, que les droits de participation des salariés limitent la liberté du chef d'entreprise et que, de l'autre, ce dernier participe à la mise en œuvre de ceux-là. Au trouble succède une certaine perplexité.

- b) Les exigences constitutionnelles relatives aux procédures de participation adossées au pouvoir unilatéral de l'employeur

236. Le Conseil constitutionnel a précisé certaines exigences tirées du principe de participation s'agissant du droit des salariés à l'information et à la consultation.

237. Dans une décision du 16 décembre 1993, il avait été jugé que « *le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* »⁴⁸⁷.

Plus tard, la décision du 28 décembre 2006, relative à la loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, rappelait que le législateur devait apporter aux « *représentants des salariés des informations nécessaires pour que soit assurée la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* »⁴⁸⁸. La disposition légale soumise au contrôle du juge constitutionnel prévoyait la possibilité pour un accord collectif de déroger aux modalités d'information du comité d'entreprise⁴⁸⁹. Selon les requérants, cette disposition diminuait les compétences du comité d'entreprise. Ils estimaient également qu' « *en déléguant aux partenaires sociaux l'établissement des garanties légales qui doivent être accordées aux institutions représentatives des salariés, le législateur n'a pas épuisé*

⁴⁸⁷ Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, *Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et la formation professionnelle*, Rec. p. 547, spéc. considérant 10, X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel, et le principe de participation », *Dr. soc.* 1994, p. 139 ; A. Sauret, « Les représentants du personnel », *L.P.A.* 1994, p. 4 ; J.-Y. Chérot, *R.F.D.C.* 1994, p. 138 ; note P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs* 1994, p. 207.

⁴⁸⁸ Déc. n° 2006-545 D.C. d 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, Rec. p. 138, considérant 7 ; A. Lyon-Caen, « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *R.D.T.* 2007, p. 84 ; J.-E. Schoettl, « La loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social » devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.* du 8 février 2007, p. 37 ; A. Mangiavillano, « L'enrichissement du contenu essentiel du droit constitutionnel de participation », *R.F.D.C.* 2007, p. 766 ; *C.C.C.* 2007, p. 38.

⁴⁸⁹ Cette disposition figure à l'article L. 2323-61 du Code du travail.

sa compétence ». Si le Conseil constitutionnel rejette les griefs, il le fait après avoir vérifié l'existence de garanties légales suffisantes. Il relève notamment que la disposition légale qui permet de déroger aux règles fixées en matière de communication d'information au comité d'entreprise détermine également la périodicité et le contenu obligatoires du rapport qui, dans une telle hypothèse, se substitue à ces documents, ainsi que les modalités de sa communication aux membres du comité d'entreprise. Parmi ces modalités, il convient de souligner le caractère préalable de la transmission du rapport, la loi prévoyant que les membres du comité d'entreprise doivent l'avoir reçu quinze jours avant la réunion.

238. Ainsi, le principe de participation garantit la transmission d'informations nécessaires. Cela recouvre trois aspects. Tout d'abord, une certaine quantité d'information est exigée. Ensuite, les informations nécessaires délivrées aux représentants des salariés doivent présenter certaines qualités. Sans doute doivent-elles être compréhensibles par leurs destinataires, ce qui suppose d'être suffisamment claires et précises. Enfin, l'information doit être périodique. Finalement, le juge constitutionnel veille à donner aux salariés un degré suffisant d'information, dont dépend l'effectivité du droit des salariés à l'information.

239. Le degré suffisant d'information ne suffit pas à assurer une telle utilité. L'information doit encore être préalable à la décision sur laquelle l'information porte. Pourtant, alors que cette condition paraît bien indispensable, le Conseil constitutionnel ne l'a pas formulée.

De même n'a-t-il pas précisé les exigences relatives aux procédures de consultation des représentants des salariés que l'on peut déduire du huitième alinéa de la Constitution de 1946. Là encore, le droit des salariés d'être consultés suppose de disposer d'un degré d'information suffisant et que les représentants des salariés soient consultés préalablement à la décision et aux niveaux pertinents où la décision prise est susceptible d'affecter les intérêts des salariés.

240. De telles exigences garantissent aux salariés une discussion effective avec l'employeur. Ces deux conditions, que Mme E. Lafuma a mises en évidence dans sa thèse⁴⁹⁰, mériteraient également de disposer d'un ancrage constitutionnel, celui du principe de participation. À défaut d'être incluses dans le bloc de constitutionnalité, elles le sont dans le bloc de conventionalité. C'est ainsi que « *[la] dualité, substantielle autant que formelle, du bloc de constitutionnalité et d'un "bloc de conventionalité" donne tout son relief au premier et à sa*

⁴⁹⁰ E. Lafuma, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J. 2006, pp. 47 s. et pp. 57s.

confrontation aux dispositions législatives d'une branche comme le droit du travail, par ailleurs concernée par un grand nombre de conventions internationales»⁴⁹¹. Alors qu'à travers les règles constitutionnelles, la participation des salariés est appréhendée au travers de leur droit à être représentés, les sources européennes envisagent inversement la représentation des salariés comme un instrument des droits de participation⁴⁹². Cette différence est sans doute une des raisons que ces dernières confèrent une dimension plus substantielle des droits de participation.

⁴⁹¹ A. Jeammaud, « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *A.J.D.A.* 1991, p. 612.

⁴⁹² Sur cette différence entre les sources françaises et communautaires V. S. Laulom, « Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie, France), in M.-A. Moreau (dir.), *La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit comparé*, op. cit. p. 213, spéc. p. 214 : « *Le droit de l'Union européenne peut se définir plutôt comme un droit de la participation que comme un droit de la représentation* ».

Conclusion du chapitre 1^{er}

241. L'étude des sources garantissant aux salariés la liberté syndicale et les droits de participation laisse une impression d'unité où toutes, quoiqu'issues d'ordres juridiques différents, convergent vers un même sens. Ensemble, elles appuient l'idée, voire la nécessité d'assurer aux salariés une représentation collective en vue de défendre et d'exprimer leurs intérêts. Une grammaire commune s'en dégage, offrant les contours d'un droit des salariés à être représentés. Pour autant, leur juxtaposition laisse apparaître entre elles des différences, si ce n'est parfois des oppositions.

242. Ces différences et ces oppositions concernent en premier lieu la titularité des droits relatifs à la représentation des salariés. Ce problème se présente avec une particulière acuité s'agissant de la négociation collective. Celle-ci est conçue tantôt comme un droit du syndicat, tantôt comme un droit des salariés, tantôt comme les deux à la fois. Les normes constitutionnelles envisagent cette dernière comme un droit des salariés dont les agents d'exercice naturels sont les syndicats. Les conventions de l'O.I.T., comme l'article 11 de la C.E.D.H., la conçoivent comme l'expression de l'action syndicale. Les normes communautaires ont à cet égard évolué : alors que la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux de 1989 entendait la négociation collective comme une prérogative syndicale, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2001 énonce un droit des salariés et des employeurs, et de leurs représentants, de conclure des conventions collectives. Ainsi, à travers ces normes, ce sont différentes manières de penser la relation entre les syndicats et la collectivité des salariés qui se donnent à voir. L'exigence de représentativité en est le révélateur. Si, du point de vue des syndicats, la représentativité apparaît d'abord comme une limite, quoique légitime, à leur liberté d'action, elle est, du point de vue des salariés représentés, une garantie que leurs droits soient exercés conformément à leurs aspirations.

243. En second lieu, les sources de la représentation des salariés confèrent à la liberté syndicale et aux droits de participation des significations différentes. Ainsi, l'équilibre entre la dimension individuelle et la dimension collective de la liberté syndicale n'est pas le même au sein des normes constitutionnelles, européennes ou internationales. La recherche de cet équilibre est particulièrement sensible s'agissant de la liberté des salariés de ne pas se syndiquer. Si celle-ci a toujours été reconnue en droit français, les normes européennes et

internationales témoignent que cette reconnaissance n'a rien d'une évidence et que l'on peut envisager que la dimension collective de la liberté syndicale prime sur la dimension individuelle.

244. D'une source à l'autre, les droits de participation ne recouvrent pas non plus un ensemble homogène. Les modes de la participation des salariés changent et la notion même de participation fait débat. Pour cette raison, la notion de droits de participation a fait l'objet d'une définition stipulative. Ceux-ci ont été entendus comme *l'ensemble des procédures par lesquelles les salariés participent aux processus décisionnels susceptibles d'affecter leurs intérêts*. Sans s'arrêter au sens spécifique que la notion de participation des salariés recouvre dans chaque ordre juridique, il apparaît qu'une même idée les traverse. Il importe que les représentants des salariés participent aux processus décisionnels susceptibles d'affecter leurs intérêts, en particulier à celui de l'entreprise.

245. Finalement, les différences et les oppositions qui sont apparues sont autant d'enjeux et de traits saillants qui marquent la spécificité d'un système de représentation collective des salariés. Néanmoins, il convient de ne pas se méprendre sur les enseignements à tirer de la présentation des sources qui garantissent aux salariés une représentation collective. L'objet n'était pas de les comparer pour y découvrir les conceptions de la représentation des salariés et connaître celles qui ont prévalu. Il est plutôt de comprendre la synthèse qui se réalise au sein du système français de représentation collective des salariés. Chacune de ces normes, issues d'ordres juridiques distincts, contribue à garantir aux salariés une représentation collective⁴⁹³. Elles sont des ressources que les juges mobilisent pour garantir aux salariés une représentation des salariés effective. Il arrive même, et de plus en plus, qu'elles soient invoquées ensemble afin d'asseoir la fundamentalité de tel ou tel droit, au prix parfois d'un certain syncrétisme.

⁴⁹³ J.-M. Verdier, « L'apport des normes de l'O.I.T. au droit du travail français », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989 ; *R.I.T.* 1993, p. 747 ; P. Lyon-Caen, « L'application par la France des Conventions internationales du travail », *Droits fondamentaux*, 2010, [www.droits-fondamentaux.org].

Chapitre 2nd : La construction du système de représentation des salariés

246. Les sources juridiques étatiques et supraétatiques contribuent largement à la construction du système de représentation des salariés. Le système français de représentation des salariés repose sur un double canal de représentation⁴⁹⁴. Représentation syndicale et représentation élue coexistent et ont en charge la défense des intérêts des salariés. La première consiste principalement dans l'action syndicale, à savoir l'expression de revendications et la négociation collective ; la seconde a d'abord vocation à participer aux prises de décisions dans l'entreprise en formulant des réclamations et en exerçant des missions d'information et de consultation. Cette construction dualiste est largement l'œuvre du législateur, et, au-delà, celle de l'État (Section 1). L'Union européenne participe également à cette élaboration, à travers une législation orientée vers un rapprochement des législations nationales en matière de représentation des salariés (Section 2).

⁴⁹⁴ Il s'oppose au canal unique et syndical de représentation des salariés qui existe notamment au Royaume-Uni. Sur l'intérêt et les limites de cette distinction cardinale, cf. C. Dufour, U. Rehfeldt, « Existe-t-il un modèle de représentation des salariés dans l'entreprise », *Travail et emploi* 1991, p. 14 ; S. Laulom (dir.), *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, *op. cit.* pp. 279 s.

Section 1 : L'intervention de l'État dans les relations professionnelles

247. Les sources étatiques sont certainement celles qui participent le plus à la structuration et au fonctionnement du système français de représentation des salariés. En particulier, l'importance de la loi est à la mesure de l'interventionnisme étatique au sein des relations professionnelles.

248. Si cette intervention est si forte et si elle persiste, peut-être est-ce en raison de son ancrage constitutionnel, à savoir la liberté syndicale et le principe de participation. En effet, la représentation des salariés est une matière réservée à la compétence du législateur (Paragraphe 1). Plus précisément, il ne peut s'abstenir d'apporter les garanties de la liberté syndicale et d'en définir les éventuelles limites (paragraphe 2). De même lui revient-il de mettre en œuvre le principe de participation des travailleurs (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 – La compétence du législateur en matière de représentation des salariés

249. La représentation des salariés relève de la compétence du législateur. Or, cette compétence définie par la Constitution constitue une réserve de loi (A). Celle-ci impose au législateur d'exercer pleinement sa compétence, au risque d'être censuré pour incompétence négative (B).

A. La représentation des salariés et les contours de la réserve de loi

250. L'article 34 de la Constitution reconnaît au législateur une compétence d'attribution. En 1958, le constituant entendait cantonner l'intervention de la loi à quelques matières, la compétence de principe revenant, aux termes de l'article 37, au pouvoir réglementaire. M. J. Trémeau a montré que, plus qu'une compétence d'attribution, la Constitution de 1958 contenait une « réserve de loi »⁴⁹⁵. « Une norme prévoit une réserve lorsqu'elle énonce que certains faits (une certaine matière) peuvent ou doivent être régis uniquement par une source déterminée, c'est-à-dire par cette source et par nulle autre »⁴⁹⁶. Le plus souvent, cette notion

⁴⁹⁵ Cf. J. Trémeau, *La réserve de loi, Compétence législative et Constitution.*, préface L. Favoreu, Paris Economica et P.U.A.M., 1997 ; G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, p. 433, n° 833 s. : « La réserve désigne le fait de confier en exclusivité la réglementation d'une matière donnée à un acteur donné ». , L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 2010 p. 885, n°1243.

⁴⁹⁶ La notion de réserve de loi, davantage ancrée dans les droits constitutionnels allemand, italien ou espagnol, a été reprise par la doctrine française pour rendre compte de la compétence du législateur :

évoque la compétence du législateur en matière de droits fondamentaux, mais elle est susceptible de viser l'ensemble des matières relevant du domaine de la loi.

251. Toujours selon M. J. Trémeau, la réserve de loi du législateur français a pour première caractéristique d'être extensible. Le Conseil constitutionnel ne définit pas le domaine de la loi au regard du seul article 34⁴⁹⁷ ; il le fait à partir d'autres dispositions, contenues dans la Constitution, dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou encore dans le Préambule de la Constitution de 1946.

252. Ainsi, les matières qui relèvent de la réserve de loi sont celles qui figurent à l'article 34 de la Constitution et celles qui concernent les libertés reconnues aux citoyens. Suivant l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ». Le Conseil constitutionnel l'a aussi affirmé dans une décision du 2 mars 2004 : « *il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* »⁴⁹⁸.

253. L'appartenance de la représentation des salariés à la réserve de loi semble aller de soi⁴⁹⁹. En premier lieu, cette matière relève des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical mentionnés à l'article 34 de la Constitution. En effet, le droit syndical régit la capacité des organisations syndicales à défendre les intérêts professionnels des personnes visées par leurs statuts, en particulier ceux des travailleurs salariés. Plus largement, la représentation des salariés relève des principes fondamentaux du droit du travail, dans la

R. Guastini, « Legge (reserva di) », in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 4^{ème} éd., Torino, U.T.E.T., 1994, vol 9 p. 164. Cf. articles 79, 80 et 81 de la Constitution en matière d'amnistie, de ratification des traités internationaux et en matière budgétaire. On trouve l'équivalent en droit espagnol : Reserva de ley cf. article 53 de la Constitution du Royaume d'Espagne de 1978 : « *Les droits et les libertés reconnus au chapitre deux du titre I sont contraignants pour tous les pouvoirs publics. Seule une loi qui, dans tous les cas, devra respecter leur contenu essentiel, pourra réglementer l'exercice de ces droits et de ces libertés qui seront protégés conformément aux dispositions de l'article 161, paragraphe 1, a* ». Ou encore en droit allemand. Article 19.1 de la loi fondamentale allemande : « *Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné* ».

⁴⁹⁷ Déc. n° 63-34 D.C. L du 2 juillet 1965.

⁴⁹⁸ Déc. n° du 2 mars 2004, D.C. considérant 76, *G.D.C.C.*, n°43.

⁴⁹⁹ En ce sens, V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, op. cit., p. 173 et spéc. p. 185, n° 359 s.

mesure où celle-ci structure largement les relations collectives de travail et, par suite, participe à l'élaboration des normes encadrant les relations individuelles. N'a-t-on pas vu dans l'action syndicale, dans la représentation du personnel dans l'entreprise, ou bien encore dans la négociation collective des figures et « *des procédés de défense des intérêts* » participant à « *l'ordonnement des relations de travail* »⁵⁰⁰ ?

254. En second lieu, la représentation des salariés appartient à la réserve de loi car elle met en jeu des droits et des libertés à valeur constitutionnelle, la liberté syndicale et les droits de participation.

255. Par ailleurs, la réserve de loi est impérative et protégée : « la Constitution de 1958 a établi une réserve de la loi en rendant indisponible à tout autre pouvoir, Parlement compris, les matières énumérées à l'article 34 »⁵⁰¹.

B. Les contraintes imposées au législateur en vertu de la réserve de loi

256. La réserve de loi impose au législateur d'exercer pleinement sa compétence. Le cas contraire constitue une incompétence négative. Dans le domaine particulier du droit du travail, le juge constitutionnel vérifie que la loi a bien défini les principes fondamentaux du droit du travail (1.). De plus, il s'assure, lorsque ces principes mettent en œuvre des droits à valeur constitutionnelle, que le législateur n'atteint pas leur substance ni ne les prive de garanties légales suffisantes (2).

1. La détermination des principes fondamentaux du droit du travail

257. Le législateur n'exerce pleinement sa compétence que s'il définit les principes fondamentaux du droit du travail de manière suffisamment claire et précise.

258. Les principes fondamentaux du droit du travail consistent dans « *les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations de travail* »⁵⁰². Que déduire de cette définition ? À dire vrai, peu de choses, si l'on cherche à déceler ce qui est de l'essence des principes fondamentaux. Cette opération intellectuelle s'avérerait laborieuse et ses résultats discutables⁵⁰³. On ne saurait vraiment affirmer en quoi les normes examinées seraient des

⁵⁰⁰ A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnement des relations du travail », *D.* 1998, p. 359.

⁵⁰¹ D. Rousseau, « J. Trémeau, La réserve de loi », *R.I.D.C.* 1998, n° 3, p. 989.

⁵⁰² Cf. notamment Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, préc.

⁵⁰³ Cf. V. Ogier-Bernaud, *op. cit.* p. 174.

principes et en quoi de tels principes peuvent être définis comme fondamentaux. Plus modestement, les principes fondamentaux du droit du travail sont « *une notion fonctionnelle, conçue comme levier de répartition des compétences normatives entre les agents d'exercice du pouvoir normatif de l'État* »⁵⁰⁴. Ainsi est-ce en fonction d'une certaine conception de ce qui devrait relever de la compétence du législateur, à l'exclusion d'autres acteurs que le juge constitutionnel cherche à distinguer de ce qui relève des principes fondamentaux du droit du travail et de ce qui relève de leur simple mise en œuvre.

259. Mieux vaut alors s'en remettre aux décisions du Conseil constitutionnel qui, par touches successives, révèlent ces principes. Ainsi, en matière de représentation des salariés, le législateur est compétent pour fixer les seuils d'effectifs⁵⁰⁵, pour déterminer le statut protecteur des représentants des salariés⁵⁰⁶, pour régir le droit des accords collectifs⁵⁰⁷ et préciser le contenu et la portée du principe de faveur⁵⁰⁸, ou encore pour déterminer la mise en place d'institutions de représentation des salariés⁵⁰⁹ et leurs prérogatives⁵¹⁰.

260. Néanmoins, il reste difficile de dépasser l'énumération et de tirer des conclusions plus générales.

261. Une fois la norme qualifiée de principes fondamentaux du droit du travail, le juge constitutionnel exige qu'ils soient définis de manière suffisamment précise. Plus exactement, le législateur doit, lorsqu'il entend intervenir dans un domaine relevant de sa compétence, le régir intégralement : « *il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. Le plein exercice de cette compétence,*

⁵⁰⁴ I. Odoul-Asorey, *op. cit.* p. 572. *Adde* A. Jeammaud, « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *A.J.D.A.* 1991, p. 612.

⁵⁰⁵ Déc. 96-383 du 6 novembre 1996, préc., considérant 3.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, considérant 8.

⁵⁰⁷ Déc. n° 77-92 D.C. du 18 janvier 1978. Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale). *Rec.* p. 21 ; *R.J.C.* p. I-57 ; *R.D.P.* 1978 p. 835, L. Favoreu ; *Pouvoirs* 1978 n° 5 p. 186, P. Avril et J. Gicquel ; Déc. 89-257 D.C. du 25 juillet 1989, préc., considérant 11.

⁵⁰⁸ Déc. 2004-494 D.C. du 29 avril 2004. Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social ; *Adde* Déc. 67-46 D.C. L du 12 juillet 1967. Nature juridique de certaines dispositions des articles 25 et 26 de la loi du 13 décembre 1926 portant Code du travail maritime, telles qu'elles résultent de l'ordonnance n°58-1358 du 27 décembre 1958. *Rec.* p. 31. considérant 6.

⁵⁰⁹ Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *Rec.* p. 547, considérant 8.

⁵¹⁰ Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *Rec.* p. 547, considérant 10 ; Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, *Rec.* p. 138, considérants 6 et 7.

ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques»⁵¹¹. Selon le Conseil constitutionnel, ces exigences liées à la qualité rédactionnelle de la loi visent à « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire* »⁵¹².

262. Par suite, les dispositions légales trop vagues⁵¹³ ou les habilitations mal définies⁵¹⁴ seront censurées. À l'inverse, lorsque la loi est jugée suffisamment claire et précise, le Conseil constitutionnel relève le contenu des dispositions légales qui montre que le législateur a pleinement exercé sa compétence⁵¹⁵.

Ainsi, le reproche d'incompétence négative poursuit une double visée. D'une part, s'agissant de la répartition des compétences normatives, il assure le respect de la réserve de loi,

⁵¹¹ Formule issue de plusieurs décisions, cf. Déc. 2011-639 D.C. du 28 juillet 2011, Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées. J.O.R.F. 30 juillet 2011, p. 13011, considérant 7.

⁵¹² Déc. n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002 ; cf. également Déc. n° 2004-494 D.C. du 29 avril 2004. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel considère que la complexité des règles légales relatives à l'articulation des accords collectifs de travail ne met pas en cause sa clarté et son intelligibilité. Toutefois, comme le relève M. A. Lyon-Caen, il considère que les destinataires de la loi sont les partenaires sociaux et non les travailleurs eux-mêmes : « La révision du droit de la négociation collective – Observations de méthode », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, op. cit. p. 1 et spéc. pp. 3-4. Cf. également J.-E. Schoettl, « Le partage entre la loi et l'accord collectif, de travail devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.* n°97, du 14 mai 2004, p. 8 : « La complexité de la loi ne fait que réfléchir la complexité de l'accord ».

⁵¹³ Déc. n° 98-399 D.C. du 5 mai 1998, Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, *J.O.R.F.* du 12 mai 1998, p. 7092 : Cons. 7 : « *il résulte de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de la légalité des délits et des peines posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la nécessité pour le législateur de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure* ».

⁵¹⁴ Déc. 2001-454 D.C. du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse, *Rec.* p.70 et spéc. considérant 21 : « *Considérant, en l'espèce, qu'en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution ; qu'il y a lieu, dès lors, de déclarer contraire à la Constitution le IV du nouvel article L. 4424-2 du Code général des collectivités territoriales, dont les dispositions constituent un ensemble indivisible ; que, par voie de conséquence, doivent être également déclarés contraires à la Constitution les mots "et du IV" figurant à l'article 2 de la loi déferée* ».

⁵¹⁵ Pour des exemples cf. Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *Rec.* p. 547 ; Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, *Rec.* p. 138.

y compris par le législateur lui-même. D'autre part, en assurant aussi le respect du plein exercice de cette compétence, il poursuit les objectifs de sécurité juridique, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Autrement dit, il détermine donc la qualité pour édicter la norme aussi bien que la qualité de la norme édictée ; la réserve de loi et l'exigence de plein exercice.

263. Cela étant, « le juge n'exige pas de la loi qu'elle entre dans les détails ; elle doit fixer un cadre certes suffisamment précis, mais qui n'exclut pas une latitude laissée à l'autorité chargée de l'application »⁵¹⁶.

La réserve de loi bénéficiant au législateur n'est pas absolue ; elle n'est que relative. « En cas de "réserve absolue", l'intervention législative doit être particulièrement étendue et la procédure de délégation législative ne peut normalement jouer »⁵¹⁷. À dire vrai, les réserves de loi absolues sont rares. Un pouvoir d'exécution ou de complément est généralement attribué au pouvoir exécutif même en présence d'une réserve de loi⁵¹⁸. On parle alors de réserves de loi relatives. Une fois exercée sa compétence, le législateur peut renvoyer la mise en œuvre de la loi au pouvoir réglementaire.

264. En revanche, la législation déléguée est interdite⁵¹⁹. La législation déléguée va plus loin que la simple délégation de compétences. La délégation de compétences est « *l'acte par lequel une autorité qui y est habilitée transfère une partie de sa compétence, son titre de compétence étant maintenu* »⁵²⁰. À travers la législation déléguée, « *le délégataire est habilité à produire des normes qui remplacent celles posées par l'acteur qui l'a habilité* »⁵²¹. Dans ce cas, « *la*

⁵¹⁶ F. Priet, « L'incompétence négative du législateur », *R.F.D.C.* 1994, p. 59 et spéc. 77.

⁵¹⁷ , L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, *op. cit.* p. 885.

⁵¹⁸ Sur cette distinction, J. Trémeau, *op. cit.* pp. 45 s. Cet auteur n'exclut pas toutefois entièrement que, dans le cas de la réserve de loi absolue, des règlements d'exécution puissent intervenir Comp. G. Tusseau, *op. cit.* p. 435. Selon ce dernier, cette distinction comporte pour cette raison une imprécision conceptuelle.

⁵¹⁹ Sur l'exception de la loi expérimentale, cf. *infra* n° 529 s.

⁵²⁰ H. Maisl, *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, Th. Paris II, 1972, p. 115.

⁵²¹ G. Tusseau, *op. cit.*, p. 440. Pour une illustration en droit du travail, cf. Déc. n° 2008-568 D.C. du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail* ; *Rec.* p. 352, spéc., considérants 13 à 16 au sujet de l'inconstitutionnalité de la délégation aux interlocuteurs sociaux à propos des repos compensateurs. : « *Les dispositions contestées prévoient une contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel, mais suppriment tout encadrement de sa durée minimale ou des conditions dans lesquelles elle doit être prise, alors que, par ailleurs, le seuil de déclenchement de cette obligation de repos n'est pas lui-même encadré par la loi ; que, dès lors, sans qu'il soit besoin pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur le grief tiré de la méconnaissance du onzième alinéa du Préambule de 1946, le législateur n'a pas*

délégation est l'acte par lequel un organe transfère une matière à régler de son propre domaine de décision dans le domaine de décision d'un autre organe »⁵²². Or, le législateur ne peut pas abandonner la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical. Ce procédé est par principe inconstitutionnel : « *la Constitution s'oppose en effet à ce que le Parlement puisse conférer à une autre autorité le soin d'arrêter des mesures relevant du domaine de la loi* »⁵²³. L'habilitation à mettre en œuvre la loi n'est alors possible que si l'autorité habilitée n'a pas une latitude trop grande pour intervenir dans le domaine de la loi⁵²⁴.

265. La décision du 16 décembre 1993 le rappelle s'agissant de la mise en œuvre du principe de participation⁵²⁵. Ainsi, après avoir rappelé que la mise en œuvre du principe de participation était rangé dans le domaine de la loi, le juge constitutionnel conclut : « *le législateur n'a pas porté atteinte à la disposition invoquée du Préambule de la Constitution de 1946 et n'a pas méconnu sa propre compétence en renvoyant à un décret en Conseil d'État la fixation des modalités d'application de l'article contesté* ».

266. Parfois, le contrôle de ce dernier va plus loin que la seule exigence de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail. Il se fait souvent plus pressant lorsqu'est en cause un droit constitutionnel.

2. La mise en œuvre des principes à valeur constitutionnelle

267. Dans le cadre de sa compétence, le législateur met en œuvre et garantit les droits à valeur constitutionnelle. Au sein des principes fondamentaux du droit travail, les dispositions légales qui ont un tel objet occupent une place particulière. En effet, la compétence du

défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de la contrepartie obligatoire en repos et a, par suite, méconnu l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution » (nous soulignons).

⁵²² J. Delvolvé, Les « délégations de matières » en droit public, Sirey, 1930, p. 95.

⁵²³ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Chevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2010, p. 813. Cf. Déc. n° 67-46 D.C. Loi du 12 juillet 1967, *Rec.* p. 31 ; Déc. n° 81-132 D.C. du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, *G.D.C.C.*, p. 457 ; Déc. 2001-454 D.C. du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse.

⁵²⁴ G. Tusseau, *op. cit.* p. 440. Le pouvoir réglementaire ne peut, en dehors d'une habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, intervenir dans les matières inscrites à l'article 34 de la Constitution.

⁵²⁵ Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, Loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *Rec.* p. 547.

législateur s'oppose à ce qu'il porte atteinte à la substance des droits constitutionnels ou qu'il les prive de garanties légales suffisantes.

268. Deux types de contrôle sont exercés par le juge constitutionnel.

En premier lieu, ce dernier exerce un contrôle de non-dénaturation⁵²⁶. Ce contrôle apparaît en particulier lorsque le législateur entend concilier deux droits constitutionnels. Dans ce cas, les garanties légales apportées à l'un ne sauraient porter atteinte à la substance de l'autre. Le juge constitutionnel vérifie le caractère justifié et proportionné des limites légales apportées à un droit constitutionnel. Une telle conciliation a précédemment été relevée entre les droits de participation des travailleurs et la liberté d'entreprise reconnue à l'employeur. Ainsi, « *il incombe au législateur, dans le cadre de [sa] compétence [...] d'assurer la mise en œuvre des principes économiques et sociaux du Préambule de la Constitution de 1946, tout en les conciliant avec les libertés constitutionnellement garanties* »⁵²⁷. Et d'ajouter, s'agissant en particulier du huitième alinéa de ce Préambule, « *pour définir les conditions et garanties de mise en œuvre du droit pour tout travailleur de participer, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, il peut apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à cette exigence constitutionnelle à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* »⁵²⁸.

269. En second lieu, le contrôle consiste à s'assurer que les droits constitutionnels n'ont pas été privés de garanties légales suffisantes. Pour ce faire, le juge emploie la technique du « *seuil* »⁵²⁹. Celle-ci se distingue de la technique du "cliquet" qui interdit au législateur de prévoir des garanties moindres que celles instituées antérieurement⁵³⁰.

⁵²⁶ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, op. cit., n° 1245 et 1246, pp. 886 s.

⁵²⁷ Nous soulignons.

⁵²⁸ Nous soulignons.

⁵²⁹ B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J. 2002, p. 496 spéc. p.498.

⁵³⁰ B. Mathieu et M. Verpeaux « Jurisprudence constitutionnelle », *J.C.P.* éd. G. 2005. 2254, spéc. p. 2255 ; cf. *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°16, p. 43 ; G. Mollion, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *R.F.D.C.* 2005, p. 257. On rappellera également la définition du M. G. Drago, pour qui l'effet cliquet « équivaut à une décision de refus d'abrogation », *Contentieux constitutionnel français*, P.U.F., Thémis 1998, p. 319 ; ainsi que celle des professeurs Favoreu L. et Philip L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 12^e édition, 2003, p. 593.

La technique du « *seuil* » est moins exigeante⁵³¹. Elle est apparue pour la première fois dans la décision n° 83-165 du 20 janvier 1984⁵³². Il s'agissait alors d'encadrer la faculté d'abrogation du législateur⁵³³. Par la suite, elle fut appliquée aux habilitations légales qui renvoyaient leur mise en œuvre au pouvoir exécutif⁵³⁴.

270. En droit du travail, la technique du seuil permet également d'établir un certain rapport entre la loi et la négociation collective : l'habilitation par le législateur à destination des interlocuteurs sociaux n'est possible que si la loi apporte les garanties légales suffisantes aux droits constitutionnels et, en particulier ici, au principe de participation et à la liberté syndicale⁵³⁵.

Paragraphe 2 – L'encadrement étatique de la liberté syndicale

271. Trois aspects relatifs à la liberté syndicale se voient encadrés par la loi. En premier lieu, la loi encadre la liberté de constitution et d'organisation des syndicats professionnels (A). En deuxième lieu, elle définit et oriente leur liberté d'action (B). Enfin et en troisième lieu, la

⁵³¹ Des auteurs ont toutefois émis des doutes sur la persistance du recours à la technique du "cliquet" par le juge constitutionnel. A tout le moins, ils ont considéré qu'il n'existait pas de différences entre ces deux techniques : peu important son nom, il s'agit d'assurer aux droits constitutionnels des garanties légales suffisantes : D. Chagnollaud « Les nouvelles enquêtes de Sherlock Holmes : Sherlock Holmes et le mystère de l'effet cliquet (après la Déc. n° 2003-485 D.C. du 4 déc. 2003) », *L.P.A.* 23 février 2004, n° 38, p. 3. C'est ainsi que selon Mme V. Ogier-Bernaud, le Conseil constitutionnel applique la jurisprudence cliquet en prenant soin de préciser qu'elle ne retient pas « *la version maximaliste* », définie comme la technique contentieuse par laquelle le Conseil constitutionnel « *n'admet des modifications aux garanties constitutionnelles que dans le sens d'une plus grande protection* », mais la « *version minimaliste* », qui impose au législateur de ne pas priver un droit constitutionnel de garanties légales suffisantes, soit en maintenant les garanties antérieures, soit en prévoyant des garanties équivalentes à ces dernières : *Les droits constitutionnels des travailleurs, op. cit.*, pp. 253-254, n°495 s.

⁵³² Déc. n° 83-165 D.C. du 20 janvier 1984, *Rec.* p. 30 ; L. Favoreu, « Libertés locales et Libertés universitaires », *R.D.P.* 1984, p. 702 ; Y. Gaudemet, *D.* 1984, p. 125.

⁵³³ G. Mollion, art. préc. ; L. Favoreu et L. Philip expliquent que l'idée maîtresse de cette jurisprudence est d'interdire au législateur le pouvoir « *d'abroger des dispositions législatives garantissant ces libertés sans les remplacer par d'autres* » ; « *il ne peut intervenir que pour renforcer ces garanties* », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2003, 12e éd., p. 593.

⁵³⁴ Déc. n° 93-328 D.C. préc. considérant 5 ; *Dr. soc.* 1994, p. 139, X. Prétot. Sur ce dispositif légal, cf. J.-E. Ray, *Dr. soc.* 1994, p. 142 ; M. Cohen, *Dr. soc.* 1994, p. 147 ; P. Rennes, *Dr. ouv.* 1995, p. 1 ; M. Del sol, « La Délégation unique du personnel : portée d'une réforme », *Dr. soc.* 1995, p. 153 ; J. Savatier, *R.J.S.* 2/96, p. 63.

⁵³⁵ S'agissant de la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre des dispositions légales : Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, préc., considérant 9 ; S'agissant des habilitations à déroger aux lois d'ordre public, Déc. n° 2006-545 du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, *Rec.* p. 138.

loi tempère le pluralisme syndical qui découle de la liberté de constitution et rompt avec l'égalité liberté d'action des syndicats (C).

A. La liberté de constitution et d'organisation des syndicats balisée par la loi

272. **La loi encadre la liberté de constitution des syndicats**, dès lors que le syndicat est une catégorie légale⁵³⁶. La définition de l'objet du syndicat permet à la fois la qualification juridique et l'encadrement de l'action syndicale. Selon l'article L. 2131-1 du Code du travail, « *les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que les intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* ». Par ailleurs, l'article L. 2131-2 du même code précise que « *les syndicats ou associations professionnels de personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale peuvent se constituer librement* ». À travers cette définition, la loi enserme la liberté de constitution et d'action des syndicats en même temps qu'elle lui apporte les garanties nécessaires. En effet, tout groupement correspondant à cette définition entre sur la scène juridique avec la qualité de sujet de droit, mais plus encore avec celle de syndicat, c'est-à-dire capable d'exercer l'ensemble des prérogatives particulières qui sont réservées à cette catégorie de personnes morales⁵³⁷. Plus largement, de tels groupements voient leurs activités placées sous la protection de la garantie constitutionnelle de l'alinéa 6 du Préambule⁵³⁸.

273. **La liberté d'organisation** est moins sujette à l'intervention de la loi, au point que l'on ait pu récemment qualifier son régime juridique d'« *opaque* »⁵³⁹. Elle recouvre deux aspects. D'une part, le syndicat dispose d'une liberté d'organisation interne, qui s'exprime à travers une liberté de rédaction de ses statuts et une liberté d'affiliation à des unions de syndicats. D'autre part, la liberté d'organisation du syndicat revêt une dimension externe. Le syndicat est

⁵³⁶ F. Soubiran-Paillet, *op. cit.*

⁵³⁷ F. Soubiran-Paillet, *L'invention du syndicat – Itinéraire d'une catégorie juridique*, L.G.D.J., 1999.

⁵³⁸ C'est ainsi que la définition légale de l'objet du syndicat a été modifiée par la loi du 28 octobre 1982. Celle-ci l'a redéfini 1982 dans un sens moins restrictif, sans pour autant revenir sur le principe de spécialité.

⁵³⁹ N. Gssime, « Les statuts des syndicats : un régime opaque », *D.* 2011, p. 2133. L'auteur conclut ainsi : « *Si l'on ne peut qu'approuver la grande liberté laissée aux membres des syndicats lors de la rédaction [des statuts], une intervention du législateur aux fins de préciser leur force obligatoire et leur contenu serait souhaitable. L'action des syndicats gagnerait alors en cohérence et en transparence, tant pour leurs membres que pour les tiers* ».

juge de la manière dont il entend être présent et apparaître face aux pouvoirs publics, au patronat et aux chefs d'entreprise. Ces deux aspects de la liberté d'organisation sont encadrés par la loi qui définit les principes fondamentaux du droit syndical, conformément à l'article 34 de la Constitution.

274. **S'agissant de la liberté d'organisation interne du syndicat**, dès 1884, la loi apporte des limites à la liberté de rédaction des statuts⁵⁴⁰. Tout d'abord, la loi interdit certaines clauses, en particulier celles qui limitent la liberté de retrait des membres du syndicat⁵⁴¹, et plus largement celles qui porteraient atteinte aux droits individuels de ces derniers⁵⁴². Ensuite, la loi fixe des conditions relatives à la qualité des dirigeants, notamment le fait de disposer de ses droits civiques⁵⁴³. En outre, les personnes qui représentent le syndicat doivent faire état d'un mandat spécial ou d'une habilitation figurant dans les statuts, en particulier dans le cadre d'une action en justice⁵⁴⁴ ou dans le cadre d'une négociation collective⁵⁴⁵. De plus, en cas de scission⁵⁴⁶ ou de modification substantielle des statuts, une décision unanime et non simplement majoritaire semble requise. Du moins cette solution a-t-elle été retenue lors de la scission de la C.F.T.C. en 1964 et en l'absence de précision statutaire. La Cour de cassation avait alors affirmé : « *méconnaissant sa raison d'être, altérant profondément sa substance et*

⁵⁴⁰ Cet aspect de la liberté d'organisation du syndicat est clairement défini à l'article 3 de la convention O.I.T. n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 : « *Les organisations de travailleurs et d'employeurs ont le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action* ».

⁵⁴¹ Art 7 de la loi du 21 mars 1184 : Tout membre d'un syndicat professionnel peut se retirer à tout instant de l'association, nonobstant toute clause contraire, mais sans préjudice du droit pour le syndicat de réclamer la cotisation de l'année courante.

⁵⁴² Déc. n° 89-257 D.C., du 25 juillet 1989, préc., considérant 23.

⁵⁴³ La condition de nationalité a disparu en 1975. Cf. art. L. 2131-5 *C. trav.*

⁵⁴⁴ Soc, 20 juin 2012, n° 11-20.392 (inédit).

⁵⁴⁵ L'article L. 2131-3 du Code du travail impose en effet que les fondateurs du syndicat déposent, en même temps que les statuts, les noms des personnes chargées de l'administration ou de la direction du syndicat. L'article L. 2231-1 du même code, issu de l'article 4 de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 (*J.O.R.F.* du 14 novembre 1982, p. 3414), mentionne les conditions dans lesquelles les personnes chargées de représenter un syndicat de salariés lors d'une négociation collective doivent être habilitées. Cf. également, Soc, 23 avril 1969 ; *J.C.P.* 1969 II, p. 16136, note M. Despax. Enfin, dans cette perspective, il faut évoquer les conditions de désignation des représentants syndicaux, qui représentent le syndicat auprès de l'employeur (largement entendus) : cf. Art. L. 2143-1, L. 2324-2 *C. trav.*

⁵⁴⁶ C. Sachs-Durand, « Syndicats professionnels (II – Constitution et fonctionnement) », *Rép. Droit du travail*, Dalloz, 1999, mise à jour, septembre 2011, n° 308 « *La scission syndicale pourrait être définie comme une division du syndicat, constituée par un départ collectif d'une partie de ses adhérents, fondé sur un motif commun (généralement politique, stratégique ou idéologique au sens large), pour constituer un nouveau mouvement ou continuer l'ancien mouvement. Le départ d'un adhérent, même pour un motif idéologique, ne peut donc être qualifié de scission* ».

touchant aux raisons déterminantes des adhésions de ses membres, [la modification des statuts] requéraient en principe l'unanimité des votants»⁵⁴⁷.

En revanche, aucune modalité particulière n'est prévue quant à la désignation des personnes chargées de diriger ou d'administrer le syndicat. Si celle-ci procède généralement d'un processus électif et répond aux règles de la majorité, aucune disposition légale ne l'impose⁵⁴⁸. Suivant l'article L. 2131-4 du Code du travail, il existe seulement un droit d'égal accès aux fonctions d'administration ou de direction du syndicat⁵⁴⁹. Enfin, depuis la loi du 20 août 2008, la direction du syndicat doit arrêter les comptes qui devront, avant d'être publiés, avoir été approuvés par l'assemblée générale ou tout autre organe collégial désigné par les statuts⁵⁵⁰.

275. Même de manière très sommaire, la loi encadre également l'organisation des unions de syndicats⁵⁵¹. L'affiliation à une union de syndicats – terminologie générique qui regroupe aussi

⁵⁴⁷ Soc, 9 mai 1968, C.F.D.T.-C.F.T.C., *Bull. civ.* V, n° 234 ; *D.* 1968, p. 602 note J. Brèthe de la Gressaye ; *Dr. soc.* 1969, p. 285, note J.-M. Verdier. Comp. Soc, 28-29 mai 1959, 5 arrêts, *J.C.P.* 1959.11243, note R. Lindon ; *D.* 1960, p. 145, note J. Brèthe de la Gressaye, *Dr. soc.* 1960, note Rosenthal ; *Adde.* T.G.I. Seine, 7 juillet 1965, *D.* 1966, p. 214, note J.-M. Verdier, *J.C.P.* 1966, p. 14515, note H. Sinay, *Dr. soc.* 1965, p. 550, obs. J. Brèthe de la Gressaye. ; C.A. Paris, 21 juin 1966, *D.* 1967, p. 321, note J. Brèthe de la Gressaye, *Dr. soc.* 1967, p. 28, note J.-M. Verdier, et concl. P. Souleau.

⁵⁴⁸ *Contra* J. Pélessier, G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail, op. cit.* p. 1006, pour qui le syndicat *doit* constituer une société démocratique où jouent le principe électif et la loi de la majorité. Cependant, il convient certainement de considérer qu'un fonctionnement « *démocratique* » conditionne l'exercice des prérogatives légales, en particulier celles qui sont réservées aux syndicats représentatifs. En effet, parmi les critères de représentativité requis se trouve le respect des valeurs républicaines, qui sont notamment, selon la Constitution de 1958, la démocratie et la laïcité. Comp. Conv. n° 87 O.I.T. Sur ce fondement, le Comité de la liberté syndicale estime que « *les travailleurs et leurs organisations doivent avoir le droit d'élire leurs représentants en toute liberté et ces représentants le droit d'exprimer les revendications des travailleurs. Le droit des organisations de travailleurs d'élire librement leurs dirigeants constitue une condition indispensable pour qu'elles puissent effectivement agir en toute indépendance et promouvoir avec efficacité les intérêts de leurs membres* » : B.I.T. *La liberté syndicale op. cit.* § 390-391.

⁵⁴⁹ Ainsi, des statuts pourraient parfaitement recourir à un autre processus de désignation que l'élection comme celui du tirage au sort.

⁵⁵⁰ Art. L. 2135-4 s. *C. trav.* *Adde.* Soc, 20 octobre 1994, *Bull. civ.* V, n° 287. La Cour de cassation décidait alors que « *les dispositions législatives sur la création, l'organisation et le fonctionnement des syndicats ne sauraient les soustraire à la réglementation de la sécurité sociale* », imposant ainsi au syndicat « *de communiquer à l'U.R.S.S.A.F. le montant global des dépenses engagées au titre des frais de déplacement et de repas pour son secrétaire* ». Par ailleurs, cette intervention de la loi dans la gestion comptable du syndicat n'est pas incompatible avec les principes de la liberté syndicale énoncés dans la convention n° 87 de l'O.I.T. (Rec. 1996, §. 440 s et B.I.T., *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T.*, B.I.T., 5^{ème} édition, 2006, § 491 s.

⁵⁵¹ C. Sachs-Durand, « Syndicats professionnels (IV – Unions), *Rép. Droit du travail*, Dalloz, 1997, mise à jour : janvier 2012, spéc. n° 36 : « *Le régime juridique des unions est succinct : la liberté laissée au*

bien les unions locales, départementales, régionales ou nationales que les fédérations professionnelles ou que les confédérations nationales interprofessionnelles - est libre. L'est également le changement d'affiliation⁵⁵².

276. À défaut de précision statutaire, le changement d'affiliation ou la désaffiliation doit être décidé à l'unanimité. Dans un arrêt du 31 mai 2011, la Cour de cassation a en effet jugé que « *le changement d'affiliation d'une union syndicale doit être décidé dans les conditions prévues par les statuts ; qu'à défaut de disposition statutaire spécifique, la décision est prise aux conditions statutaires prévues pour la dissolution de l'organisation syndicale et à défaut, dans le silence des statuts, à l'unanimité des syndicats adhérents* ». L'unanimité est justifiée dans la mesure où l'affiliation est un élément essentiel lors de la constitution du syndicat⁵⁵³. Par ailleurs, en conférant à cette règle une force simplement supplétive, la Cour de cassation se montre respectueuse de la liberté d'organisation interne des syndicats et de liberté de rédaction des statuts.

277. Au demeurant, en exigeant l'unanimité des adhérents ou des syndicats, la Cour de cassation retient une approche contractuelle du syndicat plutôt qu'une approche institutionnelle⁵⁵⁴.

278. Sans que l'on puisse dire que la loi limite la liberté d'organisation des syndicats, ces règles ont toutefois tendance à orienter indirectement l'action syndicale. Cela est particulièrement vrai depuis la loi du 20 août 2008. Ainsi, l'affiliation et la publicité de cette affiliation sont-elles devenues des éléments déterminants pour l'exercice de prérogatives syndicales et l'accès à la qualité de syndicat représentatif. Tout d'abord, l'affiliation à une confédération représentative au niveau national interprofessionnel facilite la création d'une section syndicale, la participation à la négociation préélectorale et aux élections professionnelles. Elle est suffisante pour exercer ces prérogatives. Pour les autres syndicats, l'affiliation à une union de syndicats permet de remplir le critère d'ancienneté fixé à deux

syndicat s'y retrouve, à cette différence près que les adhérents sont ici des syndicats, personnes morales, et non des individus ».

⁵⁵² Soc, 3 mars 2010, n° *Bull. civ.* V, n° 54 ; *J.C.P.* éd. S. 2010.1190, note B. Gauriau, « Liberté syndicale et représentativité syndicale ».

⁵⁵³ Soc. 28 mai 1959, (10 arrêts), *Dr. soc.* 1960, p. 17, note D. Rosenthal, *J.C.P.* 1959.11243, note R. Lindon, *D.* 1960, p. 145, note J. Brèthe de la Gressaye.

⁵⁵⁴ Sur cette opposition, J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail, op. cit.* p. 1010. *Adde.* G. Lyon-Caen, *Dr. ouv.* 1949, p. 2 et 1955, p. 457 ; *Comp. J.* Brèthe de la Gressaye, *J.C.P.* 1948.3544.

ans⁵⁵⁵. Ensuite, la publicité de l'affiliation est devenue nécessaire. En effet, « *l'affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires du comité d'entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs* ». D'où « *il s'ensuit qu'une organisation syndicale ne peut revendiquer à son profit, au sein d'une entreprise, le score électoral obtenu par un syndicat qui lui est affilié qu'à la condition que cette affiliation ait été mentionnée sur les bulletins de vote au moyen desquels les électeurs ont exprimé leur choix ou ait été portée à leur connaissance certaine par le syndicat* »⁵⁵⁶. Inversement, la désaffiliation prive le syndicat de la possibilité de revendiquer le score électoral obtenu alors qu'il était encore affilié pour établir sa représentativité et d'exercer les prérogatives attachées à cette qualité. En particulier, il ne peut plus désigner de délégué syndical⁵⁵⁷. En revanche, le changement d'affiliation, et le changement d'orientation stratégique et syndicale qui s'en suit n'ont pas pour conséquence la création d'une nouvelle personnalité morale de sorte que le syndicat conserve l'ancienneté qu'il avait à la date de dépôt de ses statuts⁵⁵⁸. Enfin, l'affiliation à une même confédération empêche les syndicats de présenter une liste commune. Du moins, ces syndicats ne pourront pas revendiquer être chacun représentatif et prétendre désigner chacun un délégué syndical⁵⁵⁹.

A travers ces arrêts, la Cour de cassation montre une volonté certaine à consolider un « système confédéré de tendance ». En cela, la jurisprudence judiciaire n'est pas sans faire écho à la décision du Conseil constitutionnel dans lequel il est affirmé que, à travers la loi du 20 août 2008, « *le législateur a entendu éviter la dispersion de la représentation syndicale* »⁵⁶⁰.

279. De plus, la loi reconnaît aux unions les mêmes droits qu'aux syndicats. Bien qu'elle exige que les statuts déterminent les règles selon lesquelles les syndicats adhérents de l'union sont représentés, aucune règle légale n'impose une hiérarchie entre les syndicats et l'union à

⁵⁵⁵ Pour la création de la section syndicale, cf. Art. L. 2142-2 *C. trav.* ; pour la participation à la négociation préélectorale et aux élections professionnelles, cf. Art. L. 2314-3 ; Art. L. 2324-4 *C. trav.*

⁵⁵⁶ Soc, 12 avril 2012, n° 11-22.290 (à paraître au Bulletin).

⁵⁵⁷ Soc, 18 mai 2011, n° 10-60.300 ; 10-21.705. M. Grévy, « affiliation syndicale et démocratie sociale. À propos des arrêts du 18 mai 2011 », *R.D.T.* 2011, p. 489 ; *Lexbase-Hebdo*, éd. Sociale, n° 442, note G. Auzero ; Pernot J.-M., « La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », *R.D.T.* 2011, p. 427.

⁵⁵⁸ Soc, 3 mars 2010, *Bull. civ.* V, n° 54, précité.

⁵⁵⁹ Soc, 10 mai 2012, n° 11-21.356 ; *R.D.T.* 2012, p. 506, obs. I. Odoul-Asorey.

⁵⁶⁰ Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010, préc., considérant 6.

laquelle ils adhèrent. Partant, les juges ne peuvent invoquer l'existence d'une telle hiérarchie en l'absence de clause prévue par les statuts⁵⁶¹.

280. Parallèlement à l'organisation interne du syndicat, la loi envisage également la liberté d'organisation comme la liberté de choisir son implantation géographique et professionnelle. Jusqu'en 1968, cette liberté s'arrêtait aux portes de l'entreprise. Celles-ci seront ouvertes et la liberté d'organisation des syndicats y sera reconnue avec la loi du 27 décembre 1968⁵⁶². Dès lors, « *l'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises* » ; « *les syndicats professionnels peuvent s'organiser librement dans toutes les entreprises conformément aux dispositions [légales]* »⁵⁶³.

281. La reconnaissance de cette liberté s'est traduite par la faculté de créer une section syndicale. Antenne du syndicat au sein des entreprises, la section syndicale constitue l'« *expression du droit reconnu aux syndicats de s'organiser librement* »⁵⁶⁴. Longtemps réservée aux syndicats représentatifs, la loi reconnaît désormais cette liberté aux syndicats s'ils sont indépendants, s'ils respectent les valeurs républicaines, s'ils disposent d'une ancienneté de deux ans et s'ils comptent au moins deux adhérents dans l'entreprise⁵⁶⁵. L'exemple de la section syndicale illustre très bien le pouvoir du législateur de garantir une liberté, en même temps qu'il la limite ou, plutôt, en même temps qu'il en conditionne l'exercice.

282. Les limites apportées à la liberté des syndicats de s'implanter dans l'entreprise sont généralement jugées légitimes. Comme cela a pu déjà être relevé, ces limites sont jugées conformes aux exigences constitutionnelles dès lors qu'elles ne sont pas excessives et qu'elles sont justifiées au regard du droit des salariés d'être représentés protégé par le huitième alinéa de la Constitution de 1946⁵⁶⁶.

⁵⁶¹ Soc, 18 décembre 2000, *Bull. civ.* V, n° 434 ; *Dr. soc.* 2001, p. 216, obs. J. Savatier ; *R.J.S.* 2001, p. 228, n° 315 ; Pour une illustration récente de cette absence de hiérarchie en matière de désignation de délégué syndical : Soc, 29 octobre 2010, *Bull. civ.* V, n° 250 : Pour déterminer lequel des deux délégués syndicaux désignés par deux organisations syndicales affiliées à la même confédération serait investi du mandat, la Cour de cassation décide qu'il convient, à défaut de règles statutaires, d'appliquer une règle chronologique en validant la première notification reçue par l'employeur.

⁵⁶² P. Lanquetin, *La liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, Thèse Strasbourg, 1979.

⁵⁶³ Art. L. 2141-4 *C. trav.*

⁵⁶⁴ G. Couturier, *Traité de droit du travail*, Tome 2, P.U.F., 2001, p. 362.

⁵⁶⁵ Art. L. 2142-1 *C. trav.*

⁵⁶⁶ Cf. *supra* n° 196.

B. La liberté d'action des syndicats orientée par la loi

283. L'État reconnaît au syndicat une liberté d'action au nom de la liberté syndicale. La vocation du syndicat de défense des intérêts correspond précisément à la définition légale de l'objet du syndicat, qui, selon l'article L. 2131-1 du Code du travail, consiste dans « *l'étude et la défense des droits ainsi que les intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* ». Cet article ne fonde donc pas uniquement la liberté de constitution des syndicats.

Comme l'affirme Mme F. Soubiran-Paillet :

« *On est [...] conduit à accorder une spécificité à la catégorie juridique, ou plutôt à ce qui en constitue simultanément le contenu et l'objectif : identifier des intérêts au sein de la société, en énoncer la légitimité et donner aux détenteurs des intérêts contenus dans la catégorie des moyens de faire reconnaître cette légitimité. Une notion telle que celle de syndicat sous-entend l'exercice de certains droits par ledit syndicat, assortis de sanctions contre ceux qui entraveraient cet exercice* »⁵⁶⁷.

284. Plus qu'une simple reconnaissance de la liberté d'action du syndicat, le législateur la garantit en accordant à ce dernier des prérogatives qui lui permettent de défendre les intérêts professionnels des personnes visées par ses statuts.

285. L'intervention du législateur en matière de droit syndical se trouve justifiée par la nécessité de préserver la « *vocation naturelle* » des organisations syndicales à défendre les intérêts des travailleurs⁵⁶⁸. Certes, cela suppose de sa part qu'il ne s'écarte pas de la définition de l'objet du syndicat qu'il a lui-même posée. Mais, en retour, cela justifie qu'il détermine les moyens d'action dont les syndicats peuvent user pour représenter l'ensemble des salariés.

286. **La compétence du législateur s'exprime d'abord à travers la reconnaissance de prérogatives au syndicat.** Ce dernier dispose de tous les attributs de la personnalité morale, « *clé d'accès au commerce juridique* » selon l'expression d'un auteur⁵⁶⁹. Il peut avoir un patrimoine, librement contracter, acquérir des biens, être créancier ou débiteur d'obligations juridiques, ester en justice, etc.

⁵⁶⁷ F. Soubiran-Paillet, *L'invention du syndicat (1791-1884) – Itinéraire d'une catégorie juridique*, L.G.D.J., 1999, p. 144.

⁵⁶⁸ Cf. *supra*. n° 130 et 285. *Adde* Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, préc.

⁵⁶⁹ C. Giverdon, « L'outillage juridique », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'hommage de F. Terré*, Éditions législatives – Dalloz – P.U.F. 1999, p. 275 et spéc. p. 289.

287. La liberté d'action du syndicat ne consiste pas seulement dans l'exercice de prérogatives liées à la qualité de personnalité morale. Il s'est agi ensuite, et surtout, de lui permettre de défendre les intérêts professionnels des personnes qu'il prétend représenter. L'action syndicale se rapporte alors à une action revendicative reconnue à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise. Deux prérogatives plus particulièrement sont encadrées : le droit d'ester en justice et le pouvoir de mener des négociations au nom de l'ensemble des salariés⁵⁷⁰.

288. Le législateur, consacrant une solution jurisprudentielle⁵⁷¹, a reconnu aux syndicats le droit d'agir en justice en défense de l'intérêt collectif de la profession⁵⁷². Plus tard, il leur reconnaîtra le pouvoir d'agir en substitution de l'action individuelle du salarié⁵⁷³. Selon le juge constitutionnel, « *il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié, mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective* »⁵⁷⁴.

289. **La liberté de mener des négociations** est la seconde prérogative que la loi reconnaît aux syndicats pour leur permettre de défendre les intérêts des salariés⁵⁷⁵. Selon le Conseil constitutionnel, « *la liberté syndicale [celle de ne pas se syndiquer] n'est pas méconnue du fait que la loi prévoit que, lorsque l'employeur entend engager une négociation avec les organisations syndicales dans l'entreprise, il en informe ces organisations sans être obligé d'étendre cette information au-delà du cercle de ses partenaires* »⁵⁷⁶. À travers cette décision, le Conseil constitutionnel confirme que le législateur peut confier aux organisations syndicales un pouvoir de négocier à l'égard de l'ensemble de la collectivité des salariés. Plus encore, il

⁵⁷⁰ Il serait également possible d'évoquer le rôle des syndicats dans le déclenchement de la grève dont on ne peut nier qu'elle relève de l'action revendicative. Cela étant, le droit français ne reconnaît ce rôle que dans le secteur public. Dans le secteur privé, la grève est appréhendée comme un droit individuel d'exercice collectif qui ne requiert par l'intermédiation d'un syndicat.

⁵⁷¹ C.E. 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, Rec., p. 977, concl. Romieu ; G.A.J.A. n° 18 ; Cass. Ch. Réunies, 5 avril 1913, D.P. 1914, I, 65, Rapp. Falcinaigre, concl. Sarrut.

⁵⁷² Loi du 19 mars 1920, S. 1920, I, 49, note A. Mestre. Cette loi consacra également la personnalité morale et la pleine capacité juridique des syndicats professionnels.

⁵⁷³ Cf. notamment Art. L. 1134-2 C. trav. en matière de discriminations prohibées par le Code du travail ; Art. L. 1235-8 C. trav. en matière de licenciement pour motif économique ; Art. L. 1247-1 C. trav. en matière de rupture du contrat à durée déterminée.

⁵⁷⁴ Déc. n° 89-257 D.C., du 25 juillet 1989, préc., considérant 22. Cf. également, Soc, 1^{er} février 2000, L.S. Jurisp. 21 février 2000, n° 662.

⁵⁷⁵ S. Yannakourou, *L'État, l'autonomie collective et le travailleur*, L.G.D.J. 1995, p. 77 ; I. Odoul-Asorey, *op. cit.* p. 236.

⁵⁷⁶ Déc. 83-162 D.C. du 20 juillet 1983 concernant la loi relative à la démocratisation du secteur public, Rec. p. 49, considérant 95.

réalise ainsi la « *vocation naturelle* » des syndicats à défendre les droits et les intérêts des travailleurs⁵⁷⁷.

290. Les syndicats ne bénéficient cependant pas de monopole. Dans la décision du 6 novembre 1996, le juge constitutionnel a estimé, sur le fondement de l’alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, que le législateur peut habiliter d’autres représentants que les syndicats pour négocier et conclure des accords collectifs de travail⁵⁷⁸. La conjugaison opérée conduit ainsi à voir dans la négociation collective autant une expression de la liberté du syndicat que la mise en œuvre du principe de participation⁵⁷⁹. En effet, la loi a vocation à garantir l’un et l’autre⁵⁸⁰.

291. Lorsque les syndicats négocient et concluent un accord collectif de travail, ils le font en tant que représentants de la collectivité des salariés. Pour pouvoir engager la collectivité des salariés, la loi va néanmoins exiger des syndicats soient représentatifs. Cette exigence apparue avec la loi de 1936 pour négocier et conclure les conventions collectives de branche sera plus tard, avec la loi du 13 juillet 1971, requise pour la conclusion de tout accord collectif. Il existe ainsi une corrélation forte entre le droit des accords collectifs de travail et le droit de la représentativité syndicale⁵⁸¹.

292. Technique étatique de sélection des syndicats dans la négociation collective, l’exigence légale de représentativité syndicale constitue une limite à la liberté d’action des syndicats. Utilisée plus largement, elle exclut certains syndicats de l’exercice de certaines prérogatives. Outre la liberté d’action, la représentativité syndicale tempère le pluralisme syndical et l’égalité entre organisations syndicales.

C. Le pluralisme et l’égalité entre organisations syndicales

293. La liberté de constitution reconnue aux syndicats a pour corollaire l’existence d’un pluralisme syndical. Celui-ci suppose une égalité entre organisations syndicales, qui peut

⁵⁷⁷ Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996. *Rec.* p.128, considérant 8. Pour une critique, ou du moins un regard sceptique, V. G. Lyon-Caen, art. préc. *Dr. ouv.* 1996, p. 479.

⁵⁷⁸ Il convient de préciser que, depuis la loi du 20 août 2008 entrée en vigueur sur ce point le 1^{er} janvier 2010, la loi n’admet ce tempérament au monopole syndical que dans la mesure où l’entreprise est dépourvue de délégué syndical et dans les entreprises de moins de 200 salariés ?

⁵⁷⁹ Comp. M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25, et spéc. p. 26 et 27.

⁵⁸⁰ Cf. X. Prétot « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *T.P.S.* 1997 p. 4.

⁵⁸¹ S. Yannakourou, *op. cit.* p. 121.

cependant être tempérée par le législateur à travers l'exigence de représentativité syndicale (a). En effet, l'exigence légale de représentativité des syndicats est conforme aux principes d'égalité et de la liberté syndicale. Plus précisément, l'égalité entre syndicats ne s'oppose, ni aux différences de traitement entre les syndicats représentatifs et les syndicats non-représentatifs (b), ni à celles instituées entre les syndicats catégoriels et les syndicats non catégoriels (c).

a) Le pluralisme syndical et la représentativité syndicale

294. La notion de pluralisme syndical connaît plusieurs définitions, selon que l'on entend rendre compte d'un pluralisme qualitatif ou quantitatif⁵⁸².

295. D'un point de vue qualitatif, le pluralisme syndical renvoie aux options stratégiques et idéologiques qui caractérisent les différents syndicats : le syndicalisme issu de la tradition du catholicisme social, le syndicalisme anarcho-syndicaliste, le syndicalisme réformiste, etc.⁵⁸³. Le droit appréhende peu cette facette du pluralisme syndical. La définition de la catégorie juridique du syndicat et le principe de spécialité limitent, à certains égards, ce pluralisme. Selon l'arrêt de la chambre mixte du 10 avril 1998, un syndicat ne peut ni entretenir de liens organiques avec un parti politique ni prôner des distinctions fondées sur la race, la couleur, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique ; plus récemment, la loi du 20 août 2008 subordonne l'exercice des prérogatives légales reconnues aux syndicats au respect des valeurs républicaines⁵⁸⁴.

296. Selon une approche quantitative, le pluralisme syndical est la conséquence de l'égalité liberté de se constituer et de s'organiser syndicalement. Autrement dit, la liberté syndicale, dans sa dimension collective, rend possible l'existence d'une pluralité de syndicats et suppose

⁵⁸² G. Tusseau, « Le(s) concept(s) de « pluralisme syndical », *R.D.T.* 2007, p. 636.

⁵⁸³ D. Andolfatto, *Les syndicats en France*, La documentation française, 2004 ; *Histoire des syndicats*, Seuil 2006 ; R. Mouriaux, *Le syndicalisme en France*, PUF, 2005 ; P. Karila-Cohen, B. Wilfert, *Leçon d'histoire sur le syndicalisme en France*, P.U.F., 1998.

⁵⁸⁴ Ce respect des valeurs républicaines s'apprécie au regard des statuts et, surtout, au regard de l'action du syndicat qui ne saurait poursuivre un but illicite. Cf. à propos de la C.N.T. : Soc, 13 octobre 2010, *Bull. civ.* V, n° 235 ; *D.* 2011, p. 289, note F. Petit ; *R.D.T.* 2010, p. 728, note H. Tissandier.

une certaine égalité entre eux⁵⁸⁵. De plus, le pluralisme syndical est une garantie du droit des salariés de se syndiquer au syndicat de son choix⁵⁸⁶.

297. Cependant, « *une seconde catégorisation quantitative prend en compte non la seule existence numérique des syndicats, mais l'ampleur de leurs prérogatives* »⁵⁸⁷. Ainsi, certains pays reconnaissent un pluralisme « *absolu* » dans lequel les syndicats sont sur un strict pied d'égalité quant aux prérogatives qui leur sont reconnues⁵⁸⁸. D'autres systèmes tempèrent ce pluralisme, le relativisent. Ils opèrent une sélection parmi les syndicats en privilégiant certains d'entre eux, les syndicats représentatifs, et en leur réservant certaines prérogatives. Cette sélection peut elle-même être pluraliste ou au contraire exclusive. Ainsi, il peut s'agir de conférer l'exercice des prérogatives de représentation au syndicat le plus représentatif – système exclusif –⁵⁸⁹ ou, au contraire, aux syndicats les plus représentatifs – système pluraliste⁵⁹⁰. C'est de cette dernière catégorie dont relève le système français.

298. Immédiatement, il convient de souligner que la garantie constitutionnelle apportée au pluralisme syndical ne consiste pas en une égalité absolue entre les organisations syndicales légalement constituées. Cela apparaît dans la décision n° 83-162 du 20 juillet 1983 sur la loi de démocratisation du secteur public. La disposition légale litigieuse prévoyait que « *lorsque l'employeur prend l'initiative de la négociation en vue de la conclusion des accords prévus aux articles L. 412-23 et L. 462-3 du Code du travail, il en informe toutes les organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise* »⁵⁹¹. Selon les requérants, cette disposition faisait « *échec à la liberté syndicale en privant les salariés n'adhérant pas à des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise d'informations essentielles* ». Le Conseil constitutionnel écarte le grief en considérant que « *la liberté syndicale n'est pas*

⁵⁸⁵ A. Supiot, « Parité, égalité, majorité, dans les relations collectives de travail », in *Le droit collectif du travail : questions fondamentales – évolutions récentes, Études en hommage à H. Sinay*, éd. P. Lang 1995, p. 59.

⁵⁸⁶ Cf. Déc. 83-162 D.C. du 20 juillet 1983, préc.

⁵⁸⁷ G. Tusseau, art préc., p. 636.

⁵⁸⁸ Il en va ainsi au Japon. La loi japonaise sur les syndicats conditionne la qualité de syndicat au but défendu, à savoir la défense d'intérêts professionnels, à l'autonomie du groupement par rapport à l'employeur et à son fonctionnement démocratique. Cf. T. Yamaguchi, « Autonomie syndicale, démocratie syndicale et liberté d'action syndicale au sein de l'entreprise en droit japonais », *R.I.D.C.* 1984, p. 695.

⁵⁸⁹ L'exemple le plus connu étant l'exemple du système étatsunien.

⁵⁹⁰ G. Couturier évoque ainsi l'idée d'une « représentativité pluraliste », *op. cit.* p. 347. Cf. également, J.-M. Verdier, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991, p. 5 et spéc. p. 7.

⁵⁹¹ Article 41, alinéa 2, de la loi.

méconnue du fait que la loi prévoit que, lorsque l'employeur entend engager une négociation avec les organisations syndicales dans l'entreprise, il en informe ces organisations sans être obligé d'étendre cette information au-delà du cercle de ses partenaires »⁵⁹².

299. La conformité de la représentativité syndicale, comme technique de sélection parmi les organisations syndicales légalement constituées, s'est de nouveau posée à la suite de l'adoption de la loi du 20 août 2008. En effet, cette loi a réformé en profondeur les règles d'acquisition de la représentativité syndicale⁵⁹³.

La loi du 20 août 2008 a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Cependant, à cette occasion, les règles relatives à la représentativité syndicale n'ont pas été soumises à l'examen du Conseil constitutionnel⁵⁹⁴. Elles ont néanmoins ensuite fait l'objet de plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité, qui ont donné l'occasion à la Cour de cassation et au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions de la loi du 20 août 2008.

b) La représentativité syndicale et l'égalité entre organisations syndicales

300. La première question soumise par la Cour de cassation à l'examen du Conseil Constitutionnel était formulée ainsi : « *les articles L. 2121-1 et L. 2122-1 à L. 2122-2 du Code du travail issus de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portent-ils atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, à savoir le principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi reconnu par l'article premier du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et l'article 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 relatif à la liberté syndicale ?* »⁵⁹⁵.

Le juge constitutionnel a rendu deux décisions, les 7 octobre 2010 et 12 novembre 2010 qui, l'une et l'autre, répondent à cette question par la négative, confirmant ainsi le pouvoir du législateur de tempérer le pluralisme syndical.

⁵⁹² Considérant 95.

⁵⁹³ Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

⁵⁹⁴ Déc. n° 2008-568 D.C. du 7 août 2008. Cf. J.-M. Béraud, « Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicale et à la représentation catégorielle sont-elles compatibles avec la Constitution ? », *R.D.T.* 2010, p. 564 : l'auteur relève notamment le considérant 21 par lequel le Conseil constitutionnel conclut qu'il n'y a lieu à soulever d'office aucune autre question de conformité à la Constitution.

⁵⁹⁵ Q.P.C. n° 10-40.007 ; J.-M. Béraud, art. préc. ; V. Bernaud et F. Petit, « La Cour de cassation face aux premières questions prioritaires de constitutionnalité », *D.* 2010, p. 2264

301. Dans la décision du 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel rappelle tout d'abord qu' « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par la Constitution, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »⁵⁹⁶.

302. Ainsi, ni le principe de participation ni le principe de la liberté syndicale ne s'opposent à ce que le législateur établisse des critères afin de déterminer les syndicats représentatifs. Selon lui, la détermination de critères de représentativité garantit aux salariés que la négociation collective soit conduite par des organisations syndicales dont la représentativité est notamment fondée sur le résultat des élections professionnelles. On retrouve ici, comme dans la décision de 1996, la combinaison des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946, ainsi que la référentialité, voire la centralité, de la négociation collective pour juger de la capacité juridique des syndicats à défendre les intérêts des salariés. Ainsi, la constitutionnalité des règles relatives à la représentativité syndicale n'est pas seulement appréciée au regard de leur compatibilité avec le principe de la liberté syndicale ; elle l'est encore au regard de leur compatibilité avec les exigences tirées du principe de participation⁵⁹⁷. En effet, si la liberté syndicale est de nature à orienter les dispositions légales vers une pleine reconnaissance de la capacité juridique de tout syndicat légalement constitué à défendre les intérêts des salariés, le principe de participation des travailleurs commande de son côté que soient seuls habilités à participer à la détermination collective des conditions de travail, par la négociation collective, les syndicats justifiant d'une aptitude particulière à représenter effectivement les salariés⁵⁹⁸.

303. Le juge constitutionnel avance une autre justification pour admettre la constitutionnalité des dispositions issues de la loi du 20 août 2008 et fonder ainsi la compétence du législateur. Selon lui, les règles légales exigeant des syndicats qu'ils soient

⁵⁹⁶ Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010 ; *J.O.R.F.* du 8 octobre 2010, p. 18235 ; V. Bernaud, *D.* 2011, p. 1773 ; J.-F. Akandji-Kombé, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social », *R.D.T.* 2010, p. 628 ; C. Radé, « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions*, 2011, p. 89.

⁵⁹⁷ Cf. *supra* n° 196 s.

⁵⁹⁸ Cela étant, faire de la représentativité syndicale une exigence trop restrictive priverait les travailleurs des « délégués » sans lesquels l'exercice du principe de participation est compromis. Finalement, cette disposition constitue, selon les cas, soit un tempérament soit un secours pour la liberté syndicale. Subtil équilibre ...

représentatifs tendent à « éviter la dispersion de la représentation syndicale ». En d'autres termes, trop de pluralisme tue le syndicalisme⁵⁹⁹.

304. Il ajoute ensuite, sur le seul fondement de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946, que « la liberté d'adhérer au syndicat de son choix [...] n'impose pas que tous les syndicats soient reconnus comme étant représentatifs indépendamment de leur audience ». Il précise qu' « en fixant le seuil de cette audience à 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles quel que soit le nombre de votants, le législateur n'a pas méconnu les principes énoncés aux sixième et huitième alinéas du Préambule de 1946 ». Cette solution doit être rapprochée de celle rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation dans laquelle elle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité s'agissant de la constitutionnalité du critère de l'audience. Arguant du caractère non sérieux de la question posée, elle déclare in fine que « l'exigence d'un seuil raisonnable d'audience subordonnant la représentativité d'une organisation syndicale ne constitue pas une atteinte au principe de la liberté syndicale »⁶⁰⁰. Plus précisément, la liberté individuelle de chaque salarié de se syndiquer au syndicat de son choix n'exige pas que tous les syndicats disposent des mêmes prérogatives. Le seuil d'audience fixé par la loi ne porte pas atteinte à ce droit dès lors qu'elle maintient le principe d'une représentativité pluraliste.

c) La représentativité syndicale et l'égalité entre syndicats catégoriels et intercatégoriels

305. Une seconde question prioritaire de constitutionnalité a été soumise à l'appréciation du juge constitutionnel. La question était la suivante : « la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, en créant l'article L. 2122-2 du Code du travail, qui dispense une organisation syndicale catégorielle de devoir franchir le seuil de 10 % des suffrages exprimés au premier tour des

⁵⁹⁹ Selon M. J.-M. Verdier, l'exigence de représentativité requise par le législateur tend à rétablir une certaine égalité concrète entre organisations syndicales et pallier les conséquences d'une égalité formelle qui nuit à « l'efficacité du principe de la liberté syndicale, d'une praticabilité du pluralisme ». Selon l'auteur, l'« égalité concrète des syndicats, et non plus [l'] égalité formelle [permet] une meilleure instrumentalisation de la liberté syndicale, elle-même facteur d'égalité entre employeur et salariés », « Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l'épreuve des accords collectifs à l'exercice du droit syndical », in *Mélanges en hommage à H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 69 et spéc. p. 81.

⁶⁰⁰ A.P., 18 juin 2010, n° pourvoi 10-40.005 ; 10-40.006 ; et 10-40.007 (publié au Bulletin) ; D. 2010, p. 1150 ; V. Bernaud et F. Petit, « La Cour de cassation face aux premières questions prioritaires de constitutionnalité : la porte étroite », D. 2010, p. 2264 ; V. également, J.-F. Akandji-Kombé et M.-F. Mazars, « Q.P.C. : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ? », R.D.T. 2010, p. 622 ; « Question prioritaire de constitutionnalité : la Chambre sociale de la Cour de cassation, juge constitutionnel ? », *Constitutions* 2010, p. 587.

élections des titulaires au comité d'entreprise dans tous les collèges, contrairement aux syndicats intercatégoriels visés par l'article L. 2122-1 du Code du travail, a-t-elle instauré une rupture d'égalité entre organisations syndicales, en violation de l'article 1er de la Constitution de 1958 et des articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ?»⁶⁰¹. Cette seconde question ne concerne pas la différence de traitement entre les syndicats représentatifs et les syndicats non-représentatifs. Elle concerne celle qui existe entre les syndicats catégoriels et les syndicats non catégoriels, dans leur capacité à prouver leur représentativité.

306. Là encore, le juge constitutionnel admet la différence de traitement que la loi de 2008 a créée. Selon lui, « *les syndicats catégoriels ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales* ». Aussi, « *en prévoyant que pour les organisations syndicales catégorielles, le seuil de 10 % est calculé dans les seuls collèges dans lesquels elles ont vocation à représenter des candidats, le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi* »⁶⁰². Cette solution demeure critiquable à plusieurs égards⁶⁰³.

307. Tout d'abord, elle semble ignorer la décision de la Cour de cassation qui avait reconnu aux syndicats catégoriels le droit de prouver leur représentativité à l'égard des catégories de personnels autres que celles visées par leurs statuts⁶⁰⁴. Il était donc inexact d'affirmer que les organisations catégorielles sont habilitées à présenter des candidats dans les *seuls* collèges de

⁶⁰¹ A.P., 8 juillet 2010, Q.P.C. n° 10-60.189, J.-M. Béraud, « Les nouvelles règles relatives à la représentativité syndicale sont-elles compatibles avec la Constitution ? », *R.D.T.* 2010, p. 564 ; *D.* 2010, p. 2264, note B. Inès ; V. Bernaud et F. Petit, « La Cour de cassation face aux premières questions prioritaires de constitutionnalité », art. préc.

⁶⁰² Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010, préc., considérant 7. Comp. Soc, 12 avril 2012, n° 11-22.289, S.S.L. 2012, n° 1535 : « *le critère d'audience électorale nécessaire à l'établissement de la représentativité des syndicats intercatégoriels prend nécessairement en compte les suffrages exprimés par l'ensemble des salariés de l'entreprise, peu important que certains soient électeurs dans des collèges spécifiques* ».

⁶⁰³ Plusieurs auteurs approuvent cette différence de traitement. V. F. Petit et V. Bernaud, art préc. : « *Bénéficiant d'un cadre d'appréciation de sa représentativité réduit au collège qu'il représente, le syndicat catégoriel recueille en retour des pouvoirs eux-mêmes réduits, par application du principe de concordance* » ; G. Atero et S. Béal, « Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? », *R.D.T.* 2010, p. 556 (voir en particulier la position du premier auteur).

⁶⁰⁴ Il convient de remarquer que la jurisprudence de la Cour de cassation est antérieure à la loi du 20 août 2008. S'agissant de la présentation de candidats au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise : A.P. 15 mars 1985, *Dr. soc.* 1985, p. 467, concl. P. Cabannes ; *D.* 1985, p. 573, note J.-M. Verdier ; *D.* 1986, p. 382, note S. Frossard ; Soc, 21 décembre 1990, *Bull. civ.* V, n° 662 ; Soc, 2 décembre 1992, *R.J.S.* 1/93, n° 51 et 58 ; Soc, 7 avril 1993, *R.J.S.* 5/93. En matière de négociation collective, Soc, 7 novembre 1990, *Dr. soc.* 1990, p. 295, obs. M. Despax ; Soc, 29 octobre 1998, *R.J.S.* 12/98, n° 1505.

l'encadrement ; à moins, peut-être, que cette solution ne revienne implicitement sur la jurisprudence de la Cour de cassation antérieure à la loi du 20 août 2008⁶⁰⁵. Du moins, dans un arrêt rendu le 28 septembre 2011, cette dernière a cru souhaitable d'adopter une solution plus nuancée : « *un syndicat peut présenter des candidats dans les collèges que ses statuts lui donnent vocation à représenter* » et « *lorsqu'un syndicat affilié à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale présente, en conformité avec son champ statutaire, des candidats dans plusieurs collèges, sa représentativité est établie en fonction des suffrages recueillis dans l'ensemble de ces collèges* »⁶⁰⁶. Autrement dit, elle ne revient pas sur le principe de sa jurisprudence antérieure ; elle la tempère cependant en exigeant que les statuts des syndicats catégoriels les autorisent à représenter les salariés non-cadres⁶⁰⁷.

308. Un autre reproche peut être adressé à l'encontre de la décision du Conseil constitutionnel. Selon lui, la différence de traitement instituée par le législateur serait en lien

⁶⁰⁵ Le juge constitutionnel indique que le seuil des 10 % est calculé « dans les *seuls* collèges dans lesquels elles ont vocation à présenter des candidats » (nous soulignons). Cf. C. Radé. « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p. 821 s. ; « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions* 2011, p. 89 : « *On ne pourra donc que regretter, dans ces conditions, que le Conseil n'ait pas assorti sa décision d'une réserve d'interprétation consacrant cette conception catégorielle de la représentativité et de la capacité collective des syndicats catégoriels affiliés. De son côté, la Cour de cassation a décidé que, dans les entreprises mentionnées aux articles L. 7111-3 et L. 7111-5, lorsqu'un collège électoral spécifique est créé pour les journalistes professionnels et assimilés, est représentative à l'égard des personnels relevant de ce collège l'organisation syndicale qui satisfait aux critères de l'article L. 2121-1 et qui a recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires au comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel dans ce collège ; que la condition tenant à la création d'un collège électoral spécifique prévue par ce texte est satisfaite dès lors qu'un accord préélectoral impose l'inscription de tous les journalistes dans un seul et même collège et interdit, par là même, à un syndicat de journalistes de présenter des candidats dans d'autres collèges, peu important que ce collège au sein duquel sont inscrits les journalistes puisse aussi comprendre d'autres salariés* » : Soc, 2 mars 2011, n° 10-60.157 (à paraître au bulletin). Cette solution ne pose pas de règle absolue dès lors qu'il revient au protocole d'accord préélectoral de décider de l'existence d'un collège électoral réservé aux journalistes. Toutefois, l'existence d'un collège réservé aux cadres est une règle qui s'impose aux négociateurs du protocole d'accord préélectoral. Dès lors, la règle posée par cet arrêt serait absolue s'agissant du collège réservé au personnel de l'encadrement. Cf. P.-H. Antonmattéi, « Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis », *Dr. Soc* 2011, p. 89. L'auteur semble considérer que la jurisprudence de la Cour de cassation antérieure à la loi du 20 août 2008 est maintenue. M.-L. Morin, « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2011, p. 62, qui ne fait que poser la question.

⁶⁰⁶ Soc, 28 septembre 2011, n° 10-26.693, FS P+B+R ; *J.C.P.* éd. G. 2011, p. 1287, note D. Corrigan-Carsin.

⁶⁰⁷ On relèvera le risque d'une modification artificielle des statuts, voire frauduleuse. La solution de la Cour de cassation permet en effet à un syndicat d'être catégoriel de par son affiliation mais non à travers ses statuts. Un tel choix conduit en effet à s'interroger sur la réelle prétention de ce syndicat à défendre les intérêts des non-cadres.

direct avec l'objet de la loi du 20 août 2008. Or, comme le relève M. J.-F. Akandji-Kombé, « *l'affirmation peut laisser sceptique* ». En effet, à aucun moment, la loi n'explicite le lien entre la représentativité des syndicats catégoriels et le dialogue social, objet de la loi. « *[Ce] lien qu'on pensait jusqu'alors voulu par le législateur et dont on déduisait que la condition de l'audience n'avait de sens qu'en considération de l'objectif consistant à renforcer la légitimité des accords collectifs* »⁶⁰⁸ n'apparaît qu'en filigrane. Suivant les articles L. 2232-2-1, L. 2232-7 et L. 22321-13, « *la représentativité reconnue à une organisation syndicale catégorielle affiliée à une confédération syndicale catégorielle au titre des salariés qu'elle a statutairement vocation à représenter lui confère le droit de négocier toute disposition applicable à cette catégorie de salariés* ». Sur ce fondement, la Cour de cassation a admis que le syndicat catégoriel représentatif devait être invité à la négociation d'un accord collectif intercatégoriel⁶⁰⁹. Néanmoins, dans ce cas, l'audience électorale prise en compte pour apprécier les conditions de validité de l'accord est celle recueillie par le syndicat au regard de l'ensemble des collègues électoraux⁶¹⁰. Le second alinéa de ces trois articles reconnaît par ailleurs la faculté de conclure des accords collectifs catégoriels, ne s'appliquant qu'à « *une catégorie professionnelle relevant d'un collège électoral* »⁶¹¹. Mais alors, une question se pose : dans quelle mesure cette faculté s'accorde-t-elle avec le principe d'égalité de traitement dégagé par la jurisprudence de la Cour de cassation au sujet des avantages conventionnels réservés aux cadres⁶¹² ? Car, comme le relève un auteur, « *à quoi sert une organisation*

⁶⁰⁸ J.-F. Akandji-Kombé, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social », *R.D.T.* 2010, p. 628.

⁶⁰⁹ Soc, 31 mai 2011, n° 10-14.391 (publié au bulletin) ; *S.S.L.* n° 1496, obs. P. Adam ; *Dr. soc.* 2011, p. 1132 note F. Petit ; *D.* 2011, p. 1624, obs. B. Ines ; H. Tissandier, « L'avenir s'éclaire pour la CFE-CGC », *R.D.T.* 2011, p. 513. Les faits de l'espèce concernaient un accord collectif conclu au sein de la R.A.T.P. antérieurement au 1^{er} janvier 2009, date d'entrée des dispositions de la loi du 20 août 2008. En vertu d'un protocole d'accord de 2006, ce dernier était néanmoins soumis à sa conclusion par des syndicats représentatifs représentant au moins 35% des suffrages exprimés. Pour être valide, il était nécessaire que les suffrages recueillis par le syndicat affilié à la C.G.C soient pris en compte.

⁶¹⁰ Soc, 31 mai 2011, préc.

⁶¹¹ On relèvera que pour M. Y. Chalaron, « *l'admission de négociations catégorielles doit pouvoir être considérée comme un principe général en matière de négociation collective* », *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n° 26 note 15.

⁶¹² Soc. 20 février 2008, *Bull. civ.* V, n° 39, D. 2008. p. 696 : « *Mais attendu que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* ». V. également, Soc. 1^{er} juillet 2009, *Bull. civ.* V, n° 168 ; *J.C.P.* éd. E 2009. 2198, note T. Aubert-Montpeyssen ; *J.C.P.* éd. S 2009. 1451, note E. Jeansen ; *Dr. soc.* 2009, p. 1169, note P.-h. Antonmattéi ; Pour des exemples dans lesquels la Cour de cassation admet la licéité d'une différence de

*syndicale catégorielle si elle ne peut plus négocier des dispositions spécifiques, propres à la catégorie et aux intérêts qu'elle représente*⁶¹³ » ?

309. Enfin, même en reconnaissant les arguments en faveur de règles préservant la spécificité des syndicats catégoriels, la solution du Conseil constitutionnel ne convainc pas. En effet, la possibilité de mesurer l'audience électorale dans une partie seulement des collèges électoraux ne concerne que les syndicats catégoriels *affiliés à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle*⁶¹⁴. Il ne s'agit donc pas de prendre en compte la situation de toutes les organisations syndicales catégorielles, mais bien d'accorder, à la C.F.E.-C.G.C., seule dans cette catégorie légale, et aux syndicats qui lui sont affiliés, un « *privilège* »⁶¹⁵. Une illustration apparaît dans l'arrêt de la Cour de cassation qui a suivi la décision du juge constitutionnel. Ainsi juge-t-elle : « *le Syndicat national du personnel commercial navigant, qui a vocation à présenter des candidats dans tous les collèges électoraux, ne se trouve pas dans la même situation que les organisations syndicales catégorielles dont les règles statutaires ne donnent vocation qu'à présenter des candidats dans certains collèges électoraux déterminés* ». Selon le juge judiciaire, la prise en compte de la différence de champ statutaire d'intervention des syndicats catégoriels de cadres affiliés à une confédération catégorielle nationale et des syndicats catégoriels nationaux des personnels pilotes de ligne constitue une justification objective et raisonnable à la différence de traitement instituée par le législateur. Cette justification résiderait dans la participation à la négociation collective pour les catégories qu'ils ont vocation à représenter⁶¹⁶. La formule est catégorique. Pourtant, des réserves

traitement entre salariés de catégories professionnelles différentes : Soc, 7 avril 2010, *Bull. civ.* V, n° 86 ; *R.J.S.* 6/10, n° 570 ; Soc, 8 juin 2011, n° 10-14.725 (n° 1464 FS-PBRI), *R.J.S.* 8-9/11, p. 599, rapport de H. Gosselin « accord collectif et principe d'égalité de traitement ».

⁶¹³ S. Béal, « Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? », *R.D.T.* 2010, p. 556.

⁶¹⁴ Art. L. 2122-2 et L. L. 2122-7 *C. trav.* respectivement relatifs à la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise et de l'établissement et au niveau de la branche professionnelle.

⁶¹⁵ Cf. J.-F. Akandji-Kombé, art. préc., *R.D.T.* 2010, p. 628 : « *on peut déplorer que le Conseil ait jugé, sans aucune justification, conforme à la Constitution ce qui apparaît bien comme un privilège concédé à une certaine confédération syndicale (la C.F.E.-C.G.C.), et que de surcroît il ait jugé utile de conforter la position de ce syndicat. Cela n'eut pas été gênant si le Conseil avait bien voulu expliquer en quoi la consolidation de la C.F.E.-C.G.C. était nécessaire et en quoi le maintien de la différence de traitement critiquée constituait le moyen le plus pertinent pour obtenir que ce syndicat catégoriel puisse accéder à la représentativité. Il ne le fait pas et c'est regrettable* ». P.-H. Antonmattéi, « Un privilège est jugé conforme à la Constitution », *S.S.L.* 2010, n° 1463 ; « Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis », art. préc., pp. 90 s ; A. Martinon, « La représentativité des syndicats catégoriels », *J.C.P.* éd. S, 2012, 1235.

⁶¹⁶ Soc, 14 décembre 2011, n° 10-18.699 (FS-PB).

subsistent. La décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 septembre 2011 accorde un privilège supplémentaire aux syndicats affiliés à la C.F.E.-C.G.C. Ces derniers ne sont pas seulement les seuls à pouvoir prouver leur représentativité au regard des seuls résultats obtenus dans un unique collège ; ils sont également les seuls à pouvoir, en modifiant leurs statuts, disposer du mode de calcul de leur audience électorale⁶¹⁷. Dès lors, il y a bien lieu de penser que les règles légales propres à la représentativité des syndicats catégoriels mettent en cause l'égal droit des organisations syndicales de prouver leur représentativité⁶¹⁸.

310. En conclusion, si l'on peut justifier la différence de traitement entre syndicats catégoriels et syndicats intercatégoriels, il est plus difficile de justifier celle instaurée parmi les syndicats catégoriels, en fonction leur affiliation à une confédération nationale, critère mal aimé et que l'on pensait voué à disparaître avec la remise en cause de la présomption de représentativité accordée aux syndicats affiliés à une confédération représentative au niveau national interprofessionnel⁶¹⁹. L'on conviendra alors de l'importante latitude laissée au législateur à l'égard du pluralisme syndical. Sans doute le Conseil constitutionnel a-t-il estimé que la représentativité syndicale est certainement une manière de garantir la liberté syndicale⁶²⁰. Dès lors, de par sa compétence, le législateur peut définir les règles d'acquisition de la qualité de syndicat représentatif : il a le pouvoir de définir ce qu'est un syndicat représentatif et comment on le devient, y compris par des règles différentes applicables à des situations qu'il juge spécifiques. Cette latitude s'explique certainement et davantage par le

⁶¹⁷ Cf. D. Corrigan-Carsin, « note sous 28 septembre 2011 », *J.C.P.* éd. G. 2011, p. 1287. L'auteur parle de « *choix tactique* » offert aux syndicats affiliés à la C.G.C.

⁶¹⁸ Cf. Soc, 16 septembre 2008, *Bull. civ.* V, n° 162 ; A rapprocher également du principe de représentativité dégagé par le Conseil d'État - C.E. 30 décembre 2009, », n° 310284 (publié au Recueil) - au nom duquel « *il appartient aux autorités administratives de mesurer la représentativité des syndicats appelés à y siéger en fonction de leurs résultats aux diverses élections professionnelles au niveau régional, sans pouvoir interdire à un syndicat qui ne serait pas représentatif au niveau national de participer directement ou indirectement [...] à la composition de cet organe* » ; J. Dirringer, Y. Ferkane, M. Sweeney, « Le principe de représentativité dans la récente jurisprudence du Conseil d'État (II) », www.unitedudroit.org.

⁶¹⁹ La même critique peut être adressée au privilège reconnu à certains syndicats de métier visés spécifiquement dans la loi.

⁶²⁰ Cf. Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010, préc., considérant 6 : « *le législateur a également entendu éviter la dispersion de la représentation syndicale* ». cf. également, soutenant une telle position, J.-C. Javillier, *Droit du travail*, L.G.D.J. 1981, p. 206 ; J.-M. Verdier, « Sur les rapports entre la représentativité syndicale et la représentation élue du personnel dans l'entreprise », *Études offertes à G.-H. Camerlynck*, p. 263 et spéc. p. 264 : « *L'exigence de représentativité des syndicats [...] apparaît comme une condition de l'exercice authentique de la liberté syndicale* ».

pouvoir d'appréciation dont le législateur dispose lorsqu'il met en œuvre le principe de participation.

Paragraphe 3 – La mise en œuvre légale du principe de participation

311. Lorsque le législateur a défini la plupart des droits de participation des salariés, la négociation collective, le droit à l'information et à la consultation, le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 n'existait pas encore. C'est donc de manière rétrospective que le principe de participation donne au système légal de représentation des salariés une assise constitutionnelle (A). Cela étant, la juridicité désormais acquise du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 fonde et garantit la compétence du législateur à qui il incombe de mettre en œuvre les droits de participation reconnus aux salariés (B).

A. Le système légal de représentation à la lumière du principe de participation des travailleurs

312. Le système français de représentation des salariés dans l'entreprise est traditionnellement présenté comme instituant un double canal de représentation.

313. Pour rappel, l'expression "double canal de représentation" vise les systèmes de représentation collective des salariés dans lesquels les salariés sont représentés, au sein de l'entreprise, par des syndicats et par des représentants directement élus. Les systèmes dualistes s'opposent aux systèmes instituant un canal unique de représentation, où seuls les syndicats représentent les salariés⁶²¹. Les systèmes dualistes reposent également sur une spécialisation fonctionnelle propre à chaque type de représentation. Ainsi, les syndicats ont en principe un monopole en matière de négociation collective. Enfin, la représentation des salariés existe aussi bien dans l'entreprise qu'à l'extérieur.

314. Or, le principe de participation fonde dans le système français de représentation collective des salariés le double canal de représentation que le législateur a progressivement forgé. Comme l'écrit Mme M.-L. Morin :

⁶²¹ Cela ne signifie pas que la technique du vote soit exclue. Ainsi, dans le système étatsunien de représentation collective, le syndicat qui a vocation à représenter les salariés dans l'entreprise et à être l'agent de négociation est le syndicat majoritaire. Cf. O. Leclerc, A. Lyon-Caen, *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011.

« Il résulte [du principe de participation] qu'il appartient au législateur de définir les modalités de représentation collective et les différentes formes de participation qui permettent aux travailleurs de concourir à la détermination collective des conditions de travail. Le terme « participe » englobe toute forme de détermination collective des règles et de participation à la gestion. Il vise donc aussi bien des procédures de négociation d'accords collectifs avec les syndicats que des procédures de consultation avec des organes de représentation élue qui laissent entier le pouvoir de décision unilatéral du chef d'entreprise. Le Préambule reflète ici assurément le dualisme du système français de relations professionnelles »⁶²².

315. L'existence d'un tel dualisme résulte d'une lente construction légale du système de représentation des salariés. Jusqu'en 1968, le syndicat n'était représenté et implanté qu'à l'extérieur de l'entreprise⁶²³. À l'intérieur, seule une représentation élue des salariés était instituée. Le syndicat était vu, en particulier par le patronat, comme « *un corps étranger* » à l'entreprise⁶²⁴.

Cette situation est à l'origine d'une première lecture du principe de participation. Ainsi, la détermination collective des conditions de travail entrainait dans le champ d'intervention des syndicats, tandis que la gestion de l'entreprise relevait de la représentation des salariés élue dans l'entreprise. Plus précisément, la participation des salariés à la détermination collective des conditions de travail renvoyait à la négociation collective avec les syndicats représentatifs dans les branches professionnelles, tandis que la participation des salariés à la gestion de l'entreprise concernait le contrôle des représentants élus des salariés sur la gestion de l'entreprise par l'employeur, en particulier par le comité d'entreprise⁶²⁵. Autrement dit, le principe de participation rendait compte de la correspondance entre une

⁶²² M.-L. Morin, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir), *Droit négocié, droit imposé ?*, F.U.S.L., 2002, p. 643 et spéc. p. 652.

⁶²³ Du moins légalement car des accords collectifs prévoyaient déjà la création de section syndicale dans l'entreprise. Cf. G. Lyon-Caen, « Le droit conventionnel du travail », *Dr. soc.* 1963, p. 14. ; N. Aliprantis, « Le droit conventionnel relatif à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979, p. 7. Par ailleurs, la loi du 11 février 1950 avait reconnu la faculté de négocier et de conclure des accords d'établissement.

⁶²⁴ Citation du Porte-parole du C.N.P.F. au C.E.S. Cité par J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Dalloz, Vol. II, 1984, p. 80. et par G. Borenfreund, « Les syndicats forcent les portes de l'entreprise : La loi du 27 décembre 1968 », art. préc. p. 213 et spéc. p. 215.

⁶²⁵ Ce terme est employé dans le sens d'un pouvoir de vérification et non celui de la maîtrise du pouvoir. Sur la polysémie du terme contrôle Cf. www.cnrtl.fr

dualité organique et une dualité des formes de participation⁶²⁶. De plus, suivant la lecture qui en était faite, il exprimait la division du monde social, avec d'un côté l'entreprise et de l'autre ce qui lui est extérieur.

316. Cette lecture va connaître une première évolution avec le franchissement du seuil de l'entreprise par les syndicats⁶²⁷ : les organisations syndicales sont appelées, elles aussi et en tant que telles, à représenter les salariés dans l'entreprise. De plus, l'entrée des syndicats dans l'entreprise conduit le législateur, trois ans plus tard, le 13 juillet 1971, à reconnaître celle-ci comme un véritable niveau de négociation collective. Ainsi, les syndicats représentatifs ont des mandataires, les délégués syndicaux, qui peuvent négocier et conclure des accords collectifs en leur nom.

La participation des salariés dans l'entreprise consiste alors à la fois dans l'intervention des représentants élus des salariés, dont le rôle consiste principalement à contrôler l'exercice du pouvoir du chef d'entreprise, et dans la négociation collective avec les délégués syndicaux qui consiste à négocier et conclure des accords collectifs applicables à l'ensemble de la collectivité des salariés de l'entreprise. Cette évolution ne remet pas en cause la lecture dualiste du principe de participation. La répartition des rôles entre représentation élue et représentation syndicale persiste. Seulement, à la suite des lois de 1968 et de 1971, cette dualité est recrée dans l'entreprise : d'un côté, les institutions des délégués du personnel et du comité d'entreprise, directement élues par la collectivité des salariés ; de l'autre, le délégué syndical, qui est une institution désignée par les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise⁶²⁸. De même, la spécialisation fonctionnelle est maintenue. Le délégué du personnel a pour mission de rapporter à l'employeur les réclamations des salariés, aussi bien individuelles que collectives⁶²⁹. Il est également investi d'un pouvoir d'alerte lorsqu'il constate des violations aux droits fondamentaux ou des atteintes à la santé physique ou mentale⁶³⁰. Le

⁶²⁶ En ce sens, cf. J. Savatier, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », in *Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 179 et spéc. p. 187.

⁶²⁷ R. Mathevet, « Le syndicalisme dans l'entreprise. À propos de l'extension du droit syndical dans l'entreprise, Rapport au Conseil économique et social », *Dr. soc.* 1965, p. 174 ; G. Borenfreund, « Les syndicats forcent les portes de l'entreprise : la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *op. cit.*, p. 213.

⁶²⁸ Depuis la loi de 2008, les syndicats implantés dans l'entreprise mais non représentatifs peuvent désigner un représentant de la section syndicale.

⁶²⁹ Art. L. 2313-1 *C. trav.* 1°)

⁶³⁰ Art. L. 2313-2 *C. trav.* 2°)

comité d'entreprise assure la gestion des œuvres sociales et culturelles⁶³¹. Il a également pour mission d'exprimer et d'assurer la prise en compte des intérêts des salariés de l'entreprise sur les « *questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* », dans le cadre de procédures d'information et de consultation⁶³² et dispose d'un droit d'alerte lorsqu'il prend connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise⁶³³. Enfin, la représentation syndicale exerce une mission de revendication, qui, pour les syndicats représentatifs, peut être menée à travers la négociation collective.

317. Cette dualité organique et fonctionnelle, présentée ici de manière schématique, et approximative⁶³⁴, a essentiellement une vertu didactique. La spécialisation fonctionnelle propre à chaque institution de représentation des salariés n'a jamais été totale. De plus, peu à peu, la frontière qui séparait, d'un côté, la représentation syndicale et la négociation collective et, de l'autre, la représentation élue et les procédures d'information et de consultation, s'est atténuée⁶³⁵.

L'apparition de zones grises se manifeste d'au moins trois manières. Tout d'abord, le législateur a reconnu aux représentants élus des salariés le pouvoir de négocier. Il a ainsi rompu avec l'idée d'un monopole syndical en matière de négociation collective⁶³⁶, et plus largement avec l'idée d'une spécialisation fonctionnelle des institutions de représentation des salariés⁶³⁷. Il en découle « *un certain transfert de la fonction de représentation des intérêts des*

⁶³¹ Art. L. 2323-83 *C. trav.*

⁶³² Art. L. 2323-1 *C. trav.*

⁶³³ Art. L. 2323-78 *C. trav.*

⁶³⁴ D'autres institutions de représentations existent, qui sont soit des déclinaisons des trois grandes institutions de représentation aux différents niveaux de représentation, soit des institutions ayant une fonction spécifique comme le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Par ailleurs, certains représentants au sein des institutions élues sont en réalité désignés par les organisations syndicales, comme le représentant syndical au comité d'entreprise. Enfin, la répartition des compétences entre institutions de représentation des salariés est tempérée par des attributions supplétives où les délégués du personnel ont en charge des missions en principe confiées au comité d'entreprise.

⁶³⁵ Il est également possible d'évoquer la distinction fragile opérée par la Cour de cassation entre les revendications présentées par les délégués syndicaux et les réclamations présentées par les délégués du personnel. Cf. notamment, Soc, Soc, 10 juillet 1990, *Bull. civ. V*, n° 361 ; Soc, 24 mars 1993, *Bull. civ. V*, n° 98. Plus généralement sur cette question, V. G. Borenfreund, *L'action revendicative au niveau de l'entreprise; le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, Th. Paris X, 1987.

⁶³⁶ Déc n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, préc. considérant 8.

⁶³⁷ Cf. Art. L. 2232-21 s. *C. trav.* Bien avant une telle reconnaissance, Mme M.-A. Souriac soulignait la confusion des attributions confiées au comité d'entreprise, se rapprochant de la position également

salariés exercée par les syndicats [...] au profit du comité d'entreprise »⁶³⁸. Ensuite, la frontière entre les formes de participation est devenue poreuse : depuis l'arrêt E.D.F. du 5 mai 1998 de la chambre sociale de la Cour de cassation, le comité d'entreprise n'est plus consulté uniquement à l'occasion de décisions unilatérales de l'employeur ; il l'est encore au sujet de projets d'accords collectifs⁶³⁹. Enfin, ce sont les modes de désignation, et donc les formes de légitimité des représentants des salariés, qui s'entrecroisent. Les syndicats disposent d'un monopole de présentation des candidats au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise⁶⁴⁰. Depuis la loi du 20 août 2008, selon une certaine réciprocité, le pouvoir de représentation des syndicats dépend de leur audience électorale⁶⁴¹.

318. En définitive, l'instauration d'un double canal de représentation a conduit à une lecture dualiste du huitième alinéa du Préambule de 1946. En retour, cette disposition restituée au système de représentation des salariés son unité et sa cohérence. Autrement dit, la lecture dualiste du principe de participation n'a pas elle-même valeur constitutionnelle. L'évolution des règles légales témoigne du large pouvoir d'appréciation laissé au législateur, qui peut

soutenue par Mme R. Vatinet. Cf. *Th préc.*, pp. 341 s. : « *La loi favorise la confusion des attributions dès l'instant où elle reconnaît au comité plus que des droits d'information : "c'est en effet, son rôle consultatif qui le rend ambigu. En faisant de lui un organe de discussion et d'échanges de vues périodiques sur toute question intéressant la marche générale de l'entreprise, le législateur l'entraîne implicitement mais naturellement dans la voie de la négociation" [...]. C'est ainsi que la non-participation au vote de l'employeur, président du comité, lorsqu'il consulte les membres élus "en tant que délégation du personnel" évoque un modèle moins institutionnel que para-contractuel en mettant l'accent sur une certaine autonomie de ladite délégation* ».

⁶³⁸ J. Savatier, art. préc. p. 187.

⁶³⁹ Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 219 ; M. Cohen, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », *R.J.S.* 6/98, p. 435 ; P.-H. Antonmattéi, « Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe », *R.J.S.* 8-9/98, p. 612 ; J.-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1998, p. 583 ; P.-Y. Verkindt, « De la consultation à la négociation », *Dr. soc.* 1998, p. 324 ; D. Boulmier, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », *Dr. ouv.* 1998, p. 350 ; B. Boubli, « La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif », *S.S.L.* du 26 juin 1998, p. 893 ; B. Teyssié, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *T.P.S.* 1998, p. 6 ; T. Aubert-Monpeyssen, note sous arrêt, *J.C.P.* éd. E, 1998, p. 1407 ; *G.A.D.T.*, Dalloz, 4^{ème} édition, n° 159.

⁶⁴⁰ Ce monopole a été rappelé récemment par la Cour de cassation : cf. Soc, 27 janvier 2010, *Bull. civ. V*, n° 21 : « *selon les articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du code du travail, qui sont d'ordre public, seules des organisations syndicales peuvent présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise* »

⁶⁴¹ Art. L. 2121-1 ; L. 2122-1 ; L. 2122-5 ; L. L. 2122-9 *C. trav.* De même en est-il des personnes qu'ils ont mandatées pour les représenter auprès de l'employeur : Art. L. 2143-3 *C. trav.*

compléter ou abroger les règles qu'il a lui-même édictées⁶⁴². Le plus souvent, l'invocation par le juge constitutionnel du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 fonde le pouvoir du législateur plus qu'elle ne le contraint. Le principe constitutionnel de participation ne privilégie aucune forme de participation⁶⁴³ et n'impose aucune spécialisation fonctionnelle⁶⁴⁴.

319. La mise en œuvre du principe de participation incombe au législateur. Celui-ci doit déterminer les conditions et les garanties assurant aux salariés une participation à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise.

B. La réserve de loi et la mise en œuvre du principe de participation

320. A plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a rappelé que « *c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre* »⁶⁴⁵. Le pouvoir d'appréciation du législateur est grand. Plus qu'une limite, le principe de participation constitue d'abord un fondement à l'action du législateur.

321. Néanmoins, ce dernier ne peut déléguer sa compétence. Il est le seul à pouvoir mettre en œuvre le principe de participation.

⁶⁴² Cf. notamment, Déc. n° 96-383 D.C., du 6 novembre 1996, préc., considérant 9 : « il est loisible [au législateur], dans le domaine de compétence qui est le sien de compléter ou d'abroger des dispositions antérieures sous réserve de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels ».

⁶⁴³ Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, préc., considérant 4 : « si cette disposition implique que la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre fasse l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives, elle n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs ». En l'occurrence, il s'agissait du pouvoir de l'employeur de mettre en place une délégation unique du personnel pour exercer les prérogatives en principe dévolues aux délégués du personnel et au comité d'entreprise. V. En ce sens, P.-Y. Verkindt, art. préc. p. 321 et spéc. p. 324 : « En d'autres termes, la référence au Préambule ne permet pas d'établir une quelconque hiérarchie entre négociation et consultation s'agissant de deux modalités d'expression du droit à la participation des travailleurs ».

⁶⁴⁴ Dans la décision du 6 novembre 1996 (n° 96-383 D.C.), le juge constitutionnel a décidé qu'il n'existait pas de monopole des syndicats en matière de négociation collective qui soit garanti par la Constitution. Le législateur peut habiliter des agents de négociation autres que les organisations syndicales. Et s'il ne peut écarter les syndicats du processus de négociation, cette exigence constitutionnelle tient davantage au respect de la liberté syndicale qu'elle ne découle du principe de participation.

⁶⁴⁵ Déc. n° 77-79 D.C. du 5 juillet 1977, préc. ; Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, préc., considérant 4 ; Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996.

322. Il lui appartient de déterminer, d'une part, les règles relatives aux représentants des salariés (1) et, d'autre part, celles relatives aux procédures de participation (2).

1. La détermination des règles relatives aux représentants des salariés

323. Le législateur définit les principes fondamentaux se rapportant aux représentants des salariés, qu'ils soient élus par les salariés ou qu'ils soient désignés par les syndicats. Le juge constitutionnel a indiqué quelques-uns des éléments qui devaient être définis par le législateur. Ce sont tout d'abord les règles de désignation des représentants des salariés (a), ensuite les règles qui assurent aux représentants des salariés leur indépendance vis-à-vis de l'employeur (b), enfin, les règles assurant aux représentants des salariés leur représentativité (c).

a) La détermination des règles de désignation des représentants des salariés

324. Il appartient à la loi de définir le nombre de représentants des salariés⁶⁴⁶, les conditions d'électorat et d'éligibilité des personnes participant aux élections professionnelles⁶⁴⁷, ainsi que l'effectif des entreprises dans lesquelles une institution de représentation des salariés peut être mise en place⁶⁴⁸.

325. La détermination légale du nombre de représentants mérite commentaire. Dans le Code du travail, le nombre des représentants des salariés à désigner figure dans la partie réglementaire⁶⁴⁹. Cette délégation a été soumise par deux fois à l'examen du juge constitutionnel. Dans un premier temps, dans la décision du 20 juillet 1983, le juge constitutionnel affirme que « *la fixation de l'importance de la représentation des salariés met en cause des principes fondamentaux touchant soit au droit du travail, soit aux obligations civiles et commerciales que l'article 34 de la Constitution réserve à la loi* ». Partant, il estime qu' « *il n'était donc pas loisible au législateur d'abandonner totalement au pouvoir discrétionnaire du Gouvernement cette fixation ; que, par suite, doit être déclaré contraire à la* »

⁶⁴⁶ Déc. n° 83-162 du 20 juillet 1983, considérant 18 ; V. également, Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, considérant 5.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, considérant 58 à 60.

⁶⁴⁸ Déc. n° 93-328 D.C. préc., considérant 5.

⁶⁴⁹ Art. R. 2314-1 pour le nombre de délégués du personnel ; Art. R. 2314-2 pour le nombre de représentants au C.H.S.C.T., et R. 2314-2 pour le nombre de représentants au comité d'entreprise.

Constitution le membre de la deuxième phrase de l'alinéa 2 de l'article 4 de la loi ainsi conçu : "Un décret fixe le nombre de ces représentants"».

326. Pourtant, dans un second temps, le Conseil constitutionnel en décide autrement dans la décision du 16 décembre 1993 rendue à propos de la conformité à la Constitution de la loi instituant la délégation unique du personnel. Selon la Haute juridiction constitutionnelle, la loi peut renvoyer « à un décret en Conseil d'État la détermination du nombre des délégués du personnel qui devraient dans une telle hypothèse être désignés »⁶⁵⁰. L'avis du Conseil d'État est-il suffisant pour considérer que le Gouvernement ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire ? Ou s'agit-il d'un revirement de la part du Conseil constitutionnel qui estimerait finalement que l'importance de la représentation des salariés ne relève pas des principes fondamentaux du droit du travail ? La réponse demeure incertaine. Peut-être la constitutionnalité de ces dispositions peut-elle encore être discutée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité. Il est possible dans ce cadre de soulever le grief d'incompétence négative dès lors que cette incompétence est de nature à affecter un droit ou une liberté fondamentale⁶⁵¹. Tel est le cas en l'occurrence : en s'abstenant de déterminer lui-même le nombre de représentants des salariés, le législateur n'aurait pas défini les garanties légales suffisantes devant être apportées au droit des travailleurs de participer à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise.

b) La détermination des règles relatives à l'indépendance des représentants des salariés à l'égard de l'employeur

327. Dans la décision du 6 novembre 1996, le Conseil constitutionnel exige du législateur qu'il détermine les garanties relatives au statut protecteur des agents de négociation. Ces garanties seraient selon le juge constitutionnel nécessaire pour « permettre aux personnes conduites à conclure des accords collectifs l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance par rapport à l'employeur »⁶⁵². Aux termes d'une réserve d'interprétation prononcée par le juge constitutionnel, le législateur ne saurait se dispenser de prévoir

⁶⁵⁰ Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, préc. ; considérant 5.

⁶⁵¹ Déc. n° 2010-5 Q.P.C. du 18 juin 2010 ; *Adde.* P. Rrapi, « L'incompétence négative dans la Q.P.C. : de la double négation à la double incompréhension », *N.C.C.C.* 2012, n° 34.

⁶⁵² Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, préc., considérant 9.

l'existence d'un statut protecteur des agents de la négociation collective sans nuire à l'indépendance des agents de négociation à l'égard de l'employeur.

328. Plus largement, l'indépendance des représentants des salariés à l'égard de l'employeur est une garantie qui assure l'effectivité de la participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail. Cette condition est faut-il le rappeler un des critères de la représentativité syndicale sans laquelle un syndicat ne peut prétendre négocier et conclure des accords collectifs de travail. Plus que la légitimité, il permet de s'assurer de « l'authenticité » du syndicat⁶⁵³. Avant la réforme de la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation avait d'ailleurs érigé le critère de l'indépendance, avec celui de l'influence, comme une condition nécessaire sans laquelle les syndicats qui ne bénéficiaient pas de la présomption de représentativité ne pouvaient prétendre à la qualité de syndicats représentatifs. Ainsi, il appartenait au juge de constater l'indépendance et de caractériser l'influence⁶⁵⁴.

329. Ainsi, à travers la décision de 6 novembre 1996, l'indépendance des agents de négociation devient une exigence constitutionnelle tirée du principe de participation. Elle paraît d'autant plus requise en matière de négociation collective que l'exercice de cette prérogative est de nature à affecter la situation individuelle des salariés, compte tenu de l'effet normatif des accords collectifs de travail. Néanmoins, l'authenticité de la représentation paraît une condition indispensable au-delà de cette seule prérogative. Partant, lorsque le législateur prévoit qu'un salarié exerce une prérogative de représentation face à l'employeur, il doit définir les conditions qui lui permettront de mener à bien sa mission.

c) La détermination des règles relatives à la représentativité des représentants des salariés

330. Précédemment, une exigence constitutionnelle de représentativité, tirée du principe de participation, a été mise en évidence⁶⁵⁵. Le Conseil constitutionnel a exigé du législateur, en particulier lorsqu'il habilitait des représentants des salariés à négocier et à conclure des

⁶⁵³ J.-M. Verdier, « Réalité, authenticité et représentativités syndicales », *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, 1974, p. 57.

⁶⁵⁴ Soc, 3 décembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 364 ; *R.J.S.* 2/03, n° 212 ; J.-M. Verdier, « critères de la représentativité : recomposition et contrôle du juge de cassation », *Dr. soc.* 2003, p. 298 ; *G.A.D.T.* 2008, p. 583. *Adde* S. Michel, « Le critère de l'indépendance au sein de l'article L. 133-2 du Code du travail », *Dr. ouv.* 2003, p. 133 ; E. Letombe, « La notion d'influence dans le droit de la représentativité syndicale. État des lieux à l'heure de la position commune », *J.C.P.* éd. S. 2008. 319.

⁶⁵⁵ Cf. *supra* n° 196.

accords collectifs, qu'il s'assure de leur « *représentativité* »⁶⁵⁶. Plus récemment, la Cour de cassation a estimé que « *la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité* »⁶⁵⁷. Et le Conseil constitutionnel de confirmer qu'« *il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales* »⁶⁵⁸.

331. Les règles relatives à la représentativité des représentants des salariés seraient des garanties légales apportées au droit des salariés de participer à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise. Dès lors, non seulement il est loisible au législateur d'en édicter, mais, plus encore, il ne saurait s'abstenir de les définir.

Dans le cas des représentants élus, leur représentativité est garantie par le procédé électif régissant leur désignation. Les salariés mandatés empruntent pour leur part celle de l'organisation syndicale qui les a désignés : « *Compte tenu des conséquences attachées à l'existence même d'un mandat, notamment l'obligation qui pèse sur le mandant d'exécuter les engagements contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné, la*

⁶⁵⁶ Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, préc. ; considérant n° 8.

⁶⁵⁷ A.P., 18 juin 2010, n° pourvoi 10-40.005 ; 10-40.006 ; 10-40.007 (publié au *Bulletin*) ; *D.* 2010, p. 1150 ; V. Bernaud et F. Petit, « La Cour de cassation face aux premières questions prioritaires de constitutionnalité : la porte étroite », *D.* 2010, p. 2264 ; V. également, J.-F. Akandji-Kombé et M.-F. Mazars, « Q.P.C. : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ? », *R.D.T.* 2010, p. 622 ; « Question prioritaire de constitutionnalité : la Chambre sociale de la Cour de cassation, juge constitutionnel ? », *Constitutions* 2010, p. 587. Nous soulignons.

⁶⁵⁸ Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010, considérant 6. Nous soulignons. Pour rappel, elle a également refusé de reconnaître l'inconventionnalité de la loi du 20 août 2008, reprenant à son compte les termes de la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H., 12 novembre 2008, Demir et Byakara c/ Turquie, préc., point 154). Ainsi, dans un arrêt du 14 avril 2010, la chambre sociale de la Cour de cassation juge que « *si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les conventions n° 98 et 135 de l'O.I.T., que le fait pour les salariés, à l'occasion des élections professionnelles, de participer à la détermination des syndicats aptes à les représenter dans les négociations collectives n'a pas pour effet d'affaiblir les représentants syndicaux au profit des représentants élus* » : Soc, 14 avril 2010, *Dr. soc.* 2010, p. 647, obs. L. Pécaut-Rivolier ; J.-F. Akandji-Kombé, « Représentativité syndicale selon la loi du 20 août 2008 et normes internationales : le pas de trois de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2010, p. 374. Cette décision établit un lien étroit entre la négociation collective et la réforme de la représentativité syndicale.

détermination des conditions d'exercice du mandat de négociation doit nécessairement comporter les modalités de désignation du salarié, la fixation précise par le mandant des termes de la négociation ainsi que les obligations d'information pesant sur le mandataire et préciser les conditions dans lesquelles s'exerce la possibilité pour le mandant de mettre fin à tout moment au mandat»⁶⁵⁹. Enfin, s'agissant des syndicats, leur représentativité est subordonnée au respect d'un certain nombre de critères fixés par la loi, appréciés différemment selon le niveau de représentation.

332. Cependant, il s'avère délicat de déterminer ce qui relève des garanties légales suffisantes devant être définies par la loi et ce qui relève du pouvoir d'appréciation du législateur.

333. Assez naturellement, la question surgit de savoir si et dans quelle mesure le législateur peut appeler les interlocuteurs sociaux à participer à l'élaboration des règles relatives à la représentativité syndicale dans le respect des principes constitutionnels. La question posée est aujourd'hui avant tout théorique. Certes, la loi du 20 août 2008 s'est inspirée de la Position commune du 9 avril 2008 élaborée par les interlocuteurs sociaux⁶⁶⁰. Cependant, elle marque un retour en force de la loi dans l'organisation et la structuration des relations professionnelles. La suite de cette étude montrera que les dispositions légales relatives à la représentativité syndicale revêtent en effet un caractère d'ordre public absolu⁶⁶¹. Cependant, on ne peut exclure que des lois futures s'en remettent à la négociation collective pour apporter certaines adaptations aux règles légales ou pour autoriser une mise en œuvre conventionnelle de principes posés par la loi. L'aspiration à un plus haut degré d'autonomie de la part des interlocuteurs sociaux demeure toujours présente. Dès lors, les réponses apportées à cette question relèvent d'abord de la prospective. Elles ne peuvent être que des esquisses dessinées à partir des décisions récentes du Conseil constitutionnel et des règles générales régissant la compétence du législateur.

334. Pour rappel, dans la décision précitée du 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel juge qu' « *il était loisible au législateur, pour fixer les conditions de mise en œuvre du droit des*

⁶⁵⁹ Déc. n° 96-383 D.C., préc., considérant 18.

⁶⁶⁰ Sur la Position commune du 9 avril 2008 signée, du côté patronal, par la C.G.P.M.E. et par le M.E.D.E.F. et, du côté syndical, par la C.F.D.T. et par la C.G.T., cf. G. Borenfreund, « Une nouvelle dynamique en marche », *S.S.L.* du 21 avril 2008 ; P.-H. Antonmattéi, « Représentativité, lecture critique de la position commune », *istravail.com*, 4 juillet 2008.

⁶⁶¹ Cf. *infra* n° 906 s.

travailleurs de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à la détermination des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises, de définir des critères de représentativité des organisations syndicales»⁶⁶². Interrogé sur l'étendue du pouvoir du législateur, il précise que, ce faisant, ce dernier met en œuvre un principe à valeur constitutionnelle. Par suite, il n'est pas en mesure de le déléguer aux interlocuteurs sociaux. Seule la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre peut faire l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les représentants des salariés, à condition de ne pas priver de garanties légales suffisantes les droits constitutionnels.

335. Pourtant, la réserve de compétence, relevée par le juge constitutionnel, peut être interprétée différemment selon le rôle que l'on entend confier à l'État dans l'organisation des relations professionnelles. De plus, celle-ci peut être plus ou moins importante selon que l'on appréhende la représentativité syndicale comme un ensemble indivisible ou que l'on envisage séparément chacune des dispositions légales qui la régissent.

336. Selon une première approche, les règles relatives à la représentativité syndicale relèveraient toutes de la mise en œuvre de principes à valeur constitutionnelle ou de la définition de principes fondamentaux du droit syndical. Dans cette perspective, ni le législateur ni le juge ne sauraient autoriser que des modifications soient apportées à la liste des critères de représentativité, en retranchant ou en ajoutant un critère, ou en substituant certains à d'autres. Serait ainsi confortée l'idée selon laquelle la représentativité syndicale est en droit français une technique étatique de sélection parmi les organisations syndicales librement constituées⁶⁶³. La Constitution garantirait ainsi à l'État, et plus précisément au législateur, de déterminer non seulement quels sont les syndicats représentatifs, mais également ce qu'est un syndicat représentatif. Cette conception qui imprime le concept de représentativité témoigne encore de la volonté de l'État de contrôler le pouvoir de

⁶⁶² Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010 ; *J.O.R.F.* du 8 octobre 2010, p. 18235 ; V. Bernaud, *D.* 2011, p. 1773 ; J.-F. Akandji-Kombé, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social », *R.D.T.* 2010, p. 628 ; C. Radé, « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions*, 2011, p. 89.

⁶⁶³ A. Arseguel, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Th. Toulouse, 1976, p. XVII ; « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, P.U.S.S., 2002, p. 401 et spéc. p. 403. L'auteur qualifie la représentativité syndicale de « *notion fonctionnelle* ».

représentation qu'il a progressivement reconnu aux syndicats de salariés⁶⁶⁴. Finalement, ce serait la Constitution elle-même qui imposerait l'impérativité des règles légales relatives à la représentativité syndicale, garantissant le pouvoir de l'État contre l'immixtion des interlocuteurs sociaux. Cette grille de lecture n'est pas absente, semble-t-il, de la solution du Conseil Constitutionnel dans la décision du 7 octobre 2010, lorsqu'il rappelle le pouvoir de mettre en œuvre le principe de participation, même si elle n'est pas univoque.

337. Il existe pourtant une seconde lecture possible des dispositions constitutionnelles. L'intervention de l'État dans la détermination des règles relatives à la représentativité syndicale ne serait pas exclusive et ne s'opposerait pas à l'intervention des interlocuteurs sociaux. La sélection parmi les organisations syndicales à partir de critères de représentativité doit certainement être prévue par le législateur, dès lors que cela limite la liberté syndicale et vise à mettre en œuvre le principe de participation. L'intervention du législateur paraît d'autant plus requise lorsque la loi crée une prérogative, et ce au nom du principe d'égalité devant la loi. Pour autant, l'exigence de représentativité est-elle incompatible avec l'idée même d'une adaptation conventionnelle ? Parmi les critères de représentativité, certains ne participent-ils pas plus que d'autres à la mise en œuvre et aux garanties apportées aux droits constitutionnels ? Ainsi, le critère de l'indépendance des syndicats transcrit une exigence constitutionnelle, en particulier dans le cadre de la négociation collective⁶⁶⁵. Sans doute le critère de l'audience apparaîtrait-il désormais comme permettant de garantir le principe de participation des travailleurs. Pour évoquer une fois encore les termes de la Cour de cassation, « *la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l'effectivité* »⁶⁶⁶. Les autres critères, tels que l'influence, ou même les

⁶⁶⁴ S. Yannakourou, *L'Autonomie collective, l'État et le travailleur*, L.G.D.J. 1994. L'auteur distingue ces deux dimensions de la représentativité syndicale en appelant « *concept de représentativité* » ce qui a trait à la fonction attribuée à la représentativité syndicale et « *notion de représentativité* » ce qui renvoie à l'acquisition de la qualité représentative. De plus, elle analyse la représentativité syndicale comme une technique permettant une communication verticale entre l'ordre étatique et l'ordre socioprofessionnel, développant encore l'idée d'une juridification de l'autonomie collective : *op. cit.*, pp. 191 s. Aussi évoque-t-on parfois l'idée d'une « *institutionnalisation des syndicats* » (cf., A. Arseguel, art. préc. *op. cit.* p. 401).

⁶⁶⁵ Cf. J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, Vol. I, 2^{ème} éd., Dalloz, 1987, n° 172, p. 501 : « *Allant plus loin, il n'est pas excessif de considérer que l'indépendance des syndicats de salariés à l'égard du ou des employeurs est plus qu'un critère de représentativité, un critère du syndicat, et que l'absence d'indépendance est une cause de disqualification du groupement* ». cf. *supra* n° 327.

⁶⁶⁶ A.P. 18 juin 2010, n° 10-40.006 et 10-40.007, préc.

effectifs, semblent moins impérieux au regard des exigences de droit constitutionnel, du moins en comparaison avec la valorisation de l'audience électorale qui est devenue la pierre angulaire du droit de la représentativité syndicale. Un arrêt du 29 février 2012 décide que si l'indépendance, la transparence financière, les valeurs républicaines, étaient appréciées de manière autonome, la transparence financière, les critères de l'influence caractérisée par l'activité et l'expérience, des effectifs et des cotisations, l'ancienneté minimale de deux ans et l'audience dès lors qu'elle est au moins égale à 10 %, devaient être quant à eux appréciés globalement⁶⁶⁷. L'appréciation des critères dits autonomes est tout à fait justifiable. Cela a été expliqué s'agissant de l'indépendance. S'agissant du respect des valeurs républicaines, il y a lieu de penser que ce critère est plus qu'une condition de représentativité. Il est en réalité une condition qui conditionne la légalité du syndicat⁶⁶⁸. Quant à la transparence financière, il est possible de considérer que l'origine et le niveau des ressources d'un syndicat conditionnent en réalité son indépendance. L'affirmation d'une appréciation globale des autres critères doit être précisée. En réalité, comme le souligne M. B. Gauriau, l'appréciation globale marche seulement dans un sens : un « *critère faible* », comme l'activité réelle, peut être compensée par un « *critère fort* » comme l'audience ou l'ancienneté. L'inverse n'est pas vrai. Étant donné la place désormais de l'audience électorale, il n'est pas question qu'une audience de moins de 10 % dans l'entreprise puisse être compensée par l'influence du syndicat⁶⁶⁹. L'appréciation globale ne permet pas d'échapper à l'obligation de remplir l'ensemble des critères.

338. La réflexion sur la portée constitutionnelle des critères de représentativité peut être poursuivie en interrogeant la précision avec laquelle ils sont déterminés. L'interrogation ne concerne pas tant la possibilité de modifier la liste des critères requis que celle de modifier la teneur de chacun d'entre eux. Existe-t-il un obstacle constitutionnel à ce que le législateur autorise, un jour, les interlocuteurs sociaux à modifier le nombre d'années d'ancienneté et les seuils d'audience fixés par la loi ? Peut-être conviendrait-il que le législateur fixe un minimum et un maximum, afin de garantir d'un côté le principe de participation et de l'autre la liberté

⁶⁶⁷ Soc, 29 février 2012, n° 11-13.748 ; *J.C.P.* éd. S 2012.1168, note B. Gauriau, « Critères de représentativité : entre appréciation disjointe et appréciation conjointe » ; *J.C.P.* éd. E. 2012.1353, obs. P. Pochet ; *R.D.T.* 2012, p. 299, note I. Odoul-Asorey ; *Dr. soc.* 2012, p. 529, note L. Pécaut-Rivolier.

⁶⁶⁸ Rapp. Ch. Mixte, 10 avril 1998, précité.

⁶⁶⁹ B. Gauriau, « Critères de représentativité : entre appréciation disjointe et appréciation conjointe », note sous Soc, 29 février 2012, préc.

syndicale⁶⁷⁰. La décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 18 juin 2010 est éclairante à cet égard. Elle décide que « *l'exigence d'un seuil raisonnable d'audience subordonnant la représentativité d'une organisation syndicale ne constitue pas une atteinte au principe de la liberté syndicale* »⁶⁷¹. La même solution a été retenue à propos du critère de l'ancienneté fixée à deux ans : « *l'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans subordonnant la présentation par une organisation syndicale de candidats au premier tour des élections professionnelles constitue une condition justifiée et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise* »⁶⁷². Elle a donc apprécié la raisonnable du seuil d'audience et du nombre d'années d'ancienneté. Un tel contrôle n'exclut donc pas que les seuils fixés puissent être différents. Il suffit de constater qu'il ne porte pas une atteinte excessive à la liberté syndicale. Cette perspective laisse donc ouverte la possibilité d'une adaptation conventionnelle, à condition peut-être qu'il apporte des garanties équivalentes à celles de la loi.

339. Parmi ces deux grilles de lecture, il ne s'agit pas de savoir laquelle de ces hypothèses est souhaitable. Et, il ne fait pas de doute que le droit positif français s'inscrit résolument dans la première. Il s'agit de montrer que la norme constitutionnelle offre au législateur une latitude quant à la manière de définir le droit de la représentativité syndicale. L'État peut modifier aussi bien la place qu'il occupe dans la structuration des relations professionnelles, que le rôle qu'il entend faire jouer aux interlocuteurs sociaux. Autrement dit, faire de la représentativité syndicale une technique purement étatique de sélection parmi les organisations syndicales ne découle d'aucun principe constitutionnel. Cela résulte davantage d'un choix effectué par le législateur dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et par le juge, dans le cadre de son pouvoir d'interprétation⁶⁷³.

⁶⁷⁰ Un seuil d'audience trop élevé ou une ancienneté trop importante serait en effet de nature à porter atteinte de manière excessive au pluralisme syndical et à la liberté d'action des syndicats.

⁶⁷¹ A.P. 18 juin 2010, n°10-40.005 (publié au bulletin), *Dr. soc.* 2010, p. 2264. Nous soulignons.

⁶⁷² Soc, 29 février 2012, n° 11-60.203 ; nous soulignons.

⁶⁷³ Toutefois, selon la Cour de cassation, les règles relatives au critère de l'audience, requis pour être représentatif, sont d'ordre public absolu. Cf. *infra* n° 906 s.

2. *La détermination des règles relatives aux procédures de participation des salariés*

340. Le législateur détermine les principes fondamentaux relatifs aux procédures de participation des salariés. La notion constitutionnelle de participation est très large. Dans le cadre de sa compétence sur le fondement du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la loi fixe les règles relatives à la représentation des salariés dans l'entreprise, celles relatives à la participation des salariés dans les instances dirigeantes⁶⁷⁴, aux résultats de l'entreprise⁶⁷⁵, ou encore le droit des accords collectifs de travail⁶⁷⁶. Ainsi, dans le champ de la présente étude, cette disposition est en mesure de fonder l'ensemble des dispositions légales qui prévoient la mise en place d'une représentation collective des salariés.

341. Suivant les termes de la décision du 16 décembre 1993⁶⁷⁷, « *si [le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946] implique que la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre fasse l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives, elle n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs* ». Autrement dit, cette disposition n'impose au législateur aucune procédure particulière par laquelle il entend le mettre en œuvre.

342. Une décision postérieure a suscité de nouvelles interrogations. Le Conseil constitutionnel était alors appelé à apprécier la constitutionnalité des dispositions prévoyant la

⁶⁷⁴ Déc. 83-162 D.C. du 20 juillet 1983 - Loi relative à la démocratisation du secteur public. Cf. également Déc. 2001-455 D.C. – Loi de modernisation sociale : « *considérant que loin de méconnaître les dispositions du huitième alinéa du Préambule de 1946, l'article contesté a pour objet de le mettre en œuvre en instaurant une représentation des salariés actionnaires au sein des organes de direction* ».

⁶⁷⁵ Déc. 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006.

⁶⁷⁶ Déc. n° 77-92 D.C. du 18 janvier 1978. Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale). *Rec.* p. 21 ; *R.J.C.* p. I-57 ; *R.D.P.* 1978 p. 835, L. Favoreu ; *Pouvoirs* 1978 n° 5 p. 186, P. Avril et J. Gicquel ; Déc. 89-257 D.C. du 25 juillet 1989, préc., considérant 11.

⁶⁷⁷ Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, Loi relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *J.O.R.F.* du 21 décembre 1993 p. 17814 et rect. *J.O.R.F.* du 12 mars 1994, p. 3965 ; *Rec.*, p. 547 ; P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1994, p. 207 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *L.P.A.* 8 juin 1994, p. 13 ; J.-Y. Chérot, *R.F.D.C.*, 1994, p. 138 ; « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 1994, 2, *Doc. p. 837* ; A. Sauret, *L.P.A.* 21 janvier 1994, p. 4 ; X. Prétot, « Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », *Dr. soc.*, 1994, p. 139.

⁶⁷⁷ Déc. 96-383 D.C. du 6 novembre 1996. *Rec.* p.128 ; M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25, et spéc. p. 26 et 27 ; G. Lyon Caen, art préc. ; B. Mathieu, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, p. 152.

mise en place dans les entreprises d'un plan d'épargne retraite⁶⁷⁸. Selon les auteurs de la saisine, les dispositions légales « *dénatureraient l'exigence de la négociation collective* », méconnaissant ainsi le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. La dénaturation résulterait de la possibilité pour l'employeur d'instaurer unilatéralement un tel plan d'épargne dans l'hypothèse où aucun accord n'aurait été conclu dans un délai de six mois. Pour rejeter le grief, le Conseil constitutionnel rappelle la règle déjà énoncée en 1993 : l'alinéa 8 du Préambule « *n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer que dans tous les cas cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs* ». Il vérifie ensuite l'absence de dénaturation de cette disposition par le législateur : « *le législateur a entendu favoriser la mise en place des plans d'épargne retraite par un processus de négociation collective en lui assurant la priorité sur la création de ces plans par décision unilatérale de l'employeur* ». Il ajoute : « *c'est seulement en cas d'impossibilité de conclure un tel accord ou, à défaut de sa conclusion dans un délai de six mois à compter du début de la négociation, que la souscription pourra résulter d'une décision unilatérale de l'employeur ou d'un groupement d'employeurs* ».

Que déduire de ce contrôle de non-dénaturation ? Comme le remarque un auteur, « *[l'] exigence de non-dénaturation suppose nécessairement que le juge raisonne à partir des éléments qu'il pense être constitutifs du droit concerné* »⁶⁷⁹. Pourtant, il est difficile de connaître les éléments qui priveraient le principe de participation de son contenu essentiel. Deux lectures sont possibles. Selon une première lecture, la dénaturation du principe de participation découlerait de l'absence de négociation préalable à l'intervention de l'employeur. Cette interprétation amende considérablement la solution de la décision de 1993, à savoir que le principe de participation n'impose pas nécessairement la conclusion d'un accord. Selon une seconde lecture, la dénaturation de ce principe dépendrait de l'intention du législateur de privilégier la négociation collective. Il devrait alors apporter les garanties suffisantes pour que la négociation collective prime effectivement sur l'intervention unilatérale de l'employeur. Selon cette seconde lecture, le pouvoir d'appréciation du législateur reste entier. Il peut toujours renvoyer la mise en œuvre des dispositions légales à la décision unilatérale de

⁶⁷⁸ Déc. n° 97-388 D.C. du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. p. 31 ; *Dr. soc.* 1997, p. 476, note X. Prétot ; *J.C.P.* éd. G 1997, p. 4037, note M. Fabre-Magnan ; *R.J.S.* 4/97, p. 478 ; L. Favoreu et F. Mélin-Soucramanien, *R.F.D.C.* 1997, p. 328 et *D.* 1999, p. 234 ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 1997, p. 7.

⁶⁷⁹ V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, *op. cit.* p. 250.

l'employeur précédée de la consultation des représentants de salariés⁶⁸⁰. La seconde lecture est la plus vraisemblable dans la mesure où le juge constitutionnel se veut respectueux du pouvoir d'appréciation du législateur, auquel il n'entend pas se substituer⁶⁸¹.

343. Une fois choisie la procédure qu'il entend mettre en place, le législateur doit la définir de manière précise. Cette exigence découle de l'obligation qui lui est faite d'exercer pleinement sa compétence et de donner aux droits constitutionnels les garanties légales suffisantes. Dans la décision précitée du 16 décembre 1993, le Conseil constitutionnel estimait que « *le respect du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 implique que les représentants des salariés bénéficient des informations nécessaires pour que soit assurée la participation du personnel à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* »⁶⁸². Autrement dit, il est de la compétence du législateur de définir les modalités selon lesquelles la procédure d'information, et certainement celle de consultation, doivent avoir lieu.

344. L'intervention de l'Etat dans le système français de représentation collective des salariés est forte et assumée. Sans doute ce caractère assumé distingue-t-il l'ordre juridique étatique de l'ordre juridique de l'Union européenne, dont l'intervention dans les relations professionnelles se veut la plus limitée possible, concevant la démocratie sociale comme une contre-démocratie par rapport à la démocratie politique et les pouvoirs publics contre la société civile⁶⁸³.

⁶⁸⁰ Comp. I Odoul-Asorey, *op. cit.* p. 169.

⁶⁸¹ Déc. n° 2008-568 du 7 août 2008, Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *Rec.* p.352 ; V. Bernaud, « De quelques apports "estivaux" du droit constitutionnel au droit du travail », *Dr. soc.* 2009, p. 147 ; M.-L. Dussard, « Précaution, rigueur, équilibre : le Conseil constitutionnel aux prises avec une législation sociale "conservatrice" (décision n° 2008-568 D.C. du 7 août 2008) », *R.F.D.C.* 2009, p. 317 ; *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, p. 80. Selon cette décision, « *c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre* ». *Et le Conseil constitutionnel de conclure, « la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ».*

⁶⁸² Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, Loi relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, préc., considérant 10.

⁶⁸³ P. Rosanvallon, *La contre-démocratie*, Seuil, 2006, p. 16 : La contre-démocratie « *n'est pas le contraire de la démocratie, c'est plutôt la forme de démocratie qui contrarie l'autre, la démocratie des pouvoirs indirects disséminés dans le corps social, la démocratie de la défiance organisée face à la démocratie de la légitimité électorale* ».

Section 2: L'intervention de l'Union européenne dans les relations professionnelles

345. Le droit de l'Union européenne s'est emparé depuis longtemps de la représentation des salariés au point que l'on a pu dire que, « *s'il existe un modèle social communautaire, nul doute que celui-ci repose sur la participation active des représentants des salariés* »⁶⁸⁴.

346. Le Traité de Rome avait écarté le droit social de la compétence communautaire. Selon les termes de l'article 117 de ce Traité, l'amélioration des conditions de vie et de travail résulterait du fonctionnement du marché commun qui conduirait à rapprocher les législations nationales⁶⁸⁵. Malgré tout, l'article 100 du Traité autorisait le rapprochement des législations des États membres qui ont « *une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun* ». Cette disposition crée un mécanisme de connexité qui, longtemps, a permis d'élargir les compétences des communautés européennes, notamment en droit social⁶⁸⁶.

347. En 1986, l'Acte unique européen autorise dans le cadre de la procédure de coopération que soient adoptées des prescriptions minimales pour promouvoir « *l'amélioration du milieu du travail, pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs* » et développer le dialogue social. L'article 117 fut également modifié lors du Traité de Maastricht et la conclusion de l'accord sur la politique sociale et lors du Traité d'Amsterdam⁶⁸⁷. « *Les objectifs se sont*

⁶⁸⁴ S. Laulom (dir.), *La recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Étienne, coll. Droit, 2005, p. 47.

⁶⁸⁵ Art 117 – [al. 1^{er}] *les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre, permettant leur égalisation dans le progrès – [al. 2] une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent Traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives.*

⁶⁸⁶ Notamment Dir. 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins, J.O.C.E. n° L 045 du 19 février 1975, p. 19 ; Dir. 75/129 du Conseil du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations relatives aux licenciements collectifs, J.O.C.E. n° L 48, p. 29.

⁶⁸⁷ Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, J.O.C.E. n° 340 du 10 novembre 1997. Cf. E. Vogel-Polsky, « Quel futur pour l'Europe sociale après le Sommet de Strasbourg », *Dr. soc.* 1990, p. 219 ; G. Lyon-Caen, « Le droit social de la communauté européenne après le Traité de Maastricht », *D.* 1993, p. 149 ; M.-A. Moreau, « Tendances du droit social communautaire, ombres et brouillards à Maastricht », *Dr. soc.* 1994, p. 80 ; B. Bercusson, « Maastricht : a fundamental change in European labour law », *Industrial Relations Journal*, 1992, p. 177 ; A. Lyon-Caen, S. Simitis, « L'Europe sociale à la recherche de ses références », *R.M.U.E.* 1993, p. 1090 ; M. Bonnechère, « Le droit européen peut-il poser les bases d'un droit social commun », *Dr. ouv.* 1999, p. 390.

diversifiés en même temps qu'ils se sont modérés»⁶⁸⁸. Ses dispositions restées inchangées figurent désormais à l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « *l'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions* ». Le second alinéa rappelle la méthode permettant de remplir ces objectifs : « *À cette fin, l'Union et les États membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles, ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de l'Union. Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché intérieur, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par les traités et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives* ».

348. La dimension sociale de la construction européenne est donc indissociable de sa dimension économique. D'un côté, le fonctionnement du marché intérieur est perçu comme un facteur d'harmonisation des systèmes sociaux. De l'autre, les conséquences sociales de l'europanisation des échanges économiques rendent incontournable la question sociale qui s'impose aux institutions communautaires. C'est donc au regard des objectifs qu'elle poursuit et compte tenu des conséquences que peut avoir sa législation que le droit social de l'Union européenne se structure⁶⁸⁹. Par suite, l'intervention de l'Union européenne répond à une approche essentiellement finaliste qui n'est pas sans déjouer « *l'ambiguïté des problématiques* » économiques et sociales⁶⁹⁰.

349. La participation des travailleurs constitue un pilier non seulement parce qu'il est un objectif explicite de l'Union européenne, mais encore parce qu'elle est au cœur du projet

⁶⁸⁸ P. Rodière, *op. cit.* n° 11, p. 28.

⁶⁸⁹ P. Martin, « Le droit social communautaire : droit commun des États membres de la communauté européenne en matière sociale ? », *R.T.D. eur.* 1994, p. 609 ; « L'harmonisation sociale en débat », *Dr. soc.* 1997, p. 303.

⁶⁹⁰ J.-C. Javillier, « Le droit communautaire du travail un droit en construction ? », in *Les orientations sociales du droit contemporain, écrit en l'honneur de Jean Savatier*, P.U.F., 1992, p. 221, spéc. p. 233.

politique d'une Europe économique. Les travailleurs doivent être associés aux changements qui les affectent et, plus largement, à la construction européenne. De ce point de vue, la participation des travailleurs remplit une fonction économique⁶⁹¹. La difficulté a été de surmonter le problème de la diversité des législations nationales ce qui explique l'abandon de l'uniformisation⁶⁹² et le recours à une politique d'harmonisation⁶⁹³. Il ne s'agit donc pas d'instaurer une réglementation uniforme applicable à l'ensemble des États membres⁶⁹⁴. Au contraire, le principe de subsidiarité conduit à renvoyer au niveau des États membres la mise en œuvre des objectifs fixés par les directives. Le but est de créer une convergence des législations nationales tout en tenant « *compte de la diversité des pratiques nationales* ». Dès lors, « *le rapprochement s'entend plutôt de la rencontre des systèmes dans la réalité fonctionnelle de leur développement socio-économique* »⁶⁹⁵. L'harmonisation repose donc sur une approche pluraliste du droit où des objectifs généraux formulés sous forme de principes constitueront la condition d'un possible rapprochement des législations nationales.

L'influence du droit de l'Union européenne dans chaque système national est donc variable. En tout cas, elle n'est pas toujours perceptible. La législation communautaire n'en constitue pas moins une source importante et véritablement incontournable.

350. La compétence de l'Union européenne que l'on peut rapporter à la représentation collective des salariés est potentiellement large (Paragraphe 1). Néanmoins, compte tenu de ce

⁶⁹¹ A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, *L'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises transnationales*, CERCRID, Saint-Étienne, 1987.

⁶⁹² Pour rappel, la première proposition présentée en 1970 était la proposition de règlement portant statut des sociétés anonymes européennes. Pour un historique, N. Catala, *Le comité européen d'entreprise*, Assemblée nationale, Rapport d'information n° 1529, spéc. p. 13 ; « Représentation des travailleurs et concentration européenne des entreprises », in *Études de droit du travail offertes à A. Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 109.

⁶⁹³ Une politique de coordination des législations nationales, suggérée par le projet *Sanders*, a été écartée par la Commission. Cf. G. Lyon-Caen, « La représentation des intérêts des travailleurs dans les sociétés européennes », *R.T.D. Eur.* 1971, p. 471.

⁶⁹⁴ A. Jeammaud, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », in F. Osman (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, p. 35 ; R. Vander Elst, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », in *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, éd. Université de Bruxelles, 1976, p. 1. ; pour une critique : C. Mialot, D. Ehongo, « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variable », in *Critique de l'intégration normative*, P.U.F. 2004, p. 25 ; J. Porta, *La réalisation du droit communautaire*, Tome 1, L.G.D.J. La Fondation Varenne, 2007, n° 18, p. 21 et n° 374 s., pp. 303 s.

⁶⁹⁵ M. Ancel « Rapprochement, unification ou harmonisation des droits », in *Mélanges Gabriel Marty*, P.U.S.S.T. 1978, p. 12.

qui précède, les politiques d'harmonisation menées portent principalement sur la participation des salariés dans l'entreprise (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La compétence de l'Union européenne en matière de représentation des salariés

351. Maintenant que l'Union européenne dispose d'une Charte garantissant les droits sociaux fondamentaux, il est possible de lire la législation communautaire au prisme des droits sociaux qui sont garantis par cette Charte. Cela paraît d'autant plus essentiel que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit largement aux salariés l'existence d'une représentation collective. Cependant, aux termes de l'article 51 § 2, « *la Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités* ». L'Union européenne n'est donc pas compétente pour réglementer l'exercice de l'ensemble des droits garantis par la Charte. Celle-ci « *ne va pas jusqu'à bouleverser les compétences de l'Union* »⁶⁹⁶. Certains font partie de sa compétence (A) ; d'autres en sont exclus (B).

A. Les droits sociaux fondamentaux inscrits dans la compétence de l'Union européenne

352. Le droit social de l'Union européenne n'appréhende pas en tant que telle la représentation collective. Il ne s'est pas construit par la reconnaissance d'un pouvoir de représentation pour permettre à des groupements d'exprimer et de défendre les intérêts des salariés. Plus directement, le but était la participation des salariés aux décisions de l'entreprise. Dans cette optique, la représentation collective des salariés n'est qu'un instrument, ce qui n'empêche pas au demeurant que cet instrument soit indispensable⁶⁹⁷.

353. Pour dépasser les difficultés liées à la diversité des législations nationales et les premiers échecs sur le statut de la société anonyme européenne, l'Union européenne a scindé le droit de la participation des salariés en deux avec, d'un côté, la « *participation disjonctive* » et, de l'autre, la « *participation d'intégration* »⁶⁹⁸. Ce découplage a d'ailleurs conduit les

⁶⁹⁶ B. Bercusson, I. Omarjee, « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne », *R.D.T.* 2008, p. 74.

⁶⁹⁷ C.J.C.E. 16 juillet 2009, aff. C-12/08, *Mono Car Styling, S.S.L.* 2010, n° 1444, p. 15, note S. Laulom.

⁶⁹⁸ G. Arrigo, G. Casale, Une analyse comparative sur la notion de participation des travailleurs, *B.I.T.* 2010, p. 26.

institutions communautaires à opérer une « *rationalisation conceptuelle* »⁶⁹⁹. Désormais, la notion générique qui regroupe l'ensemble des droits de participation est *l'implication* des travailleurs. Dans la directive du 8 octobre 2001 relative à l'implication des travailleurs dans la société européenne⁷⁰⁰, l'implication est définie comme « *l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre dans l'entreprise* »⁷⁰¹. Suivant l'article 153 T.F.U.E.⁷⁰², il convient de distinguer la compétence de l'Union européenne, d'une part, en matière d'information et de consultation des travailleurs et, d'autre part, en matière de représentation et de défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion⁷⁰³.

354. L'article 153 § 1 e) dispose que l'Union européenne soutient et complète l'action des États membres en matière d'information et de consultation des travailleurs. Les règles sont adoptées conjointement par le Conseil et le Parlement, selon la procédure législative ordinaire définie à l'article 294 T.F.U.E.

355. L'information et la consultation des travailleurs renvoient au droit des travailleurs à l'information et à la consultation au sein de l'entreprise⁷⁰⁴. Pour rappel, selon l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales* ».

⁶⁹⁹ *Ibidem*.

⁷⁰⁰ Dir. 2001/86. *Adde*. Dir. 2003/72 du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

⁷⁰¹ Cf. directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *J.O.C.E.* du 10 novembre 2001, L 294/22. Cf. spéc. Art 2 h). Pour rappel, bien que la commission avait suggéré que cette directive soit prise sur la base de l'article 137 T.C.E., le Conseil a préféré l'adopter sur la base de l'article 308. Selon ce texte, « *Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées* ».

⁷⁰² Anciens articles 137 T.C.E. et 2 de l'accord sur la politique sociale.

⁷⁰³ Art. 153 1. f) F.U.E. L'article précise : « sous réserve du paragraphe 5 », lequel dispose : « Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out ».

⁷⁰⁴ C. Pélissier, « Le droit à l'information et à la consultation des travailleurs », *R.M.C.* 1997, p. 203.

356. Si la législation communautaire intervenue en ce domaine est déjà ancienne, elle apparaît aujourd'hui comme un des vecteurs de l'effectivité de ce droit. Assurément, l'information et la consultation des travailleurs sont des domaines dans lesquels le droit communautaire a acquis une certaine densité.

357. Le second domaine dans lequel l'Union européenne est compétente est la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion. Ce domaine renvoie à la notion d'implication des travailleurs, utilisée par les institutions européennes pour évoquer l'ensemble des procédures qui permettent aux travailleurs d'exprimer et de défendre leurs intérêts professionnels. Il est donc potentiellement très large et ne se limite pas au seul domaine de l'implication des travailleurs dans le processus décisionnel de l'entreprise. Il est notamment susceptible de servir de fondement à d'autres formes de représentation et de défense des intérêts professionnels.

358. On pense évidemment à la négociation collective. Un droit communautaire de la négociation collective est-il envisageable dès lors que celle-ci constitue un moyen de défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs ?

Les instances communautaires se sont abstenues d'intervenir dans ce domaine. Si une volonté existe de promouvoir le « *dialogue social* », les règles qui régissent la négociation collective au niveau communautaire relèvent très largement de sources spontanées.

359. Le projet auquel que M. G. Spyropoulos avait songé en 1966 dans une étude consacrée au *rôle de la négociation collective dans l'harmonisation des systèmes sociaux européens*, objectif du Traité de Rome semble s'être éloigné⁷⁰⁵. Selon l'auteur, atteindre cet objectif aurait nécessité une harmonisation du statut des conventions collectives à l'échelle européenne. Plus précisément, l'harmonisation de ce statut consisterait en « *l'harmonisation du contenu des conventions collectives conclues au plan européen* »⁷⁰⁶. Pour la réaliser, M. G. Spyropoulos invoquait les dispositions de l'article 118 du Traité de Rome qui invite la commission à promouvoir le « *droit syndical et des négociations collectives entre employeurs et travailleurs* ». Il invoquait également l'article 100, qui permet de provoquer le rapprochement des législations des États membres qui ont « *une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun* ». Or, toujours selon l'auteur, tel est le cas de la

⁷⁰⁵ G. Spyropoulos, « Le rôle de la négociation collective dans l'harmonisation des systèmes sociaux européens », *R.I.D.C.* 1966, p. 19.

⁷⁰⁶ G. Spyropoulos, art. préc., p. 37.

négociation collective. La vocation des conventions collectives à régir les conditions de travail et à définir les modalités salariales est de nature à influencer directement le fonctionnement du marché commun.

360. M. G. Spyropoulos reconnaît que l'« *absence de base juridique pour la conclusion de conventions collectives à l'échelon européen* » n'est pas un obstacle au développement de la négociation collective à cette échelle⁷⁰⁷. Malgré tout, un cadre juridique européen serait mieux à même d'atteindre l'objectif d'harmonisation des conditions de travail au niveau européen et d'éviter les distorsions de concurrence au sein du marché commun⁷⁰⁸. Cet auteur trace deux voies possibles : la première, créer un statut juridique des conventions collectives conclues à l'échelle européenne ; la seconde, opérer un rapprochement des droits nationaux de la négociation collective⁷⁰⁹.

361. Aucune n'a été empruntée. Les réticences se sont accrues à mesure que le nombre d'États membres a augmenté et que l'on s'est convaincu de l'incommensurabilité des différences entre systèmes nationaux de relations professionnelles. En outre, l'inspiration a changé. À la suite des rencontres dites de « Val Duchesse »⁷¹⁰, le dialogue social européen s'est structuré de manière autonome, quoique les instances communautaires eussent été des forces incitatives. Un auteur a ainsi souligné le « *dimorphisme* » de la négociation collective européenne, caractérisée à la fois par son aspiration à l'autonomie et par la prégnance d'une intervention hétéronome⁷¹¹. D'un côté, l'accord sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht⁷¹² et le Traité d'Amsterdam⁷¹³ ont instauré un cadre procédural qui organise

⁷⁰⁷ G. Spyropoulos, art. préc. p. 37. Dans le même sens, G. Lyon-Caen, « Négociation et convention collective au niveau européen », *R.T.D. eur.* 1973, p. 588 ; *contra* G. Schnorr, « Possibilité et opportunité des conventions collectives européennes », *Dr. soc.* 1971, p. 157.

⁷⁰⁸ G. Spyropoulos, art. préc. p. 46.

⁷⁰⁹ G. Spyropoulos, art. préc. p. 47 : « *Il ne suffirait donc pas de doter la convention collective conclue à l'échelon européen d'un statut juridique ; il serait également nécessaire d'harmoniser les législations nationales des six pays de la communauté économique sur les conventions collectives* ».

⁷¹⁰ J. Goetschy, « Le dialogue social européen de Val Duchesse : un premier bilan », *Travail et emploi*, 1991, p. 42 ; M. Le Friant, « Supranationalité et techniques contractuelles », in J.-P. Colson, D. Lemieux (dir.), *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Laval, Institut québécois des hautes études internationales, 1997, p. 281.

⁷¹¹ C. Vigneau, « Etude sur l'autonomie collective au niveau européen », *R.T.D. eur.* 2002, p. 653.

⁷¹² L'accord sur la politique sociale annexé au Traité sur l'union européenne du 7 février 1992 est inspiré d'un texte adopté le 31 octobre 1991 par la C.E.S., l'U.N.I.C.E. et la C.E.E.P.

⁷¹³ L'accord sur la politique sociale a pu être intégré au Traité aux articles 137, 138 et 139 à la suite de l'adhésion du Royaume-Uni à ses dispositions qu'elle avait rejetées dans un premier temps.

l'intervention des partenaires sociaux dans le processus législatif communautaire⁷¹⁴ et érige la négociation collective comme une source du droit de l'Union européenne⁷¹⁵. De l'autre, aucun corps de règles ne régit la négociation et les accords collectifs, laissant les interlocuteurs sociaux libres des modalités de la négociation et des formes que peut prendre leur accord.

362. Les Traités donnent à la négociation collective un fondement juridique, mais il n'existe pas de droit de l'Union européenne de la négociation collective⁷¹⁶. Cette absence de statut juridique de la convention collective européenne témoigne de l'autonomie des interlocuteurs sociaux et de l'absence d'ingérence de l'Union européenne⁷¹⁷. Elle met aussi à jour l'incapacité des accords collectifs conclus au niveau de l'Union européenne à s'imposer comme de véritables sources du droit social de l'Union européenne, ces accords étant dépourvus d'effet normatif au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne⁷¹⁸.

363. La question se pose même de savoir si « *de l'abstention législative observée jusqu'à ce jour, on serait [...] passé à l'interdiction* »⁷¹⁹. En effet, la négociation collective est une modalité de l'action syndicale ; elle est une des principales manifestations de la liberté syndicale. Or, celle-ci se trouve explicitement exclue du champ de compétence de l'Union européenne.

364. En réalité, la négociation collective est ainsi en prise avec deux dispositions aux conséquences contraires. Pour lever l'incertitude, il importe de préciser l'étendue des matières exclues.

⁷¹⁴ Art. 138 et 139 T.C.E.

⁷¹⁵ Sur la question du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne Cf. *infra* n° 534 s.; Adde M.-A. Moreau, art. préc. p. 80 ; B. Teyssié, « La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale », *J.C.P.* éd. E 1994.352 ; P.-H. Antonmattéi, « Normes sociales européennes conventionnelles : les accords collectifs de niveau communautaire », in *Les normes sociales européennes*, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 29.

⁷¹⁶ C. Vigneau, « Étude sur l'autonomie collective au niveau européen », *R.T.D. eur.* 2002, p. 653.

⁷¹⁷ G. Lyon-Caen, « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », in *Mélanges en hommage à P. Haurion*, Liège, 1972, p. 1976. Adde sur le « laisser-faire législatif » ou « l'abstentionnisme légal », Mac Carty, *Legal intervention in industrial relations : gains and losses*, Oxford, Basil Blackwell, 1992. Cette autonomie est désormais inscrite dans l'article 152 du Traité de Lisbonne : « *L'union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie* ».

⁷¹⁸ G. Spyropoulos, « Les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation », *Dr. soc.* 1999, p. 233.

⁷¹⁹ P. Rodière, *op. cit.* n° 65, p. 77.

B. Les droits sociaux fondamentaux exclus de la compétence de l'Union européenne

365. L'article 153 F.U.E. (ex article 137 T.C.E.) exclut explicitement la liberté syndicale de la compétence de l'Union européenne : « *les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out* »⁷²⁰. Or, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, la liberté syndicale est une forme de la liberté d'association.

366. Un auteur s'interrogeait sur la portée d'une telle exclusion⁷²¹. Plus précisément, il se demandait si l'ancien article 100 du Traité de Rome, devenu l'article 94 du Traité CE, puis l'article 114 T.F.U.E., ne pouvait pas justifier la compétence de l'Union européenne dans ces domaines. Celle-ci ne serait pas compétente au titre de la politique sociale, mais le serait éventuellement au titre de la politique économique.

En effet, selon l'article 114 T.F.U.E., « *le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* ».

Deux questions sont susceptibles d'intéresser le fonctionnement du marché intérieur : la négociation collective, dont l'un des objets essentiels est le salaire, et la grève. Cela ressort de plusieurs arrêts de la C.J.C.E.

367. Dans deux arrêts, *Viking*⁷²² *Laval*,⁷²³ la C.J.C.E. a opéré une conciliation entre, d'une part, la liberté d'établissement et le droit de grève et, d'autre part, entre la liberté de prestation

⁷²⁰ Nous soulignons.

⁷²¹ P. Rodière, *op. cit.* n° 32, p. 48 ; « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *R.T.D. eur.* 2008, p. 47, spéc. § 7. Sur l'exclusion du lock-out, A. Lyon-Caen, J.-M. Verdier, « Sur le lock-out et l'accord européen relatif à la politique sociale », *Dr. soc.* 1995, p. 81.

⁷²² C.J.C.E. 18 décembre 2007, *Laval un Partneri, Ltd*, aff. C-341/05 ; F. Donnat et C. Lambert, *A.J.D.A.* 2008, p. 240 ; F. Muller et M. Schmitt, *D.* 2008, p. 3038 ; B. Edelman, *Ibidem*, p. 1547 ; S. Robin-Olivier et E. Pataut, *R.D.T.* 2008, p. 80 ; H. Muir Watt, *R.C.D.I.P.* 2008, p. 356 ; M. Fallon, *ibidem*, p. 781 ; G. Jazottes, *R.T.D. com.* 2008, p. 445 ; P. Rodière, *R.T.D. eur.* 2008, p. 47 ; A.-L. Sibony et A. Defossez, *Ibidem*, p. 511.

⁷²³ C.J.C.E. 11 décembre 2007, *International Transport Workers'Federation c. Viking Line*, aff. C-438/05, F. Donnat et C. Lambert, *A.J.D.A.* 2008, p. 240 ; L. d'Avout et S. Bollée, *D.* 2008, p. 2560 ; F. Muller et M. Schmitt, *Ibidem*, p. 3038 ; B. Edelman, *Ibidem*, p. 1547 ; S. Robin-Olivier et E. Pataut,

de services et le droit d'action et de négociation collectives. Selon la Cour, « *la Communauté ayant [...] non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale* »⁷²⁴.

Le juge communautaire a cherché, d'abord, si l'exercice du droit de grève ou du droit de négociation collective était justifié au regard de l'objectif poursuivi ; ensuite, si l'atteinte aux libertés économiques était nécessaire au regard du but poursuivi. En l'occurrence, il a constaté une entrave injustifiée. Dans l'arrêt *Laval*, il estime que « *des actions collectives [prenant la forme d'un blocus de chantier] ne sauraient être justifiées au regard de l'objectif d'intérêt général [de protection des travailleurs] lorsque la négociation salariale qu'elles visent à imposer à une entreprise établie dans un autre État membre s'inscrit dans un contexte national marqué par l'absence de dispositions [...] suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par une telle entreprise, des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal* »⁷²⁵. L'arrêt *Viking* précise le contrôle que doit exercer le juge national. Ce dernier doit relever que les conditions d'emploi et de travail étaient compromises ou sérieusement menacées. Il doit encore vérifier que l'action collective menée « *est apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier* »⁷²⁶

Dans deux autres décisions, *Rüffert*⁷²⁷ et *Luxembourg*⁷²⁸, la C.J.C.E. écarte l'application de conventions collectives jugées contraires à la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services. La Cour n'a pas invoqué l'existence de droits fondamentaux. Elle a simplement interprété la directive. Aux termes de l'arrêt *Rüffert*, la convention collective litigieuse n'avait pas un caractère suffisamment contraignant du fait de son champ d'application trop restreint ; elle

R.D.T. 2008, p. 80 ; H. Muir Watt, *R.C.D.I.P.* 2008, p. 356 ; M. Fallon, *ibidem*, p. 781 ; G. Jazottes, *R.T.D. com* 2008, p. 445 ; P. Rodière, *R.T.D. eur.* 2008, p. 47 ; A.-L. Sibony, A. Defossez, *Ibidem*, p.511.

⁷²⁴ Arrêt *Viking* point 79.

⁷²⁵ Point 110.

⁷²⁶ Points 83 et 84.

⁷²⁷ C.J.C.E. 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, aff. C-346/06.

⁷²⁸ C.J.C.E. 19 juin 2008, *Commission c. Grand-Duché du Luxembourg*, C-319/06.

n'avait pas une vocation générale à s'appliquer au sens la directive⁷²⁹. De plus, toujours selon la Cour, l'application de la convention collective ne saurait être interprétée comme plus favorable aux salariés, sans priver la directive de son effet utile⁷³⁰. Partant, il n'y a pas lieu de l'appliquer aux travailleurs détachés. Dans l'arrêt *Luxembourg*, la Cour précise que le droit des conventions collectives ne relève ni de l'exception d'ordre public ni des lois de police pouvant être invoquées par un État membre pour justifier des limites apportées à la liberté de prestation des services⁷³¹.

Dans une dernière décision enfin, Commission contre Allemagne, rendue le 15 juillet 2010, la C.J.U.E a affirmé que le caractère fondamental du droit de négociation collective ne saurait « *impliquer la soustraction automatique des employeurs communaux au respect des exigences découlant des directives 92/50 et 2004/18, qui font application de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics* »⁷³².

368. Les critiques formulées à l'encontre de ces décisions ont été vives⁷³³. De manière générale, un certain malaise est né à l'idée que l'exercice d'un droit qualifié de fondamental puisse constituer une entrave aux libertés économiques. Pour beaucoup d'auteurs, la position de la Cour a été perçue comme préjudiciable aux droits sociaux⁷³⁴. De manière plus spécifique, l'instauration d'un contrôle judiciaire des revendications salariales a été dénoncée⁷³⁵. Il est aussi reproché à la C.J.C.E. de réduire « *de manière drastique le droit de grève, alors même que,*

⁷²⁹ Points 25 à 30.

⁷³⁰ Point 33.

⁷³¹ Points 61 s. et spéc. point 64.

⁷³² C.J.U.E. 15 juillet 2010, Aff. C-271/108, Commission c. Allemagne ; *S.S.L.* 2010, n° 1463, note J.-F. Akandji-Kombé, « Négociation collective et marché intérieur : la C.J.U.E. franchit-elle un cap ? » (point 41).

⁷³³ Certains auteurs ont cependant accueilli favorablement ces décisions, du moins certains aspects, en soulignant que le juge communautaire a reconnu la légitimité des actions collectives en vue de lutter contre le dumping social (cf. point 103 de l'Arrêt *Laval*). B. Teyssié, « Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs », *J.C.P.* éd. S. 2008. 1075 ; P. Rodière, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *R.T.D. eur.* 2008, p. 47.

⁷³⁴ E. Dockès, « L'Europe antisociale », *R.D.T.* 2009, p. 145 ; M. Del Sol, M. Le Barbier-Le-Bris, E. Lafuma, « Faut-il réviser la directive détachement ? », *R.D.T.* 2012, p. 262 ; J.-F. Akandji-Kombé, « Négociation collective et marché intérieur : la C.J.U.E. franchit-elle un cap ? », art. préc.

⁷³⁵ Cf. notamment S. Robin-Olivier, E. Patout, « Europe sociale ou Europe économique », *R.D.T.* 2008, p. 80 ; E. Dockès, « L'Europe antisociale », *R.D.T.* 2009, p. 145 ; M. Del Sol, M. Le Barbier-Le-Bris, E. Lafuma, art. préc., p. 262.

selon le Traité C.E., elle n'a aucune compétence en matière de réglementation du droit de grève »⁷³⁶.

369. Ces cinq décisions illustrent l'emprise du droit communautaire sur le droit de grève et sur le droit de négociation collective. L'un et l'autre s'en trouvent affectés et, sous l'influence du droit communautaire, les législations nationales pourront être amenées à évoluer. Il s'agit d'une illustration de l'intégration négative, c'est-à-dire la suppression des entraves aux libertés économiques qui résulteraient des législations nationales⁷³⁷.

370. Au demeurant, la décision du 15 juillet 2010 fait apparaître un agencement particulier, d'une part, entre le droit primaire et le droit dérivé et, d'autre part, entre le droit de l'Union européenne et le droit des États membres. Ainsi, pour la Cour, le caractère fondamental du droit de la négociation collective est reconnu non seulement au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais également au regard du droit constitutionnel allemand. Il peut en revanche apparaître surprenant qu'en dépit de son caractère fondamental et de son fondement dans le droit primaire, le droit de la négociation collective doit respecter les exigences issues du droit dérivé. Finalement, sous couvert d'opérer une conciliation entre un droit social et les libertés économiques⁷³⁸, l'arrêt laisse le sentiment que les accords collectifs doivent se conformer aux règles de la libre concurrence.

371. Une telle affirmation ne doit cependant pas être confondue avec l'hypothèse d'une réglementation communautaire. Suivant les dispositions précitées de l'article 114 T.F.U.E., l'Union européenne peut arrêter toutes mesures relatives à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur, « *sauf si les traités en disposent autrement* ». Or, précisément, l'article 153 §5 en dispose autrement s'agissant de la liberté d'association, du droit de grève et du droit de lock-out.

⁷³⁶ E. Dockès, art. préc., p. 145. Comp. P. Rodière art. préc. p. 47 ; B. Teyssié, « Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs », *J.C.P.* éd. S. 2008. 1075 : selon l'auteur, bien que les institutions communautaires ne soient pas compétentes pour régir le droit de grève, celui-ci « *relève du périmètre du droit communautaire* ».

⁷³⁷ P. Rodière, « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *R.T.D. eur.* 2008, p. 47.

⁷³⁸ C.J.U.E. 15 juillet 2010, préc. point 44 : « *L'exercice du droit fondamental de négociation collective doit ainsi être concilié avec les exigences découlant des libertés protégées par le traité FUE, que visent, en l'occurrence, à mettre en œuvre les directives 92/50 et 2004/18, et être conforme au principe de proportionnalité* ».

372. Il ne s'agit pas de déterminer si cette disposition écarte en réalité toutes les formes d'actions collectives de la compétence de l'Union européenne ou si seuls la grève et le lock-out sont visés. Il y a lieu néanmoins de se demander dans quelle mesure la liberté d'association se trouve exclue du champ d'intervention normative de l'Union européenne compte tenu du doute concernant le droit de négociation collective⁷³⁹.

373. D'un côté, l'article 153 § 5 T.F.U.E. écarte le droit d'association et, donc, la liberté syndicale. Or, dans la mesure où la négociation collective est un élément essentiel de la liberté syndicale, celle-ci serait écartée du champ de compétence de l'Union européenne. D'un autre côté, l'Union est compétente en matière de représentation et de défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs. Par ailleurs, depuis 2000, l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît le droit de négociation collective de manière distincte de la liberté syndicale. Il ne faut pas mésinterpréter cette dissociation : le droit de négociation collective devient un droit des travailleurs et des employeurs, mais il demeure un droit des organisations. Partant, l'exclusion de la liberté syndicale du champ de compétence de l'Union européenne doit être nuancée dès lors que l'une de ses principales manifestations, la négociation collective, en fait partie.

Paragraphe 2 – Les directives relatives à la représentation des travailleurs dans l'entreprise

374. Les politiques d'harmonisation menées par l'Union européenne ont principalement intéressé l'information et la consultation des travailleurs, et plus généralement la représentation des salariés dans l'entreprise. Comme le prévoient les Traités, l'instrument normatif dans ce domaine est la directive⁷⁴⁰.

375. Selon l'article 249 T.C.E., devenu l'article 288 T.F.U.E., « *la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* »⁷⁴¹. Ainsi, les États membres conservent une marge d'appréciation importante, mais leur intervention se voit encadrée et orientée par les exigences de l'harmonisation communautaire⁷⁴². Selon un auteur, « *le droit national continue*

⁷³⁹ Cf. *supra* n° 358. Il faut concéder que le droit de négociation collective peut être envisagé comme une modalité d'action collective.

⁷⁴⁰ P. Rodière, « L'harmonisation des législations européennes dans le cadre de la C.E.E. », *R.T.D. eur.* 1965, p. 336.

⁷⁴¹ D. Simon, *La directive européenne*, Dalloz, 1997.

⁷⁴² D. Simon, *op. cit.* p. 11.

d'exister en tant que tel, mais se trouve privé de la possibilité de déterminer lui-même ses finalités. Il doit se modifier et évoluer en fonction d'exigences définies et imposées par le droit communautaire ; de sorte que les différents systèmes nationaux présentent entre eux un certain degré d'homogénéité et de cohérence découlant des finalités désormais communes »⁷⁴³.

376. Il existe assurément un lien entre l'instrument normatif employé, la directive, et l'existence d'une politique d'harmonisation. Cependant, la manière dont opèrent les directives est d'une appréhension délicate⁷⁴⁴. Certaines laissent effectivement aux États membres une marge d'appréciation. D'autres imposent au contraire aux États les mesures à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif fixé⁷⁴⁵. La même remarque vaut pour les politiques d'harmonisation. Certaines se limitent à régir un pan législatif, *ad materiae*, alors que d'autres l'embrassent entièrement. Ainsi distingue-t-on l'harmonisation partielle et l'harmonisation complète⁷⁴⁶. Le degré d'harmonisation escompté peut aussi varier : l'harmonisation peut être minimale, partielle ou exhaustive⁷⁴⁷. Quant à l'objet des politiques d'harmonisation, c'est-à-dire l'objet du résultat attendu, M. J. Porta en a identifié trois⁷⁴⁸ : l'harmonisation des règles⁷⁴⁹, l'harmonisation des buts⁷⁵⁰ ou l'harmonisation des situations juridiques⁷⁵¹. Cette typologie est une autre façon d'apprécier les politiques d'harmonisation qui ne s'opposent pas aux autres.

377. En matière de représentation des salariés, l'Union européenne a emprunté principalement deux chemins. En premier lieu, l'Union a cherché à harmoniser la situation des entreprises ayant une dimension communautaire ou ayant adopté le statut de la société européenne (A). En second lieu, et parallèlement, l'Union a exigé, au niveau national, le

⁷⁴³ J. Boulouis, *Droit des institutions communautaires européennes*, Montchrestien, 4^{ème} édition, 1998, p. 228.

⁷⁴⁴ D. Simon, *op. cit.* ; « La directive », *Rep. Droit communautaire*, 1998, mise à jour mars 2012, n° 1. L'auteur voit dans la directive européenne un « objet juridique non identifié.

⁷⁴⁵ La variabilité de l'intensité normative des directives rend difficile le maniement de la distinction entre la directive et le règlement. En ce sens, J. Porta, *La réalisation du droit communautaire, op. cit.* Notamment n° 160, pp. 123 s. Adde D. Simon, *la directive européenne*, Dalloz, 1997, p. 49 : « *Tout dépend de l'"intensité normative" de la directive ; la marge d'appréciation dont dispose l'instance de transposition est inversement proportionnelle au degré de précision du texte de la directive* ».

⁷⁴⁶ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire, tome 1, op. cit.*, p. 321.

⁷⁴⁷ J. Porta, *op. cit.* p. 323.

⁷⁴⁸ *Ibid.* pp. 468.

⁷⁴⁹ *Ibid.* p. 469. L'auteur prend l'exemple du droit des sociétés.

⁷⁵⁰ *Ibid.* p. 486. L'auteur prend l'exemple de la directive sur le traitement des déchets.

⁷⁵¹ *Ibid.* p. 499. L'auteur prend l'exemple de la coordination des régimes de sécurité sociale, où la situation est une condition de mise en œuvre des règles communautaires, et l'exemple de la participation transnationale des travailleurs, où la situation détermine un processus d'élaboration des règles communautaires.

respect de prescriptions minimales en matière d'information et de consultation des travailleurs (B).

A. La participation des travailleurs à l'échelle communautaire⁷⁵²

378. A l'échelle européenne, la question de la représentation des travailleurs a émergé avec le projet de créer une société européenne. La création d'un statut de société européenne était, songeait-on, indissociable d'une représentation des intérêts des travailleurs⁷⁵³. Le premier projet de directive prévoyait la création d'un comité d'entreprise, la participation des représentants des travailleurs dans les organes dirigeants et la négociation collective⁷⁵⁴.

379. Ce qui apparaissait comme nécessaire, impliquer les travailleurs dans la société européenne, fut aussi le principal obstacle⁷⁵⁵. Aussi, la participation des travailleurs a-t-elle été envisagée indépendamment de la constitution de la société européenne. De plus, ce qui apparaissait le cœur des premiers projets, à savoir faire participer les salariés aux organes dirigeants, fut abandonné. La participation des travailleurs s'est alors réduite *a minima* à l'information et/ou à la consultation des travailleurs, écartant aussi bien « *l'élection de représentants de salariés dans le Conseil de surveillance* » que « *la création d'un organe spécial de cogestion, symétrique mais distinct du conseil de surveillance* »⁷⁵⁶.

⁷⁵² Il faut ajouter également l'implication des travailleurs dans la société coopérative européenne ainsi que la participation dans les sociétés issues de fusions transfrontalières. Les dispositions qui les régissent sont pour l'essentiel similaires à celles applicables à l'implication des travailleurs dans la société européenne.

⁷⁵³ G. Lyon-Caen, « La représentation des intérêts des travailleurs dans les sociétés européennes », *R.T.D. Eur.* 1971, p. 471. Y. Loussouarn, « La proposition d'un statut des sociétés européennes et le droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1971, p. 25. Adde J. Beguin « Quel avenir pour la société européenne? », *Mélange en l'hommage de F. Terré*, 1999, p. 307, M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, L.G.D.J., 1997 ; F. Blanquet, « Enfin la Société européenne "La S.E." », *R.D.U.E.* 2001, p. 65 ; M.-A. Moreau, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.* 2001, p. 967.

⁷⁵⁴ P. Sanders, « Projet d'un statut de société anonyme européenne », *Publication des Communautés européennes*, 1966.

⁷⁵⁵ F. Valdès dal Ré, « L'implication des travailleurs dans la société européenne : un paradigme du nouveau droit communautaire », in J.-S. Bergé, M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, colloque international. Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X Nanterre, 28 janvier, au 1^{er} février 2003, Bruylant Bruxelles, 2003, p. 57.

⁷⁵⁶ N. Catala, « Représentation des travailleurs et concentration européenne des entreprises », *op. cit.*, p. 109, spéc. p. 118-119.

380. Le premier projet de directive relative à la création d'une représentation des travailleurs dans l'entreprise fut rédigé en 1980. Il s'agit du projet de directive *Vredeling*⁷⁵⁷. Le projet a été avorté, notamment du fait de la réticence du Royaume-Uni. L'idée a néanmoins persisté. La Charte des droits sociaux fondamentaux de 1989 a ainsi reconnu le droit des travailleurs à l'information et à la consultation⁷⁵⁸. Trois ans plus tard, à la suite du Traité de Maastricht, la commission émet la volonté d'intervenir une nouvelle fois à ce sujet et invite les interlocuteurs sociaux européens à se saisir de la question. Les négociations échouent.

381. Malgré tout, la directive C.E. n° 94/45 du 22 septembre 1994 est adoptée⁷⁵⁹. Elle instaure l'obligation de mettre en place dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire une procédure d'information et de consultation des salariés, en particulier sous la forme d'un comité d'entreprise européen⁷⁶⁰. La directive a été entièrement refondue par une directive adoptée le 6 mai 2009⁷⁶¹. Le droit de l'Union européenne prévoit ainsi une

⁷⁵⁷ Proposition du 14 octobre 1980, *Bull. C.E.E.*, suppl. 3/80, *J.O.C.E.* 297, du 15 novembre 1980.

⁷⁵⁸ Cf. *supra* n° 165.

⁷⁵⁹ Dir. C.E. n° 94/45 du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen, *J.O.C.E.* n° L. 254 du 30 septembre 1994. Elle fut transposée en droit français par la loi du 12 novembre 1996. Cf. P. Rodière, « Le comité d'entreprise européen à l'heure européenne », *Dr. ouv.* 1995, p. 61 ; G. Bélier, « Le comité d'entreprise européen : une institution encore à construire ? », *Dr. soc.* 1994, p. 1027 ; S. Laulom, « La directive sur les comités d'entreprise européens », *Dr. soc.* 1995, p. 1026 ; M. Cohen, « La mise en place et le fonctionnement des comités d'entreprise européens », *R.P.D.S.* 1995, p. 15 ; I. Desbarats, « À propos du comité d'entreprise européen », *L.P.A.* 1995, p. 27 ; C. Hoarau et J.-P. Jacquier, « Le comité d'entreprise européen : instance en devenir », *Travail et emploi* 1995, p. 51 ; J.-P. Jacquier, « Les chemins possibles du comité d'entreprise européen », *Dr. soc.* 1996, p. 1081 ; B. Teyssié, « Le droit de la représentation du personnel à l'épreuve du comité d'entreprise européen », *J.C.P.* 1995.3858.

⁷⁶⁰ Par la suite, la référence à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise européen recouvrira ou bien le choix de créer une institution de représentation des salariés à l'échelle communautaire ou bien la mise en place d'une procédure d'information et de consultation. Il convient également de rappeler que le choix des interlocuteurs sociaux de mettre en place un comité d'entreprise européen ne signifie pas qu'ils doivent appliquer les dispositions légales de référence. Ces dernières n'ont qu'une valeur supplétive.

⁷⁶¹ Dir. C.E. n° 2009/38 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen, *J.O.U.E.* L. 122/28, du 16 mai 2009. Elle a été transposée en droit français par une ordonnance du 20 octobre 2011 (Ord. n° 2011-1328 du 20 octobre 2011 *portant transposition de la directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs*, *J.O.R.F.* 21 octobre 2011, p. 17832).

« *superstructure communautaire* », censée être un « *rempart contre la technique de l'atomisation d'information et de consultation inégales* »⁷⁶².

382. La méthode d'harmonisation choisie est originale. Il ne s'agit pas d'instaurer une représentation des travailleurs particulière et déjà définie dans la directive. La directive 94/45, et conservée par la nouvelle directive de 2009, renvoie à la négociation collective le soin de choisir les formes et les modalités de la représentation des salariés dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire⁷⁶³. En revanche, elle définit avec précision les modalités dans lesquelles a lieu la négociation d'un accord prévoyant une procédure d'information et de consultation des travailleurs ou prévoyant la mise en place d'un comité d'entreprise européen. Elle définit notamment les entreprises de dimension communautaire soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise ou une procédure d'information et de consultation⁷⁶⁴, l'organe de négociation⁷⁶⁵, les modalités de la négociation⁷⁶⁶. Ainsi, l'harmonisation porte-t-elle non sur le résultat à atteindre, l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises de dimension communautaire, mais sur la procédure négociée qui aboutira à ce résultat.

383. Il s'en suit une articulation particulière entre les règles issues de la directive, la législation nationale et les dispositions issues des accords⁷⁶⁷.

384. Parallèlement, la commission poursuit son travail d'élaboration d'un statut de la société européenne. A la suite d'un « *mémoire* »⁷⁶⁸, la commission propose entre 1989 et 1991 un projet de statut de la société européenne et une directive sur la participation des travailleurs⁷⁶⁹. Elle fera l'objet d'une nouvelle proposition de 1998, sur la base du rapport

⁷⁶² M. Rigaux, F. Dorssemont (dir.), Préface, *in* *Comités d'entreprise européens Examen juridique du comité d'entreprise européen : vers un amendement de la directive CE 94/45 ?*, Intersentia 1999, spéc. p. V.

⁷⁶³ Cf. *infra* n° 556 et 1140 s.

⁷⁶⁴ Art. 1.2 et 2.1 dir 2009/38 transposé Art. L. 2341-1 *C. trav.* - *on entend par entreprise de dimension communautaire l'entreprise ou l'organisme qui emploie au moins mille salariés dans les Etats membres de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen et qui comporte au moins un établissement employant au moins cent cinquante salariés dans au moins deux de ces Etats.*

⁷⁶⁵ Art. 5.1 s. dir 2009/38 transposé Art. L. 2342-1 s. *C. trav.*

⁷⁶⁶ Art. 5.3 à Art. 5.6 transposé à Art. L. 2342-5 *C. trav.*

⁷⁶⁷ Cf. *infra* Partie 2.

⁷⁶⁸ Mémoire du 15 juillet 1988, point 137 du *Livre blanc sur le marché intérieur*, Doc COM (88) 320 final.

⁷⁶⁹ Pour le règlement *J.O.C.E.* n° C 176 du 8 juillet 1991 ; pour la directive, *J.O.C.E.* n° C 138 du 19 mai 1991. Cf. C. Gavalda, « La société européenne selon le projet de règlement du 25 août 1989 », *D.* 1991, p. 26 ; H. Synvet, « Enfin la société européenne ? », *R.T.D. Eur.* 1990, p. 253.

Davignon qui se concrétisera par l'adoption le 8 octobre 2001 du règlement 2157/2001 et de la directive 2001/86.

385. La manière dont l'harmonisation entend être réalisée emprunte beaucoup à celle retenue en 1994 pour le comité d'entreprise européen. L'implication des travailleurs dans la société européenne n'est pas réalisée à travers « *la mise en place d'un modèle unique d'implication des salariés, applicable à la S.E* »⁷⁷⁰. Elle doit être mise en œuvre en priorité de façon conventionnelle. Deux idées nouvelles font toutefois leur apparition. D'une part, il est possible de prévoir la participation des travailleurs aux organes dirigeants et d'instaurer une forme de cogestion. D'autre part, l'implication des travailleurs dans la société européenne doit respecter le principe « *avant-après* », qui vise à garantir aux salariés les droits qu'ils ont acquis avant la constitution de société européenne⁷⁷¹. Plus précisément, « *lorsque la société européenne est constituée par transformation, l'accord prévoit un niveau d'information, de consultation et de participation au moins équivalent à celui qui existe dans la société devant être transformée en société européenne* »⁷⁷². De cette manière, il est également entendu que les sociétés européennes relevant de systèmes qui ne recourent pas à la cogestion ne sont pas contraintes à le prévoir. L'obligation de négocier se limitera alors à l'information et à la consultation des travailleurs.

386. Les directives relatives au comité d'entreprise européen et à l'implication des travailleurs dans la société européenne poursuivent un même objectif : l'effectivité des droits de participation des salariés au sein des entreprises de l'Union européenne. De plus, à travers ces deux directives, l'équivalence recherchée entre les législations nationales porte uniquement sur la *procédure* qui doit aboutir à la mise en place de la participation des salariés. Ainsi, la manière employée, à savoir la « *mise en procédure de l'harmonisation* »⁷⁷³, se veut

⁷⁷⁰ considérant 5 du préambule de la directive n° 2001/86/C.E.

⁷⁷¹ considérant 18 du préambule de la directive n° 2001/86/C.E.

⁷⁷² Cf. M. Menjucq, « La société européenne », *Rép. Droit des sociétés*, Dalloz 2008, n° 16 : « « *Il résulte du caractère fondamental de la garantie des droits acquis que le principe « avant-après » doit recevoir application non seulement lors de la constitution initiale d'une société européenne, mais aussi lors de toutes modifications structurelles d'une société européenne existante. L'application du principe « avant-après » a pour conséquence particulièrement importante que lorsque la société européenne est constituée par des sociétés ou autres entités dont les salariés ne bénéficient pas d'un régime de participation dans les organes sociaux, elle n'est pas tenue d'instaurer un régime de participation des salariés et aucune négociation entre les dirigeants des sociétés constituantes et les représentants de salariés n'est obligatoire sur ce point, seule étant impérative une négociation sur les modalités d'information et de consultation des salariés dans la société européenne* ».

⁷⁷³ J. Porta, *La réalisation du droit communautaire*, op. cit. p. 519.

non seulement respectueuse de la diversité des systèmes nationaux de représentation des salariés, mais encore de l' « *autonomie des parties* »⁷⁷⁴.

387. L'harmonisation en matière de participation des travailleurs ne concerne pas seulement les entreprises de dimension transnationale. L'ambition du droit de l'Union européenne est aussi de créer une convergence entre les systèmes nationaux de représentation des salariés en imposant à l'échelle nationale une obligation d'information et de consultation des travailleurs.

B. La participation des travailleurs à l'échelle nationale

388. Plusieurs directives prévoient l'obligation de garantir aux travailleurs une information et une consultation. L'harmonisation vise à assurer le respect de prescriptions minimales en ce domaine.

389. Dans un premier temps, le droit communautaire relatif à l'information et à la consultation des travailleurs était parcellaire⁷⁷⁵. Les premières directives prévoyant une information et une consultation des travailleurs ont été les directives n° 75/129 du 17 février 1975 visant à rapprocher les droits nationaux en ce qui concerne les règles applicables aux licenciements collectifs et la directive n° 77/187 du 14 février 1977 visant à rapprocher les règles nationales relatives aux droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements. La première a été refondue dans la directive 98/59 du 20 juillet 1998⁷⁷⁶ ; la seconde a été modifiée par une directive n° 98/50 adoptée le 29 juin 1998 et refondue par la directive 2001/23 du 23 mars 2001⁷⁷⁷.

390. Ces directives, dites directives « emploi » tendent à imposer à l'employeur une information et une consultation et que celles-ci soient menées « *en vue de parvenir à un*

⁷⁷⁴ De ce point de vue, ces deux directives instituent une forme de négociation transnationale au sein des entreprises transnationales. Cf. A. Lyon-Caen, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p. 68 ; M.-A. Moreau, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.* 2001, p. 967 et spéc. p. 976. *Adde*, I. Da Costa, U. Rehfeldt, « Les C.E.E. et La négociation transnationale : les accords européens et mondiaux dans l'automobile », *I.R.E.S.* 2009, p. 99.

⁷⁷⁵ P. Rodière, *op. cit.* n° 360, p. 366.

⁷⁷⁶ *J.O.C.E.* n° L 225 du 12 août 1998.

⁷⁷⁷ *J.O.C.E.* n° L 201 du 17 juillet 1998 ; *J.O.C.E.* n° L 82 du 22 mars 2001.

accord»⁷⁷⁸. Elles renvoient à l'application de la législation nationale de sorte qu'une transposition sans acte peut être admise⁷⁷⁹.

391. Les instances communautaires ont été plus loin en définissant « *un cadre général* » de l'information et de la consultation des travailleurs dans l'entreprise. La directive du 11 mars 2002 tend à généraliser les prescriptions minimales en ce domaine⁷⁸⁰. Ces prescriptions minimales ont une portée générale. Elles concernent aussi bien les législations nationales que la législation communautaire existante. Le préambule précise en effet que les dispositions de la directive ont vocation à s'articuler, non seulement avec les directives relatives aux licenciements collectifs et aux transferts d'entreprises, mais également avec la directive relative à la mise en place d'un comité d'entreprise européen⁷⁸¹.

392. La directive 2002/14 pose deux principes : l'effet utile et l'esprit de coopération⁷⁸². L'effet utile signifie que l'information comme la consultation doit intervenir selon des modalités qui leur confèrent toute leur utilité. Cette utilité est appréciée au regard de l'objet de la consultation et de l'objectif qu'elle poursuit. En vertu de l'esprit de coopération, l'employeur et les représentants des salariés sont appelés à travailler « *dans un esprit de coopération et dans le respect des droits et des obligations de chacun en tenant compte à la fois des intérêts de l'entreprise ou de l'établissement et de ceux des travailleurs* ».

⁷⁷⁸ Art. 2 § 1 de la directive relative au licenciement collectif et Art. 6 de la directive relative au transfert d'entreprises.

⁷⁷⁹ Sur l'admission d'une transposition sans acte de la part des autorités d'un État membre : C.J.C.E. 23 mai 1985, *Commission/ R.F.A.*, aff. 29/84, *Rec.* p. 1661. Tel n'était pas le cas du Royaume-Uni qui fut condamné pour ne pas avoir correctement transposé les directives en raison de l'absence de représentation des salariés obligatoire dans l'entreprise : C.J.C.E. 8 juin 1994, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-382 et 383/92, *Dr. soc.* 1994, p. 923, obs. G. Lyon-Caen ; *Rev. Aff. Eur.* 1994, p. 89, obs. J.-B. Blaise. Tel n'a pas non plus été le cas de l'Espagne qui elle aussi a été condamnée pour manquement : C.J.C.E. 5 juillet 2007, C.-317/06. Pour une étude complète, V. Europe et société, M. Meixner, « La directive information-consultation de 2002 : état des lieux et portée pour les relations professionnelles en Europe », *Europe et société, Les cahiers de la fondation*, novembre 2009 – avril 2010, n° 69-70 [<http://www.europeetsociete.com/newsletter/etudes/Etude%20Meixner%20-%20fr.pdf>].

⁷⁸⁰ Dir. 2002/14/C.E. du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la communauté européenne, *J.O.C.E.* L. 80/29 du 23 mars 2002. Cf. spéc. point 18 du Préambule : « *Ce cadre général a pour objectif d'établir des exigences minimales applicables dans l'ensemble de la Communauté tout en n'empêchant pas les États membres de prévoir des dispositions plus favorables aux travailleurs* ».

⁷⁸¹ Points 29 et 30.

⁷⁸² Art. 1^{er} § 2 et 3.

393. La directive 2002/14 livre des définitions de ce que sont l'information et la consultation⁷⁸³. L'information est définie comme « *la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner* ». Quant à la consultation, celle-ci est « *l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur* ». Ces définitions s'imposent aux États membres. Autrement dit, le juge interne doit interpréter l'obligation légale d'information et de consultation dans le respect et à la lumière de ces définitions.

394. La directive précise également les modalités liées à chacune des deux procédures⁷⁸⁴. Les modalités dans lesquelles l'information et la consultation ont lieu peuvent, à la différence des définitions, faire l'objet d'adaptations par les États membres. Par exemple, la directive prévoit, au titre des modalités, que la consultation ait lieu « *en vue de parvenir à un accord* »⁷⁸⁵. Cette précision ne relève donc pas de la définition de la notion de consultation, de sorte que les États membres ne sont pas tenus de s'y conformer. Ces derniers disposent d'une plus grande marge de manœuvre. De plus, il est admis qu'ils renvoient « *le soin de définir librement [...] par voie d'accord négocié les modalités d'information et de consultation des travailleurs* »⁷⁸⁶.

395. La directive 2002/14 contribue fortement à « *l'émergence d'un droit européen de la représentation collective* »⁷⁸⁷. Elle établit une unité et une cohérence entre les différentes directives relatives à la représentation des salariés qui donnaient jusqu'alors l'impression d'une intervention sporadique.

En premier lieu, cette unité et cette cohérence doivent être relativisées. Il n'existe pas en effet une exacte correspondance entre les différentes définitions de ce que sont l'information et la consultation aux termes de chacune des directives.

Par exemple, la directive 98/59 relative à l'information et à la consultation des représentants des salariés lors de licenciements collectifs prévoit que l'information et la consultation sont menées en vue de parvenir à un accord. Il ne s'agit pas dans ce cas d'une

⁷⁸³ Art. 2.

⁷⁸⁴ Art. 4.

⁷⁸⁵ Art. 4 § 4 e).

⁷⁸⁶ Art. 5.

⁷⁸⁷ B. Krief, *Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective*, Ed. Panthéon-Assas, 2011.

simple modalité comme cela ressort de la directive 2002/14. Dans le cadre de la directive 98/59, la C.J.C.E. a jugé que l'obligation de consulter les représentants des salariés en vue de parvenir à un accord constituait une obligation de négocier⁷⁸⁸.

Quant à la directive sur le comité d'entreprise européen révisée en 2009, les définitions de l'information et de la consultation semblent s'être étoffées. L'information « *consiste, pour le chef de l'entreprise ou de l'entreprise dominante du groupe d'entreprises de dimension communautaire ou tout autre niveau de direction plus approprié, à transmettre des données aux représentants des salariés afin de permettre à ceux-ci de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner. L'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, qui permettent notamment aux représentants des salariés de procéder à une évaluation en profondeur de l'incidence éventuelle de ces données et de préparer, le cas échéant, des consultations avec le chef de l'entreprise ou de l'entreprise dominante du groupe d'entreprises de dimension communautaire ou tout autre niveau de direction plus approprié* ». La consultation « *consiste, pour le chef de l'entreprise ou de l'entreprise dominante du groupe d'entreprises de dimension communautaire ou tout autre niveau de direction plus approprié, à organiser un échange de vues et à établir un dialogue avec les représentants des salariés à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent à ceux-ci d'exprimer, sur la base des informations fournies et dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures faisant l'objet de la consultation, qui peut être pris en compte au sein de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire, sans préjudice des responsabilités de l'employeur* ». Ces définitions devront être articulées avec celles contenues dans la directive 2002/14 sans que qu'elles ne portent « *atteinte aux procédures d'information et de consultation visées par la directive 2002/14* »⁷⁸⁹. Il faut admettre que l'existence de définitions uniformes aurait évité les risques de conflit entre les différentes procédures.

En second lieu, l'unité et la cohérence ne signifie pas unicité des règles. Les règles communautaires en matière d'information et de consultation dépendent du principe de l'effet utile. Un arrêt rendu le 10 septembre 2010 a précisé que l'effet utile de la consultation dépend du but de cette consultation qui en l'occurrence est d'éviter ou de diminuer le nombre de licenciements. Selon la Cour, « *la procédure de consultation doit donc être déclenchée par l'employeur au moment où a été adoptée une décision stratégique ou commerciale le*

⁷⁸⁸ C.J.C.E. 27 janvier 2005 C- 188/03, *Junk*, § 42.

⁷⁸⁹ Dir. 2009/38, préc., § 38 du préambule et Art. 12.4.

contraignant à envisager ou à projeter des licenciements collectifs»⁷⁹⁰. En l'espèce, la fermeture d'une filiale était envisagée. Le fait que l'employeur (ou l'entreprise qui contrôle cet employeur) ne dispose pas encore de toutes les informations ne l'exonère pas de son obligation de délivrer en temps utile les informations relatives au projet de réorganisation sans que la transmission ait lieu avant la consultation. Dès lors, selon le processus décisionnel en question, les règles régissant l'information et la consultation des représentants des salariés sont susceptibles de varier.

Ces différences n'excluent pas que l'on puisse avoir une « *lecture combinée* » des directives⁷⁹¹. Elles ne sont pas non contradictoires dès lors que le principe de l'effet utile peut justifier des procédures d'information et de consultation différenciées compte tenu du but poursuivi par chacune d'elles.

396. Quelle peut être l'influence de ces deux principes en droit français ? Pour rappel, aucune transposition formelle n'existe en droit français, l'hypothèse d'une transposition préétablie étant admise. Dès lors, l'influence ne peut s'apprécier qu'au regard de l'interprétation que les juges font des règles régissant le système français de représentation des salariés. Ils peuvent en effet interpréter la législation française à la lumière des directives sur l'information et la consultation des salariés et, en particulier, la directive 2002/14.

397. L'exigence d'une information suffisamment précise et détaillée donnée au comité d'entreprise, ou bien le caractère préalable de la consultation existe depuis longtemps en droit français. Le droit communautaire permet de subsumer ces obligations sous une exigence d'une portée plus générale : l'effet utile. Les juges français ont ainsi accueilli naturellement la nécessité de garantir un effet utile à l'information et à la consultation qui était sous-jacent dans la loi⁷⁹² et dans le principe de participation énoncé dans le huitième alinéa de la

⁷⁹⁰ C.J.C.E. 10 septembre 2010, C-44/08, *Akavan* ; *S.S.L.* 2010, n° 1444, p. 15, obs. S. Laulom ; *Liaisons sociales Europe* du 17 au 30 septembre 2009, n° 233, obs. H. Tissandier.

⁷⁹¹ S. Laulom, note préc., p. 18

⁷⁹² Soc, 16 janvier 2008, *Bull. civ.* V, n° 6 ; *R.D.T.* 2008, p. 191, note H. Tissandier. Si la Cour de cassation reconnaît le principe de l'effet utile de la consultation, elle ne semble le reconnaître que dans la mesure où il était inscrit dans l'accord instituant le comité d'entreprise européen du groupe Gaz de France. Cela étant elle relève que, interprétant cette disposition conventionnelle, la cour d'appel a fait une exacte application aussi bien des textes communautaires que des dispositions issues du Code du travail. *Adde.* C.A. Paris 21 novembre 2006.

Constitution de 1946⁷⁹³. Peut-être les juges français sont-ils moins exigeants sur le moment de la consultation du comité d'entreprise par rapport à l'avancée du projet de restructuration⁷⁹⁴.

Si le droit français en matière d'information et de consultation du comité d'entreprise est compatible avec les dispositions de la directive 2002/14, rien n'est moins sûr s'agissant de la directive 98/59. Jamais le droit français ne retient que l'information et la consultation des représentants des salariés doivent être menées en vue de parvenir à un accord. Les décisions liées à la suppressions des emplois, à la réorganisation de l'entreprise comme les mesures prises dans le plan de sauvegarde de l'emploi, dont l'objet est de limiter le nombre de licenciement, relèvent du pouvoir de décision du chef d'entreprise. Les négociations sur les conséquences d'une restructuration ne sont que facultatives. De ce point de vue, un doute sérieux existe quant à la conformité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de licenciement pour motif économique au regard des prescriptions de la directive 98/59 du 20 juillet 1998.

Plus fondamentalement, n'est-ce pas l'unicité du régime juridique des procédures d'information et de consultation instaurées en droit français qui se voit ici ébranlée. L'absence d'incompatibilité certaine entre le droit de l'Union européenne et le droit français dissimule en réalité un hiatus. Le premier, à la différence du second, se caractérise par sa souplesse et son adaptabilité. De ce fait, l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit français ne n'apparaîtra qu'avec le temps⁷⁹⁵.

En revanche, il y a lieu d'être plus circonspect face à la réception par le droit français de l'idée d'un esprit de coopération. D'une part, la notion de coopération a été définitivement et explicitement écartée de la loi en 1982. Le législateur estimait que le comité d'entreprise n'était plus une instance de coopération mais une instance de contrôle⁷⁹⁶. D'autre part, le droit français est réticent à édicter des obligations à la charge des représentants des salariés alors qu'il s'agit de garantir le droit des salariés à être représentés. Ainsi, ce n'est pas tant le fait d'en appeler à l'obligation de loyauté et de bonne foi que d'affirmer la réciprocité de ces obligations⁷⁹⁷.

⁷⁹³ Déc. n° 2006-545 D.C. d 28 décembre 2006, préc.

⁷⁹⁴ Soc, 12 novembre 1997 ; *Bull. civ.* n° 375 ; *R.J.S.* 1997, n° 1391.

⁷⁹⁵ Certainement, le développement de la négociation dérogatoire à la loi en matière d'information et de consultation du comité d'entreprise participe de ce mouvement.

⁷⁹⁶ Anc. Art. L. 432-1 du Code du travail – Le comité d'entreprise coopère avec la direction.

⁷⁹⁷ Sur l'exigence de loyauté, cf. *infra* n° 1093 s.

Conclusion du Chapitre 2nd

398. La loi occupe une place centrale dans la structuration du système de représentation collective des salariés. Il suffit de regarder la partie du Code du travail consacrée aux relations collectives pour se convaincre de son importance quantitative. De plus, qualitativement, aucun aspect n'y échappe : représentation dans l'entreprise, droit syndical, négociation collective. L'épaisseur du droit législatif serait à la mesure de l'emprise de l'État sur les relations professionnelles et interdirait que l'on puisse parler d'autonomie collective en France⁷⁹⁸. Outre les raisons historiques liées au dirigisme étatique de l'Après-guerre, la représentation collective des salariés relèverait, dit-on, « des structures institutionnelles du droit du travail »⁷⁹⁹.

399. Ainsi est-ce le législateur qui a donné à la représentation collective des salariés sa coloration principalement essentialiste de représentation des intérêts et qui l'a structurée comme un système dualiste. L'instauration d'une représentation légale des intérêts des salariés révèle également la préoccupation toujours présente d'articuler l'individuel et le collectif. Que ce soit dans la manière d'encadrer la liberté syndicale ou de reconnaître aux salariés des droits de participation, on note toujours le souci de vouloir reconnaître aux salariés pris individuellement une existence collective sans que les représentants des salariés n'effacent les individus qui composent cette collectivité.

400. Cette conception autour de laquelle s'est élaborée la législation en matière de représentation collective des salariés n'est pas celle qui traverse l'idée communautaire de participation des salariés. La rationalité du droit de l'Union européenne est autre. Plus qu'un droit de représentation, c'est un droit de participation des travailleurs⁸⁰⁰. Le souci n'est pas de donner une réponse collective à la subordination individuelle du salarié. Il est plutôt, dans une perspective disons plus politique, de faire participer les travailleurs à l'élaboration et au fonctionnement de l'Europe économique. L'enjeu se situe alors moins dans la relation représentant/représenté que dans la relation travailleurs/employeurs. Le droit de l'Union

⁷⁹⁸ P. Rémy, *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droits français et allemand de la négociation collective*, op. cit.

⁷⁹⁹ M. Despax, *Conventions collectives*, in G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1989, n° 51, p. 88.

⁸⁰⁰ S. Laulom, « Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie, France) », art. préc., p. 113, spéc. p. 114.

européenne s'est en effet préoccupé que cette relation repose à la fois sur des bases égalitaires et réciproques.

401. Le droit de l'Union européenne n'a peut-être eu qu'une influence limitée sur le droit français⁸⁰¹. Ainsi n'a-t-il pas bouleversé, comme il a pu le faire en droit anglais, l'architecture du système français de représentation collective. Il est néanmoins possible de constater une imprégnation des principes issus du droit de l'Union européenne, en particulier celui de l'effet utile.

402. Une autre manifestation se situe sans doute dans l'idée qu'une place plus grande devait être faite aux règles négociées. Ainsi, la manière dont a été mis en place le comité d'entreprise européen (ou toute procédure d'information et de consultation) constitue certainement un modèle qui a influencé le droit français, poussé à faire une place plus importante aux normes professionnelles.

⁸⁰¹ S. Laulom, « Les évolutions contrastées des systèmes nationaux de représentation des travailleurs dans l'entreprise », in S. Laulom (dir.) *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005, pp. 279 ; « Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France) », in M.-A. Moreau (dir.), *La représentation collective des travailleurs*, Dalloz, Thèmes et commentaires 2012, p. 113.

Conclusion du Titre I

403. Les sources étatiques et supraétatiques participent à la structuration des relations collectives de travail de deux manières qui correspondent à deux corps de règles.

404. Le premier corps de règles a pour objet de reconnaître des droits et de garantir des libertés aux acteurs sociaux dans le cadre des relations collectives de travail. La liberté syndicale, la négociation collective, le droit des salariés à une représentation collective dans l'entreprise reçoivent tous une consécration par les sources internationales, européennes et constitutionnelles. Une telle valeur juridique vise à assurer leur primauté sur les normes inférieures et leur respect.

405. L'État se voit alors confié un rôle de garant. Sans doute la reconnaissance aux salariés de droits d'essence collective traduit-elle une prise en compte du déséquilibre qui caractérise la relation de travail. La prise en compte de ce déséquilibre ne remet pas en cause à elle seule la figure tutélaire de l'État libéral qui, en reconnaissant de tels droits aux salariés, les met en mesure de contrôler par eux-mêmes le pouvoir patronal.

406. Le second corps de règles a pour objet d'organiser les relations collectives de travail. Plus précisément, la loi étatique et les directives de l'Union européenne imposent des cadres institutionnels et/ou procéduraux dans lesquels ont lieu les relations entre employeurs et salariés. L'obligation de mettre en place une représentation des salariés dans l'entreprise, de même que l'obligation d'informer, de consulter les représentants des salariés, voire de négocier avec eux, sont le résultat d'une intervention hétéronome dans les relations de travail jugées déséquilibrées. Ces règles reflètent davantage le visage de l'État social national interventionniste⁸⁰². Ce dernier prend part au jeu dont il détermine les règles. La loi étatique et la directive communautaire constituent ainsi des sources essentielles sans lesquelles le système de représentation des salariés en France ne saurait être appréhendé.

⁸⁰² Pour rappel, l'État social se distingue de l'État libéral. Pour les uns, l'État social marque une rupture par rapport à l'État libéral (F. Ewald, *L'État-providence*, Grasset, 1986). Pour les autres, l'État social est approfondissement de l'État libéral, et en particulier de l'État protecteur hobbesien : P. Rosanvallon, *La Crise de l'État-providence*, Paris, Seuil, 1981 ; R. Castel, *L'Insécurité sociale – Qu'est-ce qu'être protégé ?*, Seuil, éd. La république des idées, 2003. Adde. *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard, Folio, 1995. Pour marquer le caractère national de l'État social, d'autres auteurs encore évoquent l'existence d'un État social national, E. Balibar, *Nous citoyens d'Europe ? Les frontières, l'État, le peuple*, La découverte 2001 ; C. Rameaux, *L'Étatsocial, pour sortir du chaos néolibéral*, Mille et une nuits, 2012.

407. Une telle présentation a une prétention didactique. Elle permet d'identifier les fonctions surplombante et structurante des sources étatiques et supraétatiques en matière de représentation des salariés. Néanmoins, elle laisse dans l'ombre les interactions entre ces deux corps de règles et ces deux manières de structurer le système de représentation des salariés. Les lois et les directives communautaires en matière de représentation des salariés ne visent pas seulement à assurer l'effectivité des droits fondamentaux des travailleurs. C'est aussi, et inversement, les droits fondamentaux qui donnent un sens et une visée aux lois et aux directives communautaires, parfois de manière rétrospective.

408. Il importe donc de nuancer l'appréhension fonctionnelle de ces deux corps de règles : l'un et l'autre contribuent à structurer le système de représentation des salariés, c'est-à-dire à donner à celui-ci une unité et une cohérence.

409. La question qui surgit est alors de savoir si ces deux corps de règles sont indispensables au fonctionnement du système de représentation des salariés. L'hétéronomie persistante invite à le penser. A tout le moins, elle interroge les rapports que l'État et les autorités publiques entretiennent avec le système de représentation des salariés et la possibilité de se passer de règles hétéronomes.

410. Pourtant, l'intervention de l'État et de l'Union européenne ne vise ni à assujettir ni à coloniser les relations collectives travail. L'autonomie des acteurs sociaux et leur liberté d'action doivent être conservées pour ne pas risquer la dissolution du système de représentation des salariés. Peut-être est-ce là une des fonctions du principe de subsidiarité qui guide l'intervention de l'Union européenne ?

411. Leur intervention permet plus certainement de "piloter" et de mettre scène les relations collectives de travail. Les sources étatiques et supraétatiques ne sont pas des sources exclusives de la représentation des salariés. A plusieurs reprises, des exemples ont montré que les sources étatiques et supraétatiques encourageaient la production de sources professionnelles ayant pour objet la représentation des salariés.

412. Partant, l'étude doit se poursuivre afin de rendre compte de la place des sources professionnelles parmi les sources de la représentation des salariés.

Titre 2 – La représentation des salariés saisie par les normes professionnelles

413. Les normes professionnelles sont celles qui sont produites par les acteurs sociaux dans le cadre des relations de travail. Elles ont vocation à régir, au même titre que les sources étatiques, les relations de travail, individuelles et collectives. Elles composent le statut dit collectif qui comprend l'ensemble des règles professionnelles qui s'appliquent aux contrats de travail et régissent les relations de travail dans l'entreprise⁸⁰³.

414. Pour l'essentiel, il s'agit des conventions et des accords collectifs de travail, des engagements unilatéraux de l'employeur et des usages.

415. Ces normes ont acquis une importance certaine. Ensemble, elles témoignent de la capacité du système de relations professionnelles à produire des normes et, donc, d'une capacité à s'autoréguler. La volonté de desserrer l'emprise étatique sur les rapports professionnels s'est traduite par une promotion des normes professionnelles⁸⁰⁴. Ainsi, la question de la place des normes professionnelles en matière de représentation des salariés s'inscrit dans celle plus générale de la part d'autonomie et d'hétéronomie dans les relations de travail. L'importance de la loi en matière de représentation des salariés a nourri la conviction qu'elle était la seule source de la représentation des salariés et qu'elle s'opposait à l'édiction de normes professionnelles. Il n'en a jamais été ainsi. Reste que la place des normes professionnelles est largement celle que leur assigne le législateur.

416. Toutefois, derrière cette pluralité se cachent deux sortes de sources professionnelles. D'un côté, les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur se rattachent au pouvoir normatif du chef d'entreprise⁸⁰⁵. Ce sont des normes jugées unilatérales, dans la mesure où

⁸⁰³ P. Waquet, « Contrat de travail et statut collectif », *R.J.S.* 1994, p. 399 ; B. Boubli, « Modification du contrat de travail et modification du statut collectif », *S.S.L.* 1997 n° 849. *Adde.* Soc, 18 octobre 2006, *Bull. civ.* V, n° 314 ; *Dr. soc.* 2007, p. 108, obs. A. Mazeaud : « *le contrat de travail entraîne l'application du statut collectif en vigueur dans l'entreprise, lequel peut résulter d'un engagement unilatéral de l'employeur, et que le salarié ne peut y renoncer dans son contrat de travail, sauf disposition contractuelle plus favorable* ».

⁸⁰⁴ Sur cette question, A. Supiot, « Déréglément des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 195 ; « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. soc.* 2003, p. 59 ; A. Jeammaud, H. Masse-Dessen, « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective », *S.S.L.* 2006, n° 1257 ; J.-E. Ray, « Du tout-État au tout-contrat ? », *Dr. soc.* 2000, 574.

⁸⁰⁵ La figure de l'employeur et celle du chef d'entreprise peuvent être distinguées. L'une et l'autre ne se recoupent pas toujours : N. Catala, *L'entreprise*, tome 4 de G.-H. Camerlynck (dir.), *Traité de droit du*

l'employeur peut seul les édicter ou les dénoncer⁸⁰⁶. De l'autre, les conventions et accords collectifs de travail se rattachent au pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux. Elles sont le fruit d'une négociation entre interlocuteurs sociaux qui, situés dans un rapport de forces, tentent de faire valoir leurs intérêts respectifs, généralement antagoniques.

417. En matière de représentation des salariés, le législateur a marqué sa préférence pour la norme négociée plutôt que pour la norme unilatérale. Depuis les lois Auroux, cela n'a pas lieu d'étonner et n'est sans doute pas propre à la représentation des salariés. Fruit d'une évolution, qui, à certains égards, n'est pas achevée, la partition entre la sphère du décidable et la sphère du négociable en matière de représentation des salariés penche en faveur de la seconde, sans que cela ne soit toujours exclusif d'une part conservée par l'unilatéralisme.

418. Le choix entre l'une et l'autre de ces sources est porteur, dans ce domaine particulier, d'une certaine conception de l'entreprise et de la représentation des salariés. Or, aucune conception, que ce soit de l'entreprise, ou que ce soit de la représentation des salariés, ne s'est véritablement imposée si tant est qu'elle se présente à l'œil attentif de l'observateur. En réalité, et à supposer que des visions du monde se nichent à l'intérieur des énoncés juridiques, plusieurs conceptions de l'entreprise et de la place de la représentation des salariés sous-tendent la partition entre la norme négociée et la norme unilatérale et, *in fine*, le choix de préférer tantôt l'une, tantôt l'autre, ou tantôt de faire coexister les deux. Cette pluralité rend difficile le travail de partition, dès lors qu'aucun corps de règles, aussi cohérent soit-il,

travail, Dalloz, 1980, p. 51, n° 54 ; B. Teyssié, « L'interlocuteur des salariés », *Dr. soc.* 1982, p. 41 ; G. Couturier, *Traité de droit du travail, Tome 2, Les relations collectives de travail*, P.U.F. 2001, pp. 50-51, n° 16 : « *L'employeur, c'est la personne juridique [...] qui est partie au contrat de travail. [...] Le chef d'entreprise est la personne physique qui assume au plus haut niveau la direction de l'entreprise* ». Nous les tiendrons pourtant pour équivalentes. L'absence de distinction ressort des dispositions du Code du travail et des décisions de la Cour de cassation, qui utilisent souvent la notion d'employeur à la place de celle de chef d'entreprise, et inversement.

⁸⁰⁶ L'usage n'est pas toujours une norme dont l'auteur est l'employeur. Elle est une pratique qui tient sa force obligatoire du fait de sa constance, sa généralité et sa fixité. Cependant, son régime est identique à celui des normes patronales. En particulier, il est admis que le chef d'entreprise puisse dénoncer un usage. Cette faculté explique qu'il soit possible de rattacher l'usage aux normes issues du pouvoir du chef d'entreprise. C. Morel, « Le droit coutumier social dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979, p. 279 ; J. Deprez, « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *R.R.J.* 1997, p. 799 ; P. Deumier, *Le droit spontané, op. cit.* p. 57. Quant aux engagements unilatéraux de l'employeur, ils procèdent d'une manifestation de volonté expresse. Cette qualification est susceptible de regrouper les notes de service, les accords atypiques avec les représentants des salariés, ou encore les Chartes et les codes de bonne conduite. Enfin, le règlement intérieur ne sera pas évoqué car il n'a pas vocation en principe à contenir des règles en matière de représentation des salariés.

n'exprime une seule et même conception de l'entreprise et du rôle des représentants des salariés.

419. Les normes issues du pouvoir patronal ont toujours vocation à régir certains aspects de la représentation des salariés dans l'entreprise. Cependant, leur importance est déclinante (Chapitre 1^{er}). L'effacement du pouvoir patronal est allé de pair avec une promotion de la négociation collective. Il ne fait plus de doute que la représentation des salariés est un objet de la négociation collective (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} – Le déclin des normes issues du pouvoir patronal en matière de représentation des salariés

420. Originellement, l'instauration de la représentation des salariés a été perçue comme une limite à l'omnipotence du chef d'entreprise. Cependant, son autorité justifiait qu'il intervienne dans la mise en place des institutions de représentation des salariés, dès lors qu'il restait maître de l'organisation et des structures de l'entreprise. Ce n'est que plus tard, lorsque la représentation des salariés fut d'abord pensée comme un droit des travailleurs, que la légitimité du chef d'entreprise à intervenir en ce domaine est apparue plus discutable et que ses décisions ont été accueillies avec plus de méfiance.

421. Cette évolution, qui, à certains égards, n'est pas achevée, invite à en prendre la mesure. La possibilité pour l'employeur d'apporter des aménagements demeure (Paragraphe 1^{er}). Néanmoins, la méfiance exprimée à l'encontre des normes issues du pouvoir de l'employeur prend le pas, parfois allant jusqu'à interdire à ce dernier d'user de son pouvoir normatif (Paragraphe 2).

Section 1 : Les aménagements à l'initiative de l'employeur

422. L'appréciation du rôle du chef d'entreprise en matière de représentation des salariés rend indispensable l'examen de l'étendue de son pouvoir normatif dans ce domaine (Paragraphe 2). Cela étant, un détour préalable par les conceptions de l'entreprise permet de mieux saisir les raisons qui ont justifié l'exercice du pouvoir normatif de l'employeur dans ce domaine particulier (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 – La représentation des salariés face à l'omnipotence du chef d'entreprise

423. Lorsque les premières formes de représentation des salariés ont vu le jour, les patrons ont craint une remise en cause de leur pouvoir de direction au sein de "leur" entreprise, dont ils pensaient être l'autorité hiérarchique naturelle⁸⁰⁷. L'idée même d'une représentation des salariés semblait aux yeux de certains incongrue. Il n'est pas rare en effet de lire la réticence que le patronat avait, ou peut avoir encore, à l'idée de mettre en place une représentation des salariés. Celle-ci est perçue comme une contrainte⁸⁰⁸. L'histoire des délégués de l'usine du Creusot, mis en place à la suite d'une grève en 1899, est évocatrice de ce penchant originaire⁸⁰⁹. Cette concession faite par E. Schneider s'est traduite par l'adoption d'un règlement *patronal* régissant les modalités d'élection des délégués ainsi créés. Lorsque des chefs d'entreprise étaient favorables à la mise en place d'une représentation des salariés au sein

⁸⁰⁷ J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariale*, Syllepse, 2003, p. 18 ; J. Le Goff, *Droit du travail et société – Les relations collectives de travail*, P.U.R. 2002, p. 14.

⁸⁰⁸ C'est ainsi qu'a échoué la tentative de Millerand et de Waldeck-Rousseau qui avaient élaboré un projet de loi visant à instituer au sein des entreprises « *des délégués permanents chargés de représenter le personnel auprès du chef d'établissement [et de] recevoir les réclamations du personnel relatives aux conditions du travail et de les présenter au chef d'établissement ou à son préposé* », *Projet de loi du 15 novembre 1900, articles 5 et 13*, cité par J. Le Goff, *op. cit.* p. 33. V. également, V. Viet, « Les républicains face aux grèves : intervenir pour ne plus avoir à intervenir (1880-1914) », *Cahiers Jaurès*, 2011, n° 199, p. 53 et spéc. p. 66 : « *Le décret [du 17 septembre 1901 instituant des conseils régionaux du travail] et le projet en question rencontrèrent immédiatement l'hostilité conjointe des syndicats ouvriers, défiants à l'égard de toute forme d'arbitrage obligatoire, et d'une Union des Industries Métallurgiques et Minières (U.I.M.M.), fondée en réaction, qui vit [...] dans le projet le spectre d'une « grève obligatoire »*. L'auteur cite en outre *L'Union des Industries Métallurgiques et Minières, 1901-1951*, (histoire interne de l'U.I.M.M. réalisée à l'occasion de son cinquantenaire, non publiée), p. 13 : « *ce qui choqua, dans ce texte, les industriels, ce ne fut pas la perspective de siéger dans une même assemblée aux côtés de leurs ouvriers : ils participaient déjà aux séances du Conseil Supérieur du Travail. C'était le fait que les représentants ouvriers seraient élus par les seuls ouvriers syndiqués, c'est-à-dire par une petite minorité du personnel et que cette disposition constituait une prime d'encouragement à des groupements considérés par eux comme tapageurs et révolutionnaires* ».

⁸⁰⁹ J. Le Goff, *op. cit.* p. 34 ; J.-P. Le Crom, *op. cit.*, pp. 13-14.

de l'entreprise, ils en étaient à l'initiative. Parmi les premières expériences de représentation des salariés, celle de la filature de laine Harmel frère, dite du *Val de bois*, est souvent citée⁸¹⁰. Le *règlement intérieur* prévoyait la mise en place d'un Conseil d'usine. D'inspiration paternaliste, ce conseil a vocation à établir « *une réelle coopération des ouvriers à la direction professionnelle et disciplinaire de l'usine [...] et pour but de maintenir entre patron et ouvriers une entente affectueuse, basée sur une confiance réciproque* »⁸¹¹.

424. Ces deux exemples illustrent le rôle incontournable du chef d'entreprise en matière de représentation des salariés. Ils donnent à voir deux postures possibles : une attitude patronale pour le moins rétive et une attitude tutélaire, peut-être aux intentions prophylactiques.

425. Ces deux exemples correspondent aussi à deux conceptions de l'entreprise qui justifient l'intervention du chef d'entreprise en matière de représentation des salariés : la conception contractuelle et patrimoniale d'une part (A) et la conception institutionnelle d'autre part (B). Selon ces deux conceptions, la représentation des salariés constitue une limite à l'omnipotence du chef d'entreprise. Pour autant, ce dernier demeure légitime à intervenir en ce domaine du fait de son pouvoir d'organisation de l'entreprise.

A. La représentation des salariés dans la conception contractuelle du rapport de travail et patrimoniale de l'entreprise

426. Dans la conception patrimoniale de l'entreprise, le chef d'entreprise décide parce qu'il est le propriétaire des moyens de production⁸¹². Cela va de pair avec une appréhension contractuelle du rapport de travail, où le pouvoir de l'employeur se fonde sur le contrat de travail qui lie ce dernier au salarié.

427. Dans un premier temps, alors que la subordination du salarié justifiait une législation protectrice et dérogoire au droit des contrats, elle justifiait aussi l'autorité patronale⁸¹³. Dans

⁸¹⁰ J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariale*, Syllepse, 2003, p. 12. L'auteur rappelle « *ces premières expériences de représentation du personnel dans une entreprise française puisent ses racines dans l'expérience des syndicats mixtes catholiques, eux-mêmes issus de l'œuvre des cercles catholiques d'ouvriers créée par le comte Albert de Mun après la Commune de Paris [...]. L'organe de représentation, d'abord appelé Conseil corporatif, puis Conseil professionnel, devient en 1893, le Conseil d'usine* ».

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 12

⁸¹² J. Savatier, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.* 1982 ; p. 1.

⁸¹³ J. Le Goff, *Les relations individuelles de travail*, P.U.R. 2001. V. spéc. p. 114 : « *Seule la reconnaissance du fait de la subordination, par l'opération de vérité qu'elle provoque, rend pensable et possible la correction correctrice et émancipatrice du droit du travail* ».

la pensée conservatrice du début du XIX^{ème} siècle, le lien contractuel entre patron et ouvrier était aussi perçu comme un lien personnel où le premier avait pour mission d'éduquer le second dans une perspective patriarcale, ou dit encore, paternaliste⁸¹⁴.

428. Départie de cette vision-ci, la conception contractuelle du rapport de travail a néanmoins perduré. Dans un second temps, la subordination du salarié à l'employeur était analysée comme la contrepartie de l'obligation de celui-ci de préserver la sécurité de celui-là⁸¹⁵. De manière différente, l'analyse contractuelle interprète le contrat de travail comme « *une convention de répartition des risques* », où les risques pèsent sur l'employeur, ce qui justifie la reconnaissance d'un pouvoir de direction et, corrélativement, l'exonération du salarié de sa responsabilité⁸¹⁶. En définitive, la conception contractuelle conduit à faire du contrat de travail la source juridique du pouvoir de l'employeur⁸¹⁷. Dans cette perspective, l'entreprise apparaît, quoique de manière simplifiée, comme la somme des contrats de travail liant un employeur aux salariés⁸¹⁸.

429. La conception contractuelle du rapport de travail s'articule bien avec une conception patrimoniale de l'entreprise, dans laquelle l'entreprise se voit représentée par l'entrepreneur, qui ne fait alors qu'un avec l'employeur. Un auteur n'a-t-il pas écrit que « *l'entreprise se construit autour de la personne juridique qui a la qualité d'employeur* »⁸¹⁹ ?

430. Dans la conception patrimoniale de l'entreprise, l'entreprise est la chose de l'entrepreneur. C'est donc à lui que revient le pouvoir de décider de son organisation et de ses structures. Les discussions autour de l'unité économique et sociale sont, de ce point de vue, significatives. Une des préoccupations est de savoir dans quelle mesure les structures décidées par le chef d'entreprise, à savoir les structures sociétaires et capitalistiques, sont déterminantes

⁸¹⁴ C'est ce que l'on a appelé le patronage dans lequel le devoir de soumission de l'un trouve sa contrepartie dans l'obligation de protection de l'autre.

⁸¹⁵ J. Savatier et J. Rivero, *Droit du travail*, P.U.F. Thémis, 1956 p. 76 ; G. Lyon-Caen, « L'obligation implicite », *Arch. Phil. Dr.* 2000, p. 109 ; « Fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouv.* 1951, p. 1 ; A. Supiot, *Critique du droit du travail*, P.U.F. Quadrige, 2^{ème} édition, 2007 p. 111 s ; F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Th Paris X, 2001 ; T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail*, L.G.D.J. 2010, n° 69 ; A. Fabre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, L.G.D.J. 2010.

⁸¹⁶ A. Lyon-Caen, « Les clauses de transfert de risques », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 151. *Adde.* T. Pasquier, *op. cit.*, spéc. n° 14.

⁸¹⁷ E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, p. 203, et spéc. p. 209.

⁸¹⁸ G. Lhuillier, « Le paradigme de l'entreprise », art. préc. p. 342.

⁸¹⁹ J. Savatier, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », in *Études de droit du travail offertes à A. Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 527 spéc. p. 529.

pour décider des cadres de représentation. Alors même que la notion d'unité économique et sociale permet de s'abstraire de l'organisation voulue par l'employeur, elle conduit malgré tout à identifier une unité économique. Or, l'unité économique présuppose l'existence d'une centralité du pouvoir de direction⁸²⁰.

431. La représentation des salariés se construit autour d'un centre de pouvoir qui préexiste et qu'est censé incarner la personne du chef d'entreprise. Si les instances de représentation sont mises en place là où se situent les instances décisionnelles, les premières s'adaptent aux secondes, et non l'inverse.

432. Cela étant, l'obligation de mettre en place une représentation des salariés contraint le pouvoir d'organisation du chef d'entreprise : le principe de participation serait source de "rigidité" et présenterait le risque d'une « *paralysie du pouvoir de direction* »⁸²¹. Elle limite la liberté d'entreprendre, s'il on veut renouer avec les termes d'une solution du Conseil constitutionnel précédemment évoquée⁸²².

433. La contrainte subie par le chef d'entreprise dans la conception patrimoniale ne serait pas seulement d'ordre juridique. Elle serait aussi d'ordre financier. Selon un certain discours, la représentation des salariés est un coût pour l'entreprise⁸²³. De tels arguments se fondent sur l'idée que le bien-fondé du droit s'évalue à l'aune de son efficacité économique⁸²⁴. Pour rappel, ces considérations ont directement inspiré la création de la délégation unique du personnel⁸²⁵.

⁸²⁰ G. Blanc-Jouvan, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 68 ; E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, L.G.D.J.2008, p. 97.

⁸²¹ B. Teyssié, « L'entreprise et le droit du travail », *Arc. Phil. Dr.* 1997, p. 355 et spéc. p. 371 et p. 374

⁸²² Déc. n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, considérants 46 et 53 ; G. Lyon-Caen, *Dr. ouv.* 2002, p. 161 ; X. Prétot, *Dr. soc.* 2002, p. 244 ; F. Renaud, *A.J.D.A.*, 2002, p. 1163 ; B. Mathieu, *D.* 2002, p. 1439.

⁸²³ Cf. D. Dubrac, *10 propositions pour simplifier la représentation élue du personnel*, Chambre de l'industrie et du commerce de Paris, 2010. Selon le rapport, la nécessité de simplifier la représentation élue du personnel tient à une série de difficultés dont la troisième est le coût de la représentation du personnel. L'importance de celui-ci serait un frein à la croissance des entreprises et, donc, à la représentation des salariés dans les entreprises françaises. Or, poursuit l'auteur, cet effet serait radicalement contraire à celui recherché et serait particulièrement néfaste d'un point de vue économique et sociale; cf. également, « L'entreprise de l'après-crise. Renouveler la contribution de l'entreprise à la cohésion sociale », *Les notes de l'Institut*, Institut de l'entreprise janvier 2010, spéc. p. 37 : « leur fonctionnement [des I.R.P] peut s'accompagner de dérives formalistes, qui induisent un coût réel pour les entreprises et nuisent in fine à la qualité du dialogue social ».

⁸²⁴ Sur l'évaluation économique du droit du travail, T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Th. U-P.O.N.D. 2009 ; A. Lyon-Caen (dir.), *L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes. Rapport final*, I.I.P.E.C. 2008.

⁸²⁵ Cf. Extrait de l'exposé des motifs du projet de loi quinquennale relatif au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, tiré de la présentation du Chapitre III relatif aux dispositions relatives aux

Celle-ci visait à réduire le coût financier pour les petites et moyennes entreprises que représentent l'organisation des élections et le paiement des heures de délégation des représentants des salariés⁸²⁶. La finalité du dispositif permet d'éclairer le choix du législateur de préférer la décision unilatérale du chef d'entreprise à l'accord collectif pour décider de la mise en place de la délégation unique du personnel : il s'agit de redonner à ce dernier une maîtrise sur l'organisation de son entreprise.

B. La représentation des salariés dans la conception institutionnelle de l'entreprise

434. Pour des raisons différentes, les théories institutionnelles de l'entreprise justifient également l'intervention du chef d'entreprise en matière de représentation des salariés. Issues de la tradition du catholicisme social, elles reposent sur l'idée qu'il n'existe pas d'antagonisme des intérêts entre employeurs et salariés. L'entreprise serait une institution, une communauté d'intérêts représentée par l'employeur, œuvrant en vue d'un bien commun : l'intérêt de l'entreprise⁸²⁷.

435. Cette idée, présente dès la fin du XIX^{ème} siècle, a fortement imprégné par la suite le droit du travail vichyste. Si, pour l'essentiel, le droit du travail a été réécrit lors de la Libération, les théories institutionnelles n'en ont pas moins conservé leur vigueur⁸²⁸. Cela

institutions représentatives du personnel : « *Le projet de loi a pour objectif d'alléger et de simplifier les obligations pesant sur les petites et moyennes entreprises sans remettre en cause les droits des salariés* », p. 7.

⁸²⁶ Le dispositif permet d'une part de limiter le nombre de représentants élus des salariés. A titre d'exemple, dans une entreprise dont l'effectif est compris entre 50 et 74 salariés, le nombre de représentants élus est de 3 au lieu de 5. Ce nombre peut néanmoins être augmenté par voie conventionnelle (soc, 8 janvier 1997, n° 96—60.322, inédit). Sur la base du même exemple, la mise en place d'une délégation unique du personnel permet de limiter le nombre d'heures de délégation à vingt heures par mois et par représentants au lieu de 15 heures pour les délégués du personnel et 20 heures pour les représentants au comité d'entreprise.

⁸²⁷ Le concept de bien commun s'est souvent réclamé de la pensée de Saint Thomas d'Aquin à qui l'on doit la citation célèbre : « *Au bien d'un seul on ne doit pas sacrifier celui de la communauté : le bien commun est toujours plus divin que celui de l'individu* », *Somme contre les gentils*, Cerf 1993. Sur la notion d'intérêt de l'entreprise et sa place en droit positif, G. Couturier, « L'intérêt de l'entreprise », *in les orientations sociales du droit contemporain. Écrits en l'honneur de J. Savatier*, P.U.F. 1992, p. 143. Sur le lien entre la notion de bien commun et l'intérêt de l'entreprise, cf. A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *R.T.D. com.* 1985, p. 621 et spéc. p. 624.

⁸²⁸ P. Durand, « Aux frontières de l'institution et du contrat, la relation de travail », *J.C.P.* 1944.387 ; « La notion juridique entreprise », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1948, pp 45-60 ; J. Brèthe de la Gressaye, « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Dr. soc.* 1960, p. 633 ; mais également, M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Th. Toulouse, 1956 ; J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, Thémis,

s'explique notamment par l'autorité académique de P. Durand qui a formulé une théorie institutionnelle de l'entreprise⁸²⁹.

436. On attribue souvent à ce dernier d'avoir appliqué à l'entreprise les théories d'Hauriou et, dans une moindre mesure, celle de Duguit⁸³⁰.

Cependant, ces deux auteurs du début du XX^{ème} siècle ne nient pas qu'il existe des rapports de force et des conflits d'intérêts dans la société⁸³¹. Sans attacher une attention particulière sur ce qui les oppose, il convient néanmoins de rappeler que L. Duguit, à la différence de M. Hauriou, ne fait pas de l'*institution*, en particulier celle de l'État, un remède contre les antagonismes sociaux⁸³². Cela étant, l'idée d'une communauté d'intérêts originelle semble étrangère aux théories de l'institution développées respectivement par ces deux auteurs⁸³³. C'est en effet que la pensée de P. Durand trouve un autre ancrage, celui de la vision

1956, pp. 155 s ; F. Bloch Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*, Seuil, 1963. Cf. notamment, p. 23, 24 et 32.

⁸²⁹ Cf. Travaux Associations Capitant, T. III 1947, p. 45-60. D'autres auteurs méritent d'être cités tels que J. Brèthe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938.

⁸³⁰ P. Durand reprend à L. Duguit notamment la distinction entre acte-règle et acte condition : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, 2^e éd., *op. cit.*, p. 219-222 P. Durand reprend à M. Hauriou l'idée d'une fonction que détient le chef d'entreprise, justifiant ses prérogatives ; M. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, Toulouse, E. Privat, 1906, p. 169 : « *L'ensemble des attributions d'un organe constitue une fonction ; l'organe a un droit sur cette fonction, un droit de nature réelle, et ce droit constitue son statut* ».

⁸³¹ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, A. Fontemoing, 1901, p. 265-266 : « *Il y a un droit contre l'État ; parce que l'État n'est pas le créateur du droit ; parce que ce qu'on appelle l'État, ce ne sont que des individus plus forts que les autres, et que comme tous les autres, ils sont soumis au droit objectif. (...) Ainsi le pouvoir politique n'est jamais légitime par son fondement ; le pouvoir du peuple n'est pas plus légitime en soi que le pouvoir d'un monarque ou d'une aristocratie ; le pouvoir ne devient légitime que par la manière dont il s'exerce ; et tout pouvoir est légitime quand il s'exerce conformément à la règle de droit. L'État est la force réglée et limitée par le droit* ». M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Sirey 1907, p. 14 : « *Une des forces domine les autres, son pouvoir est modéré par la résistance de celles-ci, cependant il détermine la structure et la direction de l'ensemble. C'est ainsi que, dans une assemblée délibérante, la majorité domine la minorité* ».

⁸³² M. Hauriou, « La science sociale traditionnelle », in *Ecrits sociologiques*, Dalloz, 2008, p. 382 : « *On envisage trop souvent le pouvoir sous la forme simplifiée du commandement et de la contrainte sans se préoccuper de sa fonction, on en arrive alors, ainsi que l'a fait M. Duguit, à considérer la puissance publique comme une simple force, « la plus grande force, et à lui dénier toute légitimité propre ; on tombe alors dans ce que l'on pourrait appeler "l'anarchisme de la chaire" » ; Sur ce qui différencie la notion d'institution chez ces deux auteurs cf. C. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1930, p. 231 ; T. Boccon-Gibod, *Les principes démocratiques de l'autorité, Fondements et modalités de l'exercice du pouvoir dans les sociétés contemporaines*, Th. U-P.O.N.D. 2011, p. 414 s ; E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* 1995, 30/31, p. 381.*

⁸³³ La référence au bien commun dans la pensée d'Hauriou ne se confond pas avec l'idée de communauté d'intérêts défendue par P. Durand qui l'emprunte à la pensée organiciste allemande.

organiciste allemande du rapport d'emploi⁸³⁴. Celui-ci naît de l'intégration du salarié dans la communauté de travail et c'est de cette appartenance que découlent les droits et les obligations du salarié. Or, le chef d'entreprise est le représentant de la communauté de l'entreprise, composée des travailleurs, des dirigeants et des actionnaires. Comme cela a été relevé ailleurs, P. Durand estime que l'employeur a pour fonction de « *coordonner les éléments [de la société professionnelle] et d'assurer le bien commun du groupement* ». De ce fait, il en est « *le législateur naturel* »⁸³⁵.

M. Hauriou est attaché aux principes de la pensée libérale. Ces principes le conduisent notamment à réfléchir sur la manière de conserver la cohésion au sein d'un groupe, qui n'est pas selon lui originelle mais est le résultat d'une intériorisation de l'idée d'œuvre, elle-même supposant une incorporation et une personnification. Autrement dit, s'il existe une forme de syncrétisme des gouvernants et des gouvernés dans la pensée d'Hauriou, celui-ci découle de l'institution et de l'intériorisation par les individus de l'idée d'œuvre. En aucun cas, il ne précède l'institution. L'auteur lui-même a pris ces distances avec les publicistes allemands : *L'institution, et le droit statutaire, op. cit.* p. 141 s. Cf. E. Millard, art. préc., p. 386 et p. 398 ; V. également, J. Barroche, « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *R.F.H.I.P.*, 2008, n° 28, p. 307 et spéc. p. 326 ; T. Boccon-Gibod, Th. préc. pp. 361 s. S'agissant des rapprochements (et des différences) entre la théorie d'Hauriou et la pensée organiciste allemande : C. Argyriadis-Kervegan, « Rapprochements entre la théorie de M. Hauriou et de la théorie publiciste allemande de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} », in J.-L. Bras, *L'institution, passé et devenir d'une catégorie juridique*, L'harmattan, 2008, p. 123 et spéc. p. 135. Quant à L. Duguit, dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*, dès les premières pages, il se départit des théories de l'État qui envisagent celui-ci, tantôt comme une « *volonté collective* », tantôt comme « *la collectivité organisée* », tantôt comme à la fois « *organisme et volonté, l'organisme étant le support de cette volonté* », tantôt comme une personne juridique. S'agissant en particulier des théories de l'État représentant celui-ci comme organisme et volonté, Duguit renvoie à Otto von Gierke, théoricien allemand jusnaturaliste à qui l'on doit la notion d'« *organisme moral spirituel* ». Cette notion rend compte de l'unité de la communauté que forment les individus : cf. G. Gurvitch, « Otto v. Gierke, philosophe du droit », *Écrits allemands. II, Philosophie du droit, philosophie sociale et phénoménologie*, trad. C. Papilloud et C. Rol, *Logiques sociales*, Série Sociologies européennes, 2006, p. 13. Or, estime Duguit, « *toutes ces doctrines, quelles que soient l'autorité et l'ingéniosité de leurs défenseurs ne sont qu'hypothèses et fictions, quand elles n'aboutissent pas un cercle vicieux* ». Et d'ajouter, « *Derrière ces volontés et ces consciences individuelles, il y a, dit-on, une volonté et une conscience collective, distincte des volontés et des consciences individuelles. Sans doute, un certain nombre d'hommes, à une même époque, veulent et pensent la même chose. En résulte-t-il une volonté, une conscience qui ne soit pas celle des individus ? Qu'on admette l'hypothèse irréalisable où tous les hommes d'un même groupe social pensent et veulent la même chose : en sortira-t-il une volonté et une conscience qui ne soient pas celles des individus ?* » : L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, Paris, 1901, pp. 4-7.

⁸³⁴ En effet, la pensée de P. Durand s'inscrit dans la doctrine de l'*Arbeitsverhältnis*. Cf. P. Durand, « Aux frontières de l'institution et du contrat, la relation de travail », *J.C.P.* 1944.387. A cet égard, A. Jeammaud écrit que : « *A ce lien intime de la thèse de la relation de travail avec une véritable idéologie de l'entreprise s'ajoutait le fait, apparemment indifférent à P. Durand mais gênant pour nombre de juristes français (même peu progressistes) que la doctrine de l'Arbeitsverhältnis avait été cultivée par des juristes serviteurs du Reich Hitlérien* », « La centralité retrouvée du contrat de travail », in *Estudios juridico en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano, México*, U.N.A.M. 2003, p. 418.

⁸³⁵ P. Durand, *Traité de droit du travail*, Dalloz, Tome 1, 1947, n° 119, P. 151.

La pensée institutionnelle a persisté bien qu'elle ait pu prendre ses distances avec les idées défendues par cet auteur. Ainsi en est-il par exemple de M. Despax qui a cherché à montrer que l'entreprise est un « *sujet de droit naissant* »⁸³⁶ ou bien de M. N. Aliprantis pour qui l'entreprise constitue un ordre juridique infraétatique réceptionné par l'ordre juridique étatique⁸³⁷. Ce dernier part à la recherche de la norme fondamentale de l'ordre juridique de l'entreprise, point de repère de tout ordre juridique : « *en régime capitaliste, la norme fondamentale de l'entreprise ne peut être autre que celle par laquelle l'entrepreneur-employeur s'investit lui-même du pouvoir de poser (créer) des normes collectives et individuelles, abstraites et concrètes, générales et particulières et aussi d'être le coauteur de normes* »⁸³⁸.

La conception institutionnelle de l'entreprise n'est pas hostile à la participation des travailleurs et à l'existence d'une représentation des salariés. Au contraire, celle-ci est perçue comme partie intégrante de l'entreprise-institution. Ceci explique pourquoi la théorie institutionnelle a pu se concilier avec la reconnaissance du principe de participation, qu'elle a d'ailleurs marqué de son empreinte⁸³⁹. En effet,

« Outil d'organisation d'une collectivité humaine formée du chef d'entreprise et de l'ensemble des salariés, de quelque catégorie qu'ils relèvent, les normes qui composent ce qu'il est convenu d'appeler le droit du travail ont, entre autres, pour finalité de faire prendre conscience à tous les membres de cette collectivité qu'ils constituent une communauté tendue vers la réalisation d'un même but : le renforcement et le développement d'une entreprise dont l'intérêt doit transcender les préoccupations de chacun. Mais l'émergence – au-delà des mots – de cette communauté suppose que place soit accordée, de manière équilibrée, aux aspirations de tous. Il est nécessaire que soient harmonieusement conjuguées protection et participation, les salariés devant éprouver le sentiment d'être réellement associés aux résultats de

⁸³⁶ M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paris 1957, p. 377 et surtout p. 411. Adde. G. Lambert, « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise, *Mélanges Kayser*, P.U.A.M. 1979, p. 77.

⁸³⁷ N. Aliprantis, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », *Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes, études en hommage à Madame Hélène Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 185. L'auteur entend explicitement se défaire de toute idéologie déformante, surtout de l'idéologie communautaire, et dépasser ce qui constitue selon lui le principal défaut de la théorie institutionnelle.

⁸³⁸ Art préc. p. 194.

⁸³⁹ Sur l'absence de remise en cause du pouvoir de l'employeur par le principe de participation, cf. *supra* n° 222.

l'entreprise (non seulement lorsqu'ils sont mauvais mais aussi lorsqu'ils sont bons) et à sa gestion, via leurs représentants »⁸⁴⁰.

437. En 1946, la participation des salariés à la détermination de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise est devenue une exigence démocratique. Toutefois, il ne s'agit aucunement de remettre en cause la structure hiérarchique de l'entreprise capitaliste, ni la conception institutionnelle héritée de P. Durand et du régime de Vichy. La participation des salariés à la gestion de l'entreprise fait figure de « *technique d'harmonisation du capital et du travail* »⁸⁴¹. Le comité d'entreprise, créé par l'ordonnance du 22 février 1945, en est le résultat⁸⁴². Dans le contexte d'Après-guerre, il est autant une conquête du mouvement ouvrier que le fruit d'un compromis dans un climat politique mouvementé⁸⁴³. Si l'esprit des comités d'entreprise traduit différentes manières d'appréhender les rapports de travail, ces derniers ont néanmoins été pensés comme une institution de « *coopération* » entre les salariés et l'employeur⁸⁴⁴. Si, comme l'indique M^{me} N. Catala, les travailleurs y sont reconnus comme

⁸⁴⁰ B. Teyssié, « L'entreprise et le droit du travail », *Arc. Phil. Droit* 1997, p. 355 et spéc. p. 358. Nous soulignons.

⁸⁴¹ G. Lyon-Caen, A. Lyon-Caen, « La "doctrine" de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, p. 620.

⁸⁴² Ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945 relative à l'institution des comités d'entreprise, *J.O.R.F.* du 23 février 1945, p. 954.

⁸⁴³ Cf. J.-P. Le Crom, *L'introuvable démocratie salariale*, Syllepse, 2003, p. 45.

⁸⁴⁴ M Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J., 2005 (8ème édition) : « *Le comité d'entreprise est un organe de représentation collective du personnel chargé de contrôler la marche générale de l'entreprise et de gérer les activités sociales et culturelles* » ; A. Lyon-Caen, « Le comité d'entreprise à l'heure du changement », *Dr. soc.* 1983, p. 299 ; « Le comité d'entreprise institution représentative du personnel », *Dr. ouv.*, 1986, p. 355 ; J.-P. Le Crom, « Le comité d'entreprise, une institution sociale instable », in *L'Enfance des comités d'entreprise*, Actes du colloque des 22-23 mai 1996, Roubaix, Centre des archives du monde du travail, 1997, pp. 173-197. Selon ce dernier, « *il apparaît que le comité d'entreprise n'est pas de façon exclusive un acquis du mouvement ouvrier. C'est une institution "équivoque", au sens où elle peut jouer des rôles différents, voire contradictoires, être un instrument d'intégration ou de contestation, voire mêler ces deux fonctions, [...]* ». Ainsi, cinq principes directeurs ont guidé la création de l'institution du comité d'entreprise : système dual où coexistent délégués du personnel et comité d'entreprise ; refus de la cogestion puisque le rôle des comités d'entreprise est limité à l'information et à la consultation ; gestion des œuvres sociales par le comité d'entreprise ou/et le chef d'entreprise ; choix de l'élection des membres du comité d'entreprise mais placés sous la tutelle des syndicats ; présidence du comité d'entreprise confiée de droit au chef d'entreprise. Avant même son adoption, il existait plusieurs conceptions de ce que pourrait être le comité d'entreprise. Se rencontrait tout d'abord une vision de type paternaliste, s'inspirant de la Charte du travail de 1941. Différente était la conception qui défendait l'idée d'un contrôle ouvrier, notamment à la C.G.T., où la représentation devait passer par le syndicat et où l'on refusait toute convergence d'intérêts entre ouvriers et patronat. Cette tendance évoluera cependant jusqu'à la Libération pour admettre en particulier le fait d'institutions élues. Un troisième modèle existe enfin, dit participatif, défendu par la C.F.T.C., prônant un pouvoir partagé notamment sur les questions professionnelles.

formant un groupe organisé⁸⁴⁵, le comité d'entreprise fait aussi apparaître l'idée d'une communauté d'intérêts. L'institution du comité d'entreprise, est révélatrice de rapports collectifs construits sur la base « *de sociétés organisées de caractère hiérarchique* »⁸⁴⁶, dont « *le chef d'entreprise serait le législateur naturel* »⁸⁴⁷. Elle est à l'image de l'entreprise elle-même, envisagée « *comme une organisation rassemblant des travailleurs sous l'autorité d'un chef pour la réalisation d'une activité commune* »⁸⁴⁸.

438. La théorie institutionnelle de l'entreprise s'est instillée dans d'autres règles régissant les relations collectives de travail, et notamment celles investissant le chef d'entreprise d'un pouvoir décisionnel en matière de représentation des salariés. Ce dernier apparaît quelquefois comme le garant du bon fonctionnement de l'entreprise et des institutions de représentation des salariés. Cette fonction justifie son intervention dans l'organisation des élections professionnelles dans l'entreprise⁸⁴⁹. Elle explique aussi qu'il veille aux conditions de publication et de diffusion des informations d'origine syndicale⁸⁵⁰, à celles relatives à l'utilisation des heures de délégation⁸⁵¹, etc. Enfin, la conception institutionnelle n'est pas absente lorsque, à l'occasion de la loi du 16 mai 1946, le législateur autorise qu'un usage prévoie des règles relatives aux pouvoirs et au fonctionnement du comité d'entreprise. Ainsi, l'usage et la norme négociée se trouvent mis à égalité, laissant penser que l'un et l'autre participent d'une même rationalité. La loi du 28 octobre 1982, qui abandonne l'idée de coopération et renforce le pouvoir de contrôle du comité d'entreprise sur le chef d'entreprise, n'a pourtant pas modifié cette disposition. Elle n'a pas non plus interdit à l'employeur d'apporter des restrictions au fonctionnement de cette institution. Peut-être s'agissait-il de ne

⁸⁴⁵ N. Catala, *L'Entreprise*, in G.-H. Camerlynck (dir.), *Traité de Droit du travail*, Tome IV, Dalloz, 1980. L'auteur relève que si une solidarité entre employeur et salariés existe, elle ne peut être que « *partielle et précaire* ».

⁸⁴⁶ P. Durand, « La notion d'entreprise », art. préc., p. 45.

⁸⁴⁷ P. Durand, *Traité de droit du travail*, Dalloz, Tome 1, 1947, n° 119, p. 151, cité in A. Supiot, « La Réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1992, p. 215.

⁸⁴⁸ N. Catala, op. cit. p. 138. Plus loin l'auteur écrit : « *La faculté pour le chef d'entreprise d'édicter des règles générales et permanentes fixant les conditions de travail et de vie des salariés au sein de l'établissement semble remonter aux origines de l'ère industrielles* », *Ibid.* p. 200.

⁸⁴⁹ Il est à l'initiative du processus électoral. Il lui revient également d'établir les listes électorales ou encore de suppléer le cas échéant l'absence d'accord préélectoral et de décisions du juge en prévoyant les modalités d'organisation du scrutin.

⁸⁵⁰ Art. L. 2142-3 *C. trav.*

⁸⁵¹ Cf. Art. L. 2143-17 ; L. 2315-1 s. ; L. 2325-6 s. *C. trav.*

pas renoncer à la conception institutionnelle qui caractérisait cette institution, plus que celle des délégués du personnel et des délégués syndicaux⁸⁵².

Paragraphe 2 – L'étendue du pouvoir normatif du chef d'entreprise en matière de représentation des salariés

439. La loi et la jurisprudence reconnaissent parfois l'efficacité des normes issues du pouvoir de l'employeur. Le plus souvent cependant, leur place est résiduelle (A). En outre, ces normes font l'objet d'un contrôle particulièrement resserré qui limite d'autant leur capacité à régir la représentation des salariés dans l'entreprise (B).

A. La place résiduelle confiée aux normes issues du pouvoir patronal

440. Les décisions de l'employeur ou les usages en matière de représentation des salariés apparaissent tantôt subsidiaires tantôt hiérarchiquement inférieures à l'accord collectif. Bref, il s'agit d'une source secondaire de la représentation des salariés à laquelle une place résiduelle est confiée (1). Une exception à cette affirmation existe cependant. Le législateur privilégie le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise sur celui des interlocuteurs sociaux s'agissant de la mise en place d'une délégation unique du personnel (2).

1. Les normes issues du pouvoir patronal : une source secondaire

441. **Le caractère subsidiaire des normes patronales en matière électorale** - Le recul du pouvoir décisionnel de l'employeur est particulièrement perceptible en matière électorale. Longtemps, il revenait à ce dernier « *l'obligation et la responsabilité de l'organisation des élections pour les représentants du personnel* »⁸⁵³. Cette situation faisait remarquer à l'auteur que « *le système français [était] empreint, dans la matière, d'un certain paternalisme car le rôle*

⁸⁵² On rappellera les propos caractéristiques du député P. Clément : « *Ce combat politique, ce renforcement de la lutte des classes au sein de l'entreprise se manifestent avec éclat à propos de la transformation du rôle des comités d'entreprise. Ceux-ci constituaient une des pierres angulaires de l'œuvre sociale accomplie depuis la Libération. Il leur était assigné une mission originale : regrouper élus du personnel et patrons en vue de coopérer. La loi nouvelle supprime purement et simplement le mot de coopération dans la définition qui est donnée du comité d'entreprise. Il ne s'agit pas — vous le devinez — d'une question de forme, mais bien d'un problème de fond : comme l'ensemble des institutions dites représentatives du personnel, le comité va désormais être érigé en instrument de combat* », *J.O.A.N.* 2^{ème} séance du 1^{er} octobre 1982, p. 5322.

⁸⁵³ N. Aliprantis, *op. cit.*, p. 210.

actif que [jouait] l'employeur en matière d'élection n' [avait] rien de nécessaire »⁸⁵⁴. Puis, la loi du 28 octobre 1982 a institué une obligation de négocier en matière préélectorale, qui a eu pour conséquence d'interdire à l'employeur d'organiser unilatéralement les élections sans avoir au préalable tenté de négocier le protocole d'accord préélectoral⁸⁵⁵. Sans dire que le pouvoir de décision unilatérale a disparu⁸⁵⁶, il faut admettre que celui-ci est devenu, pour l'essentiel, une source supplétive. Il appartient toujours à l'employeur de prendre l'initiative de l'organisation des élections et d'établir la liste électorale⁸⁵⁷. Pour le reste, l'organisation et le déroulement des élections sont définis par l'accord préélectoral.

442. D'une part, « *le chef d'entreprise ne peut unilatéralement modifier les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales arrêtées par le protocole négocié* »⁸⁵⁸. D'autre part, suivant les articles L. 2314-23 et L. 2324-21 du Code du travail, en cas d'absence d'accord, il échoit en principe au juge judiciaire de fixer ces modalités. Ce n'est que lorsque certaines des modalités liées à l'organisation des opérations électorales n'ont pas été prévues par l'accord qu'« *il appartient à l'employeur, en l'absence de saisine du juge d'instance conformément aux dispositions du dernier alinéa de l'article L. 423-13 du Code du travail, d'en fixer les modalités* »⁸⁵⁹. La même solution a également été retenue en cas de carence des organisations syndicales⁸⁶⁰. Le sort de cette jurisprudence est incertain depuis l'adoption de la loi du 20 août 2008, encore que la Cour de cassation semble maintenir sa jurisprudence sur ce point⁸⁶¹.

443. **L'infériorité hiérarchique des usages et de quelques accords informels** - En dehors du processus électoral, le pouvoir normatif de l'employeur subsiste dans quelques domaines circonscrits.

⁸⁵⁴ *Ibid.*

⁸⁵⁵ On relèvera cependant déjà une jurisprudence antérieure : Soc, 4 février 1970, *Bull. civ. V*, n° 82 ; *L.S.* n° 3707, 10 décembre 1970.

⁸⁵⁶ J.-C. Javillier, « Syndicat et représentation élue dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1984, p. 31 et spéc. p. 34.

⁸⁵⁷ Art. R. 2314-23 et Art. R. 2324-24 *C. trav.*

⁸⁵⁸ Soc, 12 juillet 2006, *Bull. civ.* n° 251 ; *R.J.S.* 2006, p. 888, n° 1205.

⁸⁵⁹ Soc, 12 février 1985, *Bull. civ. V*, n° 99 ; la même solution a été retenue pour l'élection des représentants au comité d'entreprise : Soc, 13 juin 1989, *Bull. civ. V*, n° 437 ; *D.* 1989, p. 197 ; *Dr. soc.* 1990, p. 316, note J. Savatier. *Adde* Soc, 30 octobre 1991, n° 90-60.544 (inédit), *D.* 1992, p. 285 : « *en cas d'échec des négociations du protocole préélectoral et en l'absence de décision du juge, l'employeur était tenu de fixer les modalités d'organisation et de déroulement du scrutin* ».

⁸⁶⁰ En cas d'échec des négociations : Soc, 30 octobre 1991, inédit ; *D.* 1992, p. 285, obs. G. Borenfreund ; en cas de carence des organisations syndicales, Soc, 5 février 1997 ; *R.J.S.* 1997, p. 207, n° 309.

⁸⁶¹ Soc, 6 octobre 2011, *Bull. civ. V*, n° 228 ; *R.J.S.* 12/11, n° 1004 ; Y. Struillou, « Organisation et déroulement des opérations électorales : quelles conditions de majorité ? », *R.J.S.* 1/12, p. 9.

444. Tout d'abord, il convient d'évoquer les hypothèses où la licéité des usages est admise, que ce soit en matière de représentation élue ou que ce soit en matière de droit syndical. Selon les articles L. 2325-4 et L. 4611-7 du Code du travail déjà évoqués, les règles relatives aux pouvoirs et au fonctionnement du comité d'entreprise et du C.H.S.C.T. peuvent faire l'objet d'usages plus favorables⁸⁶². Selon la Cour de cassation, les usages antérieurs à la loi du 23 décembre 1982 ne sont pas caducs, aussi bien ceux relatifs aux moyens des représentants au C.H.S.C.T.⁸⁶³ que ceux relatifs à la composition de ce comité⁸⁶⁴. Par ailleurs, en matière de droit syndical, la Cour de cassation a reconnu la licéité d'usages instituant des conditions plus favorables que celles prévues à l'article L. 2142-4 du Code du travail s'agissant de la distribution de tracts syndicaux⁸⁶⁵. Elle n'a pas non plus contesté l'usage permettant un dépassement du contingent d'heures de délégation bénéficiant aux représentants des salariés⁸⁶⁶ ; ou encore celui qui prévoit l'indemnisation du temps de déplacement des représentants élus et syndicaux⁸⁶⁷. Rappelons encore que les juges ont admis l'existence d'un usage autorisant la participation d'une personne non salariée de l'entreprise à la délégation appelée à négocier un accord d'entreprise, alors même que l'article L. 132-20 du Code du travail [L. 2232-17 *C. trav.*] prévoit seulement la conclusion d'un accord unanime⁸⁶⁸.

⁸⁶² Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, *J.O.R.F.* 13 mars 2007 ; ratifiée par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

⁸⁶³ Soc, 10 décembre 1987, *D.* 1987, I.R. p. 8.

⁸⁶⁴ Soc, 18 juin 1986, *Bull. civ.* V, n° 318, préc.

⁸⁶⁵ Soc, 27 mai 1997, *Bull. civ.* V, n° 193 ; *R.J.S.*, 1997, p. 538, n° 832 ; *ibid.* p. 507 ; *Dr. soc.* 1997, p. 760, obs. J. Savatier. L'auteur relève qu'en évoquant l'absence de preuve de l'existence d'un usage, l'arrêt semble exigé davantage que la preuve d'une simple tolérance du chef d'entreprise mais celle du caractère général, constant et fixe de celle-ci. Il ajoute qu'un engagement unilatéral de l'employeur est également envisageable à condition qu'il n'opère aucune discrimination entre les organisations syndicales. En l'espèce il s'agissait d'un usage autorisant la distribution de tracts syndicaux pendant les heures de travail.

⁸⁶⁶ Soc, 8 janvier 1981, *Bull. civ.* V, n° 20 ; *D.* 1981, p. 424, obs. P. Langlois ; Soc, 16 février 1994, *R.J.S.* 1994, p. 276, n° 426 ; Soc, 16 mars 2004, *Bull. civ.* V, n° 89 ; *Dr. soc.* 2004, p. 674, obs. C. Radé. L'auteur admet la licéité des usages en matière de représentation des salariés en se référant à un arrêt inédit de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 janvier 1982 (*J.C.P.* 1982.112). Il convient pourtant de remarquer qu'à la date de la décision, les dispositions inscrites désormais aux articles L. 2141-10, L. 2312-6 et L.2324-5 du Code du travail n'avaient pas encore été modifiées par la loi du 28 octobre 1982. Or, c'est à compter de cette date que la loi interdit les restrictions apportées par des mesures unilatérales du chef d'entreprise et que le doute naît sur le sort réservé aux mesures unilatérales de l'employeur.

⁸⁶⁷ Soc, 5 janvier 2005, *Bull. civ.* V, n°1.

⁸⁶⁸ Soc, 19 octobre 1994, *Bull. civ.* V, n° 281 : « *que si l'article L. 132-20 du Code du travail ne prévoit pas la participation à la délégation syndicale chargée de négocier d'un représentant syndical non salarié de l'entreprise, ce texte n'interdit pas la présence dans la délégation d'un tel représentant en vertu d'un accord ou d'un usage plus favorable ; que, dès lors, en s'abstenant de rechercher si, comme le soutenait la C.S.T.M., un usage permettait la participation à la négociation d'un représentant syndical étranger à*

La reconnaissance des seuls usages implique-t-elle que les décisions unilatérales du chef d'entreprise soient exclues ? L'usage n'est pas à proprement parler une mesure unilatérale de l'employeur⁸⁶⁹. Il est une pratique ouvrant des avantages aux salariés et répondant aux critères de généralité, de fixité et de constance⁸⁷⁰. Mais, dans la mesure où le chef d'entreprise a le pouvoir de le supprimer en le dénonçant, l'usage relève bien de son pouvoir normatif⁸⁷¹. Plus généralement, l'application d'un régime juridique identique aux usages et aux engagements unilatéraux de l'employeur conduit à douter d'une telle proposition⁸⁷².

445. Ensuite, la loi prévoit parfois l'existence d'« *un accord avec l'employeur* ». C'est essentiellement en matière d'exercice du droit syndical dans l'entreprise, que le Code du

l'entreprise, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Cf. toutefois, Soc, 5 janvier 2011, *Bull. civ. V*, n° 6 : sur le fondement de l'article L. 2232-17, la Cour de cassation autorise qu'un « *accord plus favorable conclu entre l'employeur et l'ensemble des organisations participant à la négociation* » modifie la composition de la délégation syndicale appelée à négocier un accord d'entreprise.

⁸⁶⁹ Comp. J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 27^{ème} édition, 2013, p. 746, n° 719. Selon ces auteurs, les usages d'entreprise seraient « *des engagements unilatéraux nés de la pratique* ». « *Un usage d'entreprise n'est pas un véritable usage. [...] Comme ces pratiques sont propres à l'entreprise, elles sont soit des pratiques de l'employeur [...], soit des pratiques que l'employeur a laissées s'instaurer. Dans les deux cas, ces pratiques peuvent être imputées à la volonté d'un employeur unique, ce qui les rapproche des engagements unilatéraux* ». Adde E. Dockès, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227.

⁸⁷⁰ Sur la notion d'usage, P. Deumier, *Le droit spontané*, *Economica* 2002 p ; 188 : « *est usage la règle spontanée adoptée par un groupe spécial, limité par des intérêts particuliers. La coutume, en revanche, est reconnue par une communauté plus vaste regroupant des intérêts divers, moins homogènes, transcendant les solidarités particulières* ». Sur les usages d'entreprise, J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail, op. cit.* p. 746 n° 719. Sur le critère de fixité, Soc, 22 janvier 1981, *Bull. civ. V*, n° 56.

⁸⁷¹ Soc, 16 mars 1989, *Bull. civ. V*, n° 211 ; Soc, 16 mars 2004, *Bull. civ. V*, n° 89 ; *Dr. soc.* 2004, p. 674, obs. C. Radé.

⁸⁷² J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, « Les normes non conventionnelles d'entreprise », *G.A.D.T.*, Dalloz, 2008, pp. 637-656 ; P. Waquet, « La dénonciation des usages de l'entreprise et des engagements unilatéraux de l'employeur », *S.S.L.* 1994, p. 56 ; E. Dockès, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr ; soc.* 1994, p. 227 ; A. Supiot, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.* 1992, p. 215. De manière générale, les juges soumettent les usages au même régime que les engagements unilatéraux de l'employeur qu'il s'agisse des conditions de leur dénonciation (Soc, 25 février 1988, *Bull. civ. V*, n° 139 ; *I.U.M.M.* n° 88.505, p. 307 ; *D.* 1988, p. 319, obs. A. Lyon-Caen (arrêt Deschamps)), du principe de non incorporation au contrat de travail (Soc, 11 janvier 2000, *R.J.S.* 2000, n° 151 et Soc, 16 novembre 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 233, obs. J. Savatier ; *D.* 2006 Pan. p. 417, obs. G. Borenfreund) ; de leur force obligatoire à l'égard de l'employeur (pour les usages : Soc, 27 mars 1996, *Bull. civ. V*, n°121 et pour les engagements unilatéraux de l'employeur : Soc, 4 avril 1990, *Bull. civ. V*, n° 161 ; *Dr. soc.* 1990, p. 803 obs. J. Savatier ; *G.A.D.T.* 2008, n° 176, p. 793) ; de leur transmission au nouvel employeur en cas de changement de situation juridique de l'entreprise (pour les usages : Soc, 23 septembre 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 926 et pour les engagements unilatéraux de l'employeur : Soc, 16 décembre 1992, *Bull. civ. V*, n° 594), ou encore de leur articulation avec les normes légales et conventionnelles (pour les usages : Soc, 16 mars 2004, *Bull. civ. V*, n° 89 ; *Dr. soc.* 2004, p. 674, obs. C. Radé et pour les engagements unilatéraux de l'employeur Soc, 19 novembre 1997, préc.).

travail renvoie à un tel accord⁸⁷³. Il en est ainsi de la détermination des modalités d'exercice de certains droits, tels que le droit de disposer d'un local⁸⁷⁴, le droit d'affichage⁸⁷⁵, ou encore le droit de réunion⁸⁷⁶. La référence à « *un accord avec l'employeur* » exige-t-elle la conclusion d'un accord collectif de travail ?

446. C'est la position soutenue par Mme M. Grévy à la suite d'un arrêt inédit rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 18 janvier 2011. Selon cette décision, « *un accord sur l'exercice des droits syndicaux conclu entre un employeur et des organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise est un accord collectif de travail et qu'en conséquence sa validité est soumise aux conditions prévues au titre troisième du livre deuxième de la partie du Code du travail traitant des relations collectives de travail* »⁸⁷⁷. Selon Mme M. Grévy, « *[en] faisant indistinctement référence à "un accord sur l'exercice des droits syndicaux", la solution paraît bien avoir vocation à s'appliquer à tous les accords relatifs aux modalités d'exercice du droit syndical dans l'entreprise, qu'il s'agisse d'accords améliorant les dispositions légales en application de l'article L. 2141-10 du Code du travail ou d'accords aménageant les modalités d'exercice des droits syndicaux, tels que prévus en particulier aux articles L. 2142-9, L. 2142-3 et L. 2142-10 du Code du travail* ». Plus encore, l'auteur s'interroge si, en l'absence de précision légale, il n'avait pas été plus opportun d'imposer l'exigence d'unanimité.

Pourtant, si la lecture proposée de l'arrêt est séduisante, elle demeure fragile.

⁸⁷³ En matière de représentation élue, il convient d'évoquer en ce sens une circulaire d'interprétation dans laquelle il est indiqué que le protocole d'accord préélectoral peut être « *exprès ou tacite* » et qu'il ne répond pas à aucune exigence de forme. Circ. 25 octobre 1983, *J.O.R.F.* 20 décembre 1983, p. 1024 ; *Liaisons sociales*, 1983, légis., n° 5414. En ce sens, G. Couturier, *Traité de droit du travail*, tome 2, P.U.F. 2001, p. 115. Seulement, et particulièrement depuis la loi du 20 août 2008, le régime de conclusion du protocole d'accord préélectoral s'est précisé et semble requérir davantage de formalisme ; il semble en effet plus difficile, au regard de la double exigence majoritaire, de croire que cet accord peut n'être que tacite. Sur les conditions de conclusions du protocole d'accord préélectoral, cf. *infra* n° 1055 s.

⁸⁷⁴ Art. L. 2142-9 *C. trav.* – Les modalités d'aménagement et d'utilisation par les sections syndicales des locaux mis à leur disposition sont fixées par accord avec l'employeur.

⁸⁷⁵ Art. L. 2142-3 *C. trav.* – Les panneaux d'affichage sont mis à la disposition de chaque section syndicale suivant les modalités fixées par accord avec l'employeur.

⁸⁷⁶ Art. L. 2142-10 *C. trav.* – les adhérents de chaque section syndicale peuvent se réunir une fois par mois dans l'enceinte de l'entreprise en dehors des locaux de travail suivant des modalités fixées par accord avec l'employeur.

⁸⁷⁷ M. Grévy, « Exercice du droit syndical dans l'entreprise : nature juridique des accords sur le droit syndical et licéité de la diffusion de tracts syndicaux », *R.D.T.* 2011, p. 190, note sous Soc. 18 janvier 2011, n° 09-12.240, inédit. Nous soulignons.

Tout d'abord, il convient de remarquer que la solution de la Cour de cassation répond à la première branche du moyen qui prétendait que l'exercice du droit syndical ne relevait pas du champ de la négociation collective. Ce que réfute la Cour de cassation. A la lecture de la décision, on pressent que les juges sanctionnent la mauvaise foi de l'employeur, auteur du pourvoi, dont la volonté première était bien de conclure un accord collectif de travail sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. Lorsque tel est le cas, les juges font application des dispositions applicables aux accords collectifs de travail. En revanche, la solution de la Cour de cassation ne permet pas d'affirmer que, dans tous les cas, l'« *accord avec l'employeur* » prend la forme d'un accord collectif de travail.

Ensuite, l'exigence d'un accord collectif de travail paraît peu compatible avec la reconnaissance de la licéité d'usages en matière d'exercice du droit syndical. En effet, loin d'exiger un accord collectif de travail, la Cour de cassation admet l'efficacité de normes attachées au pouvoir de l'employeur, là où la loi exige pourtant un « *accord avec l'employeur* ».

Enfin, la conclusion d'un accord collectif de travail n'est pas requise pour définir les modalités d'exercice du droit syndical. Elle est simplement possible⁸⁷⁸. On peut douter par exemple que, pour chaque réunion d'une section syndicale, il soit nécessaire de convoquer l'ensemble des organisations syndicales représentatives en vue de conclure un accord collectif de travail, condition à laquelle est subordonnée la validité d'un accord collectif de travail⁸⁷⁹. Il serait tout aussi étonnant que les modalités d'aménagement et d'utilisation du local syndical, parfois propre à chaque section syndicale⁸⁸⁰, nécessitent la conclusion d'un accord collectif de travail respectant l'exigence majoritaire. Il est plus probable qu'un accord verbal, voire un consentement tacite de l'employeur, suffise. Or, les accords dits atypiques⁸⁸¹, c'est-à-dire qui ne sont pas conclus conformément aux dispositions relatives aux conventions et accords collectifs, ne peuvent être qualifiés d'accords collectifs de travail⁸⁸². Leur valeur est celle d'un

⁸⁷⁸ En particulier sur le fondement de l'article L. 2141-10 du Code du travail.

⁸⁷⁹ En ce sens D. Fabre, J.-M. Mir et M. Morand, « L'aménagement conventionnel du droit syndical », *S.S.L. Supplément* 2006, n° 1263, p. 23 et spéc. p. 26.

⁸⁸⁰ Tel est le cas dans les entreprises de plus de mille salariés : Art. L. 2142-8 *C. trav.*

⁸⁸¹ Sur la notion d'accords atypiques, cf. J. Savatier, « Accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.* 1985, p. 188 ; C. Freyria, « Les accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.* 1988, p. 43.

⁸⁸² Soc, 25 février 1997, R.J.S. 1997 1998, n° 497, p. 313.

engagement unilatéral de l'employeur⁸⁸³. De plus, la conclusion d'un accord collectif relatif à l'exercice du droit syndical relève de la négociation facultative. Il n'existe pas d'obligation de négocier en matière d'exercice du droit syndical dans l'entreprise, à l'exception toutefois des entreprises du secteur public⁸⁸⁴. Seule cette hypothèse aurait justifié que l'employeur ne puisse intervenir de manière unilatérale, à peine de nullité⁸⁸⁵ ou de suspension de sa décision⁸⁸⁶.

447. Pour autant, même licites et dotés d'une force obligatoire, la subalternité des usages ou des « *accords avec l'employeur* » persiste. Elle découle de l'articulation de l'accord collectif et des normes issues du pouvoir patronal. En effet, la conclusion d'un accord collectif ayant le même objet qu'un usage a pour effet de mettre fin automatiquement à ce dernier, peu important que celui-là soit moins favorable que celui-ci⁸⁸⁷. Ainsi, à la place résiduelle laissée aux normes issues du pouvoir patronal s'ajoute leur infériorité hiérarchique par rapport aux accords collectifs de travail.

2. *Le contre-pied : le choix de l'employeur de mettre en place la délégation unique du personnel*

448. En vertu de l'article L. 2326-1 du Code du travail, « *dans les entreprises de moins de deux cents salariés, l'employeur peut décider que les délégués du personnel constituent la délégation du personnel au comité d'entreprise* ». Il s'agit donc d'une forme dérogatoire de la représentation élue des salariés, permettant d'échapper à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise.

⁸⁸³ Soc, 7 janvier 1988, n° 86-60.544, *Dr. soc.* 1988, p. 464, note C. Freyria ; Soc, 19 novembre 1997, *Dr. soc.* 1998, obs. G. Couturier ; Soc, 7 mai 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 730, obs. G. Couturier.

⁸⁸⁴ Art. L. 2144-2 *C. trav.*

⁸⁸⁵ L. 2243-3 *C. trav.* – Tant que la négociation est en cours conformément aux dispositions de la présente section, l'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés, sauf si l'urgence le justifie. *Adde.* Soc, 29 juin 1994, *Bull. civ.* V, n° 219 ; *D.* 1994, p. 203 ; *R.J.S.* 1994, p. 606, n° 1022 ; *Dr. soc.* 1995, p. 47, obs. J. Savatier, « L'interdiction des décisions unilatérales de l'employeur au cours de la négociation annuelle d'entreprise », p. 43 ; *J.C.P.* 1995 I, p. 3817, n° 7, obs. P.-H. Antonmattéi. On relèvera également qu'il y a lieu de considérer l'existence d'un délit d'entrave : *Crim.* 18 novembre 1997, *Bull. Crim* n° 390, *R.J.S.* 1998, p. 56, n° 76 ; *D.* 1998, p. 260, obs. M.-A. Souriac-Rotschild.

⁸⁸⁶ Soc, 28 novembre 2000, *Dr. soc.* 2001, p. 212, obs. C. Radé ; p. 252, obs. P.-H. Antonmattéi.

⁸⁸⁷ Soc, 9 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 983, obs. J. Savatier ; Soc, 23 novembre 2005, *R.J.S.* 2006, n° 251. De même, un accord peut avoir pour objet la suppression de l'usage : Soc, 23 novembre 2005, *R.J.S.* 2006, n° 251.

Avant sa promulgation, le Conseil constitutionnel a eu à connaître de la constitutionnalité de la loi du 21 décembre 1993⁸⁸⁸. Les auteurs de la saisine prétendaient que « *le législateur ne pouvait, s'agissant de la composition des institutions représentatives du personnel, renvoyer la mise en œuvre du principe de participation que le Préambule énonce à l'initiative unilatérale de l'employeur* ». Les sages rejettent l'argument. Ils affirment que « *la détermination des modalités concrètes de la mise en œuvre du principe de participation implique seulement une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives mais qu'elle n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer que, dans tous les cas, cette détermination soit subordonnée à la conclusion d'accords collectifs* ». Ainsi, l'obligation de l'employeur de consulter préalablement les délégués du personnel et le comité d'entreprise, s'il existe, suffit à respecter les exigences constitutionnelles liées au principe de participation⁸⁸⁹.

449. La reconnaissance d'un pouvoir normatif du chef d'entreprise, "susceptible de déroger" à la loi, a été confirmée par la Cour de cassation⁸⁹⁰. En l'espèce, le syndicat Force ouvrière textile de Saint-Quentin invoquait l'existence d'une condition résolutoire inscrite dans le protocole d'accord préélectoral. Selon cette condition, l'accord s'appliquait sauf si l'employeur entendait mettre en place une délégation unique du personnel. La Haute juridiction judiciaire rejette le moyen du pourvoi, en rappelant de manière laconique les termes de la loi : « *les délégués du personnel et, s'il existe, le comité d'entreprise, sont seuls habilités à participer à la consultation prévue par l'article L. 431-1-1, alinéa 1^{er} du Code du travail préalablement à la mise en place par le chef d'entreprise de la délégation unique* »⁸⁹¹.

⁸⁸⁸ Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, *J.O.R.F.* du 21 décembre 1993, p. 17814, Loi n° 93-1313, *J.O.R.F.* du 21 décembre 1993, p. 17769.

⁸⁸⁹ Sur la constitutionnalité du dispositif habilitant l'employeur à mettre en place la délégation unique du personnel plutôt que renvoyer à la négociation collective, cf. *supra* n° 235. Le Conseil constitutionnel relève également que « *le législateur a fixé la condition relative à l'effectif des salariés de l'entreprise à laquelle est subordonnée la faculté qu'il a ouverte ; que cette dernière ne pouvait être exercée qu'à l'occasion de la constitution du comité d'entreprise ou lors du renouvellement de l'institution [...]; qu'il a déterminé les limites dans lesquelles le mandat des délégués du personnel pouvait être prorogé soit réduit dans la stricte mesure nécessaire à la mise en œuvre de ladite faculté ; qu'il a prescrit que les délégués du personnel et le comité d'entreprise devaient conserver l'ensemble de leurs attributions ; qu'il a, en vue d'assurer la capacité de représentation collective des salariés, renvoyé à un décret en Conseil d'État la détermination du nombre des délégués du personnel qui devraient dans une telle hypothèse être désignés* ».

⁸⁹⁰ Soc, 8 janvier 1997 (inédit), *R.J.S.* 1997, p. 112, n° 164.

⁸⁹¹ Nous soulignons.

450. La mise à l'écart de la norme négociée au profit de la norme unilatérale apparaît ici clairement. On doit néanmoins souligner un arrêt récent de la Cour de cassation. Cette dernière a jugé dans un arrêt du 28 septembre 2011 que « *le choix de mettre en place une délégation unique du personnel appartient à l'employeur, seul, [...] ne [le] dispense pas de procéder à une négociation du protocole préélectoral dans les conditions prévues par les textes légaux* »⁸⁹².

B. Les normes issues du pouvoir patronal soumis à un contrôle restrictif

451. Le caractère résiduel de la place laissée au pouvoir normatif du chef d'entreprise s'accompagne d'un contrôle resserré des juges lorsque celui-ci l'exerce, en particulier dans les hypothèses où il est prévu « un accord avec l'employeur ».

452. L'idée d'un accord avec l'employeur suppose que ce dernier puisse refuser. Pourtant, il lui est interdit d'entraver les droits que les représentants des salariés tiennent de la loi.

453. Pour s'en assurer, les juges sont très attentifs aux raisons avancées par l'employeur pour refuser une faculté à un représentant des salariés ou pour prendre des mesures le concernant. Ils ne se contentent pas simplement de contrôler un éventuel abus de droit. Ils soumettent l'employeur à une exigence de justification, le privant de son pouvoir discrétionnaire.

454. Deux arrêts l'illustrent. Dans un arrêt du 27 novembre 1973, la chambre criminelle de la Cour de cassation décidait que « *le chef d'entreprise ne peut fixer unilatéralement le lieu exclusif de distribution de tracts* », et qu'« *en l'absence d'accord des parties sur la fixation de ce lieu, la distribution ne revêt un caractère illégal que si elle est faite dans des conditions de nature à apporter un trouble injustifié à l'exécution normale du travail ou à la marche de l'entreprise* »⁸⁹³. Plus récemment, la chambre sociale a considéré que le déplacement du local syndical, décidé unilatéralement par l'employeur et nécessitant, pour s'y rendre, de passer

⁸⁹² Soc, 28 septembre 2011, n° 10-21.752 (FS-PB). Sur l'obligation de négocier le protocole préélectoral, cf. *infra* n° 1107.

⁸⁹³ Crim, 27 novembre 1973, *Bull. Crim.* n° 437 ; Comp. Soc, 27 mai 1997, préc. Dans cet arrêt, comme le remarque de manière critique M. J. Savatier, la Cour de cassation interprète de manière littérale la loi sans rechercher si la distribution de tracts constituait en l'espèce un trouble à l'exercice normal du travail nuisant au bon ordre de l'entreprise.

sous un portail électronique, constituait un trouble manifestement illicite apporté à la liberté syndicale⁸⁹⁴.

Dans le premier arrêt, la Cour de cassation n'exclut pas que l'employeur puisse décider unilatéralement du lieu de distribution de tracts, puisqu'elle envisage qu'aucun accord n'ait été entre les parties. Seulement, dans ces deux décisions, la décision unilatérale est présumée apporter une restriction aux fonctions des représentants des salariés. Il appartient alors au chef d'entreprise de démontrer que sa décision est justifiée par des raisons légitimes, liées à *l'exécution normale du travail ou à la marche de l'entreprise*. Or, ici rien ne justifiait la décision de fixer un lieu exclusif de distribution de tracts ou d'exiger des membres de la section syndicale de passer systématiquement sous un portail électronique.

Peut-être l'existence d'un contrôle juridictionnel resserré reflète-t-elle la suspicion qui plane sur le pouvoir décisionnel du chef d'entreprise. En réalité, il devient courant de soumettre l'exercice du pouvoir de l'employeur à une exigence de justification. Or, celle-ci ne remet pas en cause l'existence même de ce pouvoir ; elle ne fait que l'encadrer.

En revanche, la méfiance exprimée à l'encontre du pouvoir de l'employeur apparaît davantage lorsque la loi et désormais les juges interdisent à ce dernier d'exercer son pouvoir normatif.

Section 2 : La méfiance exprimée à l'encontre du pouvoir patronal

455. L'appréhension de la représentation des salariés comme limite du pouvoir de l'employeur s'est enrichie d'une autre manière de l'envisager. L'idée s'est imposée que la représentation des salariés est un droit des travailleurs opposable à l'employeur (Paragraphe 1). Or, c'est de cette dimension nouvelle qu'est née une méfiance certaine à l'encontre des normes issues du pouvoir patronal qui, progressivement, se voient mises au ban (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les raisons : la représentation des salariés, un droit opposable à l'employeur

456. « *Nouveau souffle pour la représentation des salariés* »⁸⁹⁵, la loi de 1982 envisage d'abord les institutions de représentation des salariés comme participant *des droits des*

⁸⁹⁴ Soc, 26 septembre 2007, *D.* 2007, p. 2609 ; *R.J.S.* 2007, p. 1044, n° 1306 ; *J.S. Lamy* 2007, n° 221-2.

⁸⁹⁵ J. Le Goff, *Droit du travail et société*, *op. cit.* p. 42.

*travailleurs*⁸⁹⁶. Le rapport ainsi intitulé vise, d'une part, à faire des travailleurs des citoyens dans l'entreprise et, d'autre part, à ce qu'ils deviennent des acteurs du changement de cette dernière.

457. De ce point de vue, le Rapport Auroux s'inscrit dans l'exacte continuité d'un mouvement de « *réforme de l'entreprise* » né dans les années 1960⁸⁹⁷. D'ailleurs, il reprend à son compte quelques-unes des propositions qui avaient été formulées par un précédent rapport rédigé par P. Sudreau⁸⁹⁸.

458. Toute référence à l'idée institutionnelle n'a donc pas disparu, même si elle n'est pas celle défendue par P. Durand : il s'agit bien de faire des travailleurs « *des citoyens à part entière dans l'entreprise* », tout autant qu'ils le sont dans la Cité. Appréhendant l'entreprise comme une communauté politique – comme une *res communa*, à défaut d'être une *res publica* – le rapport préconise de transposer les principes démocratiques de l'autorité aux rapports productifs⁸⁹⁹. C'est ainsi que les idées de citoyenneté dans l'entreprise et de démocratie économique sous-tendent les lois Auroux⁹⁰⁰. Cependant, le refus catégorique est exprimé de remettre en cause « *l'unité de direction et de décision dans l'entreprise* » - ce que J. Le Goff appelle la structure « *monarchique ou oligarchique* » de l'entreprise⁹⁰¹ ; le but est d'allier, au sein de l'entreprise, « *progrès social et développement économique* »⁹⁰². En réalité, on doit concéder que la loi du 28 octobre 1982 marque une rupture en demi-teinte avec la manière d'envisager la place de représentation des salariés dans l'entreprise et le rôle du chef

⁸⁹⁶ J. Auroux, *Les droits des travailleurs - Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, La documentation française, 1981.

⁸⁹⁷ F. Bloch-Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*, Le Seuil 1963.

⁸⁹⁸ P. Sudreau, *Rapport du comité d'étude pour la réforme de l'entreprise*, La documentation française 1975. Ce rapport préconisait notamment en droit du travail la création d'une délégation économique au sein du comité d'entreprise, la possibilité pour ce dernier de recourir à une procédure d'alerte.

⁸⁹⁹ De ce point de vue, il n'est pas impossible que la pensée de J. Auroux tire son inspiration d'une pensée saint-simonienne. Brièvement, on attribue au Comte de Saint-Simon la volonté de dépasser les antagonismes sociaux, notamment en parvenant à une association universelle.

⁹⁰⁰ T. Grumbach, « Citoyenneté, Entreprise et Contrat social », *Dr. ouv.* 1995, p. 235.

⁹⁰¹ J. Le Goff, *Droit du travail et société*, Tome 2, postface d'E. Morin, P.U.R. 2002, p. 14.

⁹⁰² On citera encore du rapport Auroux : *op. cit.* p. 4 : « *S'il n'est pas question de remettre en cause dans le secteur privé l'unité de direction et de décision dans l'entreprise, il convient d'instituer des mécanismes qui rendent possible l'expression de toutes les énergies et les capacités. Les travailleurs dans l'entreprise constituent un potentiel souvent mal utilisé de compétences, d'innovations et de talents : il s'agit là d'un gisement précieux non encore mis en valeur* » (nous soulignons), *op.cit.* p. 9 : « *L'expérience a largement montré que l'entreprise avait tout à gagner, notamment sur le plan de ses résultats, à rechercher avec les salariés concernés les moyens d'améliorer les conditions de vie au travail* ».

d'entreprise. Rupture, car, à travers cette loi, la représentation des salariés est appréhendée dans ses deux dimensions, à la fois comme limite au pouvoir de l'employeur, et comme droit des travailleurs. En demi-teinte, car, elle ne remet pas tant en cause la conception institutionnelle, ni la structure hiérarchique de l'entreprise.

459. D'un côté, la sémantique du rapport de J. Auroux emprunte davantage aux théories institutionnelles, bien plus qu'à celle des théories libérales ou, au contraire, marxistes. D'un autre côté, la figure du salarié qui en ressort est celle d'un être émancipé ; il n'est plus assujéti, mais acteur de sa condition salariale.

En premier lieu, cette nouvelle perspective, moins paternaliste et ne présupposant pas l'idée d'une communauté d'intérêts, fait surgir le risque d'arbitraire que comporte le pouvoir décisionnel de l'employeur. C'est pourquoi, même précédée de la consultation du comité d'entreprise, la décision unilatérale de l'employeur cède généralement le pas devant l'accord collectif de travail⁹⁰³. En second lieu, en faisant de la représentation des salariés un droit de ces derniers, la loi prévoit des garanties contre les atteintes de l'employeur, en limitant l'exercice de son pouvoir normatif dans ce domaine. Le législateur entend ainsi éviter que les représentants des salariés ne soient « *sous [sa] dépendance* »⁹⁰⁴. Cette manière de voir ressort de la lecture des dispositions de la loi de 1982, qui a modifié les articles L. 412-21 et L. 426-1 du Code du travail en ajoutant qu' « *aucune limitation ne peut être apportée [...] par note de service ou décision unilatérale de la direction* ». C'est aussi celle qui anime la jurisprudence de la Cour de cassation qui, par principe, interdit qu'un usage ou un engagement unilatéral de l'employeur autorise la désignation de représentants des salariés surnuméraires⁹⁰⁵.

⁹⁰³ En ce sens, A. Supiot, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.*, 1992, p. 215.

⁹⁰⁴ Mme J. Fraysse-Cazalis, 1^{ère} séance du 24 novembre 1982, *J.O.A.N.* p. 7617. Rapporteur du projet de la loi sur la création des C.H.S.C.T., elle refusait les modifications apportées par le Sénat qui laissait « *au règlement intérieur le soin de préciser ce crédit d'heures dans les limites fixées par décret. Selon elle, le recul est considérable et laisse en fait les membres du C.H.S.C.T. sous la dépendance de l'employeur* ». Sur l'exigence d'indépendance des représentants des salariés à l'égard de l'employeur, cf. *supra* n° 327.

⁹⁰⁵ Là n'est sans doute pas la seule raison. Il convient également de considérer que les règles relatives aux relations collectives de travail doivent avoir été négociées avec les syndicats en ce qu'elles intéressent aussi les prérogatives et les droits reconnus à ces derniers, en tant que personne morale. Cf. C. Wolmark, « Règles légales de désignation des délégués syndicaux et normes dites « atypiques », *D.* 2003, p. 393. Toutefois, l'auteur n'est pas convaincu par la solution adoptée par la chambre sociale de la Cour de cassation.

Paragraphe 2 : les conséquences : la mise au ban des normes patronales

460. Les dispositions contenues aux articles L. 2141-10, L. 2312-6 et 7, et L. 2325-4 du Code du travail contiennent une habilitation positive à l'égard des interlocuteurs sociaux. Les deux premiers articles formulent aussi une interdiction pour l'employeur d'apporter des restrictions à l'exercice du droit syndical ou aux fonctions de délégués du personnel (A). Cette méfiance a été de manière récente renforcée par la Cour de cassation : selon les juges, l'habilitation bénéficiant aux interlocuteurs sociaux semble avoir pour corollaire une limitation du pouvoir de décision unilatérale de l'employeur (B).

A. L'interdiction faite à l'employeur d'apporter des restrictions par voie unilatérale

461. La loi du 28 octobre 1982 est à l'origine de deux modifications. D'une part, les accords collectifs qui peuvent être conclus doivent être plus favorables que la loi⁹⁰⁶. D'autre part, un second alinéa interdit expressément à l'employeur de porter atteinte aux dispositions relatives à l'exercice du droit syndical et à l'institution des délégués du personnel. Elle marque un rétrécissement du pouvoir décisionnel de l'employeur, figurant comme le corollaire de l'affirmation du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux. En effet, les articles L. 420-17 et L. 412-21 du Code du travail, inscrits aujourd'hui aux articles L. 2141-10 et L. 2312-6 et 7 du Code du travail, rappellent clairement que l'accord collectif de travail est une source de la représentation des salariés⁹⁰⁷ ; ils ont en revanche instillé un doute quant à la possibilité pour l'employeur d'édicter des mesures unilatérales relatives à l'exercice du droit syndical et à l'institution du délégué du personnel, et ce même lorsqu'il s'agit de mesures plus favorables que celles prévues par la loi.

462. En matière de droit syndical, le premier alinéa de l'article L. 2141-10 du Code du travail dispose que « *les dispositions du présent titre [relatif à l'exercice du droit syndical] ne font pas obstacle aux conventions ou accords collectifs de travail comportant des clauses plus*

⁹⁰⁶ Cf. *infra* n° 802.

⁹⁰⁷ Pour les délégués du personnel, l'habilitation a été prévue par l'article 18 de la loi n° 46-730 du 16 avril 1946 : *J.O.R.F. 17 avril 1946, p. 3224* ; pour le comité d'entreprise, celle-ci est issue de l'ordonnance du 22 février 1945 codifiée par le décret n° 73-1047 du 15 novembre 1973 à l'art L. 434-8 du Code du travail : *J.O.R.F. du 21 novembre 1973, p. 12391* ; L'article 16 de la loi du 27 décembre 2008 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise disposait : « *Les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle aux conventions ou accords comportant des clauses plus favorables* » : *J.O.R.F. 31 décembre 2008, p. 12403*.

favorables, notamment celles qui sont relatives à l'institution de délégués syndicaux ou de délégués syndicaux centraux dans tous les cas où les dispositions législatives n'ont pas rendu obligatoire cette institution » ; le second alinéa prévoit qu' « aucune limitation ne peut être apportée aux dispositions relatives à l'exercice du droit syndical par note de service ou décision unilatérale de l'employeur »⁹⁰⁸.

463. Les deux articles relatifs au délégué du personnel, L. 2312-6 et L. 2312-7, sont construits sur un modèle analogue⁹⁰⁹. Le premier dispose que « *les dispositions du présent titre ne font pas obstacle aux clauses plus favorables résultant de conventions ou d'accords et relatives à la désignation et aux attributions des salariés du personnel* ». Le second énonce quant à lui qu' « aucune limitation ne peut être apportée aux dispositions relatives à la désignation et à l'exercice des fonctions de délégué du personnel par note de service ou de décision unilatérale de la direction ».

464. Ces dispositions portent en elles-mêmes la marque d'une méfiance à l'égard des normes unilatérales prises par l'employeur, dont on soupçonne qu'elles risquent d'affecter l'exercice du droit syndical ou les fonctions de délégués du personnel. Or, l'interdiction d'apporter des restrictions aux droits que les représentants des salariés tiennent de la loi s'applique également aux accords collectifs ; pourtant, elle n'est pas expressément rappelée⁹¹⁰.

465. Les mêmes modifications n'ont pas été apportées s'agissant du comité d'entreprise. Ainsi, l'article L. 2325-4 du Code du travail dispose que « *les dispositions du présent titre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives au fonctionnement ou aux pouvoirs du comité d'entreprise résultant d'accords collectifs de travail ou d'usages* ». En premier lieu, la référence à la règle de faveur n'a été prévue qu'à la suite de la recodification en 2008⁹¹¹. En second lieu, à la différence des dispositions précédentes, aucune disposition n'interdit à l'employeur d'apporter des restrictions à la mise en place ou au fonctionnement de l'institution du comité d'entreprise. De surcroît, l'article L. 2325-4 du Code du travail reconnaît explicitement l'existence d'usages, qui sont mis, semble-t-il, sur un pied d'égalité avec les accords collectifs de travail. La reconnaissance des usages se rapportant à l'institution

⁹⁰⁸ Ancien art. L. 412-21 *C. trav.* issu de l'article 15 de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982.

⁹⁰⁹ Avant la recodification, ces deux articles figuraient au seul article L. 426-1 de l'ancien Code du travail, lui-même issu de l'article 27 de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982.

⁹¹⁰ Soc, 27 mai 2008, *Bull. civ.* V, n° 113.

⁹¹¹ Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, *J.O.R.F.* 13 mars 2007 ; ratifiée par la Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

du comité d'entreprise date de la loi du 16 mai 1946 dont l'article 14 a ajouté *in fine*, à l'habilitation des interlocuteurs sociaux déjà contenue dans l'ordonnance de 1945, « *ou d'usages* ».

La différence de rédaction est de nature à interroger l'interprète. Pourquoi le législateur n'a jamais modifié la formule contenue aujourd'hui à l'article L. 2325-4 du Code travail, sur le modèle des articles L. 2141-10 et L. 2312-7 du Code du travail ? Il n'est pas certain qu'il s'agisse d'un oubli. En effet, l'article L. 4611-7, issu originellement de l'article 6 de la loi du 23 décembre 1982 instituant les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dispose *in fine* que « *les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables concernant le fonctionnement, la composition ou les pouvoirs des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui résultent d'accords collectifs ou d'usages* »⁹¹². C'est donc sciemment dans cette hypothèse que le législateur a autorisé l'existence d'usages. Lors des débats parlementaires, les auteurs de cette disposition prétendaient « *effectuer une harmonisation des textes en vigueur – qu'il s'agisse du comité d'entreprise ou des délégués du personnel – car ils favorisent la négociation d'accords collectifs plus favorables* »⁹¹³. Pourquoi avoir malgré tout réservé l'hypothèse de l'usage et ne pas avoir pris les mêmes précautions que celles existant en matière de délégué du personnel contre les restrictions apportées par l'employeur ? La position de M. J. Auroux est peut-être plus éclairante. Il déclare : « *nous avons retenu une disposition similaire pour le comité d'entreprise. Le gouvernement est donc favorable à cet amendement qui va dans le sens d'une évolution positive du droit du travail* »⁹¹⁴. D'une part, le modèle invoqué est seulement celui du comité d'entreprise ; il ne s'agit donc plus d'effectuer une « *harmonisation* » entre toutes les institutions de représentation des salariés dans l'entreprise. D'autre part, il importe peu de

⁹¹² Loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982, *J.O.R.F.* du 26 décembre 1982, p. 3858. L'article 6 crée ainsi l'article L. 236-13 du Code du travail, nouvellement codifié à l'article L. 4611-7 du Code du travail : *les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables concernant le fonctionnement ou les pouvoirs des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui résultent d'accords collectifs ou d'usages*. La loi du 9 juillet 1984 ajoutera à cette phrase « *à la composition* », *J.O.R.F.* 10 juillet 1984, p. 2171. Cf. Soc, 18 juin 1986, *Bull. civ. V*, n° 318. Dans cet arrêt, la Cour de cassation estime que la loi du 26 décembre 1982 « n'avait pas rendu caducs les usages antérieurs plus favorables que les dispositions légales et concernant la composition du comité ».

⁹¹³ La création de l'article L.236-13 résulte d'un amendement présenté par les rapporteurs de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales. Selon ces derniers, cette disposition « tend à effectuer une harmonisation des textes en vigueur – qu'il s'agisse du comité d'entreprise ou des délégués du personnel – car ils favorisent la négociation d'accords collectifs plus favorables », *J.O.A.N.* du 22 septembre 1982, 2^{ème} séance, p. 5080.

⁹¹⁴ *Ibidem*, p. 5080.

savoir quelle est la source à l'origine de l'amélioration, l'essentiel étant d'aller dans le sens d'une « *évolution positive du droit du travail* ». Faut-il en conclure que la reconnaissance des usages est liée à la forme collégiale de ces deux institutions, qui l'une et l'autre sont présidées par le chef d'entreprise ? Cela n'est pas précisé. Dès lors, et bien que la démarche exégétique ne garantisse pas la découverte de la règle, n'aurait-il pas été opportun, si la volonté était que chacune de ces dispositions aient la même signification normative, de retenir une même formule ? Par son abstention, le législateur autorise des interprétations différentes.

466. Pourtant, le silence des articles L. 2324-5 et L. 4611-17 du Code du travail ne permet pas de déduire *a contrario* que l'employeur est autorisé à limiter les missions des représentants des salariés. Il suffira de constater l'existence d'un délit d'entrave prévu aux articles L. 2328-1 et L. 4742-1 du Code du travail.

467. La méfiance qui se dégage de la législation semble avoir été renforcée par la Cour de cassation. En effet, interprétant ces dispositions, cette dernière exclut purement et simplement les normes issues du pouvoir de l'employeur. En réalité, cette interdiction se fonde moins sur celle d'apporter des restrictions par voie unilatérale que sur l'habilitation bénéficiant aux interlocuteurs sociaux que la Cour de cassation interprète selon un raisonnement *a contrario*.

B. L'interdiction faite à l'employeur d'user de son pouvoir normatif dans les domaines régis par la loi

468. L'interprétation des dispositions précitées a fait l'objet d'un autre débat : l'employeur est-il habilité à prévoir unilatéralement la désignation de représentants des salariés dans l'entreprise selon des conditions différentes de celles fixées par la loi ?

469. Selon une première lecture, l'employeur peut prendre des décisions unilatérales plus favorables que les dispositions légales. Selon le second alinéa des articles L. 2141-10 et L. 2312-7 du Code du travail, seules sont prohibées les restrictions apportées au droit syndical ou aux fonctions de délégués du personnel. Cette lecture peut trouver appui sur les dispositions des articles L. 2325-4 et L. 46117-7 du Code du travail qui reconnaissent les usages plus favorables relatifs, respectivement, au comité d'entreprise et au comité d'hygiène et sécurité et des conditions de travail. Certains auteurs font valoir encore en ce sens que le principe

fondamental en droit du travail selon lequel, « *en cas de conflit de normes, la plus favorable s'applique aux salariés* », aurait vocation à s'appliquer⁹¹⁵.

470. Cependant, une lecture inverse peut être soutenue, du moins concernant l'exercice du droit syndical et de l'institution des délégués du personnel : la possibilité d'édicter des dispositions plus favorables n'étant ouverte qu'aux accords collectifs, ceci exclurait *a contrario* le pouvoir normatif de l'employeur.

471. Avant l'adoption de la loi du 28 octobre 1982, la Cour de cassation retenait la première interprétation en matière de droit syndical, tandis qu'elle retenait la seconde s'agissant du nombre des délégués du personnel⁹¹⁶. La solution aurait certainement été la même s'agissant du nombre de représentants au comité d'entreprise, l'article 8 de la loi du 18 juin 1966 ne faisant référence qu'à l'accord collectif de travail. Après la loi de 1982, plusieurs arrêts confirment la possibilité qu'un usage autorise la désignation de délégués syndicaux surnuméraires⁹¹⁷. Dans un arrêt du 19 octobre 1994, la Cour de cassation reconnaît la possibilité d'une augmentation du nombre des membres dans la délégation appelée à négocier les accords d'entreprise par voie d'usage. Cette solution a lieu d'étonner dans la mesure où la loi exige dans ce cas la conclusion d'un accord unanime⁹¹⁸.

472. Un premier arrêt du 20 juin 2000, relatif au nombre de délégués du personnel, énonce ainsi que si « *les règles qui régissent les élections des délégués du personnel au sein de*

⁹¹⁵ En ce sens, C. Wolmark, « Règles légales de désignation des délégués syndicaux et normes dites « atypiques » note sous Soc, 10 juillet 2002, *D.* 2003, p. 393 ; H. Tissandier, note sous Soc. 4 mars 2009, n° 08-60.401, *R.D.T.* 2009, p. 459. Cf. également, Soc. 17 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1049, note J. Savatier et concl. P. Lyon-Caen.

⁹¹⁶ Pour la désignation des délégués syndicaux : cf. par exemple Soc, 2 mai 1978, *Bull. civ.* V, n° 312 : « *Si un syndicat catégoriel affilié à une organisation syndicale représentative sur le plan national ne peut en principe [...] désigner un représentant syndical au comité d'entreprise, dès lors que cette organisation en a déjà désigné un, [...], des dispositions plus favorables à la représentation ouvrière peuvent toujours intervenir avec l'accord de l'employeur. Les juges du fond peuvent déduire l'existence d'un tel accord du fait que l'employeur avait accepté la désignation d'un délégué par un tel syndicat [...]* ». Pour la désignation des délégués du personnel : Soc, 4 février 1970, *Bull. civ.* V n° 82 : « *l'article 17, selon lequel la loi ne fait obstacle aux dispositions d'accords collectifs concernant la désignation et les attributions des délégués [du personnel], ne peut être étendu aux mesures prises unilatéralement par l'employeur contre le gré des syndicats représentant les salariés* ». Voir aussi Soc, 22 juillet 1982, *Bull. civ.* V, n° 508.

⁹¹⁷ Soc, 12 mai 1986, *Bull. civ.* 1986, V, n° 210 ; Soc, 20 mai 1992, n° 91-60.224 (inédit) ; *R.J.S.* 6/01, n°762.

⁹¹⁸ Soc, 19 octobre 1994, *Bull. civ.* V, n° 281 : « *si l'article L. 132-20 du Code du travail [Art. L. 2232-17 C. trav. nouv.] ne prévoit pas la participation à la délégation syndicale chargée de négocier d'un représentant syndical non salarié de l'entreprise, ce texte n'interdit pas la présence dans la délégation d'un tel représentant en vertu d'un accord ou d'un usage plus favorable* ».

l'entreprise sont, en principe, fixées par la loi, l'article L. 426-1 du Code du travail [devenu les articles L. 2312-6 et L.2312-7 nouveaux] admet, cependant, l'existence de clauses plus favorables résultant de conventions ou d'accords collectifs, et relatives à la désignation et aux attributions des délégués du personnel». Et de poursuivre : « *il s'ensuit que si le nombre des délégués, tel qu'il est fixé par la loi, peut être augmenté à la suite d'une négociation avec les syndicats représentatifs par un accord collectif, et spécialement par un accord préélectoral valable pour l'élection qu'il organise, ni un usage de l'entreprise, ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales sur les délégués du personnel* »⁹¹⁹.

La formule est reprise s'agissant de l'institution du délégué syndical : « *si le nombre de délégués syndicaux tels qu'il est fixé par la loi peut être augmenté à la suite d'une négociation avec les syndicats représentatifs par accord collectif, ni un usage, ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales [correspondantes]* »⁹²⁰. Depuis un arrêt rendu du 30 mai 2001, la solution est également la même s'agissant des représentants syndicaux au comité d'entreprise⁹²¹.

473. La jurisprudence de la Cour de cassation exprime une méfiance certaine à l'encontre du pouvoir normatif de l'employeur. Elle est peut-être plus grande qu'en d'autres domaines, dès lors qu'elle va jusqu'à primer sur l'idée d'une amélioration de la représentation des salariés dans l'entreprise.

474. Certaines questions demeurent néanmoins en suspens.

475. En premier lieu, il est possible de se demander si cette solution vaut également pour les autres représentants, en particulier les représentants élus au comité d'entreprise et les représentants au C.H.S.C.T. S'agissant tout d'abord des représentants élus au comité d'entreprise, il y a lieu de penser que la solution sera la même que celle retenue pour les représentants syndicaux au comité d'entreprise. Plusieurs arguments plaident en ce sens. Tout d'abord, les arrêts relatifs aux représentants syndicaux au comité d'entreprise ont été rendus au visa de l'ancien article L. 433-1 du Code du travail, recodifié à l'article L. 2324-1, relatif à la composition du comité d'entreprise. Ainsi, la Cour de cassation aurait livré une interprétation

⁹¹⁹ Soc, 20 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 239 ; *D.* 2000, I.R. 195 ; *R.J.S.* 2000, p ; 744, n° 1108.

⁹²⁰ Soc, 20 mars 2001, *Dr. Soc.* 2001, p. 568, obs. J. Savatier ; V. aussi Soc, 10 octobre 2000, *Bull. civ. V*, n° 319 ; Soc, 10 juillet 2002, *D.* 2003, p. 393, note. C. Wolmark ; V. également s'agissant du représentant syndical au comité d'entreprise, Soc, 30 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 199 ; Soc, 4 mars 2009, *R.D.T.* 2009, p. 459.

⁹²¹ Soc, 30 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 199 ; Soc, 4 mars 2009, *Bull. civ. V*, n° 62.

de cette disposition quels que soient les représentants qui y siègent. Ensuite, la possibilité d'augmenter le nombre de représentants élus au comité d'entreprise, introduite par l'article 8 de la loi du 18 juin 1966, n'a jamais été ouverte qu'aux seules normes conventionnelles. Avant l'adoption de la loi du 20 août 2008, le juge exigeait l'existence d'un accord unanime⁹²². Depuis, l'article L. 2324-1 exige de manière expresse que l'augmentation du nombre de représentants élus au comité d'entreprise soit prévue par un protocole d'accord préélectoral, c'est-à-dire par un accord répondant à une double condition de majorité⁹²³. Se trouvent donc exclus les accords collectifs de droit commun et, *a fortiori*, semble-t-il, les décisions unilatérales de l'employeur. Enfin, cette solution paraît en cohérence avec les solutions concernant les autres institutions de représentation des salariés dans l'entreprise, notamment le représentant syndical siégeant au sein du comité d'entreprise⁹²⁴. En revanche, s'agissant des représentants au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, l'article L. 4611-7 prévoit qu'un usage puisse comporter des dispositions plus favorables relatives à la composition de ce comité. La Cour de cassation l'a admis dans un arrêt du 18 juin 1986⁹²⁵.

476. La jurisprudence de la Cour de cassation invite en second lieu à se demander le type de normes qui sont visées. L'interdiction faite à l'employeur semble devoir être étendue à toute norme, même négociée, ne répondant pas aux conditions formelles d'un accord collectif de travail, ou s'agissant du nombre de représentants élus au comité d'entreprise, aux conditions du protocole d'accord préélectoral. Les accords atypiques n'ont pas la valeur d'un accord collectif de travail⁹²⁶, mais celle d'un engagement unilatéral de l'employeur⁹²⁷. Le domaine

⁹²² Soc, 8 décembre 2004, *D.* 2004, p. 168 ; *R.J.S.* 2005, p. 283, n° 399. S'agissant de l'augmentation conventionnelle du nombre de représentants au comité central d'entreprise, Soc, 20 décembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 398.

⁹²³ Cf. *infra* n° 1056 s.

⁹²⁴ Soc, 30 mai 2001, *Bull. civ.* V, n° 199 ; Soc, 4 mars 2009, *R.D.T.* 2009, p. 459. Le dernier arrêt cité a été rendu au visa de l'ancien article L. 433-1 du Code du travail, relatif à la composition du comité d'entreprise. Désormais, l'article L. 2324-1 concerne les membres élus et le chef d'entreprise ; la désignation des représentants syndicaux au comité d'entreprise fait quant à elle l'objet d'une disposition à part figurant à l'article L. 2324-2 du Code du travail.

⁹²⁵ Soc, 18 juin 1986, *Bull. civ.* V, n° 318. La décision rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation portait également sur l'application dans le temps de la loi du 9 juillet 1984 qui avait modifié les dispositions de l'article L. 236-13 du Code du travail en ajoutant qu'un accord collectif pouvait comporter des dispositions plus favorables également relatives à la composition du C.H.S.C.T. Or, les auteurs du pourvoi prétendaient que la loi de 1984 ne pouvait s'appliquer aux pratiques nées antérieurement à son entrée en vigueur. Pour rejeter le moyen, la Cour de cassation considère que la loi du 23 décembre 1982 « *n'avait pas rendu caducs les usages antérieurs plus favorables que les dispositions légales et concernant la composition du comité* ».

⁹²⁶ Soc, 25 février 1997, *R.J.S.* 1997 1998, p. 313, n° 497.

ouvert aux accords atypiques étant celui des décisions de l'employeur, ceux-là, comme celles-ci, ne peuvent à peine de nullité, augmenter le nombre de représentants des salariés, élus ou syndicaux⁹²⁸. De plus, les juges excluent aussi bien l'usage que les engagements unilatéraux de l'employeur. Ils ne distinguent pas en effet entre ce qui serait le fait d'une pratique revêtant les caractères de généralité, de fixité et de constance et ce qui serait le fait d'une décision, c'est-à-dire un acte volontaire, émanant du chef d'entreprise⁹²⁹.

477. En troisième et dernier lieu, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation invite à s'interroger sur l'étendue des restrictions apportées au pouvoir du chef d'entreprise en matière de représentation des salariés. En effet, bien que la Cour de cassation se fonde sur les dispositions générales contenues aux articles L. 2141-10, L. 2312-6 et L. 2312-7 du Code du travail, ses décisions n'ont d'abord concerné que les représentants des salariés surnuméraires. La formule issue de l'arrêt du 20 juin 2000 – « *ni un usage de l'entreprise, ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales sur les délégués du personnel* » - semble donc avoir un champ bien plus limité qu'on saurait vouloir le suggérer. Il existe en effet quelques réticences à vouloir généraliser l'interdiction à toutes les décisions de l'employeur, quel qu'en soit l'objet⁹³⁰. Pourtant, deux arrêts récents ont étendu cette solution à d'autres domaines. Le 25 janvier 2012, la chambre sociale l'a appliquée à l'abaissement du seuil d'effectif à partir duquel un délégué syndical peut être désigné. Ainsi, elle rappelle que « *ni un usage de l'entreprise ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier les dispositions légales relatives au nombre des délégués syndicaux* ». Pour en déduire que « *l'employeur qui décide unilatéralement d'autoriser la désignation de délégués syndicaux alors même que la condition d'effectif n'est pas remplie peut unilatéralement décider de revenir à l'application des textes légaux qui n'ont cessé d'être applicables* »⁹³¹. Dans un arrêt du 10 mai 2012, la chambre sociale a jugé en vertu des articles L. 2143-3 et L. 2143-

⁹²⁷ Soc, 7 janvier 1988, n° 86-60.544, *Dr. soc.* 1988, p. 464, note C. Freyria ; Soc, 19 novembre 1997, *Dr. soc.* 1998, obs. G. Couturier ; Soc, 7 mai 1998, *Dr. soc.*, 1998, p. 730, obs. G. Couturier.

⁹²⁸ Sur les conséquences pénales, cf. Crim, 22 janvier 1991, *D.* 1991, p. 90 ; *R.J.S.* 1991, p. 250, n° 473.

⁹²⁹ A cet égard, l'assimilation des usages et des engagements unilatéraux de l'employeur est une tendance générale de la jurisprudence sociale. Plus exactement, la Cour de cassation établit entre ces deux sources un régime identique, qu'il s'agisse de leur force obligatoire, leur opposabilité au nouvel employeur en cas de transfert, fusion ou scission, les règles régissant leurs dénonciation ou leur mise en cause, etc. Ainsi, usages et engagements unilatéraux de l'employeur, de par leur régime juridique, apparaissent comme deux types de normes qui sont rattachées au pouvoir de l'employeur.

⁹³⁰ Comp. M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier, Y. Struillou, *Le guide des relations professionnelles*, Dalloz, 2011.

⁹³¹ Soc, 25 janvier 2012, n° 11-14.151 (FS-PB), *J.C.P.* éd. S 2012, p. 1112, note G. François.

10, qu' « une convention ou un accord collectif peut prévoir un périmètre pour la désignation du délégué syndical distinct de celui défini par les dispositions du Code du travail, en revanche, ni un usage ni un engagement unilatéral de l'employeur ne peuvent modifier ces dispositions »⁹³². Elle écarte ainsi l'application d'un usage plus favorable relevé par les juges du fond par lequel l'employeur avait accepté la désignation d'un délégué syndical dans un périmètre plus restreint que celui du comité d'établissement.

478. Cette solution présage-t-elle une interdiction plus générale ? Pour l'heure, tel n'est pas le cas : l'interdiction adressée à l'employeur n'est ni générale, ni même absolue. Pour l'heure, il ne s'agit que d'interdictions dont l'objet est déterminé. De plus, il existe un tempérament à la mise à l'écart des usages ou des décisions de l'employeur autorisant la désignation de représentants surnuméraires. Dans plusieurs espèces, dans lesquelles l'employeur souhaitait revenir à l'application de la loi, la Cour de cassation a, au nom du principe d'égalité entre tous les syndicats, maintenu les mesures de l'employeur, qu'elle qualifie alors de simples « tolérances »⁹³³. Selon Mme H. Tissandier, la qualification de « tolérance » permet à la Cour de cassation de rester en cohérence avec le principe d'interdiction d'édicter des décisions unilatérales. A la différence de ces dernières, les tolérances de l'employeur seraient dépourvues de toute normativité juridique. La chambre sociale de la Cour de cassation se fonde également sur une exigence de loyauté. Cette dernière impose à l'employeur d'informer préalablement les syndicats de sa décision de revenir à l'application des dispositions légales⁹³⁴. Dès lors, le principe d'égalité et l'exigence de loyauté viennent tempérer l'interdiction faite à l'employeur d'édicter des décisions unilatérales relatives au nombre de représentants des

⁹³² Soc, 10 mai 2012, n° 11-21.388 (à paraître).

⁹³³ Soc. 5 mars 2008, *Bull. civ. V*, n° 52 ; *J.C.P. éd. S* 2008, note B. Gauriau ; *D.* 2008, p. 926 ; Soc, 4 mars 2009, *Bull. civ. V*, n° 62 (3 arrêts : 08-60.401, 08-60.411, 08-60.436), *D.* 2009, p. 2128 ; *R.D.T.* 2009, p. 459, note H. Tissandier. Comp auparavant, Soc, 20 mai 1992, n° 91-60.224 (inédit) ; *R.J.S.* 6/01, n°762. Pour rappel, l'interdiction des usages et des engagements unilatéraux de l'employeur permet au chef d'entreprise de « décider unilatéralement de revenir à l'application des textes légaux qui n'ont pas cessé d'être applicables ».

⁹³⁴ Soc, 4 mars 2009, préc. Mme H. Tissandier remarque justement que l'exigence de loyauté, imposant une information préalable, n'est mobilisée que, parce que la Cour cassation refuse de reconnaître l'existence d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur. En effet, si un usage existait, l'employeur devrait le dénoncer. Or, pour être régulière, la dénonciation d'un usage ou d'un engagement unilatéral de l'employeur impose une information préalable des représentants du personnel, conformément à la jurisprudence Deschamps issue de l'arrêt du 25 février 1988 (*Bull. civ.* 1988, V, n° 139 ; *I.U.M.M.* n° 88, p. 505, p. 307 ; voir également, Soc, 13 février 1996, *C.S.B.P.* 79 A 27, p. 116).

salariés : tant qu'aucune information préalable n'aura été délivrée⁹³⁵ ou tant que le principe d'égalité entre organisations syndicales sera atteint, la « tolérance » de l'employeur qui avait permis la désignation de représentants syndicaux ou de délégués du personnel surnuméraires décidée par l'employeur continuera de produire des effets. La résurgence du pouvoir de l'employeur se veut ici temporaire et justifiée par une nécessité impérieuse. Il ne s'agit donc en aucun cas de remettre en cause le principe d'interdiction.

⁹³⁵ n° pourvoi 08-60.401 et 08-60.411. V. auparavant, Soc, 12 mai 1986, *Bull. civ.* 1986, V, n°210.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

479. L'étude des normes patronales comme source de la représentation des salariés laisse une impression d'une tension entre deux aspirations peu conciliables. D'un côté, le pouvoir d'organisation reconnue au chef d'entreprise justifie de le laisser intervenir en matière de représentation des salariés. Il serait le garant du bon fonctionnement de l'entreprise qui justifie, à tout le moins, un droit de regard. En tout état de cause, l'idée demeure que la représentation des salariés doit s'adapter aux structures de l'entreprise choisies par le chef d'entreprise. D'un autre côté, une méfiance s'exprime à son encontre. La crainte d'un pouvoir arbitraire et des conséquences néfastes sur le droit des salariés à être représentés conduisent à vouloir réduire la possibilité pour le chef d'entreprise de régir la représentation des salariés. Plus que la simple interdiction d'apporter à la représentation des salariés de quelconques restrictions, la voie choisie désormais consiste à interdire purement et simplement à l'employeur d'exercer son pouvoir normatif⁹³⁶. Il n'existe pas, du moins pour l'heure, de principe qui interdirait à l'employeur d'exercer son pouvoir normatif en matière de représentation des salariés. Cela étant, les dernières décisions de la chambre sociale de la Cour de cassation suggèrent que la liste des matières fermées aux normes issues du pouvoir patronal a vocation à grandir. Il serait possible d'affirmer finalement que le chef d'entreprise, tout en conservant la *postestas*, serait privé de l'*auctoritas*.

480. Des deux aspirations qui sont en tension, la seconde semble prendre le pas sur la première. Pour en comprendre les raisons, il convient certainement d'aller au-delà de la seule question de la représentation des salariés. Plus généralement, la norme patronale serait grevée d'un déficit de légitimité procédurale⁹³⁷. Aussi le législateur et les juges préfèrent-ils renvoyer à la négociation collective puisque l'accord collectif est une norme à laquelle les représentants des salariés ont consenti. Il est gage que l'intérêt de ces derniers a été pris en compte. Par ailleurs, la négociation est de nature à révéler les motivations de l'employeur qui pourront être sues lors de la discussion. Enfin, la temporalité plus longue de la négociation collective

⁹³⁶ S. Nadal, « Les interdictions adressées à l'employeur en droit du travail », *Droit et culture* 2009, p. 119.

⁹³⁷ Sur l'idée de légitimité procédurale, cf. P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 95 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J. 2004, p. 623 s.

encourage une meilleure appréciation des enjeux, des circonstances et des possibles évolutions liées à l'entreprise et à la collectivité des salariés. Finalement, ce n'est pas tant la légitimité de l'autorité patronale, mais davantage et plus directement le mode de production normative et la capacité des normes unilatérales à régir les relations collectives de travail qui sont mis en cause à travers le déclin des normes unilatérales.

Chapitre 2nd – La représentation des salariés : objet de la négociation collective

481. Depuis longtemps déjà les auteurs affirment que la convention collective est une source du droit⁹³⁸. Pourtant, des doutes ont persisté lorsque les conventions collectives avaient pour objet de régir les relations collectives de travail.

482. Si la négociation collective sur la représentation des salariés n'a jamais été interdite, elle n'avait pas vocation à régir cette matière. Elle est devenue une source de la représentation des salariés dès lors que le champ de la norme d'habilitation bénéficiant aux interlocuteurs sociaux a été étendu aux relations collectives de travail.

483. Au sein de l'ordre juridique étatique, comme au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne existe une habilitation à destination des interlocuteurs sociaux qui autorise ces derniers à édicter des normes qui régissent l'ensemble des relations de travail (Section 1).

484. Cependant, l'extension du champ d'application de l'habilitation aux relations collectives de travail ne suffit pas à ce que les conventions et accords collectifs de travail soient une source de la représentation des salariés. Il est encore nécessaire que la dimension normative et statutaire des accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés soit reconnue (Section 2).

⁹³⁸ L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code napoléon*, Alcan 1912, p. 135 ; J. Brèthe de la Gressaye, *Nature juridique de la convention collective*, Th Bordeaux 1921 ; « La convention collective est-elle un contrat ? » *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 101 ; G. Ripert, *Les forces du droit*, L.G.D.J. 1955, p. 279.

Section 1 : L'habilitation des interlocuteurs sociaux en matière de représentation des salariés

485. Le fondement du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux est controversé. Selon que l'on adhère à la théorie de la réception des normes conventionnelles dans l'ordre juridique étatique ou plutôt à celle de la délégation de pouvoir, la capacité de ces derniers à édicter des normes n'est pas reconnue de la même manière⁹³⁹. À dire vrai, il n'est pas indispensable de prendre parti entre ces deux théories pour découvrir au sein de l'ordre juridique étatique et de l'ordre juridique de l'Union européenne les normes d'habilitation à destination des interlocuteurs sociaux qui leur permettent de se saisir de la représentation des salariés comme objet de négociation (Paragraphe 1).

486. La mise en évidence des habilitations dont bénéficient les interlocuteurs sociaux invite à préciser les matières qui en sont l'objet. Plus précisément, l'objet de la présente étude suppose de montrer l'inscription des relations collectives de travail dans le champ de compétence des interlocuteurs sociaux (Paragraphe 2).

487. Par ailleurs, devant la diversité des habilitations en matière de représentation des salariés, la nécessité se fait jour d'éclairer l'articulation entre les différentes habilitations (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 – Les acteurs habilités

488. Au sein de l'ordre juridique étatique comme dans l'ordre juridique de l'Union européenne, les interlocuteurs sociaux en matière de représentation des salariés disposent d'une habilitation qui fonde leur pouvoir de négocier et de conclure des accords collectifs. Toutefois, à l'instar de M. P. Rémy, cela ne signifie pas que les accords collectifs de travail entretiennent tous le même rapport avec la loi⁹⁴⁰. Il existe diverses manières d'habiliter un acteur à réglementer une matière.

Au sein de l'ordre juridique étatique, l'intervention des interlocuteurs sociaux est concédée par la loi (A). Au contraire, au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, les

⁹³⁹ Sur la théorie de la réception, cf. *supra* n° 50.

⁹⁴⁰ Cf. P. Rémy, *Th. préc.*, p. 346, n° 446. Le terme "loi" est ici employé dans son sens générique et non dans un sens formel.

Traités promeuvent le dialogue social et consacrent un principe d'autonomie au nom desquels la négociation collective occupe « *une place éminente, sinon prééminente* »⁹⁴¹ (B).

A. Les habilitations légales de négocier collectivement : un pouvoir normatif concédé par la loi

489. Constitutionnellement, l'exercice par le législateur de la plénitude de sa compétence n'est en rien incompatible avec l'intervention des interlocuteurs sociaux dans le domaine de la loi. « *Le Conseil constitutionnel n'a exclu aucun aspect du droit du travail ou du droit syndical du champ de la négociation collective, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution* »⁹⁴².

490. Dans le cadre de sa compétence, le législateur peut édicter des normes d'habilitation (1). Le Conseil constitutionnel a précisé les modes d'habilitation ouverts au législateur (2). Ainsi, d'un point de vue constitutionnel, le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux est un pouvoir concédé par le législateur.

1. Les fondements du pouvoir d'édicter des normes d'habilitation

491. Le principe de participation énoncé au huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ne reconnaît pas la négociation collective en tant que telle⁹⁴³. Néanmoins, dans une décision du 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel affirme « *qu'il est loisible au législateur, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution selon lequel la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail et du principe inscrit à l'alinéa 8 du Préambule de 1946, de laisser le soin aux employeurs et aux salariés ou leurs organisations représentatives, le soin de préciser, après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* »⁹⁴⁴. Cette décision fait apparaître deux fondements. En premier lieu, le législateur a le pouvoir d'habiliter sur le fondement de l'article 34 de la Constitution (a). En second lieu, à la suite d'une interprétation constructive, le Conseil constitutionnel fonde ce pouvoir sur l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 (b).

⁹⁴¹ J.-E. Ray, « A propos de la subsidiarité horizontale », *Dr. soc.* 1999, p. 459.

⁹⁴² I. Odoul-Asorey, *Op. cit.*, Th. U.-P.O.N.D., 2008, p. 282.

⁹⁴³ Cf. *supra* n° 212.

⁹⁴⁴ Déc. 89-257 D.C. du 25 juillet 1989, préc., considérant 11.

a) Un pouvoir d'habilitation fondé sur l'article 34 de la Constitution

492. L'affirmation d'une réserve de loi en matière de représentation des salariés n'a pas pour conséquence d'interdire au législateur d'habiliter les interlocuteurs sociaux à négocier dans les domaines définis à l'article 34 de la Constitution⁹⁴⁵. Autrement dit, l'existence d'une réserve de loi est compatible avec l'intervention des interlocuteurs sociaux.

493. Pour le comprendre, il est possible de se référer à la distinction avancée par M. G. Tusseau entre, d'une part, le champ d'application et, d'autre part, le champ de réglementation qui, ensemble, définissent le champ d'habilitation ouvert à une autorité normative. Alors que le premier permet de définir les matières régies par un acteur, le second permet de déterminer les types de normes pouvant être produites par cette autorité⁹⁴⁶. Ainsi, les développements précédents ont précisé le champ d'application de la norme d'habilitation bénéficiant au législateur, ce qu'on appelle plus souvent le domaine de la loi. De manière différente, lorsque le Conseil constitutionnel relève qu'« *une loi peut toujours et sans condition, fût-ce implicitement, abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger* »⁹⁴⁷, il précise le champ de réglementation ouvert au législateur. Il ressort également de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que, dans le domaine de la loi, et en particulier en matière de représentation des salariés, le législateur peut édicter, outre des normes prescriptives et abrogatives, des normes d'habilitation à destination des interlocuteurs sociaux afin que ces derniers puissent intervenir dans les matières qui font l'objet de la loi. Cette présentation de la structure des normes d'habilitation permet de rendre compte de la distinction avancée entre réserve de loi absolue et réserve de loi relative⁹⁴⁸. La réserve de loi absolue interdit que le législateur puisse déléguer sa compétence de quelque manière que ce soit et à quiconque⁹⁴⁹. Dans cette hypothèse, la loi est la source exclusive régissant les matières faisant l'objet de la réserve de loi. Plus souple est la réserve de la loi relative qui autorise le

⁹⁴⁵ Sur l'existence d'une réserve de loi en matière de représentation des salariés, cf. *supra* n° 253.

⁹⁴⁶ G. Tusseau, *op. cit.*, pp. 299 s. et pp. 331 s.

⁹⁴⁷ Déc. n°82-142 D.C. du 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, *Rec.* p. 52 considérant 8 ; *R.J.C.* p. 128 ; *A.J.D.A.* 1982 p. 577, note Jacquot, *R.D.P* 1983, p. 333, note L. Favoreu, *Pouvoirs*, 1982, vol. 23, p. 184, note P. Avril et J. Gicquel. Cf. également déc. n°96-383 D.C. du 8 novembre 1996, préc., considérant 9.

⁹⁴⁸ Cf. J. Trémeau, *La réserve de loi*, *Economica*, 1997. L. Favoreu, P. Gaïa, R. Chevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 885, n° 1243 s.

⁹⁴⁹ *Ibidem*, n° 1154-1 et 1243

législateur à renvoyer la mise en œuvre des principes à une autre autorité normative, non seulement au pouvoir exécutif, mais également aux interlocuteurs sociaux.

494. Reste que le juge constitutionnel a pensé nécessaire de fonder ce pouvoir du législateur sur l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Sans doute pensait-il important de légitimer le fait que des personnes privées soient investies d'un pouvoir normatif secondant celui du législateur.

b) Un pouvoir d'habilitation fondé sur l'alinéa 8 du Préambule de 1946

495. Aux termes de la jurisprudence constitutionnelle, il ressort que les habilitations légales à destination des interlocuteurs sociaux contribuent à mettre en œuvre du huitième alinéa du préambule de 1946. Cette lecture du principe de participation apparaît pour la première fois la décision du 25 juillet 1989. À cette occasion, il énonce qu'« *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte* »⁹⁵⁰.

496. Depuis, la solution a été plusieurs fois réaffirmée ; la formule est devenue canonique.

497. Le législateur peut habilitier les interlocuteurs sociaux sur le fondement du huitième alinéa de la Constitution de 1946 dans la mesure où l'objet de la loi concerne la détermination des conditions de travail ou la gestion de l'entreprise. Le Conseil constitutionnel ne livre pas de définition de ce qu'il entend par « *détermination collective des conditions de travail* », laissant au législateur son pouvoir d'appréciation. Il n'en retient pas moins une conception étendue. Régulièrement en effet, le Conseil constitutionnel définit, par petites touches, les contours du champ de la négociation collective au regard du principe de participation énoncé à l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Ainsi considère-t-il, sur ce fondement que des accords collectifs de travail peuvent être conclus en matière salariale⁹⁵¹, en matière de

⁹⁵⁰ Déc. 89-257 D.C. du 25 juillet 1989. Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion. *Rec.* p.59 ; *R.J.C.* p. I-358 ; *Pouvoirs* 1990 n° 52 p.187, P. Avril et J. Gicquel ; *A.J.D.A.* 1989, p. 796, note F. Rohmer-Benoît ; *A.I.J.C.* 1989 p. 488, 503, B. Genevois ; X. Prétot « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Dr. soc.* 1989 p. 70.

⁹⁵¹ Déc. 63-5 F.N.R. du 11 juin 1963 ; D. 1964, p. 109, L. Hamon : « *Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution "la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et*

temps de travail⁹⁵², en matière de garanties sociales, en particulier s'agissant de la mise en place d'un système d'épargne de retraite⁹⁵³.

En matière de relations collectives de travail, la loi peut habiliter les interlocuteurs sociaux à conclure des accords collectifs en matière de représentation collective⁹⁵⁴ et d'exercice du droit syndical⁹⁵⁵, en matière de droit de grève⁹⁵⁶ et même en matière de négociation collective⁹⁵⁷.

498. En bref, le Conseil constitutionnel comprend la notion de conditions de travail comme tout ce qui renvoie à la condition de travailleur subordonné, permettant de parfaire l'adéquation entre le champ inscrit dans le principe de participation et le domaine de la loi⁹⁵⁸.

499. Si le principe de participation assoit le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux, l'article 34 de la Constitution, fondement de la compétence du législateur, autorise celui-ci à habiliter ceux-là sans pour autant méconnaître sa compétence.

commerciales" et " du droit du travail" ; qu'au nombre de ces principes figure celui d'après lequel la fixation des rémunérations salariales ainsi que de leurs accessoires de toute nature relève des contrats librement passés entre employeurs et salariés ; que toute limitation de portée générale apportée à ce principe par l'intervention de la puissance publique est donc du domaine de la loi ». Aux termes de cette décision, la liberté de négociation salariale ne se fonde pas explicitement sur le principe constitutionnel de participation.

⁹⁵² Déc. 98-401 D.C. du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, Rec. p. 258 ; Déc. 99-423 D.C. du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, Rec. p. 33 ; Déc. 2005-523 D.C. du 29 juillet 2005, *Loi en faveur des petites et moyennes entreprises* ; Déc. 2008-568 D.C. 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*.

⁹⁵³ C.C., 20 mars 1997, D.C. n° 97-388, Rec. p. 31 ; X. Prétot, « La conformité à la constitution de la loi instituant les fonds de pension », *Dr. soc. 1997*, p. 476 ; B. Mathieu, « Chronique de la jurisprudence constitutionnelle », *L.P.A.* 17 octobre 1997, n° 125, p. 10 ; L. Favoreu, *R.F.D.C.*, 1997, p. 329.

⁹⁵⁴ Déc. 96-383 D.C. du 6 novembre 1996. Rec. p.128, préc.

⁹⁵⁵ Déc. 83-162 D.C. du 20 juillet 1983. Loi relative à la démocratisation du secteur public. Rec. p. 49.

⁹⁵⁶ Déc. 2007-556 D.C. du 16 août 2007. Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs.

⁹⁵⁷ Déc. 96-383 D.C. du 6 novembre 1996. Rec. p.128, préc. ; Déc. 2004-494 D.C. du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, Rec. p. 91, J.-E. Schoettl, « Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.* 14 mai 2004, p. 3 ; V. Ogier-Bernaud, « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives », *J.C.P.* éd. E, 2004. 493 ; « Réforme du dialogue social », *R.F.D.C.*, 2004, p. 633 ; D. Chelle et X. Prétot, « La loi relative à la négociation collective est conforme à la Constitution », *D.* 2004, p. 3029.

⁹⁵⁸ Sur la conception extensive de la notion de conditions de travail, cf. *infra* n° 589.

2. *Les modes d'habilitation des interlocuteurs sociaux ouverts au législateur*

500. Comme l' a affirmé M. X. Prétot à la suite de la décision du 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel reconnaît « *la faculté pour le législateur de conférer aux partenaires sociaux un véritable pouvoir normatif de nature à se substituer en définitive, non seulement au pouvoir réglementaire normalement dévolu au gouvernement, mais encore au bénéfice des mécanismes de l'ordre public social, à la norme législative elle-même, celle-ci ne s'appliquant qu'à défaut de clause plus favorable au salarié* »⁹⁵⁹ (a).

501. A ces deux modes d'habilitation des interlocuteurs sociaux ouverts au législateur, il convient d'en évoquer deux autres. La décision du 29 mai 2004 fait apparaître, outre la faculté de renvoyer à la négociation collective la mise en œuvre de la loi (b), celle d'autoriser des dérogations aux lois d'ordre public (c). Cette décision ne met pas seulement en évidence deux manières pour le législateur d'habiliter les interlocuteurs sociaux. Il s'agit également de faire correspondre à ces deux modes d'habilitation des conditions différentes auxquelles leur constitutionnalité sera soumise. Comme le relève Mme M.-A. Souriac, « *il s'agit apparemment d'opposer deux modes d'intervention de l'accord collectif par rapport à la loi, correspondant à deux degrés d'exigence différents du point de vue constitutionnel* »⁹⁶⁰.

502. Une dernière hypothèse doit être envisagée : le Conseil constitutionnel admet, à titre exceptionnel, que le législateur délègue aux interlocuteurs sociaux sa compétence dans le cadre de lois expérimentales (d).

a) L'habilitation à conclure des accords collectifs plus favorables que la loi

503. Il existe une habilitation d'une « *généralité remarquable* »⁹⁶¹ autorisant l'accord collectif à contenir des dispositions plus favorables que celles de la loi.

La valeur juridique du principe selon lequel un accord collectif peut contenir des dispositions plus favorables que celles des lois et règlements autorise que le législateur puisse s'en départir (i). Néanmoins, l'absence d'ancrage constitutionnel de l'ordre public social

⁹⁵⁹ X. Prétot « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Dr. soc.* 1989 p. 70.

⁹⁶⁰ M.-A. Souriac, « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ? », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 89 et spéc. p. 102.

⁹⁶¹ G. Borenfreund, M.-A. Souriac, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003 p. 72.

n'enlève pas toute considération d'ordre constitutionnel. Plus précisément, la qualification de principe fondamental du droit du travail permet de déduire certaines conséquences quant à la manière dont le législateur peut autoriser la conclusion d'accords collectifs plus favorables (ii).

- i. *L'absence de valeur constitutionnelle du principe selon lequel un accord collectif peut contenir des dispositions plus favorables que celles des lois et règlements*

504. Le 25 juillet 1989, le Conseil constitutionnel a jugé, sur le fondement de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 34 de la Constitution qu' « *il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail ou aux relations du travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser après une concertation appropriée, les modalités concrètes de mise en œuvre des normes qu'il édicte ; qu'au surplus, constitue un principe fondamental du droit du travail, le principe selon lequel une convention collective de travail peut contenir des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements* »⁹⁶².

Plus tard, à l'occasion de l'examen de la loi de 1996 relative à l'information et à consultation des salariés dans les entreprises de dimension communautaire et à la négociation collective, les requérants avaient prétendu qu' « *une convention collective ou un accord collectif de travail ne pourraient qu'améliorer la situation des travailleurs par rapport aux dispositions prévues par la loi et les règlements ou aux stipulations de portée plus large* ». Le Conseil constitutionnel n'a pas répondu aux auteurs de la saisine, considérant que le principe auquel il était fait référence n'était pas en cause. La question lui a été posée une nouvelle fois en 1997, puis encore en 2003.

505. En 1997, le Conseil constitutionnel juge que « *la seule disposition introduite par la loi du 24 juin 1936 sous la forme d'un article 31vc du Code du travail, selon laquelle "les conventions collectives ne doivent pas contenir de dispositions contraires aux lois et règlements en vigueur, mais peuvent stipuler des dispositions plus favorables" a trait uniquement à la faculté ouverte à des accords collectifs de comporter des stipulations plus favorables que les lois et règlements en vigueur* »⁹⁶³. Il rejette ainsi la valeur constitutionnelle du principe selon lequel « en cas de conflit de normes, la plus favorable doit recevoir application ».

⁹⁶² Déc n° 89-257 D.C., préc.

⁹⁶³ Déc. 97-388 D.C. du 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. p. 31, considérant 45.

506. Cette solution est réaffirmée en 2003 : « *le principe ainsi invoqué ne résulte d'aucune disposition législative antérieure à la Constitution de 1946, et notamment pas de la loi du 24 juin 1936 susvisée ; que, dès lors, il ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946* »⁹⁶⁴. Le clou sera définitivement enfoncé avec la décision du 29 avril 2004 « *le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de déroger aux lois et aux règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés ne [...] saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946* »⁹⁶⁵. Et d'ajouter, « *il constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée* ». En réalité, cette qualification figurait déjà dans la décision du 25 juillet 1989, ainsi que dans celle du 12 juillet 1967⁹⁶⁶. Il s'agissait alors d'affirmer la compétence du législateur contre l'immixtion du pouvoir exécutif, non de savoir si le législateur était en mesure de l'écarter. Dès lors, la règle énoncée à l'article L. 2251-1 du Code du travail n'a la valeur que d'un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution. Le législateur a donc le pouvoir de s'en départir. En revanche, le pouvoir réglementaire ne peut autoriser, en dehors d'une habilitation légale, la conclusion d'accords collectifs dérogatoires⁹⁶⁷. L'absence d'habilitation de la part du législateur priverait

⁹⁶⁴ Selon les députés requérants, « *les dispositions déferées porteraient atteinte à un principe fondamental reconnu par les lois de la République en vertu duquel la loi ne pourrait permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés* ».

⁹⁶⁵ Déc. 2004-494 D.C. du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, préc.

⁹⁶⁶ Déc. 67-46 L du 12 juillet 1967, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 25 et 26 de la loi du 13 décembre 1926 portant Code du travail maritime, telles qu'elles résultent de l'ordonnance n°58-1358 du 27 décembre 1958*. Rec. p. 31, spéc. considérant 6.

⁹⁶⁷ Déc. 67-46 L du 12 juillet 1967. Préc., considérant 6 : « *Considérant que cette dernière disposition, dans la mesure où elle vise les conventions ou accords collectifs ainsi que les sentences arbitrales qui, d'après l'article 29 de la loi susvisée du 11 février 1950 produisent "les effets d'une convention collective de travail", est une explicitation du principe énoncé à l'article 31 a, 2e alinéa, du Code du travail et selon lequel la convention collective de travail "peut mentionner des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur" ; que ce principe doit être rangé au nombre des principes fondamentaux du droit du travail placés dans le domaine de la loi par l'article 34 de la Constitution ; que la disposition dont il s'agit ressortit donc de la compétence du pouvoir législatif* » ; C.E. 8 juillet 1994, C.G.T. n° 105471, *R.J.S.* 12/94 ; p. 1386, note X. Prétot, p. 819 : « *conformément au principe général du droit du travail dont s'inspirent ces dispositions législatives [...], le pouvoir réglementaire ne peut, sauf habilitation législative expresse, prévoir des conventions collectives comportant des stipulations moins favorables aux travailleurs, que les dispositions qu'il a lui-même édictées* ».

de la même manière les interlocuteurs sociaux, notamment situés à un autre niveau de négociation, d'autoriser la conclusion d'accords dérogatoires⁹⁶⁸.

507. Une telle qualification n'apporte pas toutes les réponses aux questions soulevées par l'article L. 2251-1 du Code du travail. Il y a lieu de se demander si cette disposition ne recèle pas en outre un droit des salariés à l'amélioration des dispositions légales, fondé sur le principe de participation. La constitutionnalité d'un tel droit n'a jamais été invoquée devant le juge constitutionnel. Or, cette hypothèse ne peut entièrement être écartée. De manière prospective, la reconnaissance d'un tel droit interdirait alors au législateur de supprimer la disposition figurant à l'article L. 2251-1 du Code du travail⁹⁶⁹.

ii. La portée constitutionnelle du principe fondamental selon lequel un accord collectif peut contenir des dispositions plus favorables que celles des lois et règlements

508. La règle contenue à l'article L. 2251-1 du Code du travail constitue donc un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution, indiquant sa valeur légale. Cette qualification indique tout d'abord que le législateur est souverain pour en déterminer « *le contenu et la portée* »⁹⁷⁰. Il peut aussi s'en écarter. Assurément donc, l'habilitation que recèle ce principe, « *clé de voûte du droit du travail* »⁹⁷¹, est conforme à la Constitution⁹⁷².

⁹⁶⁸ Inversement, la disposition, prévue à l'article L. 3121-24 du Code du travail, reconnaissant la faculté reconnue aux accords d'entreprise de déroger à la loi, en matière d'heures supplémentaires semble être impérative, sans que la convention collective de branche ne puisse prévoir une clause de fermeture en application de l'article L. 2253-3 du Code du travail. Ainsi apparaît la compétence du législateur pour décider des rapports entre ses dispositions et les dispositions conventionnelles et de choisir le niveau de négociation auquel cet accord devra être conclu. En ce sens, M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective (1) », *R.D.T.* 2009, p. 14 : « *la formule « à défaut », sans autre fioriture, indique semble-t-il que l'accord d'entreprise l'emporte sans que, à la différence de la loi de 2004, l'accord de branche puisse s'y opposer* », marquant « *une radicalisation de la supplétivité de la convention collective de branche* ».

⁹⁶⁹ V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica P.U.A.M. 2003, spéc. p. 223 ; B. Mathieu, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, p. 152 ; F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, L.G.D.J. 2007, n° 380.

⁹⁷⁰ Déc. 2004-494 D.C. du 29 avril 2004. Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, préc.

⁹⁷¹ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, P.U.F. coll. Les voies du droit, 1994, p. 30 et p. 139.

⁹⁷² Jamais les auteurs des saisines n'ont jamais interrogé la constitutionnalité des dispositions légales autorisant les dérogations conventionnelles dans un sens plus favorable. Sur ce point, cf. V. Ogier-Bernaud, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, *op. cit.*, p. 222, n° 435, citant J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 167 et L. Favoreu, « A propos de l'arrêt A.G.I.R.C. : les limites du pouvoir normatif des partenaires sociaux », *Dr. soc.* 2000, p. 357 ; J.

Il est vrai que l'existence d'un accord plus favorable n'écarte pas les dispositions légales. De ce point de vue, il est peut-être même inexact d'interpréter l'ordre public social comme une habilitation à déroger à la loi *in melius* : point de dérogation à la loi lorsque le minimum légal est respecté⁹⁷³.

509. Ensuite, la qualification de principe fondamental du droit du travail traduit le haut degré de généralité conférée à l'habilitation contenue à l'article L. 2251-1 du Code du travail. Aucun obstacle constitutionnel ne s'oppose à la conclusion d'un accord collectif plus favorable que la loi. En particulier, aucune considération liée à la mise en œuvre d'un principe à valeur constitutionnelle n'a été soulevée, de sorte qu'aucune matière constitutionnellement réservée à la loi n'est exclue du champ de la négociation collective. Il faut alors admettre que « *la notion d'ordre public social a servi en France à reconnaître l'autonomie collective en matière de relations de travail* »⁹⁷⁴, et que « *c'est de sa consécration que l'autonomie collective a tiré juridiquement son existence même* »⁹⁷⁵.

510. Enfin, à travers la qualification de principe fondamental du droit du travail, la règle selon laquelle un accord collectif peut déroger dans un sens plus favorable à la loi existe en l'absence de volonté expresse du législateur. Il n'est pas nécessaire que le législateur précise, au cas par cas, la faculté des interlocuteurs sociaux de conclure des accords collectifs plus favorables à la loi⁹⁷⁶. Ainsi que l'affirmait M. Poirier, « *les règles du droit du travail sont ainsi, comme telles et de manière générale, susceptibles d'améliorations conventionnelles de quelque nature que ce soit, sans qu'il soit besoin que le législateur l'ait expressément prévu au*

Carbonnier et M. L. Favreau ont en effet émis des doutes sur la constitutionnalité d'une telle faculté donnée aux interlocuteurs sociaux.

⁹⁷³ Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Mélanges offerts à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 242 ; J.-J. Dupeyroux, « Quelques questions », *Dr. soc.* 1990, p. 9 ; F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg 1999 ; F. Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXème siècle, Mélanges offerts à J. Ghestin*, L.G.D.J. 2001, n° 565 ; F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, *op. cit.* n° 191, p. 89 ; E. Jeansen, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, *Economica*, 2008 ; R. Vatinet, « L'ordre public », in B. Teyssié (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas 2009, p. 89 et spéc. p. 99 ; J.-P. Chauchard, *La conception française de la négociation collective*, A.N.R.T. 1985, p. 123.

⁹⁷⁴ A. Supiot, *Ibidem*, p. 138.

⁹⁷⁵ M.-A. Souriac et G. Borenfreund, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 74.

⁹⁷⁶ Comp. I. Odoul-Asorey, *Th. Préc.* p. 285.

cas par cas, ni même imaginé ! Voilà la portée et l'originalité de l'article L. 132-4 du Code du travail lorsqu'il participe à la construction de la notion d'ordre public social »⁹⁷⁷.

L'avis du Conseil d'État du 22 mars 1973 l'affirmait déjà : « *les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux [...] ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle »⁹⁷⁸.*

b) Le pouvoir d'habiliter les interlocuteurs sociaux à mettre en œuvre la loi

511. Sur habilitation du législateur, les interlocuteurs peuvent déterminer les modalités concrètes de mise en œuvre des principes définis par la loi. Le Conseil constitutionnel opère une répartition des compétences entre la loi et la négociation collective : à la loi revient la détermination des principes fondamentaux du droit du travail⁹⁷⁹ ; à la négociation collective la détermination des modalités concrètes de mise en œuvre de ces principes. Il revient à la loi le soin de déterminer si et dans quelle mesure l'accord collectif peut intervenir, établissant eux un rapport hiérarchique de délégation.

512. La constitutionnalité de ce procédé a pu être questionnée. En effet, aux termes de l'article 21 de la Constitution, le pouvoir exécutif assure l'exécution des lois⁹⁸⁰. Plus

⁹⁷⁷ M. Poirier, « La clause dérogatoire *in pejus* », *Dr. soc.* 1995, p. 885. Spéc. p. 887 ; Adde P. Rémy, Th. préc., p. 428, n° 554. L'auteur voit dans l'article L. 2251-1 du Code du travail [anc. Art. L. 132-4 C. trav.] « *une sorte de dispense faite au législateur d'autoriser expressément les partenaires sociaux à intervenir sur un sujet déterminé* ».

⁹⁷⁸ C.E. Avis, 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 514 ; *Dr. ouv.* 1973, p. 190 ; *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2002, p. 117, note. G. Couturier. Le Conseil d'État a intégré ce principe général du droit du travail en droit positif. V. également, C.E. Ass. 8 juillet 1994, *Rec.* p. 355 ; *J.C.P.* éd. G 1995. 3837, *R.J.S.* 12/94, n° 1386, note X. Prétot. Dans cet arrêt, le Conseil d'État se réfère au « principe général du droit du travail dont s'inspirent ces dispositions législatives ».

⁹⁷⁹ Cf. *supra* n° 257.

⁹⁸⁰ Cf. notamment Déc. 2001-454 D.C. du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, *Rec.* p. 70, en particulier considérant 13 : « *Considérant, d'une part, que les dispositions précitées du premier alinéa du II du nouvel article L. 4424-2 du code général des collectivités territoriales doivent être entendues comme rappelant que le pouvoir réglementaire dont dispose une collectivité territoriale dans le respect des lois et des règlements ne peut s'exercer en dehors du cadre des compétences qui lui sont dévolues par la loi ; qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République par l'article 13 de la Constitution* ».

précisément, ce pouvoir appartient au Premier ministre. Le juge constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle une délégation trop générale à une autorité administrative indépendante. Selon lui, une telle délégation méconnaissait l'article 21 de la Constitution⁹⁸¹.

513. Tel n'est pas le cas lorsque l'exécution des lois est renvoyée aux interlocuteurs sociaux : la participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail justifie que les interlocuteurs sociaux définissent, sur habilitation du législateur, les modalités concrètes de mise en œuvre des principes énoncés par loi.

514. De plus, le pouvoir du législateur d'habiliter les interlocuteurs sociaux à mettre en œuvre la loi n'est pas affecté par les principes constitutionnels qui sont susceptibles d'être en cause⁹⁸². La décision du 8 novembre 1996 énonce que « *s'il appartient au législateur de fixer les conditions et garanties de la mise en œuvre des dispositions à valeur constitutionnelle, la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre peut cependant faire l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives* »⁹⁸³.

La décision du 8 novembre 1996 a précisé les conditions de cette habilitation s'agissant du statut protecteur des agents de négociation. Le juge constitutionnel a admis que le statut protecteur puisse être défini par une norme conventionnelle. Dans ce cas, « *la protection à instituer assure, sous le contrôle du juge, des garanties au moins équivalentes à la garantie légale* ». Si l'indépendance à l'égard de l'employeur doit être garantie par la loi, en revanche, le contenu des protections apportées pour préserver cette indépendance n'a pas nécessairement à être prévu par elle seule⁹⁸⁴. Une norme conventionnelle peut les définir à condition qu'une équivalence soit assurée entre la protection conventionnelle et la protection légale prévue par ailleurs. Suivant la décision du 6 novembre 1996, le juge judiciaire apprécie l'équivalence des

⁹⁸¹ Déc. n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989 *sur la loi modifiant la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* : « *Considérant que la loi habilite le Conseil supérieur de l'audiovisuel à fixer seul par voie réglementaire non seulement les règles déontologiques concernant la publicité mais également l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci ; qu'en raison de sa portée trop étendue cette habilitation méconnaît les dispositions de l'article 21 de la Constitution* » (considérant 16).

⁹⁸² Comp. P. Rémy, *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés - à la lumière d'une comparaison des droits français et allemand de la négociation collective*, Th. Paris X 1998, p. 386.

⁹⁸³ Déc. n° 96-383 D.C. préc., considérant 21.

⁹⁸⁴ Cf. B. Mathieu, note sous Déc. du 6 novembre 1996 n° 96-383 D.C., *D.* 1997, p. 152 : « *Cette formulation semble signifier que ces garanties n'ont pas en elle-même valeur constitutionnelle, mais leur existence conditionne le respect d'un principe constitutionnel* ».

protections apportées aux agents de négociation à la lumière de l'objectif poursuivi. Pour qu'il y ait équivalence, le juge doit ainsi mesurer l'efficacité des moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif, à savoir « *assurer la nécessaire indépendance du négociateur à l'égard de l'employeur* »⁹⁸⁵.

515. Équivalence ne signifie pas identité des protections. Dans l'hypothèse où la loi l'autorise, la norme conventionnelle peut prévoir d'autres types de protection que celle prévue par la loi. Même, l'équivalence n'implique pas de respecter le minimum légal⁹⁸⁶. S'il est possible de relever une convergence entre ce que requiert la détermination des garanties légales suffisantes et un minimum légal intangible, l'un et l'autre demeurent bien distincts⁹⁸⁷. Seul le second est en effet traversé par l'idée de progrès social et d'amélioration de la condition du travail salarié⁹⁸⁸. Les garanties légales suffisantes exigées par le Conseil constitutionnel ne sont pas nécessairement des garanties minimales. L'affirmer signifierait que toutes les garanties apportées aux droits constitutionnels seraient d'ordre public social et, corrélativement, écarterait le recours à la technique des accords dérogatoires. Tel n'est pas le cas ! L'équivalence ainsi requise renvoie à une fonction d'adaptation de la norme conventionnelle, non à sa fonction d'amélioration de la condition du travail salarié.

⁹⁸⁵ Déc. n° 96-383 D.C. préc.

⁹⁸⁶ Comp. J.-M. Verdier, « Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1040 et spéc. p. 1044 : Selon cet auteur, la solution du Conseil constitutionnel implique que « *la procédure spéciale de licenciement dont bénéficient les délégués syndicaux institués par la loi constitue le minimum. Demeure la difficulté qu'il peut y avoir à comparer deux systèmes différents de protection, le système légal et le système institué par l'accord de branche, et à mesurer leur efficacité respective* » (nous soulignons).

⁹⁸⁷ La convergence découle du fait que, souvent, l'existence de garanties légales suffisantes prend la forme de l'établissement d'un nouveau plancher mais dont « le contenu devient en partie variable ». cf. T. Revet « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 61. V. également en ce sens, P. Rémy, Th. préc., p. 431, n° 557. Parmi les exemples que l'on peut citer s'agissant de l'objet de la présente étude, celui de la durée des mandats électifs qui est légalement fixée à quatre ans mais qui peut être modifiée par accord collectif sans pouvoir aller en deçà de deux ans.

⁹⁸⁸ Sur l'idée d'une convergence entre principe fondamental du droit du travail et ordre public social qui constituerait une limite à l'expansion de la technique des accords dérogatoires à la loi, M.-A. Souriac et G. Borenfreund, art. préc. *Dr. soc.* 2003, p. 82. Cf. également s'agissant des réserves que l'on peut émettre à l'égard de l'idée que l'ordre public social est nécessairement source de progrès social, F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, L.G.D.J., 2007, pp. 116 s. ; J. Péliissier, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, P.U.S.S., 2002, p. 389.

c) Le pouvoir d'habiliter les interlocuteurs sociaux à déroger à la loi

516. L'absence de valeur constitutionnelle du principe de l'ordre public social conduit à admettre la constitutionnalité du mécanisme des accords dérogatoires à la loi. En vertu de sa norme d'habilitation, le législateur peut autoriser la conclusion d'accords dérogatoires à la loi, qui mettent à l'écart l'application, non seulement de certaines dispositions légales, mais également du principe de faveur énoncé à l'article L. 2251-1 du Code du travail⁹⁸⁹.

517. Le législateur peut écarter le mécanisme de l'ordre public social. Il peut habiliter les interlocuteurs sociaux à déroger aux dispositions d'ordre public qu'il a édictées, sans considération du caractère plus favorable. L'intervention des interlocuteurs sociaux dans les matières relevant du domaine de la loi est reconnue par le Conseil constitutionnel à travers la validation de la technique des accords dérogatoires⁹⁹⁰. À la différence des accords collectifs dérogeant aux lois d'ordre public social, dont le minimum demeure applicable, les accords dérogatoires sont appelés à se substituer purement et simplement à l'application des règles légales.

518. Là encore, la considération qu'il peut s'agir de lois mettant en œuvre des principes à valeur constitutionnelle n'a pas de conséquences, du moins de ce seul fait, sur la constitutionnalité de l'habilitation légale bénéficiant aux interlocuteurs sociaux. Si les règles légales relatives à la représentation des salariés dans l'entreprise, à l'exercice du droit syndical, ou bien à la négociation collective participent de la mise en œuvre du principe constitutionnel de participation et des garanties apportées à la liberté syndicale, il n'y a pas un obstacle à la possibilité de dérogations conventionnelles. Aucun domaine n'est « *constitutionnellement soustrait au mécanisme de l'accord dérogatoire* »⁹⁹¹.

519. Le respect de certaines conditions est néanmoins requis. La loi autorisant la dérogation doit préciser les dispositions légales ouvertes à la dérogation, ainsi que les conditions dans lesquelles les interlocuteurs sociaux peuvent déroger à la loi. La décision du 29 avril 2004 énonce que « *lorsque le législateur autorise un accord collectif à déroger à une règle qu'il a lui-*

⁹⁸⁹ C'est en ce sens que la notion d'accords dérogatoires à la loi sera ici entendue.

⁹⁹⁰ Déc. n° 96-383 D.C. préc., considérants 17 et 18. Sur cette question, I. Odoul-Asorey, *Négociation collective et Droit constitutionnel*, Th. P.O.N.D., 2008, p. 533.

⁹⁹¹ *Ibidem*, p. 527 s.

même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public, il doit définir de façon précise l'objet (i) et les conditions de cette dérogation (ii) »⁹⁹².

i. La nécessaire détermination légale de l'objet de la dérogation

520. Le législateur ne peut pas, sans méconnaître sa compétence, émettre une habilitation de portée générale à destination des interlocuteurs sociaux les autorisant à déroger à la loi. Lorsqu'il habilite ces derniers à déroger à la loi, il doit préciser les dispositions d'ordre public ouvertes à la dérogation.

521. À travers cette exigence, le Conseil constitutionnel contrôle que le législateur ne commet aucune incompétence négative. Un exemple en matière de représentation des salariés apparaît à travers la possibilité de conclure des accords de méthode. Depuis une loi du 18 janvier 2005, un accord peut écarter les règles légales relatives aux modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise⁹⁹³. Plus précisément, un accord collectif peut modifier le nombre de réunions du comité d'entreprise, les délais qui séparent chacune d'elles, ainsi que le mode de délivrance des informations dues aux représentants des salariés⁹⁹⁴.

522. Les dispositions de la loi du 18 janvier 2005 n'ont pas été soumises à l'appréciation du Conseil constitutionnel. En revanche, celles prévues par la loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarial l'ont été : aux termes de la décision du 28 décembre 2006, le Conseil constitutionnel reconnaît que des dispositions légales « *prévoient une simple faculté de déroger, par accord collectif, aux règles fixées en matière de communication d'informations au comité d'entreprise par d'autres dispositions du Code du travail* »⁹⁹⁵. Le

⁹⁹² Déc. n° 2004-494. D.C., 29 avril 2004, préc. - considérant 9. Voir également, Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006, considérant 5, préc.

⁹⁹³ En réalité, les accords de méthode ont été autorisés, à titre expérimental, par la loi du 3 janvier 2003. Cf. Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements pour motif économique, *J.O.R.F.* du 4 janvier 2003, p. 255. « Art. 2 - *A titre expérimental et, le cas échéant, par dérogation aux dispositions des livres III et IV du Code du travail, des accords d'entreprise peuvent fixer les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise lorsque l'employeur projette de prononcer le licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours* ». La durée d'expérimentation était de dix-huit mois à compter de la promulgation de la loi et les accords conclus durant cette période pouvaient avoir une durée allant jusqu'à deux ans.

⁹⁹⁴ L'objet des accords de méthode est précisé à l'article L. 1233-22 *C. trav*

⁹⁹⁵ Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, *Rec.* p. 138. Plus précisément, le législateur a permis de déroger par voie d'accords collectifs aux modalités d'information

Conseil constitutionnel relève la matière ouverte à la dérogation, à savoir la « *communication d'informations au comité d'entreprise* ». Il précise encore que « *[le législateur] a déterminé la périodicité et le contenu obligatoires du rapport qui, dans une telle hypothèse, se substitue à ces documents, ainsi que les modalités de sa communication aux membres du comité d'entreprise* »⁹⁹⁶. Ce faisant, il entend souligner que le législateur a défini avec suffisamment de précision les règles ouvertes à la dérogation conventionnelle.

ii. Les conditions de la dérogation

523. Le législateur doit, une fois déterminées les matières ouvertes à la dérogation, définir les conditions de la dérogation. Cette exigence a une double visée. Il s'agit, d'une part, de garantir la compétence du législateur et, d'autre part, de protéger les droits à valeur constitutionnelle. De cette manière, le juge constitutionnel contrôle que le législateur ne prive pas de garanties légales suffisantes les droits constitutionnels, lorsqu'il autorise la conclusion d'accords dérogatoires à la loi. Là encore, il utilise la technique du « *seuil* », pour s'assurer que le législateur exerce pleinement sa compétence.

524. Toutefois, ce n'est que de manière récente que le Conseil constitutionnel relève l'existence de « *garanties légales suffisantes* » s'agissant des dérogations à la loi. Une telle appréciation apparaît de manière explicite dans la décision du 29 juillet 2005. La disposition légale litigieuse concernait l'extension par voie conventionnelle du forfait jour aux salariés non-cadres⁹⁹⁷. Selon le juge constitutionnel, « *il était loisible au législateur d'étendre à certains salariés non-cadres le régime des conventions de forfait en jours [...] sous réserve de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos de ces salariés résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946* »⁹⁹⁸. Auparavant, il n'était pas certain que la technique du « *seuil* » soit employée pour contrôler la

du comité d'entreprise, s'agissant en particulier des informations périodiques que l'employeur doit remettre à ce dernier.

⁹⁹⁶ Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2008, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, Rec. p. 138.

⁹⁹⁷ Déc. 2005-523 D.C. du 29 juillet 2005, *Loi en faveur des petites et moyennes entreprises*. Rec. p. 137; L. Janicot, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *L.P.A.* 10 mai 2006, n° 93 p. 5 ; J.-E. Schoettl, « Le forfait-jours des salariés non-cadres devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.* 7 octobre 2005 n° 200 p. 7. Plus précisément, dans cet arrêt, le juge constitutionnel vérifie que l'habilitation légale permettant la conclusion d'accords collectifs instaurant le forfait-jour ne privait pas de garanties légales l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 reconnaissant le droit au repos.

⁹⁹⁸ Considérant 6. Nous soulignons.

constitutionnalité des habilitations à déroger conventionnellement à la loi. Comme le relève Mme I. Odoul-Asorey, « *les termes par lesquels [le Conseil constitutionnel] a validé les dispositions de la loi du 4 mai 2004 [...] ont été lacunaires et ambigus.* ». L'auteur regrette que cela ait entretenu « *une confusion entre l'encadrement précis des dérogations autorisées d'une part et la préservation ou non de garanties légales relatives à un principe constitutionnel d'autre part* »⁹⁹⁹.

525. Cette confusion réapparaît dans la décision du 28 décembre 2006. La disposition soumise au contrôle du Conseil constitutionnel concernait une habilitation à déroger aux lois relatives à l'information du comité d'entreprise. Selon les sages, le législateur « *n'a pas privé les représentants des salariés des informations nécessaires pour que soit assurée la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise* ». Dans le même mouvement, sont évoquées les garanties légales apportées au principe de participation et les conditions nécessaires à l'autorisation de conclure des accords dérogatoires¹⁰⁰⁰.

526. En dépit de ce flottement, il semble que le législateur qui modifie les dispositions antérieures dans le sens d'un recours accru à la dérogation ne puisse pas priver les principes constitutionnels des garanties légales suffisantes. De manière générale, il est interdit à la loi de contenir des habilitations inconditionnelles à destination des interlocuteurs sociaux ; en particulier, lorsque ceux-ci sont à même de porter atteinte aux droits constitutionnels, tels que la liberté syndicale ou le principe de participation. Pratiquement, cela suppose que les conditions de la dérogation soient impératives à l'égard des interlocuteurs sociaux, de manière précisément à assurer aux droits constitutionnels des garanties légales suffisantes.

527. Cela étant, les garanties légales suffisantes ne sont pas les dispositions prévues par la loi. Cela reviendrait à interdire le mécanisme des accords dérogatoires à la loi. Il s'agit bien des garanties sans lesquelles les droits constitutionnels seraient privés de leur effectivité. Autrement dit, les garanties légales suffisantes apportées aux droits constitutionnels ne correspondent pas aux garanties légales en vigueur¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ I. Odoul-Asorey, Th préc., pp. 548-549.

¹⁰⁰⁰ A. Mangiavillano, « Enrichissement du contenu essentiel du droit constitutionnel de participation », *R.F.D.C.* 2007, p. 766.

¹⁰⁰¹ Ainsi dans la décision relative aux forfaits jours, le Conseil constitutionnel indique que « *l'objet et les conditions des nouvelles possibilités de dérogation aux règles relatives à la durée du travail, et*

528. Il est important de le souligner : les principes fondamentaux du droit du travail déterminés par la loi ne revêtent pas nécessairement un caractère d'ordre public. À l'instar de Mme M.-L. Morin, il y a lieu de distinguer ces deux éléments caractéristiques de la loi. La qualification de principe fondamental du droit du travail renvoie à la compétence matérielle du législateur¹⁰⁰². Le caractère d'ordre public indique quant à lui la force obligatoire attachée à la loi et qui interdit d'y déroger¹⁰⁰³. On relèvera à cet égard la maladresse de la formulation du Conseil constitutionnel selon laquelle le législateur permet de « *déroger à une règle qu'il a lui-même édictée et à laquelle il a entendu conférer un caractère d'ordre public* ». Il est une évidence : le caractère d'ordre public de la loi ne constitue pas une exigence constitutionnelle imposée au législateur, au nom de la plénitude de sa compétence¹⁰⁰⁴. Une fois les principes fondamentaux du travail énoncés, le législateur peut autoriser qu'il y soit dérogé. En revanche, les règles constitutionnelles régissant sa compétence imposent qu'il détermine les conditions de cette dérogation qui, elles, sont impératives¹⁰⁰⁵.

d) La loi expérimentale, un cas exceptionnel de législation déléguée

529. Par principe, le législateur ne peut pas abandonner sa compétence. Cette interdiction n'est cependant pas absolue. A titre expérimental, le législateur peut habiliter les

notamment au droit au repos, sont définis de façon suffisamment précise ; que dans ces conditions, l'article 43 ne prive pas de garanties légales les exigences constitutionnelles susmentionnées ». cf. considérant 18.

¹⁰⁰² L'expression de compétence matérielle ne doit pas être entendue comme créant un noyau dur de matières relevant exclusivement de la compétence du législateur. Aucune matière du domaine de la loi n'est soustraite à la négociation collective, la répartition des compétences entre l'une et l'autre s'effectuant selon un rapport vertical et non horizontal.

¹⁰⁰³ M.-L. Morin, « La loi et la négociation collective : concurrence ou complémentarité ? », *Dr. soc.* 1998, p. 419, spéc. p. 425.

¹⁰⁰⁴ En ce sens, P. Teynere, « Les rapports hiérarchiques entre constitution, loi et contrat en droit positif français », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz 2007, p. 1435, spéc. p. 1450.

¹⁰⁰⁵ C'est ainsi que l'on peut comprendre les expressions employées par certains auteurs telles qu'ordre public dérogatoire - C. Radé, *Droit du travail, 3^{ème} édition*, Montchrestien, 2004, collection Focus droit, p. 14 ; F. Bocquillon, « Que reste-t-il du principe de faveur », *Dr. soc.* 2001, p. 255 - , ordre public dérogeable - F. Canut, *L'Ordre public en droit du travail*, L.G.D.J., 2007, p. 243, dérogations à l'ordre public social - F. Bocquillon, « Vraies-fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie de normes », in *Le Droit social - le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 36 ; Nadège Meyer, *L'Ordre public en droit du travail contribution de l'ordre public en droit privé*, L.G.D.J., 2006, pp. 131 s, ou encore ordre public d'un troisième type - M.-A Souriac et G. Borenfreund, « La Négociation collective entre désillusion et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 181, spéc. pp. 185-186.

interlocuteurs sociaux à intervenir dans le domaine de la loi sans qu'il ait lui-même et au préalable défini les principes fondamentaux du droit du travail. L'édition de loi expérimentale figure à l'article 37-1 de la Constitution. Selon cette disposition, « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ». Sur ce fondement, non seulement le législateur peut se départir du principe d'égalité devant la loi, mais encore il peut ne pas exercer pleinement sa compétence sans être exposé au grief d'incompétence négative. Il importe néanmoins que la loi précise l'objet et la durée de l'expérimentation¹⁰⁰⁶.

530. L'exception au principe de répartition des compétences entre la loi et l'accord collectif apparaît dans la décision du 6 novembre 1996. Les dispositions soumises au contrôle du Conseil constitutionnel autorisaient qu'un accord de branche conclu au sein d'une commission paritaire détermine les conditions et les modalités dans lesquelles il était possible, par dérogation au droit commun de la négociation collective, de conclure des accords collectifs de travail dans les entreprises dépourvues de délégué syndical.

Il ressort de la décision du juge constitutionnel que :

« *La fixation des seuils d'effectifs [...] relève en principe de la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution en matière de principes fondamentaux du droit du travail ; celui-ci peut toutefois, sans méconnaître sa compétence, renvoyer aux accords de branche la détermination de ces seuils [...] dès lors que la latitude laissée aux acteurs de la négociation collective devrait lui [le législateur] permettre d'adopter par la suite des règles nouvelles appropriées au terme d'une durée réduite d'expérimentation et d'évaluation des pratiques qui en sont résultées* »¹⁰⁰⁷.

531. C'est donc bien le caractère expérimental de la loi qui permet d'écarter le grief d'incompétence négative. Les négociateurs de branche ont pu fixer les seuils d'effectifs des entreprises dans lesquelles ont eu lieu les formes dérogatoires de négociation collective, alors même que cette fixation incombait en principe au législateur. « *Le saut est impressionnant :*

¹⁰⁰⁶ Cf. notamment Déc. n° 2009-584 D.C. 16 juillet 2009, *J.O.R.F.* 22 juillet 2009, p. 12244, *Rec.* p. 140.

¹⁰⁰⁷ Déc. n° 96-383 D.C. du 06 novembre 1996, préc. Cf. spéc. considérant 12.

l'accord collectif est alors admis au rang de substitut de la loi pour une période déterminée »¹⁰⁰⁸.

D'autant plus impressionnant que cette faculté a été refusée à une autorité publique, et plus précisément à la collectivité territoriale de Corse. Celle-ci ne pouvait être habilitée à intervenir dans le domaine de la loi « *fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps* », cette faculté ne pouvant être prévue que par la Constitution¹⁰⁰⁹.

Or, ici, le principe de participation rend possible l'immixtion des interlocuteurs sociaux dans le domaine de la loi.

532. Le procédé ne remet pas en cause l'existence d'un rapport hiérarchique entre la loi et l'accord collectif : celui-ci ne peut intervenir que sur habilitation de celle-là. En revanche, il affecte la réserve de la loi¹⁰¹⁰.

Dans la décision de 1996, l'entorse faite à la compétence du législateur en raison du caractère expérimental de la loi n'apparaît qu'à l'égard de la fixation des seuils d'effectifs. Au contraire, lorsqu'il contrôle la détermination du statut protecteur devant bénéficier aux salariés mandatés, le Conseil constitutionnel ignore le caractère également expérimental des dispositions légales qui renvoyaient à la conclusion d'accords de branche. Il se réfère alors seulement à la répartition des compétences entre le législateur et les interlocuteurs sociaux et rappelle qu' « *il appartient au législateur de fixer les conditions et garanties de la mise en œuvre des dispositions à valeur constitutionnelle, la détermination des modalités concrètes de cette mise en œuvre peut cependant faire l'objet d'une concertation appropriée entre les employeurs et les salariés ou leurs organisations représentatives* ». Il énonce alors une réserve stricte d'interprétation, exigeant que les négociateurs de branche prévoient des « *garanties au moins équivalentes à la garantie légale* »¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁸ G. Borenfreund et M.-A. Souriac « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003 p. 72.

¹⁰⁰⁹ Déc. 2001-454 du 17 janvier 2002 sur la loi relative à la Corse, *Rec.* p. 70 ; J.-E. Schoettl, « Le Conseil constitutionnel et la Corse », *A.J.D.A.* 2002, p. 100 ; M. Verpaux, « La décision du Conseil constitutionnel n° 2002-454 D.C. du 17 janvier 2002. Une décision inattendue ? », *R.F.D.A.* 2002, p. 459 ; D. Chagnollaude, « Le Conseil constitutionnel et la Corse : la question du pouvoir législatif délégué », *Pouvoirs locaux*, 2002, p. 123 ; L. Favoreu, « Le respect de la répartition des compétences normatives établie par la Constitution », *R.F.D.C.* 2002, p.410 ; F. Luchaire, « La Corse et le Conseil constitutionnel : à propos de la décision du 17 janvier 2002 », *R.D.P.* 2002, p. 885.

¹⁰¹⁰ Sur la notion de réserve de loi, cf. *supra* n° 250 s.

¹⁰¹¹ Considérants 21 et 22.

533. Le Conseil constitutionnel entend-il distinguer au sein des principes fondamentaux ceux qui mettent en œuvre les droits constitutionnels ? La question se pose de savoir si la mise en œuvre des principes constitutionnels peut faire l'objet d'une loi expérimentale. Peut-on risquer, même le temps de l'expérimentation, que les principes constitutionnels soient privés de garanties légales ? Sans doute pas.

B. Le rôle du dialogue social dans le droit de l'Union européenne

534. L'autonomie collective au niveau de l'Union européenne est dit-on une source du droit de l'Union européenne. Or le droit de l'Union européenne constitue une source de la représentation collective des salariés. Partant, il importe de savoir dans quelle mesure le droit négocié de l'Union européenne peut être appelé à régir cette matière.

535. L'affirmation que l'autonomie collective est une source du droit de l'Union n'est pas sans susciter des interrogations, parfois des réticences. Si l'on entend celle-ci comme la capacité originaire des interlocuteurs sociaux à produire des normes professionnelles, il faut admettre que les traces dans l'histoire de la négociation collective sont peu nombreuses¹⁰¹². Aux dires de certains, « *la négociation collective européenne résulterait pour l'essentiel d'une volonté extérieure aux partenaires sociaux. Développée en dehors de toute pratique spontanée, la négociation collective relèverait d'une constitution normative hétéronome suscitée par les institutions communautaires* »¹⁰¹³.

536. Reste le dialogue social européen qui occupe quant à lui une place de choix dans l'ordre juridique de l'Union européenne, ce qui contribue à donner au droit social de l'Union européenne une coloration particulière. Né des rencontres de Val Duchesse débutées en 1985 qui ont abouti à un accord signé le 31 octobre 1991 et repris par l'Accord de politique sociale du 7 février 1992¹⁰¹⁴, le dialogue social européen n'a cessé d'occuper une place plus grande

¹⁰¹² On relève la conclusion de quelques accords conclus au niveau transnational dans les années 1970. Pour autant, ce ne sont que des expériences isolées dont on ne peut déduire l'existence d'un véritable système de relations professionnelles au niveau européen.

¹⁰¹³ C. Vigneau, « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *R.T.D. eur.* 2002, p. 653. Les interrogations sur l'autonomie collective européenne ne sont cependant pas nouvelles. Cf. G. Lyon-Caen, « Négociation et convention collective eu niveau européen », *R.T.D. eur.* 1973, p. 583 et 1974, p. 1.

¹⁰¹⁴ M.-A. Moreau, « Tendances du droit social communautaire, ombres et brouillard à Maastricht », *Dr. soc.* 1994, p. 80 ; B. Teyssié, « La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'accord européen sur la politique sociale », *J.C.P.* éd. E I.352.215 ; F. Vandamme, « Quel

dans « *la gouvernance européenne* »¹⁰¹⁵. Sa promotion est un objectif de l'Union, énoncé à l'article 151 T.F.U.E. L'article 152 en précise le sens. Il s'agit de promouvoir le rôle des partenaires sociaux au niveau de l'Union européenne et de faciliter le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie¹⁰¹⁶.

537. La notion de dialogue social est liée à la pratique de la négociation collective. Elle ne s'y limite cependant pas : elle renvoie à toutes sortes de pratiques qui associent les « partenaires sociaux » européens¹⁰¹⁷ à l'élaboration du droit de l'Union européenne. Pour autant, le but n'est pas nécessairement ni exclusivement la production de normes conventionnelles¹⁰¹⁸. Le dialogue social européen recouvre encore le dialogue au sein du Conseil économique et social, le dialogue social sectoriel, le dialogue au sein du comité permanent pour l'emploi, ou encore lors des Sommets sociaux tripartites. À la diversité des procédures correspond une diversité des « *instruments du dialogue social européen* »¹⁰¹⁹. Parallèlement aux accords, sont émis « *des avis* », « *des déclarations communes* », des « *lignes directrices* », des « *codes de conduites* ». Ces actes peuvent être regroupés en trois catégories : les actes déclaratifs, les actes recommandataires et les actes obligatoires¹⁰²⁰.

538. L'expression la plus tangible de la promotion du dialogue social au sein de l'Union européenne est le rôle des « partenaires sociaux » européens dans l'élaboration de la législation communautaire (1.). La conclusion d'accords collectifs est aussi parfois préférée à l'application de dispositions légales au stade de la mise en œuvre de la législation européenne¹⁰²¹ (2).

espace contractuel pour les partenaires sociaux après le traité de Maastricht ? », *Revue du Marché commun*, 1992, p. 788.

¹⁰¹⁵ COM (2001) 428 final du 25 juillet 2001 ; Livre blanc 2001, *La gouvernance européenne*, O.P.O.C.E., 2001.

¹⁰¹⁶ *Adde* COM (2002) 341 final du 26 juin 2002, Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement.

¹⁰¹⁷ L'utilisation des guillemets souligne que l'expression « partenaires sociaux européens » est celle utilisée par les institutions communautaires.

¹⁰¹⁸ Ainsi, l'article 4 de l'Accord sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht distingue les « relations conventionnelles », de « l'accord », qui n'est qu'une modalité à laquelle peut aboutir les relations professionnelles. Pour une étude d'ensemble, cf. D. Gaddin, « L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire », *R.T.D. eur.* 2000, p. 1. *Adde* Commission européenne, *Les relations de travail en Europe*, O.P.O.C.E 2000 ;

¹⁰¹⁹ COM (2004) 557 final ; E. Mazuyer, « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Dr. soc.* 2007, p. 476.

¹⁰²⁰ S. Laulom, C. Vigneau, « Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles », *Dr. soc.* 2005, p. 526, et spéc. p. 529.

¹⁰²¹ A. Lyon-Caen, « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Dr. soc.* 1997, p. 68.

1. *Le dialogue social européen et la participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la législation européenne*

539. Figurant d'abord aux articles 118 A et 118 B, devenus les articles 138 et 139 du T.C.E., et désormais les articles 154 et 155 T.F.U.E., le dialogue social européen consiste, pour une partie en une activité autonome des « partenaires sociaux » européens et, pour une autre partie, en une procédure institutionnalisée.

540. L'étude du dialogue social européen autonome (i) précédera celle du dialogue social institutionnalisé (ii).

a) Le dialogue social européen autonome

541. Suivant l'article 4 de l'accord sur la politique sociale du 7 février 1992, « *le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent à des relations conventionnelles, y compris des accords* ». Cet accord ayant été annexé au Traité de Maastricht, cette disposition marquait la naissance au sein de la communauté européenne d'un dialogue social européen autonome¹⁰²². Cette disposition a été reprise à l'article 139 § 1 T.C.E, devenu l'article 155 § 1 T.F.U.E.

542. L'autonomie des « partenaires sociaux » européens consiste d'abord en une liberté conventionnelle. Ceux-ci sont libres de déterminer l'objet de leur négociation et le champ géographique et professionnel de leur action. Leur autonomie résulte ensuite de l'absence d'intervention des institutions communautaires dans le choix des acteurs, lequel obéit à un principe, la reconnaissance mutuelle. Les « partenaires sociaux » au sens de l'article 139§1 T.C.E. sont donc ceux qui se sont mutuellement reconnus. Bien qu'elle eût été invitée à le faire, la Commission a toujours refusé d'intervenir dans la sélection des acteurs du dialogue social européen. Au mieux a-t-elle, en 1996, invité « *les partenaires sociaux eux-mêmes à renforcer le dialogue social en assurant une représentation adéquate de tous les intérêts appropriés* »¹⁰²³.

¹⁰²² Le dialogue social autonome est aussi appelé le dialogue social de Val Duchesse.

¹⁰²³ COM (96) 448 final, p. 18 En 1998, La Commission adoptait un ton plus alarmiste : « *il est essentiel dans le même temps que les partenaires sociaux au niveau interprofessionnel et sectoriel trouvent les meilleures solutions pour préserver le caractère dynamique de leur dialogue en lui permettant de poursuivre son évolution vers une coopération et une ouverture plus larges afin de jouer un rôle encore plus constructif au travers d'une représentation optimale. Ce processus est indispensable si l'on souhaite*

543. Au niveau interprofessionnel, le comité du dialogue social réunit une organisation de travailleurs, la C.E.S., et deux organisations d'employeurs, *Business Europe* et la C.E.E.¹⁰²⁴. Au niveau sectoriel, les comités de dialogue social sectoriels réunissent les organisations de chacun des secteurs d'activités, variant ainsi d'un secteur à l'autre¹⁰²⁵.

544. L'article 139 T.C.E. est complété d'un second paragraphe relatif à la mise en œuvre des accords conclus au niveau communautaire. Deux modes particuliers de mise en œuvre des accords conclus sont ainsi prévus. Soit la mise en œuvre intervient selon *les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres*. Soit elle requiert l'adoption d'une directive par le Conseil sur proposition de la Commission.

545. Le premier mode de mise en œuvre est appelé mise en œuvre autonome. Deux exemples existent. Le premier est l'Accord-cadre sur le Télétravail conclu en 2002 ; le second est l'accord sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007. L'un et l'autre renvoient aux interlocuteurs sociaux au niveau national leur mise en œuvre. Autrement dit, toute chose égale par ailleurs, les accords collectifs nationaux ont vocation à "transposer" l'accord conclu au niveau européen¹⁰²⁶.

546. Le second mode de mise en œuvre suppose l'intervention des institutions communautaires. Ces dernières "ratifient" l'accord pour lui conférer une portée normative et lui assurer une application unifiée¹⁰²⁷. Tel fut le cas de l'accord-cadre du 14 décembre 1995 sur

aboutir à une acceptation générale du dialogue social. À cet égard, la Commission souligne que la situation actuelle met en danger l'avenir du dialogue social et qu'une solution politique est indispensable pour préparer l'avenir » (COM (1998) 322 final, p 17).

¹⁰²⁴ Commission européenne, *Les relations de travail en Europe*, 2000, p. 8 et p. 14. Le comité du dialogue social est une structure autonome de rencontre des partenaires sociaux européens.

¹⁰²⁵ Aujourd'hui, 34 comités du dialogue social sectoriels ont été constitués. V. H. Champin, « Les comités de dialogue social sectoriel », élaboré lors du Colloque des 16 et 17 octobre 2008, Document de travail, Europe et société [<http://www.europeetsociete.com/newsletter/etudes/FR%20-%20DocDSS%20-%20HC.pdf>].

¹⁰²⁶ P. Langlois, « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr. soc.* 1993, p. 201. La mise en œuvre conventionnelle des accords-cadres européens ne doit pas être confondue avec la faculté également prévue par le Traité pour un État membre de renvoyer à la négociation collective la transposition d'une directive (art. 137 §4 devenu l'article 153 T.F.U.E.).

¹⁰²⁷ Certains auteurs comparent cette intervention des institutions communautaires à celle du Ministre dans le cas d'une extension (cf. G. Guéry, « La dimension conventionnelle de l'Europe sociale sur la base des Traités de Maastricht, R.I.T. 1992, p. 627, et spéc ; p. 637 ; C. Vigneau, « Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *R.T.D. eur.* 2002, p. 653, spéc. point 19 ; C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, L.G.D.J. 2006, n° 411, p. 313 En raison des incertitudes qui entourent la portée normative des accords conclus par les « partenaires sociaux » européens, nous préférons ne pas faire reprendre cette analogie. En effet, en droit français, l'extension n'a pas pour conséquence de conférer un effet normatif – à la fois impératif et *erga omnes* – à l'accord que celui-ci

le congé parental, mis en œuvre par la directive 96/34 du 3 juin 1996¹⁰²⁸ ; de l'accord-cadre du 6 juin 1997 sur le travail à temps partiel, mis en œuvre par la directive 97/81 du 15 décembre 1997¹⁰²⁹, et, enfin, de l'accord-cadre du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée, mis en œuvre par la directive 99/70 du 28 juin 1999¹⁰³⁰. Le dialogue social initialement autonome se mue alors en un dialogue social institutionnalisé¹⁰³¹.

b) Le dialogue social institutionnalisé

547. Le dialogue social européen emprunte une seconde voie davantage institutionnalisée. L'autonomie collective serait alors « *concedée* » par l'Union européenne¹⁰³². Il s'agit de la procédure prévue par l'article 138 T.C.E. qui permet aux « partenaires sociaux » de se substituer à l'intervention de la Commission, en ouvrant une négociation sur le thème qui a fait l'objet de la procédure de consultation. Cette procédure est marquée par trois temps : le temps de la consultation ; le temps de la négociation ; le temps de la décision.

548. Le temps de la consultation débute par l'initiative de la Commission. Lorsque celle-ci entend intervenir dans l'un des domaines de politique sociale, elle doit consulter les organisations interprofessionnelles et sectorielles intéressées par l'initiative de la Commission. Suivant cette consultation, les partenaires sociaux peuvent manifester leur volonté mutuelle d'engager des négociations. S'ouvre alors un deuxième temps : le temps de la négociation.

549. Les « partenaires sociaux » au sens de l'article 138 T.C.E ne sont pas exactement les mêmes que ceux visés par l'article 139 T.C.E. Il s'agit d'abord et en premier lieu de ceux qui « *acceptent de négocier les uns avec les autres* »¹⁰³³. En second lieu, ce sont ceux qui ont participé à la phase de consultation. Or, pour participer à la phase de consultation, la Commission s'appuie sur des critères de représentativité à partir desquels elle a dressé une liste

tient directement de l'article L. 2254-1 du Code du travail. L'extension a seulement pour conséquence de rendre applicable l'accord dans toutes les entreprises comprises dans le champ géographique et professionnel défini par l'accord.

¹⁰²⁸ J.O.C.E.L145, 19 juin 1996.

¹⁰²⁹ J.O.C.E.L 14, 20 janvier 1998.

¹⁰³⁰ J.O.C.E. L 175, 10 juillet 1999.

¹⁰³¹ En effet, « la mise en œuvre réglementaire de l'accord [...] est ouverte à l'ensemble des accords collectifs européens, sans considération de leur cadre d'élaboration » (C. Vigneau, art. préc. point 19).

¹⁰³² C. Fourcade, L'autonomie collective des partenaires sociaux, L.G.D.J. 2006, pp. 294 s.

¹⁰³³ T.P.I. C.E. 17 juin 1998, *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (U.E.A.P.M.E.) c/ Conseil*, aff. T 135/96. Point 76 à 78. Cf. M.-A. Moreau, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.* 1999, p. 53.

des organisations participantes. Ces critères résultent de plusieurs communications, la première ayant été rendue le 14 décembre 1993¹⁰³⁴, qui sera révisée le 20 mai 1998¹⁰³⁵, puis le 26 janvier 2002¹⁰³⁶. Ils sont au nombre de six. Les organisations doivent : 1) être organisées au niveau européen, interprofessionnel ou sectoriel – 2) être composées d'organisations nationales elles-mêmes considérées comme représentatives dans leur cadre national – 3) être représentés dans tous les États membres ou avoir participé aux rencontres de Val Duchesse – 4) être composées d'organisations auxquelles l'adhésion se fait sur une base volontaire – 5) être composées de membres ayant le droit d'être impliqués, directement ou non, dans des négociations de niveau national – 6) être chargées par leurs membres de les représenter dans le dialogue social communautaire. La satisfaction des critères de représentativité ne donne cependant pas un droit de participer à la négociation collective ; elle ouvre seulement une faculté, la reconnaissance mutuelle demeurant déterminante¹⁰³⁷.

Dans le cadre de l'article 138, la détermination des partenaires sociaux répond donc à une double exigence, qualifiée parfois de double représentativité¹⁰³⁸.

550. A l'issue des négociations, si un accord est conclu, un troisième temps commence, celui de la décision. La Commission *peut* intervenir¹⁰³⁹ et soumettre au Conseil un projet de décision, qui prend généralement la forme d'une directive¹⁰⁴⁰. Suivant les termes de la solution du Tribunal de première instance, il s'agit ainsi de « *conférer une assise communautaire de nature législative à un accord conclu entre partenaires sociaux* »¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁴ COM (93) 600 final.

¹⁰³⁵ COM (1998) 322 final.

¹⁰³⁶ COM (2002).

¹⁰³⁷ T.P.I. C.E. 17 juin 1998, *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (U.E.A.P.M.E.) c/ Conseil*, aff. T 135/96. Point 76 à 78. Cf. M.-A. Moreau, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.* 1999, p. 53.

¹⁰³⁸ P.-H. Antonmattéi, « Normes sociales européennes conventionnelles : les accords collectifs de niveau communautaire », in *Les normes sociales européennes*, Ed. Panthéon-Assas, 2000, p. 29.

¹⁰³⁹ Il s'agit d'une faculté non d'une obligation.

¹⁰⁴⁰ La notion de décision doit donc être entendue dans un sens large, couvrant la décision, le règlement et les directives. Cf. COM (96) 26 du 31 janvier 1993. *Adde.* P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, *op. cit.* n° 112, pp. 112-113 ; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, p. 51.

¹⁰⁴¹ T.P.I. C.E. 17 juin 1998, *Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (U.E.A.P.M.E.) c/ Conseil*, aff. T 135/96. Point 76 à 78. Cf. M.-A. Moreau, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.* 1999, p. 53.

551. La Commission et le Conseil doivent apprécier la validité de l'accord¹⁰⁴². Le contrôle porte sur deux aspects. Le premier concerne la légalité des clauses de l'accord au regard du droit communautaire. L'accord doit respecter les domaines de compétence communautaires et l'ordre public communautaire. Le second aspect concerne les parties signataires. Celles-ci doivent avoir été dûment mandatées et être représentatives. Plus précisément, les parties signataires doivent satisfaire « *une représentativité cumulée suffisante* »¹⁰⁴³. Selon le T.P.I., cette exigence découle de l'absence de participation du Parlement européen. La représentativité cumulée suffisante tend à satisfaire le « *principe démocratique fondamental selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative* »¹⁰⁴⁴. À défaut de représentativité cumulée suffisante, la Commission et le Conseil doivent refuser de mettre en œuvre l'accord. Cette obligation a pour corollaire un droit des organisations non-signataires d'empêcher la mise en œuvre de l'accord, celles-ci pouvant en conséquence agir en annulation de la décision du Conseil¹⁰⁴⁵.

La représentativité cumulée suffisante repose sur deux éléments. D'une part, la représentativité de chacune des organisations au regard des critères qui servent à définir les organisations participant à la phase de consultation. D'autre part, la représentativité cumulée suffisante suppose que l'ensemble des intérêts professionnels ait été défendu.

552. En revanche, si aucun accord n'a été conclu dans un délai de neuf mois, la Commission retrouve son pouvoir normatif et peut élaborer un projet de directive. Tel fut le cas de la directive sur le comité d'entreprise européen. A la suite de l'échec des négociations et à la demande de la C.E.S., la Commission s'engagera dans l'élaboration de la directive 94/45. Cela étant, l'absence d'accord en amont n'a pas empêché de le promouvoir en aval.

2. *Le principe d'autonomie des parties et la participation des partenaires sociaux à la mise en œuvre de la législation européenne*

553. Deux mécanismes de mise en œuvre conventionnelle du droit de l'Union existent. Le premier est prévu par les Traités (a). Le second a été imaginé par la Commission à l'occasion

¹⁰⁴² Il serait possible de discuter l'existence d'un contrôle de la validité de l'accord dans la mesure où le Conseil et la Commission n'ont pas le pouvoir ce faisant d'annuler l'accord. Peut-être conviendrait-il de parler, passant sur le néologisme, d'un contrôle de la transposabilité de l'accord en décision communautaire.

¹⁰⁴³ *Ibidem*, point 90.

¹⁰⁴⁴ *Ibidem*, point 88.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem* point 90.

de la directive instituant le comité d'entreprise européen au nom du principe d'autonomie des parties (b).

a) L'article 153 paragraphe 3 T.F.U.E.

554. Suivant l'article 137 T.C.E., devenu l'article 153 paragraphe 3 T.F.U.E., « *un État membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe 2 ou, le cas échéant, la mise en œuvre d'une décision du Conseil adoptée conformément à l'article 155* ». Ainsi, les États membres peuvent décider de renvoyer à la négociation collective le soin de transposer au niveau interne la directive communautaire.

555. Il s'agit là d'une simple faculté ; les États membres n'y sont pas tenus¹⁰⁴⁶. Par ailleurs, dans la mesure où l'obligation de transposition pèse sur ces derniers, ils doivent garantir les objectifs attendus par la directive. En particulier, ils doivent s'assurer que « *tous les travailleurs de la Communauté puissent bénéficier de la protection prévue par la directive dans toute son étendue* »¹⁰⁴⁷. Dans cette perspective, le système de relations professionnelles propre à chaque État membre doit être en mesure de satisfaire à ces exigences. En outre, l'État doit prévoir des dispositions légales, réglementaires et administratives en vue de pallier l'absence d'accord¹⁰⁴⁸.

b) La mise en place négociée du comité d'entreprise européen et le principe d'autonomie des parties

556. Un autre mécanisme existe, davantage contraignant pour les États membres. Ce sont les directives communautaires elles-mêmes qui ont parfois imposé une mise en œuvre conventionnelle.

557. La référence au principe d'autonomie des parties apparaît de manière explicite dans la directive sur le comité d'entreprise européen et de manière implicite dans celle sur l'implication des travailleurs dans la société européenne. Les développements qui suivent

¹⁰⁴⁶ C.J.C.E. 23 mai 1985, aff. N° 29/84, *Rec.* 1985, p. 1661.

¹⁰⁴⁷ C.J.C.E. 10 juillet 1986, aff. N° 235/84, *Rec.* 1986, p. 2291, point n° 20.

¹⁰⁴⁸ A. Lyon-Caen, « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Dr. soc.* 1997, p. 68.

seront consacrés à la directive sur le comité d'entreprise européen. Cela étant, ils valent également pour la directive relative à l'implication des travailleurs dans la société européenne qui a repris la même modalité de mise en œuvre.

558. Le paragraphe 19 du Préambule de la directive de 2009 instituant un comité d'entreprise européen énonce : « *Conformément au principe d'autonomie des parties, il appartient aux représentants des travailleurs et à la direction de l'entreprise [...] de déterminer d'un commun accord la nature, la composition, les attributions et les modalités de fonctionnement, les procédures, les ressources financières du comité d'entreprise européen* ».

559. Ce principe peut être compris de diverses manières. Tout d'abord, on le trouve exprimé dans les textes de l'Organisation internationale du Travail. Cette dernière reconnaît un principe d'autonomie des parties qui, avec le principe de la négociation libre et volontaire, constitue « *des principes indissociables du droit de négociation consacré par la convention n°98 de l'O.I.T* »¹⁰⁴⁹. Le principe d'autonomie des parties renverrait davantage à l'absence d'ingérence des pouvoirs publics qui doivent laisser les parties libres de négocier, ce qui suppose de leur reconnaître une capacité de négocier. Le principe de la négociation libre et volontaire renverrait à l'absence de contraintes qui imposeraient de négocier ou de conclure un accord, ou qui imposeraient un niveau de négociation particulier. Autrement dit, le premier concerne le principe de la liberté de négocier ; le second les conditions d'exercice de la liberté de négocier.

560. Ainsi, le sens donné au principe d'autonomie des parties se voit-il éclairé par le droit international du travail. Il s'agit de laisser les parties, à savoir les représentants des travailleurs et la direction de l'entreprise de dimension communautaire, libres de déterminer les conditions de mise en place d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information et de consultation des travailleurs à ce niveau. La formule de la directive exprime la volonté de limiter l'immixtion des pouvoirs publics.

561. Le principe d'autonomie des parties sous-tend une autre idée, qui n'est pas exclusive de la précédente, celle de subsidiarité.

562. Pour rappel, selon le principe de subsidiarité énoncé à l'article 5.3 T.U.E., « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient,*

¹⁰⁴⁹ Comité de la liberté syndicale, 343^{ème} Rapport ; Adde B. Génigon, A. Otero, H. Guido, « Les principes directeurs de l'O.I.T. sur la négociation collective », *R.I.T.* 2000.

conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional ou local et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire »¹⁰⁵⁰.

563. Il est donc un principe qui guide, dans le cas des compétences partagées, l'intervention de l'Union européenne par rapport à celle des États membres. Il s'accompagne d'un autre principe qui est le principe de proportionnalité. Ensemble, ils requièrent que l'Union intervienne si et seulement si les États membres ne peuvent réaliser les objectifs de l'Union et que son action serait plus efficace. Deux aspects caractérisent donc la subsidiarité au sein de l'Union européenne. Le premier, classique, consiste à donner une priorité à l'intervention des États membres, plus proches des intéressés que ne l'est l'Union européenne. Le second aspect, plus original, implique l'appréciation de la plus grande utilité que peut avoir l'intervention de l'Union par rapport à celle des États membres. Quant au principe de proportionnalité, il impose aux autorités de l'Union européenne de prendre les mesures strictement nécessaires à la réalisation de l'objectif qu'il revient de poursuivre. Il est une jauge de l'intensité de l'intervention communautaire.

564. Le principe de subsidiarité a donc une signification précise qui ne permet pas de le relier directement au principe d'autonomie des parties¹⁰⁵¹. En revanche, l'idée de subsidiarité traverse le principe d'autonomie des parties¹⁰⁵². Le privilège de l'accord entre les parties sur la loi traduit la volonté d'appliquer les normes qui sont au plus proche des intéressés.

565. Ce principe justifie la reconnaissance par la directive des accords collectifs conclus avant l'adoption de la directive et avant toute transposition légale dans les ordres juridiques des États membres¹⁰⁵³. Par ailleurs, il fonde l'habilitation à négocier la mise en place d'un

¹⁰⁵⁰ Art. 5.3. du Traité sur l'Union européenne, *J.O.U.E* du 30 mars 2010, C83/18. Par ailleurs, le Traité de fonctionnement de l'Union européenne est complété d'un protocole sur *l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* (*J.O.U.E.* 30 mars 2010, C83/206). X. Marchand-Tonel, « La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne », *Droit et société* 2012, p. 5.

¹⁰⁵¹ Contra M. Schmidt, *L'autonomie collective des partenaires sociaux européens dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du principe de subsidiarité*, Thèse Strasbourg, 2007.

¹⁰⁵² Comp. P. Langlois, « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr. soc.* 1993, p. 201. L'auteur voit dans la mise en œuvre conventionnelle du droit communautaire une « *forme atténuée de subsidiarité* ». Comp. G. Lyon-Caen, « Subsidiarité et droit social européen », *Dr. soc.* 1997, p. 382. Adde, M. Schmidt, *L'autonomie collective des partenaires sociaux dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du principe de subsidiarité*, Thèse Strasbourg, 2007.

¹⁰⁵³ Article 13 de la directive 94/45 ; Article 114 de la directive 2009/38.

comité d'entreprise européen¹⁰⁵⁴ ainsi que le caractère supplétif des dispositions de référence¹⁰⁵⁵.

Paragraphe 2 – Le domaine de compétence

566. Longtemps les législations relatives aux accords collectifs et à la représentation des salariés se sont élaborées de manière séparée¹⁰⁵⁶. Les interactions étaient rares.

567. D'un côté, la législation relative aux accords collectifs de travail définissait le champ matériel ouvert aux négociateurs en référence aux relations individuelles de travail. Dès lors que « *le contrat de travail reste la base de référence des rapports de travail* »¹⁰⁵⁷, la négociation collective est d'abord perçue comme un moyen de retrouver, au niveau collectif, l'égalité qui fait défaut au niveau individuel. Cette vocation impliquait, *a contrario*, que les accords collectifs n'avaient pas pour objet de régir les relations collectives de travail (A).

568. Depuis la loi du 11 février 1950, les conventions et accords collectifs de travail ont vocation à régir l'ensemble des conditions de travail, englobant la plupart des aspects du droit du travail, et, en particulier, ceux qui ont trait aux relations collectives de travail (B).

569. Parallèlement à cette manière de définir le champ matériel dévolu à la négociation collective de travail, le législateur a, plus récemment, eu recours explicitement à la faculté pour les interlocuteurs sociaux de saisir des relations collectives de travail comme objet de négociation (C).

¹⁰⁵⁴ Art. 5 de la directive 2009/38 : Afin de réaliser l'objectif visé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, la direction centrale entame la négociation pour l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information et de consultation, de sa propre initiative ou à la demande écrite d'au moins cent travailleurs, ou de leurs représentants, relevant d'au moins deux entreprises ou établissements situés dans au moins deux États membres différents

¹⁰⁵⁵ Article 7 de la directive 2009/38.

¹⁰⁵⁶ Cela vaut certainement pour la conception étatique des relations collectives de travail, mais ce partage n'était nécessairement souhaité par le mouvement syndical. M. C. Didry relève une publication de la fédération unitaire des métaux datée de 1935 dans laquelle, sur la page de gauche, un article de B. Frachon est intitulé « imposons les contrats collectifs ! » et sur la page de droite un article d'A. Croizat porte sur « le comité d'usine ». Pour M. C. Didry, « un lien explicite se trouve établi entre la convention collective et l'institution d'une représentation plus ou moins permanente des ouvriers », « Droit, démocratie et liberté au travail dans le système français de relations professionnelles », *Terrains et travaux*, 2008, p. 127.

¹⁰⁵⁷ C. Didry, « Droit, démocratie et liberté au travail dans le système français de relations professionnelles », *Terrains et travaux*, juin 2008, p. 8. *Adde.* Du même auteur, *Naissance de la convention collective, Débats juridiques et luttes sociales en France au début du XX^{ème} siècle*, Editions E.H.E.S.S., 2002.

A. La vocation première des conventions collectives : régir les relations individuelles de travail

570. Lorsque la loi du 25 mars 1919 institue les conventions collectives de travail, celles-ci ont vocation à régir « *les conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats de travail individuels ou d'équipe* ».

571. La loi du 24 juin 1936 ne modifiera pas la définition du champ d'application des accords collectifs reconnus par la loi de 1919.

572. La loi adoptée le 23 décembre 1946¹⁰⁵⁸, symptomatique du dirigisme étatique à la Libération, est plus claire encore quant à la volonté de ne pas inclure dans le champ des conventions collectives les relations collectives de travail. Ce champ recouvre seulement « *l'ensemble des relations individuelles de travail* », ce qui, *a contrario*, exclut les relations collectives.

573. Les premières définitions du champ des accords collectifs de travail ne permettaient pas d'y inclure la représentation collective des salariés, l'exercice du droit syndical ou bien la négociation collective, dès lors qu'elle avait vocation à ne régir que les relations individuelles de travail. Autrement dit, l'exclusion de la représentation des salariés du champ des accords collectif découle de la vocation reconnue à la convention collective, à savoir négocier collectivement les conditions de travail que le salarié ne peut négocier à l'occasion de la conclusion du contrat de travail¹⁰⁵⁹.

574. Le débat doctrinal a marqué de son empreinte la place de l'accord collectif dans l'ordonnancement des relations de travail et la vocation première assignée à l'accord collectif de travail demeure prégnante. MM. J. Rivero et J. Savatier écrivaient dans leur manuel que « *le procédé tend essentiellement, en effet, à porter remède à l'inégalité fondamentale entre employeur et travailleur, qui permettait au patron, dans le cadre du contrat individuel, de dicter ses conditions. [...] En transposant au plan collectif les rapports de travail, il compense l'infériorité économique qui, au plan individuel, met le travailleur à la merci du patron* »¹⁰⁶⁰. Ainsi, selon les auteurs du *Précis Dalloz*, « *toute convention collective permet aux*

¹⁰⁵⁸ Loi n° 46-2924 du 23 décembre 1946 *relatives aux conventions collectives*, *J.O.R.F.* 25 décembre 1946, p. 10932.

¹⁰⁵⁹ Cette finalité assignée originellement à la négociation collective n'est pas la seule. Assurément, son institutionnalisation visait à également à régler les conflits du travail, ou pour reprendre l'expression de J. Le Goff de « *métaboliser les conflits* » (op. cit. p. 272).

¹⁰⁶⁰ J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, Thémis, 1975, p. 318.

représentants des employeurs et des salariés de s'accorder sur des règles applicables aux relations individuelles de travail »¹⁰⁶¹.

575. Le régime juridique des accords collectifs lui-même reflète la centralité du rapport individuel de travail. Tôt, l'encadrement de la relation individuelle de travail a été perçu comme le point essentiel¹⁰⁶². Lors de l'élaboration du premier régime légal des conventions collectives, dès avant 1919, un débat vif a eu lieu autour du pouvoir des syndicats sur les salariés, en particulier à l'occasion de la conclusion d'accords collectifs¹⁰⁶³. Deux questions, intimement liées, ont concentré l'essentiel des réflexions. Il s'agissait, d'une part, de déterminer la nature juridique des conventions collectives et, d'autre part, de savoir si et dans quelle mesure l'engagement des syndicats pouvait lier les salariés, qui, eux, n'avaient exprimé aucun consentement¹⁰⁶⁴. Or, à lire les débats des juristes au sein de la Société d'études

¹⁰⁶¹ J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 28^{ème} édition, n° 1196. Plus tôt, il est encore écrit que : « *L'inégalité économique, mais aussi juridique (inhérente à la subordination), qui caractérise le contrat individuel de travail, a conduit à rechercher au plan collectif des moyens de restaurer un certain équilibre entre employeurs et salariés* », n° 1195.

¹⁰⁶² Il convient de rappeler que l'institution de la convention collective apparaissait pour la première fois dans le projet de loi Doumergue du 2 juillet 1906, relatif au contrat de travail. Cf. J. Le Goff, *op. cit.*, p. 276. Association nationale française pour la protection légale des travailleurs, *Le contrat de travail. Examen du projet de loi du gouvernement sur le contrat individuel et la convention collective*, Alcan, 1907, spéc. p. 101 : « *C'est cependant la convention collective qui, dès maintenant, sans être formulée, règle et domine en nombre cas les rapports contractuels entre employeurs et salariés. Ce n'est encore qu'un instrument grossier, empirique établi verbalement sous la pression de la collectivité ouvrière. Il constitue pourtant, sinon l'unique du moins le meilleur contrepoids à la prépondérance patronale* ».

¹⁰⁶³ C. Didry, *La naissance de la convention collective*, E.H.E.S.S., 2004 ; « La production juridique de la convention collective. La loi du 4 mars 1919 », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2001/6, p. 1253 ; J. Le Goff, « La naissance des conventions collectives », *Droits*, 1990, p. 67. Les juristes privatistes étaient réunis notamment au sein de la Société d'études législatives. Sur la question des conventions collectives, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1907. Toutefois, la question du pouvoir syndical sur les salariés se posait également s'agissant de l'action en justice en défense de l'intérêt collectif de la profession.

¹⁰⁶⁴ M. Planiol, note sous le jugement du tribunal de Cholet du 12 février 1897, *D.* 1903, p. 25. L'auteur analyse dans cet article l'accord collectif comme une stipulation pour autrui ; B. Raynaud, *Le contrat collectif de travail*, Thèse de doctorat de la Faculté de Paris, 1901 ; dans le même sens, R. Jay, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1907, p. 548 ; *contra*, C. Colson, « Rapport sur les conventions collectives relatives aux conditions de travail », *ibidem*, p. 180 s. Cet auteur préfère en effet recourir à la théorie du mandat. V. également, R. Saleilles, Préface de la thèse de C. de Vissher, *Le contrat collectif de travail. Théories juridiques et projets législatifs*, Siffer-Rousseau, p. XIX : « Comment résoudre ce qui est collectif d'avec ce qui est individuel et concilier l'idée de loi collective, normative et obligatoire, avec le fondement contractuel qui sert de base au contrat collectif ? » ; L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, 1920, p. 135 : pour cet auteur, il faut créer « *une catégorie juridique toute nouvelle et tout à fait étrangère aux cadres traditionnels du droit civil. C'est une convention-loi réglant les relations de deux classes. [...] C'est une loi établissant les rapports permanents et durables entre deux groupes, le régime légal suivant lequel devront être conclus les contrats individuels entre les membres de ces groupes* ».

législatives, la convention collective apparaît d'abord dans sa vocation à régir le contrat individuel de travail¹⁰⁶⁵. Aujourd'hui encore, la question de la résistance du contrat de travail face à l'accord collectif demeure importante¹⁰⁶⁶. Il s'agit de savoir comment l'effet réglementaire de l'accord collectif s'articule avec la volonté du salarié qui s'exprime dans le contrat de travail.

576. L'idée que la convention collective a d'abord eu vocation à régir la relation individuelle de travail s'est traduite dans le régime du droit de la négociation collective. De nombreuses règles se comprennent par rapport à cette vocation première. Ainsi, en est-il des règles de conclusion des accords collectifs : l'exigence de représentativité et, plus tard, l'exigence majoritaire, ont été imposées afin de justifier l'effet normatif des conventions collectives à l'égard des parties au contrat de travail¹⁰⁶⁷. Il est également possible de citer les règles régissant l'application dans le temps des normes conventionnelles¹⁰⁶⁸. Le régime de la dénonciation, de la mise en cause, ou bien encore celui de la révision des accords collectifs sont aussi empreints de la vocation des conventions collectives à régir les relations individuelles de travail. Il s'agit en particulier de déterminer dans quelle mesure les salariés peuvent conserver les avantages nés de la convention collective ou si, au contraire, les

¹⁰⁶⁵ S.E.L, Bulletin de la Société d'études législatives : rapports et comptes-rendus des séances, travaux relatifs aux questions étudiées par la Société., 1905, spéc. pp. 815 s ; Ibidem, p. 82. C. Didry, art. préc., p. 1253 : « la convention collective est envisagée à partir de la formalisation juridique du rapport de travail et non à partir du syndicat professionnel ».

¹⁰⁶⁶ P. Langlois, « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975, p. 285 ; P.-H. Antonmattéi, « Accord collectif et contrat de travail : liaisons dangereuses », *Dr. soc.* 1997, p. 37 ; P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *R.J.S.* 5/99, p. 383 ; G. Borenfreund, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogoires », *Dr. soc.* 1990, p. 626 ; « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouv.* 1997, p. 514.

¹⁰⁶⁷ S. Yannakourou, *L'État, le travailleur et l'autonomie collective*, L.G.D.J. 1994 ; en particulier, la seconde partie de la thèse consacrée à « la représentativité syndicale dans les rapports entre autonomie collective et travailleur », pp. 202 s. ; P. Rémy, « La représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.* 1999, p. 279 ; G. Borenfreund, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges dédiés au Président M. Despax*, 2002, p. 429, spéc. pp. 441 s. ; M.-L. Morin, « Un regard de droit comparé sur le principe majoritaire », *Dr. soc.* 2000, p. 1085 et spéc. p. 1088 ; J.-E. Ray, « Du collectif à l'individuel : les oppositions possibles », *Dr. soc.* 1998, p. 347 ; A. Jeammaud, « La centralité retrouvée du contrat de travail », in *Estudios juridico en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, México, U.N.A.M., 2003, p. 415 et spéc. p. 432 ; S. Yannakourou, *L'État, le travailleur et l'autonomie collective*, L.G.D.J. 1994.

¹⁰⁶⁸ *Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et des accords collectifs de travail*, Acte du XII^{ème} colloque, Institut d'études européennes et internationales du travail, Litec, 1996.

modifications du statut collectif leur sont opposables sans qu'ils puissent invoquer une modification de leur contrat de travail¹⁰⁶⁹.

577. Chacune de ces règles est d'abord pensée sur l'idée que l'accord collectif contient des avantages qui ont vocation à bénéficier au salarié individuellement. Et de manière plus fondamentale, elle reflète cette préoccupation incessante de « *l'articulation équilibrée de l'individu et du collectif* » dans le droit des accords collectifs de travail¹⁰⁷⁰. De ce régime ressort une conception de l'accord collectif : celui-ci apparaît comme une source juridique des relations individuelles de travail, davantage que des relations collectives, dont il serait plutôt le fruit.

578. Pour autant, la prégnance de cette conception n'a pas entièrement écarté l'idée que la convention collective était appelée à être la loi négociée de la profession, ou plus modestement, d'une collectivité de travail¹⁰⁷¹. La porte restait donc ouverte à ce que des normes conventionnelles puissent régir d'autres aspects que ceux relatifs à la relation individuelle de travail. Jamais en effet le législateur n'a interdit la conclusion d'accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés. La loi du 20 mars 1920 sur l'extension de la capacité civile des syndicats professionnels¹⁰⁷² a modifié l'article 5 de la loi du 21 mars 1884 ainsi : « *ils peuvent passer les contrats ou conventions avec tout autre syndicat, société ou entreprise. Tout contrat ou convention visant les conditions collectives de travail est passé dans les conditions déterminées par la loi du 25 mars 1919* ». Suivant cette disposition, les conventions collectives de travail régissent donc bien les conditions collectives de travail. Seulement, de par la finalité qu'il assignait originairement à l'accord collectif de travail, le

¹⁰⁶⁹ A. Bugada, *L'avantage acquis en droit du travail*, P.U.A.M., 1999 ; E. Dockès, « L'avantage individuel acquis », *Dr. soc.* 1993, p. 826 ; « Les avantages acquis », *J.C.P.* éd. E, 1993, p. 307 ; Y. Aubrée, « Le concept légal d'avantages individuels acquis », *R.J.S.* 2000, p. 699 ; G. Vachet, « La notion d'avantage individuel acquis », *J.C.P.* E, 2011, p. 1863 ; B. Boubli, « Modification du contrat de travail et modification du statut collectif », *S.S.L.* 1997, n° 849.

¹⁰⁷⁰ J. Le Goff, *Du silence à la parole*, *op. cit.* p. 255. L'auteur vise alors la préoccupation qui anime Durkheim mais également les hommes politiques à la fin du XIX^{ème} siècle.

¹⁰⁷¹ Cette idée selon laquelle la convention collective de travail est appelée à devenir ou à être la loi de la profession se retrouve sous de nombreuses plumes, notamment : L. Duguit, *op. cit.* ; L. Blum, projet de loi du 10 juin 1936, *J.O.* annexes ch. dép., n° 189, p. 826 ; P. Durand, *Traité de droit du travail*, III, p. 441 ; J. Rivero, « La convention collective et le droit public français », *Rev. Economique*, 1951, p. 15 et spéc. p. 19.

¹⁰⁷² Loi n° du 12 mars 1920, *J.O.R.F.* du 14 mars 1920, *D.* 1920, pp. 130-131.

législateur n'a envisagé l'intervention des interlocuteurs sociaux en matière de représentation des salariés que de manière spécifique¹⁰⁷³.

B. Le champ des accords collectifs de travail défini par référence aux conditions de travail

579. La définition du champ d'application ouvert à la négociation collective a évolué. Depuis la loi du 11 février 1950, les accords collectifs ont vocation à régir l'ensemble des conditions de travail (a). Or, envisagée largement, cette notion recouvre la représentation des salariés, le droit syndical et la négociation collective (b).

a) La référence maintenue aux conditions de travail

580. La loi du 11 février 1950¹⁰⁷⁴ marque une rupture avec la loi du 23 décembre 1946. Elle renoue avec le principe de la liberté conventionnelle. Selon l'avis de J. Rivero, « *le débat entre le contrat individuel et le procédé collectif essentiel en 1936 se trouvait totalement dépassé : le vrai débat cette fois était entre le procédé conventionnel et le procédé réglementaire. Retour au libéralisme certes : mais en 1936, il agissait de retrouver l'esprit du véritable débat contractuel par-delà et contre l'individualisme ; en 1950, il s'agissait de le retrouver contre le dirigisme et l'étatisme* »¹⁰⁷⁵. Dans cette perspective, une nouvelle définition est donnée au champ des conventions collectives. Selon l'article 31 a) du Code du travail alors en vigueur, « *la convention collective est un accord relatif aux conditions de travail conclu entre, d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de travailleurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations syndicales d'employeurs ou tout autre groupement d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement* »¹⁰⁷⁶.

581. Les conditions de travail, notion suffisamment indéterminée, laissent une plus grande latitude quant aux objets possibles de négociation. Elle ne sera jamais plus abandonnée. Aussi est-ce la loi de 1950 qui marque une première évolution vers une reconnaissance de la négociation collective relative aux relations collectives de travail. Grâce à une nouvelle manière de définir le champ d'application des conventions collectives, le législateur permet

¹⁰⁷³ En ce sens, G. Couturier, *Op. cit.*, p. 468.

¹⁰⁷⁴ Loi n° 50-205 du 11 février 1950, *J.O.R.F.* 12 février 1950, p. 1688.

¹⁰⁷⁵ « La convention collective et le droit public français », *Revue économique*, 1951. pp. 15-24, spéc. p. 16.

¹⁰⁷⁶ Nous soulignons.

« d'ouvrir [à la négociation collective] des espaces océaniques uniquement limités par les domaines de compétences des autres acteurs privés et publics »¹⁰⁷⁷.

582. La loi du 13 juillet 1971 l'élargira à « l'ensemble de leurs conditions de travail et de leurs garanties sociales ». Cette réforme apparaît donc comme une deuxième étape vers l'inscription de la représentation des salariés dans le champ de la négociation collective. En effet, l'expression employée – "l'ensemble des conditions de travail" – invite à retenir une acception la plus large de celles-ci.

De plus, à compter de cette loi, le législateur ne définit plus le champ des conventions collectives mais celui du droit des salariés à la négociation collective. Ce faisant, divers types d'accords collectifs sont susceptibles de relever d'un même corps de règles : à côté des accords collectifs répondant au régime de droit commun, certains accords particuliers, tels que les protocoles d'accords préélectorales, répondent à des règles spéciales. Ils ne sont pas pour autant étrangers au droit des salariés à la négociation collective¹⁰⁷⁸.

583. La loi du 13 novembre 1982 ajoutera à cette définition matérielle du champ de la négociation collective les conditions d'emploi¹⁰⁷⁹. La loi du 4 mai 2004 complètera à son tour cette liste par la formation professionnelle¹⁰⁸⁰. Depuis, les domaines relevant de la négociation collective sont énumérés à l'article L. 2221-1 du Code du travail ; ce sont les conditions d'emploi, les conditions de travail, la formation professionnelle et les garanties sociales.

584. Parmi ces domaines, seules les conditions de travail sont susceptibles d'accueillir la représentation des salariés et le droit syndical, comme objet de négociation. En effet, ces questions se distinguent franchement de la formation professionnelle comme des garanties sociales. De même, il paraît difficile de les relier aux conditions d'emploi qui renvoient d'abord aux questions relatives à l'accès à l'emploi, à la qualification de l'emploi ainsi qu'à la sortie de l'emploi, et en particulier au droit du licenciement.

¹⁰⁷⁷ J. Le Goff, *Du silence à la parole – Une histoire du droit du travail*, P.U.R. 2004, p. 422.

¹⁰⁷⁸ Sur cette question, cf. *infra* Section 2.

¹⁰⁷⁹ Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982, relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail, *J.O.R.F.* 14 novembre 1982, p. 3414.

¹⁰⁸⁰ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004, relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *J.O.R.F.* 5 mai 2004, p. 7983.

b) La représentation des salariés : un domaine inclus dans les "conditions de travail"

585. Le rattachement de la représentation des salariés au domaine des conditions de travail ne va pas immédiatement de soi. On serait tenté de considérer que le droit syndical et l'existence d'une représentation des salariés ne participent pas en tant que tels des conditions de travail des salariés, mais qu'ils sont seulement des vecteurs de leur possible amélioration.

586. Dans son étude consacrée aux conditions de travail, M. G. Spyropoulos montre que la notion de "conditions de travail" se caractérise par une grande indéterminabilité, d'où résulte une grande polysémie¹⁰⁸¹. Au moins deux conceptions s'opposent, l'une étroite, l'autre étendue. Elles coexistent aussi bien dans la langue du droit que dans la langue des juristes.

587. Retenant une conception étroite, J. Rivero et M. J. Savatier définissent les conditions de travail comme « *les modes d'organisation du travail qui déterminent l'ambiance et la sécurité au travail* »¹⁰⁸². Le plus souvent, les auteurs s'attachent seulement à étudier les éléments qu'ils estiment relever des conditions de travail¹⁰⁸³. C'est ainsi par exemple que les auteurs du *Précis Dalloz* consacrent un titre à l'étude des conditions de travail, composé d'un premier chapitre sur le temps de travail et d'un second portant sur l'hygiène et la sécurité au travail¹⁰⁸⁴. De la même manière, l'accord national interprofessionnel du 17 mars 1975 regroupe autour de cinq thèmes ce qui relève des conditions de travail : l'organisation du travail ; l'aménagement du temps de travail ; la rémunération du travail au rendement ; l'hygiène et la sécurité ; enfin, le rôle de l'encadrement¹⁰⁸⁵.

588. En ce sens, les conditions de travail visent l'ensemble des conditions matérielles de travail et l'environnement, physique, psychologique, et organisationnel dans lequel les salariés travaillent. Certaines références aux conditions de travail renvoient à cette acception. Ainsi en est-il du C.H.S.C.T qui exerce ses attributions en matière de santé, de sécurité, de prévention

¹⁰⁸¹ G. Spyropoulos, « Conditions de travail : élargissement du concept et problématique juridique », *Dr. soc.* 1990, p. 851. « *Il existe une multitude de termes se rattachant à la notion générale de "conditions de travail" mais il n'y a pas, à notre connaissance, de définition juridique généralement admise de cette notion* ».

¹⁰⁸² J. Rivero et de J. Savatier, *Droit du travail*, Thémis, 6^{ème} édition, p. 443.

¹⁰⁸³ M. G. Spyropoulos analyse cela comme le fait de recourir à des « sous-concepts », art. préc. p. 851 ; spéc. p ; 852 et p. 855.

¹⁰⁸⁴ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 26^{ème} édition, pp. 770 s. Au demeurant, le titre ne comporte pas de chapeau justifiant d'une telle partition.

¹⁰⁸⁵ Accord-cadre du 17 mars 1975 modifié par l'avenant du 16 octobre 1984 sur l'amélioration des conditions de travail.

des risques au travail, de rythme du travail, etc. De manière quelque peu différente, c'est à ce sens que se réfère la jurisprudence de la Cour de cassation relative au changement des conditions de travail imposé par l'employeur¹⁰⁸⁶. Les juges envisagent en particulier les changements de lieu de travail¹⁰⁸⁷, des horaires de travail¹⁰⁸⁸ ou encore des tâches confiées au salarié¹⁰⁸⁹.

589. La notion de "conditions de travail" a connu des évolutions, allant vers une appréhension plus large et plus globale de ce qu'elles recouvrent. Cette conception élargie tend à « *mettre l'accent sur l'interdépendance des facteurs influant sur les situations de travail* »¹⁰⁹⁰. Dès lors, elles peuvent embrasser tout ce qui peut être décidé par l'employeur à l'égard des salariés, en vertu de son pouvoir de direction et d'organisation du travail, disciplinaire comme économique, auquel les salariés sont individuellement et collectivement soumis. L'amélioration des conditions de travail s'entend de tout ce qui est susceptible de tempérer ou de cantonner ce pouvoir. Ainsi comprises, les conditions de travail sont susceptibles d'englober la représentation des salariés, le droit syndical ou l'exercice du droit à la négociation collective.

590. Revenant au droit de la négociation collective, retenir une conception large des conditions de travail permet d'étendre la compétence reconnue aux interlocuteurs sociaux jusqu'aux relations collectives de travail¹⁰⁹¹. En effet, elle confère à la négociation collective un champ plus étendu et accroît les objets possibles de négociation, embrassant l'ensemble des relations de travail, individuelles et collectives, ou dit de manière différente, pouvant porter

¹⁰⁸⁶ Le changement des conditions de travail imposé par l'employeur s'oppose à la modification du contrat de travail proposé par l'employeur.

¹⁰⁸⁷ Cf. pour un arrêt récent : Soc, 3 mai 2012, n° 10-27.152.

¹⁰⁸⁸ Soc, 3 novembre 2011, n° 10-14-702.

¹⁰⁸⁹ Soc, 6 octobre 2010, n° 09-40.087 ; Soc, 13 octobre 2010, n° 09-65-986.

¹⁰⁹⁰ Art. préc., p. 857.

¹⁰⁹¹ En ce sens, Y. Chalaron, « Négociation, conventions et accords collectifs », *J.C. Travail*, fasc. I-30, n°44 : « *elle [la notion de conditions de travail] englobe la situation individuelle du salarié et l'organisation des droits collectifs ou de la profession* » ; « *La liberté contractuelle permet aux négociateurs d'inscrire dans l'acte collectif des clauses qui n'ont pas pour objectif premier la création d'avantages sociaux individuels, mais plutôt l'organisation des relations sociales dans la collectivité professionnelle globalement considérée, la régulation des rapports de forces, à l'avantage réciproque de toutes les composantes de cette collectivité* », ancien fasc. I-34, n° 73.

sur l'ensemble des droits reconnus aux salariés, qu'ils soient d'essence individuelle ou d'essence collective¹⁰⁹².

591. Pour de nombreux auteurs, cela ne fait aucun doute : la représentation des salariés et le droit syndical participent des conditions de travail au sens de l'article L. 2221-1 du Code du travail¹⁰⁹³. Ainsi, M. Despax relève : « *au sens large, le terme "conditions de travail" s'applique à l'organisation sociale de la profession et de l'entreprise. L'organisation de la représentation du personnel au sein des entreprises, l'institution de procédures de solution pacifique de conflits collectifs [...] sont autant de questions qui n'ont pas une incidence directe sur les contrats individuels de travail ; elles n'en concernent pas moins les « conditions de travail » parce qu'elles déterminent le cadre dans lequel les problèmes sociaux posés par le travail humain seront résolus* »¹⁰⁹⁴.

592. Ce sens donné à la notion de "conditions de travail" ressort également des décisions du Conseil constitutionnel précitées lorsqu'il interprète le huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946¹⁰⁹⁵, ainsi que des jurisprudences administrative et judiciaire.

593. Le juge administratif a eu l'occasion de le reconnaître dans un arrêt du 30 juin 2003. Après avoir rappelé que les conventions et accords collectifs de travail ont vocation à traiter de l'ensemble des conditions d'emploi et de travail des salariés ainsi que de leurs garanties sociales, le Conseil d'État énonce : « *le développement du dialogue social [...] relève du champ assigné aux conventions et accords collectifs* »¹⁰⁹⁶. De son côté, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé sur le fondement de l'ancien article L. 132-2 du Code du travail [nouv.

¹⁰⁹² Comp. J. Savatier, note sous C.E. 23 juin 1973, *Dr. soc.* 1974, p. 50 et spéc. p. 52 : « *la loi du 13 juillet 1971, modifiant la loi du 11 février 1950, s'applique à tous les accords collectifs relatifs aux conditions de travail et aux garanties sociales. Sous réserve des textes spéciaux relatifs à certains types d'accords, cette législation s'applique non seulement aux conventions collectives classiques mais aux accords collectifs ayant un objet particulier, même si cet objet concerne les droits collectifs des travailleurs, et non les conditions de travail* ».

¹⁰⁹³ M. Despax, *Négociations, conventions et accords collectifs*, t. 7 du *Traité de droit du travail* de G.-H. Camerlynck, 2 éd. 1989, n°71, p. 120 ; M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective*, L.G.D.J. 1994, p. 445 ; G. Couturier, *Traité de droit du travail*, t. 2, P.U.F. 2001, n°198, p. 473 ; M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit*, L.G.D.J. 1994, p. 223, n° 240 ; S. Nadal, « Conventions et accords collectifs – Droit de la négociation collective », *Rép. Droit du travail*, Dalloz, 2008, n° 78 ; J. Savatier, note sous C.E., 29 juin 1973, *Dr. soc.* 1974, p. 52 ; Y. Chalaron, *op. cit.*, p. 15 et p. 94 ; J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Ed. Précis, 2012, n°1268 ; J.-M. Verdier, A. Coeuret, M.-A. Souriac, *Droit du travail*, Dalloz, mementos, 2009, p. 201 ; E. Peskine et C. Wolmark, *Droit du travail*, Dalloz, Ed. Hypercours, 2012, n°488.

¹⁰⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁵ Cf. *supra* n° 498.

¹⁰⁹⁶ C.E., 30 juin 2003, *Rec.* n° 248347 ; *R.J.S.* 10/2003, n°1197 ; *A.J.D.A.* 2007, p. 928.

art. L. 2221-2 C. trav.] que « *des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, [...] une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies, [...]* »¹⁰⁹⁷.

C. Le champ ouvert à la procédure de concertation défini en référence aux relations collectives de travail

594. L'inscription des relations collectives dans le champ de la négociation collective ressort expressément des dispositions issues de la loi du 31 janvier 2007, codifiées aux articles L. 1 et suivant du Code du travail : « *tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte que les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelles et qui relève du champ de la négociation nationale interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national interprofessionnel en vue de l'ouverture d'une éventuelle négociation* »¹⁰⁹⁸.

595. Pour rappel, la participation des interlocuteurs sociaux à l'élaboration et à la mise en œuvre de la loi n'est pas prévue par la Constitution. Le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que le gouvernement pouvait faire précéder le dépôt d'un projet de loi d'une négociation sans méconnaître les exigences de l'article 39 de la Constitution qui réserve l'initiative des lois au Gouvernement ou au Parlement¹⁰⁹⁹.

En matière de représentation des salariés, deux exemples de projets de loi illustrent le recours à une négociation légiférante. Le premier a conduit à l'adoption de la loi du 12 novembre 1996, validée par la décision du 6 novembre 1996. Cette loi a repris les termes de l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995¹¹⁰⁰. Le second exemple est la loi du 4 mai 2004. Celle-ci s'est fortement inspirée de la Position commune du 16 juillet 2001¹¹⁰¹. Dans la décision du 29 avril 2004, le Conseil constitutionnel estime qu'une telle inspiration du

¹⁰⁹⁷ Soc. 30 avril 2003, *Bull. civ.* 2003, V, n° 155 : B. Gauriau, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.*, 2003, p. 732 ; *L.S. Juris.* 12 mai 2003, n° 815 ; M.-L. Morin, « Les accords collectifs de groupe : une variété d'accords collectifs de droit commun », *R.J.S.*, 10/2003, p. 743 ; M.-F. Bied-Charreton, « Une contestable reconnaissance de la licéité d'accords de groupe conduisant à atrophier la négociation annuelle obligatoire », *Dr. ouv.*, 2003, p. 398 ; P. Rodière, « Accord de groupe. L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective », *S.S.L.* 2 juin 2003, n° 1125, p. 6.

¹⁰⁹⁸ Art. L. 1 C. trav.

¹⁰⁹⁹ Déc. n° 98-401 D.C. du 10 juin 1998, *Loi sur les trente-cinq heures I*, considérants 5 et 6.

¹¹⁰⁰ Déc. n° 96-383 D.C., préc.

¹¹⁰¹ Déc. n° 2004-494 D.C. du 29 avril 2004, préc.

législateur justifie que la complexité de la loi ne contredise pas l'exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi¹¹⁰².

596. L'article L. 1 du Code du travail institutionnalise la négociation légiférante. Il évoque les projets de loi relatifs aux relations individuelles et collectives de travail relevant du champ de la négociation nationale interprofessionnelle. L'objet des projets de loi renvoie assurément à la partition du Code du travail, dont les deux premières parties sont consacrées, respectivement, aux relations individuelles et aux relations collectives. Par ailleurs, l'objet des projets de loi doit relever du champ de la négociation nationale interprofessionnelle, qui, suivant l'article L. 2221-1 du Code du travail, est défini en référence à l'ensemble des conditions de travail. Autrement dit, l'objet des projets de loi relatifs aux relations de travail et le champ de la négociation nationale interprofessionnelle concordent. L'absence de référence explicite à l'article L. 2221-1 du Code du travail ne laisse apparaître que celle aux relations individuelles et collectives de travail. Finalement, l'article L. 1 du Code du travail inscrit plus explicitement les relations collectives de travail dans le champ de la négociation collective.

597. Cela étant, la procédure prévue à l'article L. 1 du Code du travail, si elle n'exclut pas « l'ouverture d'une éventuelle négociation », est d'abord une « concertation » entre le gouvernement, d'une part, et les syndicats et le patronat, d'autre part. Or, la concertation n'implique nécessairement ni l'ouverture d'une négociation, ni que cette négociation aboutisse à la conclusion d'un accord collectif¹¹⁰³. À ce jour, seule une loi a été adoptée après qu'un accord national interprofessionnel a été conclu entre les syndicats et les organisations patronales. Il s'agit de la loi sur la modernisation du marché du travail. En matière de relations

¹¹⁰² *Ibidem*, considérant 14 : « si les dispositions critiquées rendent plus complexe l'articulation entre les différents accords collectifs, elles définissent de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation ; qu'ainsi le législateur, qui a entendu se référer à la position commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001, n'a pas méconnu les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi ». Sur ce point, cf. A. Lyon-Caen, « La révision du droit de la négociation collective, observations de méthode », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 1 et spéc. p. 3. L'auteur se demande si « la loi serait [...] dorénavant immunisée contre la critique lorsqu'elle prétend enregistrer les résultats d'une négociation collective ». Comp. J.-E. Schoettl, « Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.* n° 97, 14 mai 2004 : « La complexité de la loi ne fait que réfléchir la complexité de l'accord ».

¹¹⁰³ Il n'est d'ailleurs pas inutile de rappeler que les procédures de concertation sont nées dans la fonction publique, là où précisément l'Etat n'entendait pas reconnaître un droit des fonctionnaires à la négociation collective. V. E. Durlach, « La participation à l'élaboration des normes : une liberté syndicale différenciée ? », in M. Touzeil-divina, M. Sweeney, *Droits du travail et des fonctions publiques : unité(s) du Droit ?*, L'épilogue – Lextenso, 2012, p. 141.

collectives, la loi du 20 août 2008 fait suite à la conclusion de la Position commune du 9 avril 2008 par le M.E.D.E.F., la C.F.D.T. et la C.G.T. Seulement, celle-ci n'a pas la valeur d'un accord collectif de travail.

598. L'interprétation de cette disposition permet de confirmer l'analyse précédente, à savoir que les relations collectives de travail relèvent des conditions de travail : « *le droit de la représentation du personnel fait donc partie des relations collectives de travail qui entrent dans le champ de la négociation* »¹¹⁰⁴.

599. Reste alors à se demander comment interpréter les dispositions spéciales qui autorisent la conclusion d'accords collectifs en matière de représentation des salariés : fondent-elles un pouvoir spécial reconnu aux interlocuteurs sociaux ou bien sont-elles des confirmations que la représentation des salariés relève du bien champ de la négociation collective ?

Paragraphe 3 – Les habilitations spéciales

600. Malgré l'extension du champ de la négociation collective aux relations collectives de travail, les dispositions spéciales habilitant à négocier et à conclure des accords collectifs relatifs à la représentation des salariés ont subsisté. S'en suit un concours de normes d'habilitation entre, d'une part, la norme générale habilitant les interlocuteurs sociaux à conclure des accords collectifs de travail et, d'autre part, les habilitations spéciales de négocier relatives à la représentation collective des salariés. Deux questions se posent alors.

En premier lieu, l'existence d'habilitations spéciales conduit à s'interroger sur la coexistence d'une compétence d'attribution et d'une compétence de principe : est-ce que la première a pour conséquence d'écarter la seconde ? De ce point de vue, la jurisprudence a évolué, interprétant finalement les habilitations de négocier en matière de représentation des salariés comme des spécifications de la liberté conventionnelle de principe reconnue aux interlocuteurs sociaux (A).

En second lieu, il y a lieu de savoir si la spécificité de certains accords conclus en matière de représentation des salariés implique une autonomie de leur régime juridique par rapport au droit commun de la négociation collective. Compte tenu de leur singularité, une

¹¹⁰⁴ M.-L. Morin, *op. cit.*, n° 524 et 525, p. 444 ; En ce sens, S. Nadal, « Conventions et accords collectifs – Droit de la négociation collective », *op. cit.* n° 73 ; Comp. J. Savatier, « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Dr. soc.* 1988, p. 89.

réticence peut poindre en effet à les analyser comme des accords collectifs de travail et, partant, à les soumettre aux mêmes règles¹¹⁰⁵. Le droit des salariés à la négociation collective peut être envisagé comme incluant toutes les formes de négociation collective, quel que soit le type d'accords collectifs auxquels la négociation aboutit¹¹⁰⁶. Cette seconde conception autorise, croit-on, des degrés dans l'application du droit commun de la négociation collective compatible avec l'application de règles propres à certains accords (B).

A. Des lois spéciales

601. Une longue période fut marquée par l'idée que le pouvoir de négocier en matière de représentation des salariés résultait d'une compétence d'attribution (1). Cette conviction sera par la suite abandonnée et les habilitations spéciales ne seront plus appréhendées comme entretenant un rapport d'exclusion avec l'habilitation générale bénéficiant aux interlocuteurs sociaux (2).

1. La compétence d'attribution confiée aux interlocuteurs sociaux en matière de représentation des salariés

602. La loi du 24 juin 1936 prévoyait que, parmi les clauses obligatoires d'une convention collective devait figurer celle relative à la mise en place du délégué du personnel¹¹⁰⁷. Cette disposition fait suite aux accords de Matignon, conclus le 7 juin 1936, dont l'article 5 prévoit que : « *en dehors des cas particuliers déjà réglés par la loi, dans chaque établissement comprenant plus de dix ouvriers, après accord entre organisations syndicales, ou, à défaut, entre les intéressés, il sera institué deux ou plusieurs délégués ouvriers selon l'importance de l'établissement. Ces délégués ont qualité pour présenter à la direction les réclamations individuelles qui n'auraient pas été directement satisfaites, visant l'application des lois, décrets, règlements du Code du travail, des tarifs de salaires, et des mesures d'hygiène et de sécurité* ». S'en inspirant, l'article 31 2) issu de la loi du 24 juin 1936 dispose que « *La convention collective de travail résultant de l'accord intervenu dans la commission mixte doit contenir les dispositions concernant notamment [...] l'instauration dans les établissements occupant plus de dix personnes, de délégués élus en son sein, par le personnel, ayant qualité*

¹¹⁰⁵ Cf. M.-A. Souriac, Les accords collectifs au niveau de l'entreprise, Thèse Paris I, p. 775.

¹¹⁰⁶ M.-L. Morin, *op. cit.*, n° 524 et 525, p. 444 ; S. Nadal, « Conventions et accords collectifs – Droit de la négociation collective », *op. cit.* n° 73.

¹¹⁰⁷ Pour rappel, les clauses obligatoires contenues dans une convention collective ne sont pas une condition de validité mais une condition de son extension par le Ministre du travail.

pour présenter à la direction des réclamations individuelles qui n'auraient pas été directement satisfaites, relatives à l'application des salaires, du Code du travail et autres lois concernant la protection ouvrière, l'hygiène et la sécurité. Ces délégués pourront se faire assister d'un représentant du syndicat de leur profession ». Ainsi est rédigée la première habilitation légale à négocier des accords collectifs en matière de représentation des salariés.

603. Il n'existe donc aucune opposition originaire de l'État quant à la possibilité de négocier en matière de représentation des salariés¹¹⁰⁸. Au contraire, le *credo* « *l'État doit intervenir pour ne plus avoir à intervenir* » est encore persistant¹¹⁰⁹. L'habilitation légale précitée ne traduit pas tant la volonté de l'État de rendre possible la négociation en matière de représentation des salariés que celle de demeurer extérieur à l'organisation des relations collectives de travail.

604. À la Libération, l'attitude de l'État n'est sans doute plus la même. Son interventionnisme dans les relations professionnelles est plus fort. D'un côté, sa volonté de diriger l'activité conventionnelle semble assumée : le régime mis en place par la loi du 23 décembre 1946 traduit une négociation collective entièrement organisée par les pouvoirs publics¹¹¹⁰. De l'autre côté, la législation en matière de représentation des salariés est, pour l'essentiel, une législation d'ordre public. Les lois adoptées à la Libération marquent l'instauration d'une représentation des salariés obligatoire dans l'entreprise, qui va de pair avec un principe d'interdiction de négocier. Autrement dit, l'impératif de mettre en place une représentation des salariés dans l'entreprise s'est accompagné d'une compétence quasi-exclusive de l'État en la matière. Dès lors, quand elles existaient, les habilitations de négocier sont interprétées comme des exceptions strictes à ce principe d'interdiction.

Peu avant la loi du 23 décembre 1946, la loi du 16 avril 1946 rétablit l'institution du délégué du personnel, à la suite de sa suppression lors du régime de Vichy¹¹¹¹ et la loi du 16 mai 1946 modifie l'ordonnance du 22 février 1945 créant l'institution du comité d'entreprise.

¹¹⁰⁸ Au contraire, les accords de Matignon, conclus par la C.G.T. et la Confédération générale de la production française, ont été conclus après arbitrage du Président du Conseil, qui avait, en amont, assuré la présidence des réunions de négociation.

¹¹⁰⁹ L'expression est de V. Viet, « Les républicains face aux grèves : intervenir pour ne plus avoir à intervenir », *Cahiers Jaurès*, 2011, pp. 53-59. Du même auteur, « L'organisation par défaut des relations sociales : éléments de réflexions sur le rôle et la place de l'État dans le système français des relations sociales », in J.-P. Le Crom (dir.), *Les acteurs de l'Histoire du droit du travail*, P.U.R., 2005, p. 191-214.

¹¹¹⁰ En ce sens, J. Rivero, art. préc. *Revue économique*, 1951, p. 15 et spéc. pp. 16 et 17.

¹¹¹¹ Loi n° 46-730 du 16 avril 1946 : *J.O.R.F.* 17 avril 1946, p. 3224. Cette disposition sera codifiée à l'art L. 412-24 du Code du travail par le décret n° 15 novembre 1973, *J.O.R.F.* du 21 novembre 1973, p. 12391.

L'article 17 de la première de ces deux lois dispose que « *les dispositions précédentes ne font pas obstacle aux clauses d'accords collectifs concernant la désignation et les attributions des délégués du personnel* ». L'article 14 de la seconde indique pareillement que « *les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle aux dispositions concernant le fonctionnement ou les pouvoirs des comités d'entreprise qui résultent d'accords collectifs ou d'usages* ». Par ailleurs, la loi du 16 avril 1946 renvoie à la convention collective ou à un accord conclu avec l'employeur la détermination du nombre et de la composition des collèges électoraux¹¹¹².

La teneur et le sens de ces dispositions diffèrent très nettement de celle contenue dans la loi de 1936. Le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux, notamment en matière de représentation des salariés, n'existe que par la volonté de l'État. Il est fondé sur des habilitations spéciales et, de ce fait, strictement limitées aux objets que celles-ci visent. Il est remarquable que la négociation préélectorale naisse dès 1946. Pour autant, rien ne la distingue alors du reste de la négociation collective ayant pour objet la représentation des salariés.

605. Les habilitations spéciales ont de ce fait été interprétées comme des exceptions à l'exclusion de la représentation des salariés du champ de la négociation collective, révélant une compétence d'attribution¹¹¹³. Jusqu'à l'adoption de la loi du 11 février 1950, cette lecture se trouvait confortée par la définition du champ de la négociation collective limité aux relations individuelles de travail. Toutefois, l'adoption de cette loi n'a pas infléchi immédiatement la position de la Cour de cassation. Longtemps encore, elle a jugé qu'en dehors de domaines ouverts à la négociation par les lois des 16 avril et 16 mai 1946, les autres dispositions étaient hors de portée des négociateurs. Plusieurs arrêts l'illustrent.

606. Un premier exemple se trouve dans une décision du 15 juin 1961 relative à l'élection des représentants au comité d'entreprise. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation juge qu'« *aucune disposition de l'ordonnance du 22 février 1945, dont l'article 6 prévoit la constitution de deux collèges électoraux, l'un pour les ouvriers et les employés, l'autre pour les ingénieurs et chefs de service, ne permet de modifier, même par accord entre les parties*

¹¹¹² Article 5 de la loi du 16 avril 1946, préc.

¹¹¹³ Une compétence d'attribution indique un pouvoir normatif limité aux seules matières énumérées dans la norme d'habilitation. Elle se distingue alors de la compétence de principe – encore appelée compétence résiduelle – autorisant l'édition de toutes normes, à l'exception des matières relevant de la compétence exclusive d'un autre acteur. Cf. G. Tusseau, *Les normes d'habilitations*, Dalloz, 2006, n° 638 et n° 814 s. V. également la définition de la notion de compétence d'attribution s'agissant de la compétence du législateur, L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, et G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 2010, n° 1145.

intéressées, le nombre de ces collègues, l'article 23 de la même ordonnance restant entièrement étranger aux élections des membres du comité d'entreprise dont le fonctionnement et les pouvoirs peuvent, seuls faire l'objet des accords prévus par ce texte»¹¹¹⁴. L'intangibilité des dispositions légales relatives au nombre de collègues électoraux pour l'élection des membres du comité d'entreprise découle de l'absence d'habilitation expresse de négociier, à la différence de ce qui est prévu pour celle des délégués du personnel.

607. La Cour de cassation reviendra sur cette solution dans une décision du 12 décembre 1968¹¹¹⁵. Toutefois, elle ne fait que prendre acte de l'adoption de la loi du 18 juin 1966, qui modifie l'ordonnance du 22 février 1945 en ouvrant le nombre et la composition des collègues à la négociation¹¹¹⁶.

608. L'existence d'une compétence d'attribution dévolue aux interlocuteurs sociaux résulte également de l'interprétation de l'article 17 de la loi du 16 avril 1946. Dans une décision du 4 octobre 1961, les juges ont estimé qu'un accord collectif ne pouvait déroger aux dispositions relatives aux conditions de l'électorat, en particulier à celles relatives à l'ancienneté des salariés¹¹¹⁷. Dans le même sens, un arrêt du 15 mars 1962 décide, au visa des articles 4 et 17 de la loi du 16 avril 1946, qu'« *en vertu de ces textes, qui sont d'ordre public, si des accords collectifs, même antérieurs à la promulgation de la loi, peuvent déroger aux dispositions légales concernant la désignation et les attributions des délégués du personnel, ces dispositions ne s'appliquent pas au nombre des délégués, lequel est déterminé conformément aux règles fixées par l'article 4*»¹¹¹⁸.

609. Sans doute plus que le législateur, les juges ont donc été réticents à confier aux interlocuteurs sociaux l'édiction de règles en matière de représentation des salariés dans l'entreprise, confortant d'autant la compétence quasi-exclusive de l'État. Comme le remarque

¹¹¹⁴ 2^{ème} civ, 15 juin 1961, *Bull. civ. II*, n° 454 ; *Dr. soc.* 1961, p. 613, obs. J. Savatier.

¹¹¹⁵ 2^{ème} civ., 12 décembre 1968, *Bull. civ. II*, n° 308.

¹¹¹⁶ « *La loi précitée a ajouté une disposition aux termes de laquelle le nombre et la composition de ces collègues peuvent être modifiés par voie de conventions collectives ou d'accords entre le chef d'entreprise et l'ensemble des organisations syndicales de travailleurs les plus représentatives pour chaque catégorie de personnel* ». Et de poursuivre : « *cette disposition nouvelle rend applicable pour l'avenir la clause d'une convention collective préexistante dans laquelle il est convenu d'un nombre de collègues électoraux différent de celui fixé par le texte originaire et qui se trouvait être sans objet sous l'empire de celui-ci* ».

¹¹¹⁷ 2^{ème} civ., 4 octobre 1961, *Bull. civ. II*, n° 626 ; *D.* 1961, p. 684.

¹¹¹⁸ 2^{ème} civ., 15 mars 1962, *Bull. civ. II*, n° 309. Cette solution sera réaffirmée à deux reprises : 2^{ème} civ., 19 juillet 1962, *Bull. civ. II*, n° 610, *Dr. soc.* 1962, p. 626, obs. J. Savatier ; 2^{ème} civ. 3 mai 1963, *Bull. civ. II*, n° 342.

Mme M.-L. Morin, « à l'origine, en effet, ce domaine échappait à la négociation collective ; le droit des institutions représentatives du personnel était conçu comme un droit à part, d'ordre public, assurant le droit des salariés d'être représentés et dont la négociation collective ne pouvait pas disposer »¹¹¹⁹.

Il n'est pas superflu de relever que les arrêts précités émanent de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Celle-ci est alors compétente pour connaître du contentieux relatif aux élections des représentants des salariés dans l'entreprise. Il ne viendra aux mains de la chambre sociale qu'à partir de l'année 1969¹¹²⁰. Ce changement de chambre coïncide avec l'inflexion de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière n'interprétera plus l'existence d'habilitations spéciales comme écartant la compétence de principe reconnue aux interlocuteurs sociaux.

2. Les habilitations spéciales intégrées à la compétence générale

610. La liberté de négocier et de conclure des accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés a été reconnue à la suite des transformations du droit de la négociation collective. L'inscription de la représentation des salariés dans le champ de la négociation collective a été rendue possible à la suite de l'élargissement du champ ouvert aux accords collectifs de travail qui recouvre aussi bien les relations individuelles que les relations collectives de travail. Il n'existe plus alors d'obstacle à penser les habilitations à négocier en matière de représentation des salariés comme des spécifications de leur compétence de principe (a). Prenant acte de cette évolution, le juge administratif (b), suivi peu après du juge judiciaire (c), reconnaît, sur le fondement de l'habilitation générale contenue à l'article L. 2251-1 du Code du travail, le pouvoir de négocier et de conclure des accords collectifs de travail relatifs à la représentation des salariés, plus favorables que la loi.

¹¹¹⁹ M.-L. Morin, *op. cit.* n° 525, p ; 445.

¹¹²⁰ L'article 9 de la loi du 16 avril 1946 relative à l'institution du délégué du personnel prévoyait que le contentieux relatif à l'élection était porté devant la chambre sociale de la Cour de cassation. Pourtant, à la suite de la loi du 23 juillet 1947, n°47-1366 *modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation*, le contentieux est revenu à la deuxième chambre civile. L'article 3 de cette loi prévoit en effet qu'une délibération du bureau de la Cour de cassation fixe chaque année la compétence des trois chambres civiles. A la suite de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation et du décret n°67-1208 du 22 décembre 1967, le contentieux des élections professionnelles sera de nouveau attribué à la chambre sociale, qui rend son premier arrêt en octobre 1969.

a) La levée d'obstacles

611. Le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux peut être fondé à la fois sur une habilitation générale couvrant tous les domaines de la négociation collective, notamment la représentation des salariés, et sur des dispositions spéciales propres à cette matière.

612. En effet, après la redéfinition du champ des accords collectifs par la loi du 11 février 1950, le législateur n'a ni supprimé, ni même modifié, les dispositions contenues dans les lois des 16 avril et 16 mai 1946, autorisant la conclusion d'accords collectifs relatifs aux délégués du personnel et au comité d'entreprise. Cette tendance du législateur à édicter des règles spéciales autorisant la conclusion d'accords collectifs en matière de représentation des salariés s'est poursuivie. Plusieurs exemples peuvent être cités. Suivant l'article 16 de la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise, « *les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle aux conventions ou accords comportant des clauses plus favorables* »¹¹²¹. Sur le modèle de la loi de 1936, l'article 31 G du Code du travail, issu de la loi de 1971, indique que, pour être étendues, les conventions collectives de branche doivent contenir des clauses obligatoires, notamment celles ayant pour objet « *le libre exercice du droit syndical et la liberté d'opinion des salariés* » ainsi que « *les délégués du personnel, les comités d'entreprise et le financement des œuvres sociales* ». Plus tard, en matière de droit syndical, le législateur instaurera une obligation de négocier dans les entreprises du secteur public sur les modalités complémentaires d'exercice de ce droit¹¹²².

Certaines dispositions contiennent des habilitations à négocier sur des objets plus précis encore. Dans le cadre de l'obligation triennale de négocier la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, la loi du 20 août 2008 prévoit une négociation relative « *au déroulement de carrière des salariés exerçant des responsabilités syndicales et l'exercice de leurs fonctions* »¹¹²³. En matière de représentation élue des salariés dans l'entreprise, les articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail, issus de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, subordonnent le recours au vote électronique à la conclusion d'un accord collectif d'entreprise

¹¹²¹ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968, Art. 16, *J.O.R.F.* 31 décembre 1968, p. 12403 ; M. Despax, « L'exercice du droit syndical dans l'entreprise (loi du 27 décembre 1968) », *J.C.P.* 1968. 2275.

¹¹²² Art. L. 2144-2 *C. trav.*

¹¹²³ Art. L. 2242-20 *C. trav.* Cette disposition est directement inspirée de l'article 13 de la Position commune du 9 avril 2008.

ou d'un accord de groupe¹¹²⁴. Ou encore, la loi du 2 août 2005 a admis qu'un accord collectif de travail puisse abaisser la durée légale des mandats des représentants élus des salariés de quatre à deux ans¹¹²⁵.

613. Ces quelques exemples, sur lesquels il conviendra de revenir de manière plus avant, témoignent de la persistance du législateur à édicter des dispositions spéciales pour habiliter les interlocuteurs sociaux à négocier en matière de représentation des salariés. « *Cette évolution a été accentuée par la loi du 28 octobre 1982, de sorte qu'aujourd'hui, ce sont largement les textes législatifs eux-mêmes qui ouvrent la place aux aménagements négociés, en matière d'exercice du droit syndical et de mise en place des délégués syndicaux, de mise en place, de protection et d'attributions des délégués du personnel, d'attributions et pouvoirs du comité d'entreprise* »¹¹²⁶.

614. Ainsi, coexistent, d'une part, un champ matériel de la négociation collective susceptible de comprendre la représentation des salariés, et, d'autre part, des dispositions spéciales habilitant, sur des points particuliers, les interlocuteurs sociaux à négocier des accords collectifs. De telles dispositions interrogent sur l'étendue du pouvoir normatif confié aux interlocuteurs sociaux. En droit syndical, l'article L. 2141-10 ne vise que l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. Cela signifie-t-il que, corrélativement, l'essentiel du droit syndical échappe au pouvoir normatif des négociateurs, aussi bien la liberté syndicale, la représentativité syndicale, que l'action en justice des syndicats ? En matière de représentation élue dans l'entreprise, le pouvoir des interlocuteurs sociaux serait-il restreint aux matières figurant expressément dans une disposition ?

615. Les développements précédents ont montré une possible incompatibilité entre les différents fondements textuels. Une première tentative a consisté en effet à définir la sphère du négociable en matière de représentation des salariés en recourant au principe *specialia*

¹¹²⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique ; F. Petit, « Le vote électronique dans l'entreprise », *J.C.P.* éd. S, 2008, p. 1199 ; F. Duquesne, « L'applicabilité de l'accord prévoyant le recours au vote électronique sur le lieu de travail ou à distance », *Dr. soc.* 2010, p. 642. Sur l'articulation de cette négociation avec la négociation préélectorale, cf. *infra* n° 653, 770 et 1196. Sur le recours au vote au électronique, F. Petit, « Le vote électronique est-il adapté aux élections des représentants du personnel », *R.D.T.* 2012, p. 413.

¹¹²⁵ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 96 codifié aux articles L. 2314-27 et L. 2324-25 du Code du travail.

¹¹²⁶ G. Couturier, « Commentaire sous Avis n° 310-108, 22 mars 1973 », *G.A.C.E., op. cit.* p. 115.

*generalibus derogant*¹¹²⁷. L'existence de règles d'habilitation spécifiques à la représentation des salariés et la manière dont était défini le champ d'application des accords collectifs de travail tendaient à exclure l'application de la règle générale confiant aux interlocuteurs sociaux un pouvoir normatif. De plus, la représentation des salariés n'était un objet de négociation que dans les limites et les conditions fixées par les dispositions spéciales figurant dans le Code du travail. Cette règle interprétative en appelait donc une autre contenue dans l'adage *exceptio est strictissimae interpretatis*.

616. Cette lecture a trouvé un ancrage dans la rédaction des dispositions des articles L. 2141-10, L. 2312-6 et L. 2324-5 du Code du travail. Ces trois dispositions emploient toutes une formule négative : « *Les dispositions du présent titre [ou chapitre] ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables [...] résultant d'accords collectifs* »¹¹²⁸. Le législateur n'a donc pas repris la formulation affirmative contenue à l'article L. 2251-1 du Code du travail selon laquelle « *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur* »¹¹²⁹. L'emploi de la négative a pu laisser croire en une réticence du législateur à reconnaître la représentation des salariés comme objet de négociation¹¹³⁰.

617. Pourtant, ces principes d'interprétation, *specialia generalibus derogant* et *exceptio est strictissimae interpretatis*, n'assurent pas à eux seuls l'articulation d'énoncés dotés d'une même valeur juridique. L'herméneutique juridique offre d'autres clés de lecture¹¹³¹. De surcroît, « *ces topiques juridiques* » ne disposent pas d'une autorité qui impose d'y recourir, et ce alors même qu'ils participent de la logique juridique¹¹³². Pour considérer que, par principe, le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux s'étend à la représentation des salariés et au droit syndical, il importe, outre l'affirmation que la représentation des salariés relève des conditions de

¹¹²⁷ Sur la référence à ce principe pour expliquer les rapports entre le régime général de la négociation collective et les accords collectifs se rapportant à la des objets particuliers, Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, p. 95.

¹¹²⁸ Nous soulignons.

¹¹²⁹ Nous soulignons.

¹¹³⁰ D. Fabre, J.-M. Mir et M. Morand, « L'aménagement conventionnel du droit syndical », *S.S.L.* 2006, n° 1263 (supplément). Les auteurs soulignent la négation contenue dans l'article L. 2141-10 du Code du travail qui constitue, selon eux, un « *rappel de la prééminence de l'ordre public en matière de droit syndical* ».

¹¹³¹ C. Perelman, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1990, 2^{ème} éd. ; Comp. G. Kalinowski, « La logique juridique et son histoire », in *Les sources du droit, Arch. Ph. Dr.* 1982, p. 331 ; J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, P.U.F. coll. Thémis, 2001.

¹¹³² C. Perelman, *op. cit.*, pp. 95 s.

travail, au sens de l'article L. 2221-1 du Code du travail, que l'existence d'habilitations spéciales n'a pas pour conséquence d'exclure la compétence générale reconnue aux interlocuteurs sociaux¹¹³³. Cela suppose donc de ne plus appréhender les dispositions spéciales comme des dérogations à un principe d'interdiction de négocier en matière de représentation des salariés, mais plutôt, de considérer qu'elles sont contenues dans l'habilitation générale bénéficiant aux interlocuteurs sociaux. L'abandon d'une logique d'exclusion conduit alors à adopter une autre logique où le juge pense le particulier sous le général¹¹³⁴.

b) L'avis du Conseil d'État du 22 mars 1973

618. Dans un avis célèbre du 22 mars 1973, le Conseil d'État énonce, au visa de l'ordonnance du 22 février 1945, de la loi du 16 avril 1946 et de la loi du 27 décembre 1968, et après avoir cité l'article 31 a) du Code du travail, devenu aujourd'hui l'article L. 2251-1 du Code du travail, qu' « *il résulte de cet article que, conformément d'ailleurs aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce Droit présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle* »¹¹³⁵.

619. L'avis du Conseil d'État concernait la faculté pour le Ministre du travail d'étendre une convention collective contenant des clauses relatives aux institutions représentatives du personnel dans l'entreprise. Plus précisément encore, parmi les clauses portées à la connaissance du Conseil d'État, certaines concernaient la représentation élue. La convention collective permettait la mise en place de délégués du personnel et la création d'un comité

¹¹³³ Un autre exemple apparaît dans la manière dont la compétence du comité d'entreprise est définie. Ainsi, les dispositions spéciales précisant les domaines dans lesquels il est informé et consulté n'exclut pas la compétence générale définie à l'article L. 2323-1 du Code du travail.

¹¹³⁴ Une telle démarche n'est pas sans évoquer celle retenue par les juges à l'égard des dispositions définissant la compétence du comité d'entreprise. Certes, le législateur est entré dans le détail des matières qui devaient faire l'objet d'une procédure d'information et de consultation devant le comité d'entreprise. Malgré cela, selon les juges, le comité d'entreprise est compétent pour toute question entrant dans sa compétence de principe définie à l'article L. 2323-6, à savoir « *Les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* ».

¹¹³⁵ Avis n° 310.108 du 22 mars 1973 ; *Dr. soc.* 1973, p. 514 ; *Dr. ouv.* 1973, p. 190 ; *G.A.C.E.*, 3^{ème} éd., 2008, p. 107, commentaire de G. Couturier.

d'entreprise dans des entreprises dont l'effectif était en deçà des seuils légaux, c'est-à-dire, selon le cas, de moins de onze salariés ou de moins de cinquante salariés. En outre, elle dérogeait aux conditions d'électorat et l'éligibilité des salariés appelés à participer aux élections. Enfin, d'autres clauses concernaient l'exercice du droit syndical dans l'entreprise.

620. Selon le Conseil d'État, « *les stipulations énoncées dans la demande d'avis ont toutes pour objet d'étendre ou d'accroître des garanties ou avantages pour les travailleurs de dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ; qu'aucune d'entre elles ne peut être regardée comme contraire à l'ordre public au sens qui vient d'être défini ; que leur insertion dans une convention collective ne saurait donc affecter la validité de cette convention* ».

621. Le fondement de cette décision mérite d'être précisé. En premier lieu, l'habilitation de négociateur contenue dans l'ordonnance du 22 février 1945 instituant le comité d'entreprise, toujours en vigueur en mars 1973, ne visait que le fonctionnement et les pouvoirs du comité d'entreprise. Ainsi, le seuil légal d'effectif des entreprises soumises à l'obligation de mettre en place un comité d'entreprise n'était pas visé par cette disposition. La disposition selon laquelle « *dans les entreprises employant moins de cinquante salariés, des comités d'entreprise peuvent être créés par convention ou accord collectif de travail* », de même que celle indiquant que « *dans les établissements employant moins de onze salariés des délégués du personnel peuvent être institués par convention ou accord collectif* », résultent l'une et l'autre de la loi du 28 octobre 1982¹¹³⁶. En second lieu, la référence au caractère plus favorable, qui figure aux articles L. 2312-6 et L. 2325-4 du Code du travail, a été insérée postérieurement à l'avis du Conseil d'État¹¹³⁷. Seule la loi du 27 décembre 1968 prévoyait alors que « *les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle aux conventions ou accords comportant des clauses plus favorables* »¹¹³⁸. Ainsi, il était nécessaire de trouver une « *règle d'un [plus] grand degré de*

¹¹³⁶ Art. 16 (pour les délégués du personnel) et art. 28 (pour le comité d'entreprise) de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982, *J.O.R.F.* du 29 octobre 1982, p. 03257 et 03261.

¹¹³⁷ Concernant l'article L. 2312-6 relatif aux accords collectifs comportant des clauses sur les délégués du personnel, la référence au caractère plus favorable a été inscrite par l'article 27 de la loi du 29 octobre 1982, tandis que celle figurant aujourd'hui à l'article L. 2325-4 concernant aux accords collectifs relatifs au comité d'entreprise n'existe que depuis la recodification issue de l'ordonnance du 12 mars 2007 (Ord. n°2007-329).

¹¹³⁸ Loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968, préc.

généralité» qui puisse s'appliquer, sans considération pour l'objet particulier des clauses soumises à l'examen du Conseil d'État¹¹³⁹.

622. Cette règle n'est autre que celle contenue dans l'article L. 2251-1 que le Conseil d'État conforte par l'invocation des principes généraux du Droit du travail. En se référant ainsi aux dispositions du droit commun de la négociation collective, il inscrit résolument la représentation des salariés dans le champ de cette dernière : en l'absence d'habilitations spéciales, un accord collectif de travail peut édicter des règles relatives aux institutions de représentation des salariés, dès lors qu'elles sont plus favorables aux salariés.

623. Une telle solution peut certainement s'expliquer par l'expansion de la négociation collective impulsée par la loi du 31 juillet 1971¹¹⁴⁰. Le Conseil d'État prend acte de l'élargissement du champ matériel ouvert à cette dernière ainsi que de l'unification du régime des accords collectifs de travail qui, quel que soit le niveau de négociation et quel que soit leur objet, sont en principe soumis à un même corps de règles.

624. L'avis du 22 mars 1973 rompt alors avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour une brève période cependant : celle-ci se verra comme « *accompagnée dans son mouvement par l'opinion du Conseil d'État* »¹¹⁴¹.

c) Le revirement opéré par la Cour de cassation

625. A la suite de la décision du Conseil d'État, la Cour de cassation se montre plus encline à reconnaître la validité des accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés et l'exercice du droit syndical dans l'entreprise¹¹⁴². Ainsi, elle admettra finalement la validité des clauses conventionnelles relatives aux conditions d'électorat et d'éligibilité. Ainsi, dans un arrêt du 17 octobre 1973, elle admet, sur le fondement de la loi du 16 avril 1946, qu'un accord collectif abaisse la condition d'âge pour être éligible. Suivant l'attendu de principe, l'article 17 de la loi ne contient aucune disposition restrictive à la portée des accords collectifs

¹¹³⁹ A. Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115, et spéc. p. 117.

¹¹⁴⁰ Cf. *supra* n° 579.

¹¹⁴¹ Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, n°198.

¹¹⁴² Rappelons qu'à partir de cette époque-là, ce n'est plus la deuxième chambre civile qui connaît du contentieux relatif à l'élection des représentants des salariés dans l'entreprise mais de nouveau la chambre sociale de la Cour de cassation. Sans estimer qu'il s'agit là de la raison essentielle de ce changement, la concomitance entre l'évolution de la jurisprudence et le changement des attributions de ces deux chambres de la Cour de cassation n'en est pas moins remarquable.

susceptibles d'être conclus pour la désignation des délégués du personnel, ni à la validité des clauses plus favorables que celles de la loi »¹¹⁴³. De même, dans un arrêt du 20 janvier 1977, la chambre sociale juge que « *des accords collectifs ou des accords d'entreprise peuvent prévoir des dérogations aux conditions légales d'électorat et d'éligibilité des représentants du personnel dans un sens plus favorable aux salariés et à l'exercice de la mission de leurs élus* »¹¹⁴⁴. Elle reviendra également sur son refus initial d'augmenter par voie conventionnelle le nombre de délégués du personnel, dans un arrêt du 22 juillet 1982¹¹⁴⁵.

626. Dans le silence de la loi, la chambre sociale de la Cour de cassation admettra la validité d'un accord collectif, du fait de son caractère plus favorable, qui autorise la nomination, à la place du suppléant devenu titulaire, d'un nouveau suppléant désigné dans la liste des candidats non élus¹¹⁴⁶.

627. Pour rappel, la référence au caractère plus favorable des clauses relatives à la désignation et aux attributions des délégués du personnel n'a été insérée qu'à la suite de la loi du 28 octobre 1982¹¹⁴⁷. Antérieurement à cette loi, à l'époque des décisions évoquées, l'article L. 420-24 du Code du travail issu de l'article 17 de la loi du 16 avril 1946 disposait seulement que « *les dispositions précédentes ne font pas obstacle aux clauses d'accords collectifs concernant la désignation et les attributions des délégués du personnel* ». Dès lors, l'invocation par la Cour de cassation de la règle du plus favorable ne pouvait se fonder que sur la disposition générale contenue dans l'ancien article 31 a) du Code du travail, qui autorise un accord collectif à contenir des dispositions plus favorables que celles des lois et règlements en vigueur.

628. De moins en moins donc, elle exclut la représentation des salariés du champ de la négociation collective. Elle retient une interprétation moins restrictive des habilitations spéciales autorisant la conclusion d'accords collectifs en matière de représentation collective des salariés. Par ailleurs, parmi ses décisions, certaines admettent, en dehors de toute habilitation spéciale, la faculté d'améliorer les avantages contenus dans les dispositions légales et d'en créer de nouveaux. La conception plus libérale retenue par la Cour de cassation en

¹¹⁴³ Soc, 17 octobre 1973, *Bull. civ.* V, n° 486.

¹¹⁴⁴ Soc, 20 janvier 1977, *Bull. civ.* V, n° 44.

¹¹⁴⁵ Soc, 20 juillet 1982, *Bull. civ.* V, n° 508. Cf. antérieurement, 2^{ème} civ. 15 mars 1962, *Bull. civ.* II, n° 309.

¹¹⁴⁶ Soc, 11 octobre 1978, *Bull. civ.* V, n° 661.

¹¹⁴⁷ Art. 27 de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982, *J.O.R.F.* 29 octobre 1982.

matière de négociation collective relative à la représentation des salariés n'a pas été démentie depuis lors.

629. Avant l'adoption de la loi du 4 mai 2004, la Cour de cassation a admis que « *des employeurs et des syndicats représentatifs [puissent] instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies* »¹¹⁴⁸. Cette décision reconnaît aux interlocuteurs sociaux la faculté de créer *ex nihilo* une représentation syndicale de groupe, dotée d'un pouvoir de négociation. Il s'agit d'un arrêt de rejet ; le pourvoi invoquait notamment la violation des articles L. 132-2, L. 135-1, L. 132-22, L. 132-23, L. 132-27, ainsi que l'article L. 412-17 du Code du travail antérieurement applicable. Or, ces dispositions renvoient, pour les premières, aux règles du droit commun des accords collectifs de travail et, pour la dernière, à la faculté d'améliorer conventionnellement les règles relatives à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. La solution de la Cour de cassation précise explicitement que la validité d'un tel accord répond aux conditions de conclusion des accords collectifs de travail de droit commun. Ainsi, à travers cette solution, la Cour de cassation envisage bien l'exercice du droit syndical comme un objet de négociation relevant du droit commun de la négociation collective. De plus, en se fondant à la fois sur la règle spéciale habilitant à négocier des accords collectifs en matière d'exercice du droit syndical et sur les dispositions régissant le droit commun des accords collectifs de travail, elle opère une combinaison : l'habilitation spéciale inscrite à l'article L. 412-17 [devenu l'article L. 2141-10 *C. trav.*] est subsumée sous l'habilitation générale bénéficiant aux interlocuteurs sociaux.

630. Une dernière décision mérite d'être évoquée. Le 18 janvier 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu un arrêt de rejet à la suite d'un litige né à l'occasion de la distribution de tracts par des syndicats dans le hall d'entrée de l'immeuble de la société¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁸ Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ.* V, n° 155 ; B. Gauriau, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.* 2003, p. 732 ; P. Rodière, « Émergence d'un nouveau cadre de négociation collective : le groupe ? », *S.S.L.* 2003, n° 1125, p. 6 ; J. Grangé et N. El Aougri, « Accords collectifs : la négociation de groupe », *S.S.L.* 2003, n° 1144, p. 5. Nous soulignons.

¹¹⁴⁹ Soc. 18 janvier 2011, n° 09-12.240, inédit ; *R.D.T.* 2011, p. 190, obs. M. Grévy. Cette solution a été précédemment citée au sujet du pouvoir normatif du chef d'entreprise. En dépit du caractère catégorique de la formule, il n'est pas certain que l'accord entre l'employeur et les organisations

L'employeur reprochait aux syndicats d'avoir méconnu les clauses d'un accord d'entreprise « *sur les moyens logistiques et de communication des sections syndicales et sur les moyens mis à leur disposition* ». Dans son pourvoi, la société demanderesse reprochait à la Cour d'appel de Versailles d'avoir reconnu l'accord réputé non écrit, à la suite de l'opposition formée par deux organisations syndicales. Or, selon la première branche du moyen, l'exercice du droit syndical n'entre pas dans le champ de la négociation collective défini à l'article L. 2222-1 du Code du travail et que, ce faisant, l'accord conclu n'est pas un accord collectif de travail¹¹⁵⁰. Le moyen est écarté. Selon la Cour, « *un accord sur l'exercice des droits syndicaux conclu entre un employeur et des organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise est un accord collectif de travail* »¹¹⁵¹.

Cela étant, certaines dispositions légales prévoient des règles spécifiques de négociation concernant certains aspects de la représentation des salariés, qui, de ce fait, conserve une spécificité certaine au sein de la négociation collective.

B. Des accords spéciaux

631. Certaines règles particulières maintiennent une autonomie de certains types d'accords par rapport aux accords collectifs de travail de droit commun¹¹⁵². Il s'agit principalement de la négociation préélectorale et de la négociation visant à mettre en œuvre le droit des travailleurs à l'information et à la consultation reconnu en droit de l'Union européenne. Toutefois, les accords qui en résultent n'entretiennent pas les mêmes rapports avec le droit commun de la négociation collective. La négociation préélectorale entretient avec la négociation collective de droit commun des liens plus étroits, rendant délicate la possibilité de les dissocier (1). Au contraire, la spécificité des accords instituant le comité d'entreprise européen, de même que de ceux instituant l'information, la consultation et la participation des salariés au sein des

syndicales au sujet de l'exercice du droit syndical soient nécessairement un accord collectif de travail au sens de l'article L. 2222-1 du Code du travail. Cf. *Supra* n° 446.

¹¹⁵⁰ De manière quelque peu contradictoire, elle reproche également à la cour d'appel, dans la seconde branche du moyen, d'avoir violé l'article L. 2232-2 relatif à la validité des accords collectifs interprofessionnels !

¹¹⁵¹ Soc, 18 janvier 2011, préc.

¹¹⁵² La référence à la négociation collective de droit commun renvoie aux accords collectifs conclus conformément aux articles L. 2332-2 et suivants du Code du travail : l'accord collectif de droit commun ne peut être conclu que par des syndicats représentatifs dans l'entreprise, ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des membres titulaires au comité d'entreprise ; de plus, il ne doit avoir pas fait l'objet d'une opposition de la part des syndicats représentatifs majoritaires à ces mêmes élections.

sociétés européennes, est telle que l'on pourrait douter qu'ils relèvent du droit des salariés à la négociation collective (2).

1. L'autonomie relative des protocoles d'accords préélectoraux

632. La question de l'autonomie de la négociation préélectorale par rapport à la négociation collective de droit commun anime la doctrine depuis longtemps. En réalité, si autonomie il y a, celle-ci n'est pas originelle mais est le fait d'un processus d'autonomisation (a), qui n'est ni linéaire ni abouti (b).

a) L'autonomisation de la négociation préélectorale

633. La négociation relative à la représentation des salariés a longtemps reposé sur l'attribution d'un pouvoir spécial. En ce temps, la négociation préélectorale ne présentait pas de singularités particulières au regard du reste de la négociation collective ayant pour objet la représentation des salariés. Pour comprendre en quoi il y a eu autonomisation, deux étapes peuvent être distinguées. Dans un premier temps, l'accord préélectoral était une variété d'accords collectifs. Il se distinguait certes des conventions collectives de travail régies par la loi du 11 février 1950. Cependant, celles-ci n'étaient alors qu'une espèce au sein de la famille des accords collectifs, quoique leur conclusion fût davantage encouragée (i). Dans un second temps, consécutif à l'adoption de la loi du 13 juillet 1971, l'autonomisation de la négociation préélectorale apparaît plus nettement. Pour autant, son exclusion du champ de la négociation collective reste imparfaite (ii).

i. L'accord préélectoral, une variété d'accords collectifs

634. Parallèlement à l'article 17 de la loi du 16 avril 1946 autorisant la conclusion d'accords collectifs relatifs à la désignation et aux attributions du délégué du personnel, l'article 5 de la même loi prévoyait la conclusion d'accords relativement au processus électoral. Suivant le premier alinéa, les interlocuteurs sociaux pouvaient fixer un nombre et une composition des collèges électoraux différents de la loi. Selon le second alinéa, la répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories était l'objet

d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées¹¹⁵³. L'article 6 de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant le comité d'entreprise ne prévoyait que la conclusion de l'accord sur la répartition du personnel dans les collèges électoraux entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées. Ce n'est qu'avec la loi du 18 juin 1966 qu'un accord, à condition d'être unanime, pourra modifier conventionnellement le nombre et la composition des collèges électoraux pour l'élection des membres du comité d'entreprise¹¹⁵⁴.

635. Alors compétente en ce domaine, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation retenait une interprétation stricte de ces dispositions¹¹⁵⁵. Partant, seul l'objet très circonscrit des habilitations légales de négociateur permettait de constater le particularisme des accords préélectoraux. Cette tendance était accentuée par le fait que les règles légales étaient différentes selon l'élection en cause. C'est ainsi que, jamais, le législateur n'a exprimé une volonté claire de donner au protocole d'accord préélectoral un champ d'application et un régime juridique propres. Dès lors, les accords préélectoraux apparaissaient certainement comme « *une espèce [...] dans la famille des accords collectifs* », encore éclatée¹¹⁵⁶.

636. Ce sentiment ne découle pas seulement de la spécificité de l'objet des règles d'habilitation existant en matière préélectorale. Il découle plus généralement de l'état de la construction du droit des accords collectifs à ce moment-là. Celui-ci ne connaissait pas encore de droit commun applicable à l'ensemble des accords collectifs. Avec la loi du 11 février 1950, la difficulté se fait jour d'articuler le champ des conventions collectives de travail étendu aux conditions de travail avec les habilitations spéciales de négociateur. La démonstration a été faite précédemment : d'un côté, l'élargissement du champ des conventions collectives donne un

¹¹⁵³ Art. 5 de la loi n°46-730 du 16 avril 1946, *D.* 1946, p. 189. Al. 1^{er} « *Le nombre et la composition des collèges électoraux pouvaient être modifiés par les conventions collectives existant ou par des accords passés entre organisations patronales et ouvrières* ». Al. 2nd : « *la répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories feront l'objet d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales intéressées* ».

¹¹⁵⁴ Art. 9 de la Loi n°66-427 du 18 juin 1966, *J.O.R.F.* du 25 juin 1966, p. 05268.

¹¹⁵⁵ Cf. 2^{ème} civ. 15 juin 1961, *Bull. civ.* II, n° 454; *Dr. ; soc.* 1961, p. 613, obs. J. Savatier, p. 608 ; 2^{ème} civ. 4 mars 1954, *Dr. soc.* ; 1954, p. 354 ; 2^{ème} civ. 24 novembre 1955, *Dr. soc.* 1956, p. 88 ; Civ. 27 décembre 1955, *Dr. soc.* 1956, p. 159 : l'article 6 de l'ordonnance du 22 février 1945 « *ne s'applique, quant aux accords à intervenir, qu'à la répartition des sièges entre les différentes catégories, et à la répartition du personnel dans les collèges électoraux* ».

¹¹⁵⁶ J. Savatier, « Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs de travail », *Dr. soc.* 1960, p. 598 ; « Les accords collectifs relatifs à l'organisation des élections des représentants du personnel », *Dr. soc.* 1961, p. 608. *Adde.* G. Lyon-Caen, J. Pélissier, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 15^{ème} édition, 1990, n° 667, p. 679 : « *Le protocole préélectoral appartient à la famille des accords collectifs d'entreprise. Mais la jurisprudence estime qu'il n'en suit pas toutes les règles* ».

nouveau fondement aux clauses relatives à la représentation des salariés contenues dans les conventions collectives de travail ; de l'autre, les habilitations spéciales de négociateur en matière de représentation des salariés ont subsisté. Seulement, en matière électorale, ces dernières n'ont pas paru pouvoir s'accorder avec la compétence générale des interlocuteurs sociaux, réitérant dans ce domaine l'idée d'un pouvoir normatif spécial.

637. De là, des difficultés sont apparues quant à la possibilité d'envisager distinctement les accords préélectoraux et les conventions collectives de travail régies par la loi du 11 février 1950. C'est ainsi que M. J. Savatier estime en 1961 que « *les accords collectifs relatifs aux élections des représentants du personnel, dont l'objet vient d'être défini, peuvent s'insérer dans les conventions collectives de travail de la loi du 11 février 1950. Mais ils peuvent aussi intervenir séparément, et leur régime juridique se distingue alors à certains égards de celui des conventions collectives de travail* »¹¹⁵⁷. L'auteur s'appuie en particulier sur la décision précitée du 15 juin 1961 dans lequel la Cour de cassation juge que les accords modifiant le nombre et la composition des collègues électoraux pour l'élection des délégués du personnel sont « *indépendants de ceux prévus par le Code du travail, et notamment par l'article 31 A, et l'article 31 N, L. 1^{er} du Code du travail* »¹¹⁵⁸. Le particularisme des accords préélectoraux est ici clairement affirmé. Cependant, ce particularisme est surtout affirmé à l'égard des accords d'établissement institués par la loi du 11 février 1950 qui, eux-mêmes, ne sont pas dépourvus de tout particularisme par rapport au régime applicable aux conventions collectives de travail. De plus, on ne saurait déduire de ce particularisme qu'une convention collective de travail ne puisse pas contenir de clauses de nature électorale : la convention collective a bien vocation à régir, à partir de 1950, l'ensemble des rapports de travail, incluant l'élection des représentants des salariés dans l'entreprise. Dès lors, le particularisme des accords préélectoraux ne signifie pas que la matière électorale soit exclue du champ des conventions collectives de travail.

638. A ces considérations générales s'ajoutent des difficultés ponctuelles liées à la nature électorale de certaines clauses.

639. La Cour de cassation a ainsi pu apprécier la validité de clauses de nature électorale au regard de l'article 17 de la loi du 16 avril 1946. Aux termes de cette disposition, aujourd'hui codifiée à l'article L. 2312-6 du Code du travail, les interlocuteurs sociaux peuvent conclure

¹¹⁵⁷ J. Savatier, « les accords collectifs relatifs à l'organisation des élections des représentants du personnel », *Dr. soc.* 1961, p. 608 et spéc. p. 611.

¹¹⁵⁸ 2^{ème} civ. 15 juin 1961, *Dr. soc.* 1961, p. 613.

des accords collectifs relatifs à la désignation et aux attributions des délégués du personnel. Or, selon la Cour de cassation, « *par désignation, il faut entendre élection* »¹¹⁵⁹. Sur le fondement de cet article, elle a validé des clauses qui avaient pour objet la date du dépôt des listes par les organisations syndicales¹¹⁶⁰, la prise en compte des bulletins blancs¹¹⁶¹, ou encore les conditions d'éligibilité¹¹⁶². Ces quelques exemples montrent que la spécificité de la négociation préélectorale, si elle existait, n'était ni différente ni plus forte que celle de l'ensemble des négociations se rapportant à la représentation des salariés dans l'entreprise. Partant, l'autonomie de la négociation préélectorale par rapport au droit des conventions collectives de travail était caractéristique de l'état général de cette branche du droit. En premier lieu, la loi du 11 février 1950, si elle élargit l'objet des conventions collectives de travail, maintient l'existence de régimes distincts, selon les niveaux de négociation et selon que la convention est ou non susceptible d'extension. En second lieu, elle n'a pas la prétention de régir l'ensemble des accords collectifs de travail. De son côté, la Cour de cassation autorisait que des accords collectifs synallagmatiques soumis au droit commun des contrats demeurent applicables en dépit de l'entrée en vigueur de la loi du 11 février 1950. Certes la convention collective de travail devient un modèle de référence. Mais la variété des accords collectifs de travail demeure prégnante¹¹⁶³.

ii. Le particularisme des accords préélectoraux au sein du droit de la négociation collective et des accords collectifs de travail

640. La loi du 13 juillet 1971 marque un second temps dans le processus d'autonomisation de la négociation préélectorale, à travers l'unification du régime des accords collectifs de travail et l'affirmation d'un droit des salariés à la négociation collective. Cette loi a vocation à s'appliquer à tous les accords collectifs de travail, quel que soit leur niveau de négociation et quel que soit leur objet. Elle laisse néanmoins subsister les habilitations spéciales de négocier en matière préélectorale qui ont été envisagées précédemment. À rebours de ses propos antérieurs, M. J. Savatier estime ainsi que « *la loi du 13 juillet 1971, modifiant la loi du 11 février 1950, s'applique à tous les accords collectifs relatifs "aux conditions de travail et aux*

¹¹⁵⁹ 2^{ème} civ. 16 janvier 1964, *Bull. civ.* II, n° 58 ; *Adde.* 2^{ème} civ. 19 décembre 1967, *Bull. civ.* II, n° 391 ; Soc, 8 juillet 1976, *Bull. civ.* V, n° 439.

¹¹⁶⁰ 2^{ème} civ. 16 janvier 1964, *Bull. civ.* II, n° 58.

¹¹⁶¹ Soc, 21 juillet 1976, *Bull. civ.* V, n° 464.

¹¹⁶² Soc, 20 janvier 1977, *Bull. Civ.* V, n° 44.

¹¹⁶³ J. Savatier, art préc. *Dr. soc.* 1960.

garanties sociales". Sous réserve des textes spéciaux relatifs à certains types d'accords, cette législation s'applique non seulement aux conventions collectives classiques mais aux accords collectifs ayant un objet particulier, même si cet objet concerne les droits collectifs des travailleurs, et non les conditions de travail »¹¹⁶⁴.

641. Allant en ce sens, la Cour de cassation juge dans un arrêt rendu le 26 mars 1980 qu'« *aux termes de l'alinéa 2 de l'article L. 132-10 du Code du travail, lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, que dès lors, en décidant que les élections seraient organisées selon les prescriptions de l'accord collectif national, [...], le tribunal a légalement justifié sa décision* »¹¹⁶⁵. Dans une seconde décision, du 22 octobre 1981, la Cour de cassation applique les articles L. 132-1, L. 132-7 et L. 132-10 du Code du travail pour régir l'articulation d'une convention collective et d'un accord préélectoral en application de la règle de faveur¹¹⁶⁶.

642. Dès lors, le droit des conventions et des accords collectifs de travail issu de la loi du 13 juillet 1971 est un droit commun, qui s'accorde avec les règles propres à certains accords, au besoin en les complétant.

643. Plus tard, la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel maintiendra l'existence de règles particulières régissant le processus préélectoral¹¹⁶⁷. Elle harmonise quelque peu les règles de conclusion des accords préélectorales, qu'il s'agisse de l'élection des délégués du personnel ou de celle des membres du comité d'entreprise. En particulier, elle généralise l'exigence d'unanimité des signatures en vue de modifier le nombre et la composition des collèges électoraux¹¹⁶⁸. Allant plus loin, la loi

¹¹⁶⁴ J. Savatier, note sous C.E. 29 juin 1973, n° 77982, Wagons-lits, *Dr. soc.* 1974, p. 52. On relèvera également que dans l'édition du Précis Dalloz de 1973, G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen n'évoquent pas de manière spécifique la négociation préélectorale. Ainsi, ils relèvent de manière succincte la conclusion d'un accord collectif pour la modification du nombre de collèges, la répartition du personnel dans les différents collèges électoraux, pour l'augmentation du nombre de représentants au comité d'entreprise, sans jamais insister sur la particularité des accords préélectorales. De même ne figurent-ils pas dans le chapitre intitulé « Types particuliers de conventions collectives ».

¹¹⁶⁵ Soc, 26 mars 1980, *Bull. civ.* V, n° 303.

¹¹⁶⁶ Soc, 22 octobre 1981, *Bull. civ.* V, n° 820.

¹¹⁶⁷ Loi n° 82-915, *J.O.R.F.* du 29 octobre 1982, p. 3255.

¹¹⁶⁸ Cf. Art. 18 de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982, *J.O.R.F.* du 29 octobre 1982, p. 3255. Cet article modifie l'article L. 420-7 du Code du travail et le transfère à l'article L. 423-3. Auparavant, suivant l'article L. 420-7, « *le nombre et la composition des collèges électoraux peuvent être modifiés par les conventions collectives ou par les accords passés entre organisations patronale et ouvrière* ». La Cour de cassation n'exigeait pas l'unanimité lorsque la modification du nombre et de la composition des collèges électoraux était prévue par une convention de branche étendue. Cf. Soc, 19 février 1981, *Bull. civ.* V, n°

de 1982 se réfère à la notion d'accord préélectoral, qui devient ainsi une catégorie légale¹¹⁶⁹. La référence légale à l'accord préélectoral laisse penser qu'il s'agit d'un accord particulier. Suivant la circulaire d'application cet accord « *doit engager, outre l'employeur, toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* ». De même, les auteurs de la circulaire distinguent l'accord d'entreprise et l'accord préélectoral, en ce que celui-ci peut n'être qu'exprès ou tacite¹¹⁷⁰.

644. La Cour de cassation exigera par la suite, contrairement à la lettre de l'article L. 433-1 du Code du travail inchangée depuis la loi de 1966, que l'augmentation du nombre de représentants au comité d'entreprise ou de celui de délégués du personnel soit l'objet d'un accord unanime¹¹⁷¹. La même solution sera reprise concernant les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales¹¹⁷² ou pour la reconnaissance de l'unité économique et sociale¹¹⁷³. Conséquence de cette interprétation amplifiante, la Cour de cassation jugera dans un arrêt du 6 mai 1985 que « *la négociation des protocoles d'accord préélectorales [...] en matière d'élections des délégués du personnel n'est pas régie par les dispositions de la loi*

151 : au visa de l'article L. 132-10 du Code du travail, la Cour de cassation juge que l'efficacité d'une convention collective de travail ordinaire, modifiant le nombre légal de collèges électoraux, n'est pas subordonnée à la signature de tous les syndicats représentatifs, ni à un arrêté d'extension, et que l'employeur est engagé par cette convention, même à l'égard de ceux qui ne l'ont pas signée. Dans le même sens, Soc, 9 juillet 1981, *Bull. civ. V*, n° 692. Dans cet arrêt, la Cour de cassation affirme que l'article L. 420-7 du Code du travail ne prévoit pas la signature de tous les syndicats représentatifs. Comp. Soc, 22 octobre 1981, *Bull. civ. V*, n° 820 : « *l'accord préélectoral, qui avait réduit à 2 le nombre de collèges pour les élections litigieuses, n'avait pu modifier valablement sur ce point les dispositions de la convention collective, faute en tout cas d'avoir été signé par le S.N.B. dont la représentativité n'était pas contestée* ». Il faudra attendre la loi du 9 juillet 1984 pour que l'unanimité soit requise que la convention soit ou non étendue. Sur le sens et la portée de l'exigence d'unanimité, cf., *infra* n° 998.

¹¹⁶⁹ Dans plusieurs dispositions relatives notamment au nombre et à la composition des collèges ou aux conditions d'organisation du scrutin, la loi précise l'intervention d'un accord nommé accord préélectoral. Lorsqu'elle ne le mentionne explicitement, elle renvoie tantôt à un accord avec « *les organisations syndicales intéressées* » (Cf. pour l'élection des délégués du personnel, anciens Art. L. 423-13, L. 423-13 et L. 423-18 *C. trav.* ; pour l'élection des membres au comité d'entreprise, Ancien Art. L. 433-2. Alinéa 6, 8 et 10), tantôt à un accord avec « *les organisations syndicales représentatives existant dans l'entreprise* » (Cf. pour l'élection des délégués du personnel, anciens Art. L. 423-4, L. 423-12 et L. 423-16 ; pour l'élection des membres au comité d'entreprise, anciens Art. L. 433-8 et L. 433-9).

¹¹⁷⁰ Circ. du 25 octobre 1983, relative à l'application de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, J.O.R.F. du 20 décembre 1983, p. 11201 et spéc. p. 11204. Elle précise également que « *l'objet du protocole d'accord est élargi* », [...] « *la négociation [devant] porter sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales* ».

¹¹⁷¹ Soc, 19 juin 1987, *Bull. civ. V*, n° 411.

¹¹⁷² Soc, 7 novembre 1990 ; *R.J.S.* 1990, p. 657, n° 1001 ; *Dr ; soc.* 1991, p. 297, note Hubert ; *D.* 1992, p. 285, obs. G. Borenfreund.

¹¹⁷³ Soc, 23 juin 1988, *Bull. civ. V*, n° 392 ; *D.* 1988, p. 230.

n° 82-957 du 13 novembre 1982, relative à la négociation collective »¹¹⁷⁴. Cette décision n'indique pas seulement que les accords préélectoraux sont des accords spéciaux : dès lors que la loi de 1982 constitue le droit commun des accords collectifs, l'écarter signifie que les accords préélectoraux ne sont pas soumis, même subsidiairement, à ce droit commun et qu'ils demeurent, en définitive, étrangers au droit des salariés à la négociation collective. En ce sens, Mme M.-A. Souriac affirme que « ces accords sont principalement destinés à produire des effets dans les rapports entre l'employeur et les syndicats bénéficiaires du monopole de présentation des listes au premier tour des élections. Ils intéressent le personnel organiquement considéré mais sans produire des effets comparables à ceux d'une convention collective. A ce titre, les protocoles, dès lors qu'ils ne sont pas incorporés dans une convention collective, échapperaient au droit commun des conventions collectives »¹¹⁷⁵. Ainsi serait-on parvenu à rendre autonome la négociation préélectorale par rapport au droit de la négociation collective. Ainsi, bien que les habilitations à négocier en matière électorale ne fussent pas singulières en soi, elles le sont devenues, à mesure que le droit commun des accords collectifs s'est unifié, et que leur teneur s'est écartée de celle des règles du droit commun des conventions collectives de travail. En particulier, l'exigence d'unanimité est devenue caractéristique de la négociation préélectorale.

645. Cependant, cette autonomisation restait encore inaboutie. Des zones d'interaction subsistaient entre le contenu des conventions collectives et celui des protocoles d'accords préélectoraux. De cette situation a surgi la question du degré d'autonomie de la négociation préélectorale. Pour certains auteurs, les accords préélectoraux ne sont pas de véritables accords collectifs de travail¹¹⁷⁶. Pour d'autres, l'existence d'un régime juridique particulier ne

¹¹⁷⁴ Soc, 6 mai 1985, *Bull. civ. V*, n° 276 ; *D.* 1985, p. 349 ; cf. également, Soc, 25 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 206 ; Soc, 23 juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 302 ; *D.* 1999, p. 191 ; *R.J.S.* 1999, p. 688, n° 1098 : « les dispositions de nature électorale ne s'imposent au juge et aux parties qu'en cas d'accord préélectoral unanime ». Sur la dénonciation d'un protocole d'accord préélectoral en dehors des prévisions de l'ancien article L. 132-8 du Code du travail (devenu l'article L. 2261-9), Soc, 21 mars 1995, n° 94-60221 (inédit) ; Soc, 11 décembre 1985, *Bull. civ. V*, n° 604 ; *D.* 1986, p. 385, note S. Frossard.

¹¹⁷⁵ M.-A. Souriac, *Th préc.*, p. 784.

¹¹⁷⁶ M.-A. Rotchild-Souriac, *Thèse préc.*, p. 775 s. L'auteur n'exclut pas totalement qu'ils puissent être régis par le droit commun des conventions collectives de travail. Tout dépendrait du critère de rattachement pris en compte. Pour admettre que les protocoles d'accords préélectoraux sont soumis au droit des conventions collectives de travail, seul devrait être pris en compte leur objet. Au contraire, en s'attachant aux parties à l'accord ou à l'effet normatif de celui-ci, il conviendrait, selon Mme M.-A. Souriac, d'écartier l'application du droit commun des conventions collectives de travail ; A. Supiot, « Les accords préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115 ; G. Borenfreund, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », *Etudes offertes à J. Pélissier, Analyse juridique et valeurs en*

les fait pas échapper à la catégorie des accords collectifs de travail, dès lors que leur objet entraine dans le domaine défini à l'article L. 2221-1 du Code du travail¹¹⁷⁷. Selon eux, le droit commun de la négociation collective serait toujours applicable quoique de manière subsidiaire.

646. En réalité, l'autonomie dont disposent les protocoles d'accord préélectoraux est pour le moins relative, que l'on s'attache à une certaine historicité du droit de la négociation collective et de la représentation des salariés ou que l'on s'attache à l'imbrication persistante de la négociation préélectorale et de la négociation collective de droit commun, et demeure toujours sujette à discussion. L'une et l'autre font ressortir la relative autonomie de la négociation préélectorale, maintenant irréductiblement son interaction avec la négociation collective de droit commun.

b) L'interaction irréductible de la négociation préélectorale et de la négociation collective de droit commun

647. Certes, il ne peut y avoir d'assimilation des accords préélectoraux et des conventions collectives "ordinaires", pas plus qu'il ne peut avoir de subsomption pure et simple du régime de la négociation préélectorale sous le droit commun de la négociation collective (i). Pourtant, nul n'est parvenu à établir une étanchéité entre l'une et l'autre, en dotant les accords préélectoraux d'un champ d'application et d'un régime juridique qui leur soient propres (ii).

i. *L'attraction inachevée de la négociation préélectorale vers le droit commun de la négociation collective*

648. L'autonomisation de la négociation préélectorale a connu un coup d'arrêt à partir de la fin des années 1990. Cette tendance s'est confirmée jusqu'à l'adoption de la loi du 20 août 2008. Les juges se sont acheminés vers un abandon de l'exigence d'unanimité, se tournant vers

droit social, Dalloz, 2004, p. 93 ; F. Petit, « Les représentants du personnel (Les élections), *Rép. droit du travail*, Dalloz, mise à jour, mai 2009, n° 83 ; C. Barberot, « Les clauses hétérogènes d'un accord collectif ou d'un accord électoral », *R.J.S.* 11/99, p. 830 ; « Accords préélectoraux, organisations syndicales invitées à la négociation », *R.J.S.* 2002, p. 807.

¹¹⁷⁷ J. Savatier, note sous C.E. 29 juin 1973, *Dr. soc.* 1974, 52 ; G. Couturier, *Traité de droit du travail*, op. cit., n° 198, p. 473 ; Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, n°111, p. 94 et n° 117 p. 99 ; M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective*, op.cit., p. 445 ; G. Couturier, *Traité de droit du travail*, op. cit., p. 114 et p. 473 ; avec des nuances et sous conditions, M.-A. Souriac, *Th. préc.*, p. 786.

l'application du droit commun de la négociation collective. L'exigence d'unanimité n'a été maintenue que de manière exceptionnelle, ne valant d'abord que pour les clauses de nature électorale¹¹⁷⁸, puis, quelques années plus tard, que lorsqu'une disposition légale l'exigeait.

649. Les raisons de ce retournement sont diverses et tiennent pour beaucoup à la vocation plus grande des normes conventionnelles à régir les relations de travail et à la montée en puissance de l'exigence majoritaire¹¹⁷⁹. Elles expliquent peut-être pourquoi, après avoir dans un premier temps étendu la règle d'unanimité, la Cour de cassation l'a restreinte dans un second temps aux seuls cas prévus par la loi¹¹⁸⁰. Certaines clauses de l'accord préélectoral devenaient ainsi valides alors même qu'elles n'avaient pas fait l'objet d'un accord unanime. Il en est allé ainsi par exemple du nombre de représentants élus au comité d'entreprise¹¹⁸¹ ou encore de la répartition du personnel entre les différents collèges électoraux¹¹⁸². Ainsi, les dernières évolutions de la jurisprudence avaient conduit à un recul certain de l'exigence d'unanimité, s'en remettant à l'accord collectif conclu dans les conditions de droit commun. Partant, un auteur avait relevé « *des signes de dilution* » de la spécificité de la négociation préélectorale, soumise à phénomène d'« *attraction* » vers le droit commun de la négociation collective¹¹⁸³.

ii. *La difficile autonomie de la négociation préélectorale depuis la loi du 20 août 2008*

650. Dans un dernier va-et-vient, la loi du 20 août 2008 réaffirme la spécificité de la négociation préélectorale. Elle institue des règles particulières de conclusion des accords préélectoraux, différentes de celles du droit commun de la négociation collective¹¹⁸⁴. Désormais, la négociation préélectorale n'est plus réservée aux seuls syndicats

¹¹⁷⁸ Soc, 23 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 302.

¹¹⁷⁹ Cf. *infra* n° 1040.

¹¹⁸⁰ A. Coeuret, art. préc., p. 211.

¹¹⁸¹ Soc, 8 décembre 2004, *D.* 2004, I.R. 168 ; *R.J.S.* 2005, p. 283, n° 399.

¹¹⁸² Soc, 12 juin 2002, *Bull. civ.* V, n°203, p. 197, préc. Voir également Soc, 08 novembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 333. Cf. néanmoins la jurisprudence administrative : C.E. 29 octobre 2008, n° 303999, publié au Recueil Lebon.

¹¹⁸³ G. Borenfreund, art. préc., *Op. cit.*, p.93.

¹¹⁸⁴ Comp. P.-Y Verkindt, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2009 p. 648, et spéc. p. 654 : l'auteur considère en effet que « *compte tenu de la lettre des articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail (« la validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées.. »), il était permis de penser que la règle de la double majorité trouverait à s'appliquer dans toutes les hypothèses. Or, la combinaison des textes montre qu'il n'en est rien (62). Le nouveau mécanisme de validation des accords préélectoraux n'est applicable que dans les situations où le texte renvoie explicitement aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail* ».

représentatifs¹¹⁸⁵. Ceci résulte de la faculté pour les syndicats non-représentatifs de présenter des listes au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise¹¹⁸⁶ ; et, plus loin dans la chaîne des causalités, cela tient à la centralité acquise par le critère de l'audience électorale en matière de représentativité syndicale¹¹⁸⁷. En vertu des articles L. 2314-3-1 relatif à l'élection des délégués du personnel et L. 2324-4-1 relatif à celle du comité d'entreprise, le protocole d'accord préélectoral doit être conclu, d'une part, par la majorité des syndicats ayant participé à sa négociation et, d'autre part, par les syndicats représentatifs ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections¹¹⁸⁸. La loi retient une déclinaison particulière de l'exigence majoritaire, propre au protocole d'accord préélectoral, et, surtout, différente de celle applicable à la conclusion des accords collectifs de droit commun. Toutefois, les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 ne précisent pas le champ réservé à ces accords. Aussi est-ce par des dispositions éparses que le législateur indique les clauses devant figurer dans le protocole d'accord préélectoral. Il est alors précisé que l'accord doit être « *conclu dans les conditions prévues par l'article L. 2314-3-1 du Code du travail [ou par l'article L. 2324-4-1 s'il s'agit de l'élection des représentants au comité d'entreprise]* ».

651. La tentative du législateur de mettre en place un régime juridique spécifique aux protocoles d'accords préélectoraux, à qui il reviendrait de régir le processus électoral, demeure imparfaite. Tout d'abord, parallèlement à ces dispositions expresses qui renvoient de manière certaine et obligatoire à la conclusion d'un protocole d'accord préélectoral, on a pu s'interroger sur les conditions de conclusion de l'accord relatif à la détermination des modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales, prévu aux articles L. 2314-23 et L. 2324-21¹¹⁸⁹. En effet, leur rédaction n'a pas été modifiée par la loi de 2008¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁵ Auparavant, le Code du travail réservait cette invitation aux « *organisations syndicales intéressées* », c'est-à-dire celles ayant vocation à présenter des candidats au premier tour, faculté qui était réservée aux syndicats représentatifs dans l'entreprise. Néanmoins, la capacité de présenter des listes au premier tour des élections demeure réservée aux organisations syndicales. Une personne morale ne disposant de cette qualité ne peut ainsi prétendre y présenter une liste de candidats : Soc, 27 janvier 2010, *Bull. civ. V*, n° 21.

¹¹⁸⁶ Art. L. 2314-8 et L. 2324-11 *C. trav.*

¹¹⁸⁷ Art. L. 2121-1 - 5° *C. trav.*

¹¹⁸⁸ Toutefois, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, seule la majorité des syndicats représentatifs dans l'entreprise est requise. Cf. *infra* n° 1056 s.

¹¹⁸⁹ M. Cohen, *op. cit.* p. 292 ; *Contra.* F. Petit, « Les Représentants du personnel (Élections) », *Rép. Droit du travail*, Dalloz, 2009, n°85 ; P.-Y Verkindt, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *op. cit.*, p. 648 et spéc. p. 655.

¹¹⁹⁰ Ces deux articles disposent tous deux que « les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales font l'objet d'un accord entre l'employeur et les organisations syndicales

À se référer à la lettre de ces articles, rien ne permet de dire quelle est la forme de l'accord entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées. La Cour de cassation a tranché : seule est requise l'obtention d'une double majorité¹¹⁹¹. Un second exemple concerne la reconnaissance conventionnelle de l'unité économique et sociale. De manière constante, la Cour de cassation exigeait un accord unanime, considérant que cette reconnaissance relevait de la négociation électorale. En 2008, le législateur n'a pas modifié l'article L. 2322-4 du Code du travail qui dispose toujours que l'unité économique et sociale peut être reconnue « *par convention* ». Doit-on alors voir dans cette abstention du législateur la volonté de faire sortir la détermination de l'unité économique et sociale du champ de la négociation préélectorale ? La question reste aujourd'hui ouverte et n'a pas reçu de réponse de la part des juges de la Cour de cassation¹¹⁹².

652. Ensuite, la loi du 20 août 2008 n'a pas mis fin à l'existence de clauses dites hétérogènes¹¹⁹³. Certains thèmes de négociation, n'intéressant pas directement le processus électoral, peuvent malgré tout figurer dans un accord préélectoral. Il a été par exemple admis qu'un protocole d'accord préélectoral institue des heures de délégation pour les candidats à

intéressés ». Ces dispositions ont pendant longtemps été interprétées comme exigeant un accord unanime : Soc, 7 novembre 1990, *Bull. Civ. V*, n° 528 ; *R.J.S.* 1990, p. 657, n° 1001 ; plus récemment, Soc, 3 mai 2007, n° 06-60.072 (inédit). Pourtant, l'absence d'unanimité des syndicats ayant participé à la négociation ouvrait la possibilité, et non l'obligation, de saisir le juge des référés afin qu'il fixât les modalités d'organisation et de déroulement des élections (Soc, 20 juillet 1983, *Bull. civ. V*, n° 460 ; *D.* 1984, p. 356, obs. A. Lyon-Caen ; Soc, 28 octobre 1987, *Bull. civ. V*, n° 350) ; si le juge n'avait pas été saisi, il revenait alors à l'employeur de les fixer unilatéralement (Soc, 30 octobre 1991, *D.* 1992, p. 285). À cet égard, Mme L. Pécaut-Rivolier et M. Y. Struillou se sont demandés s'il fallait se référer à la généralité des articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1, fixant des conditions de validité des accords préélectoraux ou, au contraire, s'il fallait s'en tenir, pour des raisons d'opportunité, à la lettre des articles L. 2314-23 et L. 2324-21. « La représentation du personnel dans l'entreprise », *R.D.T.* 2009, p. 490 ; Voir également, M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles*, Dalloz, 2009.

On retrouve la même incertitude s'agissant des voies et moyens en vue d'atteindre une représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidatures (Art. R. 2314-4 et L. 2324-6 *C. trav.*) ; des moyens de faciliter, s'il y a lieu, la représentation des salariés travaillant en équipes successives ou dans des conditions qui les isolent des autres salariés (Art. L. 2314-12 *C. trav.*) ; ou encore, dans les entreprises de travail temporaire, de la répartition des sièges des représentants du personnel en vue d'assurer une représentation équitable du personnel permanent et du personnel temporaire (Art. L. 2314-13 et L. 2324-7 *C. trav.*) ;

¹¹⁹¹ Soc, 2 mars 2011 et Soc, 6 octobre 2011, n° 11-60.035 (FS-PBR) ; *R.J.S.* 12/11, n°1004 ; cf. également Y. Struillou, « Organisation et déroulement des opérations électorales : quelles conditions de majorité ? », *R.J.S.* 1/12, p. 9

¹¹⁹² Sur la portée de l'exigence d'unanimité s'agissant de l'unité économique et sociale et des débats que cette question suscite parmi les auteurs, cf. *infra* n° 1067.

¹¹⁹³ C. Barberot, « Les clauses hétérogènes d'un accord électoral ou d'un accord collectif », *R.J.S.* 11/99 p. 830.

l'élection¹¹⁹⁴. Toutefois, même prévue par le protocole préélectoral, la clause reste soumise au droit commun de la négociation collective¹¹⁹⁵. Inversement, des clauses de nature électorale apparaissent parfois dans des accords collectifs de droit commun. Il en est ainsi par exemple de celles relatives aux conditions d'électorat et d'éligibilité¹¹⁹⁶. Plus directement encore, une convention collective de travail peut modifier le nombre et la composition des collègues électoraux¹¹⁹⁷. La loi renvoie parfois des questions intéressant pourtant les élections professionnelles à la conclusion d'un accord collectif de droit commun. C'est le cas de la durée des mandats¹¹⁹⁸ ou encore du recours au vote électronique¹¹⁹⁹. Ces exemples illustrent la possibilité pour un accord collectif de droit commun de modifier les conditions dans lesquelles ont lieu les élections professionnelles dans l'entreprise. Dans ces hypothèses, la condition de la double majorité applicable à la conclusion des protocoles d'accords préélectoraux est écartée. De manière plus contestable encore, certains syndicats non-représentatifs, pourtant appelés à participer au processus électoral, sont exclus de la négociation dans la mesure où il s'agit d'un accord collectif de droit commun, dont la conclusion est réservée aux seuls syndicats représentatifs¹²⁰⁰.

653. L'exemple du vote électronique permet également d'illustrer une autre forme de l'imbrication ténue entre la négociation préélectorale et la négociation collective de droit commun. Le deuxième alinéa des articles L. 2314-21 et L. 2324-19 du Code du travail¹²⁰¹

¹¹⁹⁴ Soc, 23 juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 302 ; *D.* 1999, p. 191 ; *R.J.S.* 1999, p. 688, n° 1098.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁹⁶ Un accord collectif peut abaisser la limite d'âge posée par la loi, revêtant un caractère d'ordre public social (Soc, 18 octobre 1972, *Bull. civ. V*, n° 553), ou bien encore abaisser les conditions relatives à l'ancienneté des salariés (Soc, 26 mai 1977, *Bull. civ. V*, n° 352 ; Soc, 25 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 208).

¹¹⁹⁷ Cf. Soc, 26 janvier 1999, *Bull. civ. V*, n° 40 ; C. Barberot, « Les clauses hétérogènes d'un accord électoral ou d'un accord collectif », *R.J.S.* 1999, p. 830.

¹¹⁹⁸ Art. L. 2314-27 pour le mandat des délégués du personnel et L. 2324-25 pour le mandat des représentants élus au comité d'entreprise. La loi du 2 août 2005 a permis que la durée des mandats puisse être abaissée de quatre à deux ans par un accord collectif de droit commun.

¹¹⁹⁹ Art. L. 2314-21 *C. trav.* pour l'élection des délégués du personnel et Art. L. 2324-19 *C. trav.* pour celle des membres au comité d'entreprise. Ces dispositions ont été créées par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique ; Voir également le décret n° 2007-602 du 25 avril 2007 relatif au vote par voie électronique.

¹²⁰⁰ Parmi les syndicats non représentatifs dans l'entreprise, seuls sont admis à négocier le protocole d'accord préélectoral les syndicats implantés dans l'entreprise qui ont constitué une section syndicale ; ceux qui sont affiliés à une organisation représentative au niveau national interprofessionnel ainsi que ceux qui répondent aux critères de l'indépendance, du respect des valeurs républicaines, et qui ont une ancienneté de deux ans dans le champ géographique et professionnel où se situe l'entreprise.

¹²⁰¹ Créés par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique ; Voir également le décret n° 2007-602 du 25 avril 2007 relatif au vote par voie électronique.

dispose que « *la mise en œuvre du vote électronique est subordonnée à la conclusion d'un accord d'entreprise* »¹²⁰². Cet accord est un accord collectif de droit commun¹²⁰³. Seulement, les articles R. 2314-16 et R. 2324-12 prévoient que « *le protocole d'accord préélectoral mentionne la conclusion de l'accord d'entreprise ou de l'accord de groupe autorisant le recours au vote électronique [...]* ». Le recours au vote électronique suppose donc que deux accords soient conclus¹²⁰⁴ : un accord collectif de droit commun, posant le principe du recours au vote électronique ; et le protocole d'accord préélectoral, prévoyant les modalités d'organisation et de déroulement de l'élection par voie électronique¹²⁰⁵.

654. La loi du 20 août 2008 a opéré un tournant majeur en matière de négociation préélectorale. Le fait d'avoir réaffirmé la spécificité des règles de conclusion des protocoles d'accords préélectoraux et, surtout, d'avoir ouvert le cercle des syndicats appelés à les négocier et à les conclure, a ravivé l'autonomie de la négociation préélectorale à l'égard de la négociation collective de droit commun. Malgré tout, les exemples évoqués témoignent de la persistance de difficultés liées au caractère inachevé de l'autonomie de la négociation préélectorale. « *En tout cas, le temps n'est plus où il pouvait être proclamé sans restriction que la négociation des accords préélectoraux n'est pas régie par les dispositions relatives à la négociation collective. Un cours nouveau est dessiné : les dispositions relatives à la négociation collective tendent à être rendues applicables, sauf si elles ne conviennent pas aux exigences propres à la négociation préélectorale* »¹²⁰⁶.

¹²⁰² On relèvera néanmoins que le choix du prestataire chargé de mettre en place le vote électronique revient au seul employeur (Art. R. 2314-9 et R. 2324-5 *C. trav.*). Par ailleurs, l'article R. 2314-8 étend cette faculté aux accords de groupe. En revanche, il ne peut s'agir d'un accord d'établissement : Soc, 10 mars 2010, *Bull. civ.* V, n° 56.

¹²⁰³ Conformément aux articles L. 2232-12 et suivants *C. trav. Adde.* Art. R. 2314-9 et s. et R. 2324-5 et s. *C. trav.* L'accord collectif doit prévoir un cahier des charges qui s'impose aux parties et au prestataire mettant en place le système de vote électronique. Ce cahier des charges contient notamment les indications de confidentialité et d'authenticité du vote des salariés et de la régularité du scrutin.

¹²⁰⁴ En ce sens, F. Duquesne, « Applicabilité de l'accord prévoyant le recours au vote électronique sur le lieu du travail, ou à distance », *Dr. soc.* 2010, p. 642. L'auteur cite à l'appui de sa démonstration, outre la lettre de la loi, les débats parlementaires : *J.O.A.N.* 8 janvier 2004, intervention de M. Martin-Lalande; Lire également, F. Petit, « Représentants du personnel (Élections) », *Op. cit.*, n° 85 ; « Le vote électronique dans l'entreprise », *J.C.P.* éd. S, 2008, n° 14; p. 1199.

¹²⁰⁵ Cf. Soc. 28 septembre 2011, n° 10-27.370 (FS-PB) et 11-60.028 (FS-PB) ; *R.J.S* 12/11 ; n° 1005 et 1006, pp. 874-875.

¹²⁰⁶ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *G.A.D.T.*, 2008, p. 632.

2. *L'autonomie forte des accords instituant une représentation des salariés conformément au droit communautaire*

655. Le droit de l'Union européenne s'est emparé depuis quelques décennies déjà de la représentation des salariés au point que l'on a pu dire que, « *s'il existe un modèle social communautaire, nul doute que celui-ci repose sur la participation active des représentants des salariés* »¹²⁰⁷. Le « *principe de l'autonomie de parties* », qui n'est pas étranger à l'idée de subsidiarité, privilégie l'application de la norme la plus proche de ses destinataires, sans renoncer à dépasser les spécificités des droits nationaux en matière de représentation des salariés¹²⁰⁸. Deux dispositifs en particulier recourent à la norme négociée comme norme privilégiée de leur mise en œuvre.

656. Le premier dispositif concerne l'obligation de mettre en place dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire une procédure d'information et de consultation des salariés, notamment sous la forme particulière de la mise en place d'un comité d'entreprise européen. Cette procédure a été prévue par la directive C.E. n° 94/45 du 22 septembre 1994¹²⁰⁹, transposée par la loi du 12 novembre 1996. La directive a été entièrement refondue par une directive adoptée le 6 mai 2009¹²¹⁰, transposée par une ordonnance du 20 octobre 2011¹²¹¹. Le second dispositif a pour objet l'implication des salariés dans la société européenne *via* la création d'un comité de la société européenne¹²¹². La société européenne a été créée par le règlement européen n° 2157/2001 du 8 octobre 2001, complété par une directive du même

¹²⁰⁷ S. Laulom (dir.), *La recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Étienne, coll. Droit, 2005, p. 47.

¹²⁰⁸ Cf. *supra* n° 556. Sur le lien entre la promotion de la négociation collective et le principe de subsidiarité, P. Langlois, « Europe sociale et subsidiarité », *Dr. soc.* 1993, p. 201. *Contra* G. Lyon-Caen, « Subsidiarité et droit social européen », *Dr. soc.* 1997, p. 382 et spéc. p. 386.

¹²⁰⁹ Dir. C.E. n° 94/45 du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen, *J.O.C.E.* n° L. 254 du 30 septembre 1994.

¹²¹⁰ Dir. C.E. n° 2009-38 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen, *J.O.U.E.* L. 122/28, du 16 mai 2009.

¹²¹¹ Ord. n° 2011-1328 du 20 octobre 2011 portant transposition de la directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *J.O.R.F.* du 21 octobre 2011, p. 17832.

¹²¹² Des dispositions très similaires à celles relatives à l'implication des travailleurs dans la société européenne existent concernant, d'une part, la société coopérative européenne (Art. L. 2361-1 et suivants) et, d'autre part, la société constituée à la suite d'une fusion transfrontalière (Art. L. 2371-1 et suivants *C. trav.*).

jour relative à l'implication des travailleurs au sein de ces sociétés¹²¹³. La loi du 26 juillet 2005 a transposé cette dernière aux articles L. 2351-1 et suivants du Code du travail¹²¹⁴.

657. Les dispositions légales de transposition instaurent des obligations de négocier. En dehors de quelques règles impératives, les interlocuteurs sociaux ont une très grande liberté pour réaliser l'objectif poursuivi par le droit de l'Union européenne en matière de représentation des travailleurs. Les lois de transposition définissent les conditions dans lesquelles un accord collectif met en place, dans le premier cas, une procédure d'information et de consultation dans les entreprises ou les groupes de dimension communautaire ; dans l'autre, une procédure d'information, de consultation et le cas échéant de participation au sein de la société européenne. Autrement dit, au sein de l'ordre juridique étatique, les lois de transposition consistent principalement en des habilitations de négocier collectivement des accords d'un type très particulier, ayant pour objet la représentation des salariés.

658. La délimitation du champ de ces accords, comme le particularisme de leur régime juridique invite fortement à considérer qu'ils sont étrangers au droit de la négociation collective¹²¹⁵. Pourtant, l'hypothèse mérite d'être examinée. Pour le démontrer, il est possible de reprendre les critères mis en évidence par M^{me} M.-A. Souriac pour savoir si « *le rattachement des accords au droit des conventions collectives est admissible ou au contraire impossible* »¹²¹⁶. Ils sont au nombre de trois : les parties à l'accord, l'effet de l'accord et l'objet de l'accord.

659. Selon le premier critère, celui des parties à l'accord, un accord peut relever du champ des accords collectifs de travail dès lors qu'il est conclu par des syndicats représentatifs. De ce point de vue, les accords collectifs dont la conclusion est prévue par les directives communautaires semblent totalement étrangers au droit commun des accords collectifs de travail. Conclus, du côté des travailleurs, par un « *groupe spécial de négociation* », organe collégial négociant avec le chef d'entreprise et délibérant à la majorité, ils sont loin de ceux prévus par les articles L. 2221-1 et suivants du Code du travail¹²¹⁷.

¹²¹³ Directive n°2001/86/CE, *J.O.C.E. n°L. 294* du 10 novembre 2001.

¹²¹⁴ Loi n° 2005-842, pour la confiance et la modernisation de l'économie, *J.O.R.F. du 27 juillet 2005*.

¹²¹⁵ En ce sens, B. Teyssié, « La négociation collective transnationale d'entreprise et de groupe », *Dr. soc.* 2005, p. 982 et spéc. p. 984.

¹²¹⁶ M.-A. Souriac, *Th. préc.*, p. 775 s.

¹²¹⁷ Pour le comité d'entreprise européen : Art. L. 2342-1 s. *C. trav.* ; pour le comité de la société européenne, Art. L. 2352-1 s. *C. trav.* Le groupe spécial de négociation, appelé à négocier avec la

660. La question s'est néanmoins posée s'agissant des accords d'anticipation prévus par la directive de 1994 relative au comité d'entreprise européen. L'article 13 disposait que « *Les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire dans lesquels il existe déjà, soit à la date [du 22 septembre 1996, marquant l'échéance du délai de transposition par les États membres], soit à une date, antérieure à celle-ci, un accord applicable à l'ensemble des travailleurs, prévoyant une information et une consultation transnationale des travailleurs, ne sont pas soumises aux obligations découlant de la présente directive* ». Pour apprécier s'il s'agissait bien d'accords d'anticipation au sens de la directive, il importait d'en apprécier la validité. Or, une telle appréciation supposait de déterminer les règles régissant leur conclusion. Une fois déterminée la loi applicable¹²¹⁸, la question était encore de savoir si l'accord était régi par le droit des accords collectifs de travail ou bien par le droit commun des obligations¹²¹⁹. En droit français, selon une instruction ministérielle du 6 novembre 1995, ces accords devaient « *répondre aux conditions de validité des accords d'entreprise selon les règles en vigueur dans notre droit du travail [...]. Les dispositions de droit commun du chapitre II du titre III du livre I du Code du travail [leur] sont applicables* »¹²²⁰. De son côté, le Tribunal de grande instance de Paris, saisi de la validité d'un accord d'anticipation au sein du groupe A.G.F., a pris acte du particularisme de ce type d'accords collectifs. Pour lui, l'accord litigieux n'était pas un accord collectif de travail au sens de l'article L. 132-1 du Code du travail [Art. L. 2231-1 *C. trav.*] : il n'avait pas été négocié et conclu par des organisations syndicales représentatives, mais « *par une émanation du CCE [comité central d'entreprise]* »¹²²¹. Il le qualifie d' « *accord sui generis* ». Il semblait en tout état de cause difficile d'appliquer les conditions d'entrée en vigueur d'une convention ou d'un accord collectif de travail à un accord d'anticipation qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des travailleurs employés dans une entreprise ou un groupe de dimension

direction centrale, est composé de représentants des salariés de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire ou de la société européenne. Ainsi, le groupe spécial de négociation est une instance composée exclusivement de représentants des salariés ; la partie patronale y est extérieure.

¹²¹⁸ La loi applicable est déterminée en application des principes inscrits dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles. Ces principes invitent à rechercher la loi choisie par les parties. A défaut de volonté expresse ou tacite des parties, la loi applicable est celle avec lequel l'accord entretient les liens les plus étroits.

¹²¹⁹ A. Lyon-Caen, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p. 352 et spéc. p. 362 et 364 ; B. Teyssié, « Le comité d'entreprise européen », *J.C. Travail*, n° 61 s.

¹²²⁰ Instr. min. trav. 6 nov. 1995, réf. C.E.D.D. 1 310.

¹²²¹ T.G.I. Paris, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 18 juin 1996 ; Fédération Force ouvrière des employés et cadres c/ Sté centrale des AGF et a. ; *J.C.P. éd E*, 1996. 894, obs. B. Teyssié.

communautaire. Comment exiger des représentants des salariés institués dans d'autres États membres qu'ils satisfassent à l'exigence de représentativité ? Ainsi, est-ce précisément la dimension communautaire des entreprises et des groupes qui empêche de leur appliquer les règles issues du Code du travail et qui explique pourquoi recourir à un groupe spécial de négociation.

Assurément donc, ces accords collectifs de travail ne peuvent être assimilés à ceux définis par le Code du travail. Néanmoins, et sous réserve de la loi qui leur est applicable, affirmer qu'il s'agit d'accords de types particuliers ne signifie pas forcément qu'ils échappent à l'application du droit commun de la négociation collective¹²²². Le critère des parties à l'accord n'est pas toujours discriminant.

661. Un deuxième critère de rattachement est l'effet normatif reconnu à l'accord. De ce point de vue, les accords, qui instituent un comité d'entreprise européen ou instaurent une procédure d'information, de consultation, voire de participation des travailleurs dans la société européenne, disposent d'un effet impératif et d'un effet *erga omnes*. Cette dimension normative les rapproche de l'accord collectif de travail. L'objectif des directives est bien de rendre obligatoires l'information et la consultation de l'ensemble de salariés travaillant dans une entreprise ou un groupe de dimension communautaire, ou bien dans une société européenne. Le Tribunal de grande instance de Paris ajoute : « *il résulte [de l'article 13 de la directive] que l'accord "pré-directive" n'institue valablement un comité européen d'entreprise que s'il s'applique à l'ensemble des travailleurs de l'entreprise ou du groupe, ce qui implique que ceux-ci aient pu être valablement représentés dans la négociation, aussi bien sur le plan national que sur le plan européen* »¹²²³. Selon M. B. Teyssié, les juges s'écartent sensiblement de la lettre de l'article 13 de la directive : si la directive impose que la procédure d'information et de consultation mise en place par l'accord permette *in fine* à tous les travailleurs d'être représentés, il ne ressort pas que les négociateurs doivent être représentatifs de l'ensemble des travailleurs : « *est visée non sa formation mais son exécution* »¹²²⁴. Pourtant, aux yeux des juges, l'effet *erga omnes* attribué à l'accord semble implique que tous les salariés aient été

¹²²² Sur la différence entre assimilation à un accord collectif de travail et soumission au droit commun des accords collectifs de travail, cf. M.-A. Souriac, *Th préc.*, p. 775 ; Y. Ferkane, *L'accord collectif de travail : étude sur la diffusion d'un modèle*, Thèse en cours, U-POND.

¹²²³ Nous soulignons.

¹²²⁴ B. Teyssié, note préc. sous T.G.I. Paris 1^{ère} ch. 1^{ère} sect. 18 juin 1996.

représentés lors de la négociation. Reste qu'à l'égard de leur effet normatif, la qualification d'accord collectif de travail peut être admise.

D'ailleurs, les juges du Tribunal de grande instance de Paris estiment que l'accord conclu au sein du groupe A.G.F. doit respecter les principes généraux de la négociation collective¹²²⁵. En particulier, ils reprochent que l'accord ait été conclu par des représentants des salariés choisis par l'employeur. L'idée que l'on est en présence d'un accord collectif de travail, même particulier, impose de lui appliquer certaines règles, en particulier celles liées à la loyauté dans la négociation et à l'indépendance des négociateurs vis-à-vis de l'employeur. Ceci n'est d'ailleurs pas sans évoquer l'exigence découverte par le Conseil constitutionnel qui impose au législateur de garantir l'indépendance des agents de négociation à l'égard de l'employeur¹²²⁶. De telles considérations valent plus largement pour l'ensemble des accords conclus en application des directives communautaires relatives à la représentation des salariés.

662. Enfin, s'agissant du troisième critère, celui de l'objet de l'accord, nous avons montré que les relations collectives dans leur ensemble relevaient du champ de la négociation collective défini à l'article L. 2221-1 du Code du travail. Aussi, il n'est pas nécessaire d'insister davantage pour admettre que la spécificité des accords collectifs instaurés par la législation communautaire ne fait pas obstacle à l'application subsidiaire du droit commun de la négociation collective.

Une telle inscription permettra de simplifier certaines difficultés quant au régime juridique applicable. À titre d'exemple, il n'est pas à exclure qu'à l'avenir, il faille articuler l'accord instaurant un comité d'entreprise européen et un accord de méthode au sens de l'article L. 2323-61 du Code du travail. Une telle hypothèse paraît d'autant plus vraisemblable que, désormais, suivant l'article 12 de la directive du 6 mai 2009, l'accord devra établir « *les modalités de l'articulation entre l'information et la consultation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation des travailleurs* »¹²²⁷. Sans approfondir

¹²²⁵ « Si la notion d'accord "sui generis" dont se prévaut la Société A.G.F. avait pu permettre, en l'absence d'un droit spécifique applicable à l'échelon européen, d'interpréter plus largement le droit à négociation (à l'image du comité de groupe) en admettant la présence d'élus du personnel aux côtés des délégués syndicaux, ou en étendant de façon plus adaptée les critères de représentativité, elle ne pouvait en aucun cas justifier la méconnaissance des principes généraux du droit de la négociation collective, et permettre à l'employeur de conclure un accord avec les représentants préalablement choisis par ses soins ».

¹²²⁶ Déc. n° 96-383 D.C. du 8 novembre 1996, préc.

¹²²⁷ Transposé par l'article 2 de l'ordonnance n° 2011-1328 et codifié à l'article L. 2342-9 4°).

ici cette question, les règles d'articulation des accords collectifs issues du droit commun pourront présenter une certaine utilité¹²²⁸.

Section 2 : L'affirmation de la dimension normative et statutaire des accords collectifs en matière de représentation des salariés

663. Rapportée à l'histoire du droit de la négociation collective, la reconnaissance de l'effet normatif des conventions et des accords collectifs en matière de représentation des salariés et de droit syndical est récente. Elle semble être acquise depuis un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation rendu le 30 avril 2003.

664. Les difficultés d'une telle reconnaissance s'expliquent par la prégnance dans le droit positif et dans l'esprit des juristes de l'idée d'une partition des conventions collectives selon leur contenu. Celles-ci seraient composées d'une partie normative et d'une partie obligatoire. Cette distinction est d'autant plus ancrée qu'elle a été relayée un temps par la Cour de cassation (Paragraphe 1).

665. Cette manière d'envisager le dualisme des conventions collectives doit être reconsidérée dès lors que l'effet normatif vise désormais les clauses qui régissent les relations individuelles aussi bien que les relations collectives. Reste cependant que l'effet normatif des conventions collectives a été pensé et forgé en référence au contrat individuel de travail. Une adaptation est donc nécessaire. L'effet *erga omnes* et l'effet impératif des accords collectifs connaissent ainsi une coloration particulière en matière de représentation des salariés ou en matière de droit syndical (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La matrice contractuelle et patrimoniale des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés

666. La notion de matrice renvoie à celle de modèle, ou encore à celle de moule qui « [sert] à donner un objet une forme déterminée »¹²²⁹. Elle évoque également « le milieu où quelque chose prend racine, se développe, se produit »¹²³⁰. Ainsi, l'idée de matrice contractuelle et

¹²²⁸ Cf. sur cette question cf. *infra* Partie 2 Titre 2 Chapitre 2nd.

¹²²⁹ Ce sens est apparu au XVI^{ème} siècle dans le vocabulaire de l'imprimerie puis dans celle de la fabrication des pièces de monnaie : « *carré original d'une médaille ou d'une monnaie gravé avec le poinçon* ».

¹²³⁰ Ce sens figuré est apparu en 1775 dans D'Holbach, *Système de la Nature*, II, 162 [<http://www.cnrtl.fr/etymologie/matrice>].

patrimoniale entend souligner, non seulement la conception contractuelle à partir de laquelle les premiers accords collectifs de travail ont été pensés – la racine - mais encore l’empreinte que la pensée civiliste a laissée sur le régime juridique des accords conclus en matière de représentation des salariés et de droit syndical – le moule.

667. La matrice contractuelle des accords collectifs relatifs à la représentation des salariés figure dans la manière d’appréhender l’accord collectif conclu en matière de représentation des salariés. Il existe en effet une influence forte du dualisme des conventions et des accords collectifs de travail selon leur contenu (A). La vigueur de cette conception n’a pas été sans effet, cherchant à maintenir une partie contractuelle irréductible, la partie obligatoire. C’est en effet partant de cette conception que les accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés ont été revêtus d’un simple effet relatif (B).

668. Pourtant, l’existence d’une partie obligatoire au sein des conventions collectives, qui repose sur la corrélation entre l’effet normatif et le contenu obligationnel, n’a rien de nécessaire. La nature dualiste de la convention collective n’impose pas un contenu dual (C).

A. L’influence du dualisme des conventions et des accords collectifs en raison de leur contenu

669. La conception dualiste de la convention collective a été formulée par P. Durand. Ce dernier adhère à une théorie énoncée avant lui mais se propose d’en décrire les manifestations dans le droit positif français, issu de la loi du 24 juin 1936. Selon lui, il convient de distinguer deux manifestations de ce dualisme de la convention collective. La première concerne le mode d’élaboration ; la seconde le contenu des conventions collectives. Depuis son étude, cette théorie s’est diffusée et a fait l’objet d’actualisations, au rythme des lois relatives à la négociation collective et aux accords collectifs de travail. Trois dimensions du dualisme des conventions collectives peuvent être distinguées. La première est relative à la nature de la convention collective de travail (1). La deuxième renvoie à la diversité rencontrée parmi les conventions et les accords collectifs de travail (2). La troisième dimension attachée au dualisme des conventions collectives suggère que celles-ci seraient composées d’une partie normative et d’une partie obligatoire (3). Cependant, la pensée du dualisme des conventions collectives a fait l’objet de vives critiques, révélant certaines de ses apories (4).

1. *Dualisme et nature juridique de la convention collective*

670. Le débat sur la convention collective de travail a d'abord été celui de sa nature juridique.

671. Deux théories se sont opposées. La première, la théorie contractuelle, avançait que la convention collective de travail était, par nature, un contrat. Partant de sa nature contractuelle, les auteurs qui s'y sont ralliés justifiaient l'effet de l'accord collectif sur le contrat de travail à partir de mécanismes connus du droit civil et du droit des contrats¹²³¹. Ce faisant, ils ne remettaient pas en cause l'idée que la force obligatoire de la convention collective fut celle du contrat.

672. Au contraire, les tenants de la théorie statutaire considéraient que la convention collective se rapprochait davantage d'une véritable loi. L. Duguit estimait au sujet de la convention collective qu'elle était « *une catégorie juridique toute nouvelle et tout à fait étrangère aux cadres traditionnels du droit civil. C'est une convention-loi réglant les relations de deux classes. [...] C'est une loi établissant les rapports permanents et durables entre deux groupes, le régime légal suivant lequel devront être conclus les contrats individuels entre les membres de ces groupes* »¹²³².

673. Alors que s'opposaient ces deux théories, contractuelle et statutaire, P. Durand a avancé l'idée que la convention collective de travail avait une double nature. En dépit du mode d'élaboration, qui s'appuie largement sur une grammaire contractuelle, la convention

¹²³¹ On rappellera par exemple que certains auteurs ont cherché à justifier l'effet obligatoire de la convention collective à l'égard des salariés à travers l'idée d'une stipulation pour autrui (M. Planiol, « note sous le jugement du tribunal de Cholet du 12 février 1897 », *D.* 1903, p. 25. L'auteur analyse dans cet article l'accord collectif comme une stipulation pour autrui ; B. Raynaud, *Le contrat collectif de travail*, Thèse de doctorat de la Faculté de Paris, 1901 : « *Le syndicat stipule pour autrui, c'est-à-dire pour ses membres présents et à venir, pour tous les ouvriers de l'entreprise, actuels ou futurs* » ; dans le même sens, R. Jay, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1907, p. 548 ; d'autres par l'existence d'un mandat : C. Colson, « Rapport sur les conventions collectives relatives aux conditions de travail », *Ibidem*, p. 180 s. Cet auteur préfère en effet recourir à la théorie du mandat. V. également, R. Saleilles, Préface de la thèse de C. de Vissher, *Le contrat collectif de travail. Théories juridiques et projets législatifs*, Siffer-Rousseau, p. XIX.

¹²³² L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, 1920, p. 135 ; cf. également, J. Brèthe de la Gressaye, *La nature juridique de la convention collective de travail*, Thèse de doctorat, 1921 ; « La convention collective de travail est-elle un contrat ?, *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 101 ; P. Coste Floret, « Vers une conception étatique de la convention collective de travail », *Rev. Crit.* 1937, p. 194 ; J.-M. Arnion, *L'évolution des conventions collectives de travail*, thèse de doctorat, 1938 ; L. Girod, *La convention collective comme moyen de législation secondaire*, Thèse de doctorat, 1939.

collective a essentiellement un effet normatif. Le dualisme des conventions collectives renvoie alors à l'idée qu'elles ont deux visages, ou plutôt, qu'elles ont l'apparence du contrat et l'esprit de la loi¹²³³.

Pris en ce sens, le dualisme de la convention collective signifie que ni la théorie contractuelle ni la théorie institutionnelle ne sont à elles seules suffisantes pour rendre compte de la convention collective comme catégorie au sein de l'univers des normes. Irréductible à la fois au contrat et à la loi, la convention collective est une catégorie de norme *sui generis*.

674. En premier lieu, la convention collective de travail serait une convention par son mode d'élaboration, elle est une convention tandis que par ses effets, elle est un règlement. Les auteurs du *Précis Dalloz* évoquent la « *nature hybride* » de l'accord collectif ainsi : « *lors de sa conclusion, elle est traitée comme un contrat. Elle doit respecter les conditions de formation et la force obligatoire vis-à-vis de ses signataires [...]. En revanche lors de son application, la convention est traitée comme un règlement. Elle a force normative, c'est-à-dire qu'elle régit les contrats individuels compris dans son champ d'application* »¹²³⁴.

675. En second lieu, la convention collective aurait ceci de particulier que l'effet normatif que la loi lui reconnaît n'est pas exclusif du fait qu'elle crée des obligations entre les parties signataires. Ainsi, la convention collective dispose d'un effet normatif à l'égard des parties au contrat de travail. Selon l'article L. 2254-1 du Code du travail, « *lorsqu'un employeur est lié*

¹²³³ P. Durand, « Le dualisme de la convention collective », R.T.D. civ. 1939, p. 353, et spéc. p. 354. L'auteur écrit ainsi que : « à l'origine, la convention collective a été conçue comme un acte à caractère purement contractuel. Idée toute naturelle, au moment où cet acte nouveau se révélait à la vie juridique. [...]. Les difficultés ne tardèrent cependant pas à apparaître et l'on dut constater rapidement l'originalité de la convention ». Après avoir retracé l'analyse contractuelle puis l'analyse institutionnelle, auxquelles il reproche leur univocité, P. Durand s'appuie sur les doctrines allemande et italienne qui auraient admis la « complexité de la convention collective ». Selon lui, « la théorie du dualisme de la convention collective rallie la doctrine étrangère. On ne peut en effet résoudre, par un choix entre une théorie contractuelle et une théorie institutionnelle, le problème de la nature de la convention collective ». Il renvoie malgré tout aux études antérieures de L. Lucas, « Les conventions collectives de travail », Rev. Trim. 1919, p. 65 et de J. Brèthe de la Gressaye, La nature juridique de la convention collective de travail, Thèse de doctorat, 1921 ; « La convention collective de travail est-elle un contrat ? », Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Dalloz, 1939, p. 101. Cf. également, M. Despax, Conventions collectives, in G.-H. Camerlynck (dir.), Traité de droit du travail, Dalloz, 1966, p. 86.

¹²³⁴ *Op. cit.* 2012, pp. 1260-1261.

par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables »¹²³⁵.

Pour autant, la certitude d'un effet normatif des clauses contenues dans une convention collective ne doit pas conduire à refuser qu'elles demeurent le fruit d'un engagement entre les parties à la convention. L'obligation pour l'employeur d'appliquer la convention collective à l'ensemble de ses salariés ne doit pas conduire à écarter totalement le fait qu'elle est un engagement pris à l'égard des syndicats signataires. Il existe une obligation générale de faire qui s'impose à la partie patronale. Cette obligation est à l'origine de l'interprétation de certains civilistes qui voyaient dans la convention collective une forme de stipulation pour autrui, c'est-à-dire l'engagement pris par un *promettant* – l'employeur ou le groupement patronal – à l'égard du *stipulant* – les syndicats signataires – au profit d'un *bénéficiaire* – les salariés¹²³⁶. Si cette interprétation est insuffisante pour comprendre l'effet normatif de la convention collective, elle n'est pas à exclure pour appréhender ce que la convention collective a encore d'obligatoire et de contractuel¹²³⁷. Cette obligation de faire trouve un prolongement dans l'obligation d'exécuter loyalement la convention collective prévue à l'article L. 2262-4 du Code du travail. Selon cet article, « *les organisations de salariés et les organisations ou groupements d'employeurs, ou les employeurs pris individuellement, liés par une convention ou un accord, sont tenus de ne rien faire qui soit de nature à compromettre l'exécution loyale. Ils ne sont garants de cette exécution que dans la mesure déterminée par la convention ou l'accord* ». L'inexécution de cette obligation, qui constitue une faute contractuelle, pourrait se déduire de l'inapplication de la convention collective au sein de l'entreprise par l'employeur qui s'y est pourtant volontairement soumis¹²³⁸. Preuve en

¹²³⁵ Cf. également Soc, 3 mars 1988, *Bull. civ.* V, n° 161 ; *D.* 1988, p. 324, obs. P. Langlois ; *G.A.D.T.* 2004 n° 155.

¹²³⁶ M. Planiol, « note sous le jugement du tribunal de Cholet du 12 février 1897 », *D.* 1903, p. 25. L'auteur analyse dans cet article l'accord collectif comme une stipulation pour autrui ; B. Raynaud, *Le contrat collectif de travail*, Thèse de doctorat de la Faculté de Paris, 1901 ; dans le même sens, R. Jay, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1907, p. 548.

¹²³⁷ Brièvement, on relèvera au titre des insuffisances de cette théorie que la stipulation pour autrui permet en principe au bénéficiaire de renoncer à la stipulation alors qu'au contraire, face à une convention collective, le salarié ne peut renoncer aux avantages conventionnels.

¹²³⁸ Il serait ainsi possible de discuter le point de savoir si l'employeur, soumis à une convention collective du fait de son extension, engage également sa responsabilité sur le fondement de l'article L. 2262-4 du Code du travail s'il n'applique pas correctement la convention collective aux salariés travaillant au sein de son entreprise.

est aussi l'action en exécution de la convention collective ouverte aux syndicats signataires qui, longtemps, fut la seule possible¹²³⁹.

2. *Dualisme et diversité au sein des conventions et des accords collectifs de travail*

676. La reconnaissance légale d'un effet réglementaire de la convention collective semblait avoir mis en échec la théorie contractuelle. Pourtant, celle-ci connut un certain sursaut. Le débat a resurgi au sujet de la coexistence ou non de deux catégories de conventions collectives de travail. En réalité, ce débat est davantage celui d'une diversité au sein de la famille des accords collectifs que celui du dualisme de la convention collective¹²⁴⁰.

677. Selon certains auteurs, le législateur n'avait régi qu'un type particulier de conventions collectives. Ce faisant, il n'aurait pas interdit que des accords collectifs puissent être conclus en dehors de la réglementation légale. Disposant d'une pleine capacité juridique, les syndicats pourraient toujours conclure des conventions collectives. Cette lecture trouva un certain écho : la Cour de cassation a admis que les syndicats puissent conclure des « *accords synallagmatiques de droit commun* », engageant seulement les syndicats signataires ou adhérents à l'accord¹²⁴¹.

¹²³⁹ Art. L. 2262-11 *C. trav.* – Les organisations ou groupements ayant la capacité d'agir en justice, liés par une convention ou un accord, peuvent intenter en leur nom propre toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres organisations ou groupements, leurs propres membres ou toute personne liée par la convention ou l'accord. Cette disposition est issue de la loi de 1919 alors que la conception étatique de la convention collective était plutôt contractuelle. Elle a perduré en dépit des réformes du droit de la négociation et des conventions collectives qui ont renforcé la dimension normative de ces derniers. Longtemps, l'action en exécution d'une convention collective n'était recevable que sur ce seul fondement et n'était donc ouverte qu'aux seuls syndicats signataires de la convention (ou adhérents) : Soc, 10 mai 1994, *Bull. civ. V*, n° 173 ; *R.J.S.* 1994, n° 446, n° 736.

¹²⁴⁰ J. Savatier, « Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs », *Dr. soc.* 1960, p. 600.

¹²⁴¹ Soc, 5 mars 1957, *Bull. civ. IV*, n° 292 ; *Dr. soc.* 1957, p. 278, concl. Blanchet ; *Dr. ouv.* 1957, p. 152 ; *D.* 1958, p. 92, note J. Brèthe de la Gressaye : « *si les protocoles [...], n'étaient pas, faute d'agrément par arrêté ministériel, assortis des effets spéciaux propres aux conventions collectives à caractère réglementaire, ils n'en constituent pas moins des accords synallagmatiques immédiatement obligatoires dans les termes du droit commun des contrats* ». Cependant, le caractère contractuel n'implique pas le caractère synallagmatique. Un contrat peut en effet très bien être unilatéral et ne pas contenir d'engagements réciproques. Sur la question de la contrepartie d'un engagement de paix sociale comme cause de l'obligation de l'employeur d'accorder une prérogative aux syndicats, cf. M.-A. Souriac, *Th préc.*, pp. 978 s.; G. Auzero, *Les accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel*, Thèse Montesquieu-Bordeaux IV, 1997, p. 237, n° 315.

678. Pourtant, d'autres auteurs estimaient que la législation relative aux conventions collectives était d'ordre public et s'opposerait à la conclusion d'accords collectifs dont les effets ne seraient que ceux reconnus aux contrats¹²⁴². Critique de cette jurisprudence, M. Despax estime que « *le fait que les syndicats d'employeurs et de salariés soient libres de conclure des accords tendant exclusivement à faire naître des obligations à la charge des parties sans réglementer les conditions de travail, ne permet pas d'interpréter en accords contractuels valables, des conventions relatives aux conditions de travail qui ne rempliraient pas les conditions de validité imposées par les conventions collectives* »¹²⁴³. Il s'appuie notamment sur la disposition légale aujourd'hui codifiée à l'article L. 2132-2 du Code du travail, selon laquelle « *tout accord ou convention visant les conditions collectives du travail est conclu dans les conditions déterminées par le livre II* ». Autrement dit, l'auteur réfute qu'un acte conclu par un syndicat puisse être, selon son mode de conclusion, tantôt un contrat, tantôt une véritable convention collective.

Ce débat a perduré jusqu'à l'adoption de la loi de 1971 qui a largement unifié le régime des accords collectifs de travail. Depuis lors, il existe un droit commun des accords collectifs de travail qui a vocation à s'appliquer à tous les accords collectifs de travail. L'émergence d'un droit commun applicable à l'ensemble des accords collectifs de travail n'a cependant pas fait disparaître toute diversité : Convention collective étendue, accord d'entreprise, accord d'entreprise conclu au sein du comité d'entreprise, avec les délégués du personnel ou avec un salarié mandaté, accord d'intéressement et de participation, protocole d'accord préélectoral, etc. Cette liste, qui n'est d'ailleurs pas exhaustive, atteste de cette diversité encore forte. Seulement, l'existence d'un droit commun de la négociation collective empêche désormais de considérer qu'il existe encore des accords collectifs de travail dont les effets seraient ceux d'un contrat ou qui pourraient être conclus dans les conditions du droit civil. En effet, un accord qui ne répondrait pas aux conditions d'entrée en vigueur posées par loi doit être considéré réputé non écrit¹²⁴⁴. A tout le moins, il sera requalifié en engagement unilatéral de l'employeur, s'il est conclu par des personnes autres que les syndicats représentatifs dans

¹²⁴² Cf. M. Despax, *Conventions collectives*, in G.-H. Camerlynck (dir.), *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1966, p. 84 s.

¹²⁴³ M. Despax, *op. cit.* p. 91.

¹²⁴⁴ Art. L. 2231-3 *C. trav.* – La convention ou l'accord est, à peine de nullité, un acte écrit ; Art. L. 2231-9 *C. trav.* – Les conventions et accords frappés d'opposition majoritaire ainsi ceux qui n'ont pas obtenu l'approbation de la majorité des salariés, en application des dispositions du chapitre II, sont réputés non écrits.

l'entreprise¹²⁴⁵. Aussi, cette manière d'évoquer le dualisme des conventions collectives paraît être aujourd'hui abandonnée.

3. *Dualisme et contenu des conventions collectives*

679. Une dernière manière d'appréhender le dualisme de la convention collective consiste à se demander si, au sein de la convention collective, ne coexisteraient pas une partie normative et une partie obligatoire. Cette dimension du dualisme de la convention collective met l'accent sur le contenu obligationnel de la convention collective. Formulée par P. Durand (a), cette conception du dualisme de la convention collective fut certainement celle qui a marqué le plus les auteurs dont nombre y demeurent attachés (b).

a) Le dualisme et le contenu des accords collectifs chez P. Durand

680. Dans la seconde partie de son étude, P. Durand s'emploie à montrer que le dualisme de la convention collective se traduit par un contenu dual. Certaines clauses comportent des obligations réciproques entre les parties ; d'autres clauses ont vocation à régir les conditions de travail¹²⁴⁶. Selon l'auteur, la dualité de ce contenu détermine le régime juridique de la convention collective. L'effet réglementaire de la convention collective concerne seulement les clauses régissant les relations individuelles de travail, domaine originairement confié aux conventions collectives de travail, aussi bien par la loi de 1919 que celle de 1936 : « *l'élément réglementaire est [...] représenté par la détermination des conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats individuels* »¹²⁴⁷. En revanche les clauses étrangères au contrat individuel de travail créent seulement des obligations entre les parties à la convention collective : « *toutes ces dispositions présentent un caractère statutaire mais elles se détachent du fond réglementaire de la convention en ce qu'elles demeurent étrangères aux contrats individuels de travail. Elles ont pour fin l'organisation d'une société professionnelle* »¹²⁴⁸.

¹²⁴⁵ Soc, 14 juin 1984, *Dr. soc.* 1984, p. 188, note J. Savatier ; Soc, 7 janvier 1988, *Dr. soc.* 1988, p. 464, note C. Freyria ; Soc, 23 octobre 1991, *Bull. civ.* V, n° 433 ; Soc, 16 décembre 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 156, obs. J. Savatier ; Soc, 19 novembre 1997, *Dr. soc.* 1998, p. 89, obs. G. Couturier ; Soc, 4 février 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 532, obs. C. Radé.

¹²⁴⁶ P. Durand, « Le dualisme de la convention collective », *R.T.D. civ.* 1939, p. 353, spéc. p. 372 : « *pris dans son ensemble, l'acte présente un double aspect, suivant qu'on l'envisage dans son procédé d'élaboration ou dans son contenu* ».

¹²⁴⁷ Art. préc. p. 358.

¹²⁴⁸ *Ibidem*.

De cette distinction, P. Durand tire des conséquences relatives à l'adhésion d'un syndicat à une convention collective ainsi que de l'effet de l'arrêté d'extension. S'agissant de l'adhésion d'un syndicat à une convention collective, celle-ci « *étend aux membres du syndicat la réglementation des conditions de travail. Elle ne permet pas au syndicat de s'immiscer dans les rapports purement contractuels* », à moins qu'une clause expresse permette aux syndicats adhérents « *de bénéficier des droits et des obligations des parties signataires* »¹²⁴⁹. Quant à l'extension d'une convention collective par le Ministre du travail, « *l'arrêté ministériel en généralise les dispositions, mais seulement pour la partie réglementaire. L'article 31 VD du livre 1^{er} du Code du travail soumet à la convention étendue les employeurs et les salariés, c'est-à-dire les professionnels liés par les rapports individuels de travail [...] il néglige au contraire les liens créés par les groupements* »¹²⁵⁰.

Or, le droit positif ne permet plus de confirmer cette analyse relative aux effets attachés à l'adhésion d'un syndicat à une convention collective ou à l'extension par le Ministre du travail.

b) Le dualisme et le contenu de la convention collective dans la pensée d'auteurs contemporains

681. Cette conception du dualisme de la convention collective n'a pas disparu et reste sans doute la plus prégnante. Une partie de la doctrine continue à soutenir l'existence d'une corrélation entre le contenu de l'accord et son effet normatif. Dans sa thèse consacrée au statut du personnel et aux membres des comités d'entreprise, M. Cohen soutenait que l'effet normatif des conventions collectives ne concernait que les relations individuelles de travail, dans la mesure où celui-ci était une réponse à la subordination juridique du salarié à l'égard de l'employeur¹²⁵¹. Cette position était soutenue en dépit de l'élargissement du champ de la négociation collective. J.-C. Javillier indiquait ainsi que la partie obligatoire se rapportait à l'ensemble « *des modalités d'organisation collective et syndicale* »¹²⁵².

¹²⁴⁹ P. Durand, art. préc. p. 370.

¹²⁵⁰ *Ibidem*, p. 370.

¹²⁵¹ M. Cohen, Le statut des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise, L.G.D.J. 1964, p. 147.

¹²⁵² J.-C. Javillier, « Le contenu des accords d'entreprises », *Dr. soc.* 1982, p. 691 et spéc. p. 694 ; « La partie obligatoire de la convention collective », *Dr. soc.* 1971, p. 258. Dans cet article cependant, l'auteur se montre critique quant à l'utilité de la partie obligatoire.

682. D'autres l'ont soutenu, émettant toutefois quelques réserves et apportant quelques nuances. M. G. Couturier fait remarquer la difficulté « *de faire le tri entre ce qui relève des rapports entre les parties contractantes – dans lesquels les syndicats non signataires ne sauraient s'immiscer, à moins qu'ils n'adhèrent à l'accord – et ce qui relève des dispositions normatives qui sont applicables à la collectivité de travail en tant que telle et dont tous les syndicats peuvent se prévaloir* »¹²⁵³. Il serait peu aisé de « ventiler » les clauses entre la partie normative et la partie obligatoire.

683. Evoquant les protocoles d'accords préélectoraux, Mme M.-A. Souriac estimait dans sa thèse que « *ces accords sont principalement destinés à produire des effets dans les rapports entre l'employeur et les syndicats bénéficiaires du monopole de présentation des listes au premier tour des élections. Ils intéressent le personnel organiquement considéré mais sans produire des effets comparables à ceux d'une convention collective* »¹²⁵⁴. Plus loin, à l'égard des accords de droit syndical, elle poursuit ainsi : « *à la limite, elles [les organisations syndicales] peuvent conclure des accords dépourvus de tout effet normatif, à la seule fin de régler leur relations mutuelles* »¹²⁵⁵. Pour autant, Mme M.-A. Souriac doute de l'exclusion de certains aspects de la partie normative, en particulier les droit syndicaux, alors que ceux-ci intéressent l'intérêt collectif des travailleurs¹²⁵⁶.

684. Allant dans le même sens, M. G. Auzero estime que « force est de constater que les parties ont entendu, par les dispositions conventionnelles qui y sont insérées, régler leurs relations mutuelles, imprimant ainsi à ce type d'accord une forte coloration contractuelle » et où la partie normative tendrait s'effacer au profit de sa partie obligatoire. Cependant, il admet que « s'agissant des institutions élues, c'est l'intérêt de l'ensemble du personnel qui est en jeu ». D'où il conclut : « on réintroduit la traditionnelle distinction partie obligatoire – partie normative au sein de l'accord relatif au droit syndical, et on interdit par suite toute analyse exclusivement contractuelle de ce type d'accords »¹²⁵⁷.

¹²⁵³ *Traité de droit du travail*, Tome 2, op. cit. p. 492 ; dans le même sens, M.-A. Souriac, *Les Accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse Paris, 1986, pp. 988-993.

¹²⁵⁴ M.-A. Souriac, Th. préc., p. 784.

¹²⁵⁵ M.-A. Souriac, Th. préc., p. 989.

¹²⁵⁶ *Ibidem*, p. 678.

¹²⁵⁷ G. Auzero, *Les accords d'entreprise relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel*, Thèse Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1997, p. 219, n° 286 et p. 246, n° 329.

685. M. F. Petit rappelait que « ce dualisme de la convention collective se traduit le plus souvent par le raisonnement suivant : le caractère contractuel (ou obligatoire) de l'acte collectif s'observe surtout au moment de sa conclusion et concerne seulement les rapports entre les signataires ; l'accord produit alors, sur certains points, des effets relatifs. En revanche, les rapports entre la partie patronale et les salariés se trouvent nettement marqués par le caractère réglementaire (ou normatif) de l'accord collectif, celui-ci devant bénéficier à tous les individus, syndiqués ou non »¹²⁵⁸. Et si l'auteur n'exclut pas que l'on se dirige « vers la disparition de la partie obligatoire », il réfute « que la partie obligatoire de l'accord collectif est appelée à disparaître »¹²⁵⁹.

686. Cette manière de concevoir le dualisme des conventions collectives est à ce point ancrée, que ceux qui en sont les pourvoyeurs ne peuvent faire l'économie de son rappel et d'en louer les avantages didactiques¹²⁶⁰. M. Y Chalaron rappelle ainsi le principe auquel aboutit le dualisme des conventions collectives : « *la convention ou l'accord collectif produit des effets de droit dans les rapports des sujets de l'acte : l'employeur et l'ensemble des salariés liés à lui par les contrats de travail. Telle est sa partie normative. [...] pour cette partie-là, l'acte n'est pas soumis à la règle de l'effet relatif des contrats [...]. Mais d'autre part, ce contrat est négocié et conclu entre des personnes, généralement morales, qui peuvent dans le même acte stipuler sur leurs propres relations, comme le feraient de quelconques contractants. Il en résulte des clauses qualifiées « d'obligatoires », pour cette raison qu'elles sont soumises au droit commun des obligations. [...] Ainsi, schématiquement, l'acte normatif dans le champ des contrats de travail, n'aurait, pour le surplus, qu'une portée limitée aux parties signataires ou adhérentes* »¹²⁶¹.

4. Les apories du dualisme de la convention collective en raison de son contenu

687. J.-C. Javillier voyait dans la partie obligatoire « l'enluminure qui ne contribue nullement à apporter un sens nouveau au texte, ni à lui donner plus de vigueur ». Il allait même jusqu'à « *douter de l'existence d'engagements des parties* »¹²⁶²

¹²⁵⁸ F. Petit, note sous Soc, 29 mai 2001, « L'égalité de traitement entre les syndicats », *D.* 2002, p. 34.

¹²⁵⁹ F. Petit, art. préc., p. 34.

¹²⁶⁰ Y. Chalaron, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, p. 156, n° 166.

¹²⁶¹ Cependant, l'auteur réfute une telle construction : ce rappel n'est là en effet que pour mieux réfuter « *la distinction classique* » entre la partie normative et la partie obligatoire.

¹²⁶² J.-C. Javillier, « La partie obligatoire de la convention collective », *Dr. soc.* 1971, p. 258.

688. En réalité, malgré la position soutenue par les juges, des auteurs ont réfuté l'idée que les conventions collectives étaient composées, d'un côté, de dispositions à caractère normatif et, de l'autre, des dispositions à caractère obligatoire. De même, ils refusaient de distinguer parmi les accords collectifs ceux qui seraient dotés d'un effet réglementaire et ceux qui en seraient privés.

689. Selon M. Despax, l'application du droit des conventions collectives ne dépend pas du contenu de l'accord : « *le fait que les syndicats d'employeurs et de salariés soient libres de conclure des accords tendant exclusivement à faire naître des obligations à la charge des parties sans réglementer les conditions de travail, ne permet pas d'interpréter en accords contractuels valables, des conventions relatives aux conditions de travail qui ne rempliraient pas les conditions de validité imposées par les conventions collectives* »¹²⁶³. La formule dissimule cependant un certain embarras de la part de l'auteur : d'un côté, il affirme qu'il existe « des accords tendant exclusivement à faire naître des obligations à la charge des parties sans réglementer les conditions de travail » et, de l'autre, il nie que l'on puisse interpréter « *en accords contractuels valables, des conventions relatives aux conditions de travail* ». M. Despax exprime ici son désappointement devant l'attachement de la Cour de cassation aux principes du droit civil. Selon lui, la décision du 9 mars 1957, qui maintient des accords collectifs « *synallagmatiques* » à côté des conventions collectives, constitue « un retour en arrière » dont il craint « les dangers inhérents à la coexistence [de ces deux types d'accords] »¹²⁶⁴.

690. Dans le même sens, M. J. Savatier estimait en 1968 : « *bien que l'article 31 e) du Code du travail ne l'exprime pas, les groupements syndicaux peuvent être sujets de la convention collective sans y être partie. L'effet de la convention collective ne concerne pas seulement les rapports individuels mais aussi l'organisation de l'entreprise* »¹²⁶⁵.

La position défendue par ces deux auteurs est antérieure aux lois de 1971 et de 1982. Celles-ci sont pourtant allées plus loin, à la fois dans la définition du champ des accords collectifs de travail, et dans l'élaboration d'un droit commun qui leur est applicable à tous.

¹²⁶³ M. Despax, *op. cit.* p. 91. Cependant, aujourd'hui, les signataires ne sont plus libres de conclure des accords tendant exclusivement à faire naître des obligations à la charge des parties, non seulement en raison de l'effet normatif de l'accord qui affecte l'ensemble des clauses d'un accord collectif, mais également, en raison de l'exigence d'égalité entre organisations syndicales.

¹²⁶⁴ *Ibidem*, p. 102, n° 73.

¹²⁶⁵ J. Savatier, note sous Soc, 25 janvier 1968, *Bull. civ.* V, n° 60, *Dr. soc.* 1968, p. 664.

691. Cette évolution du droit de la négociation collective et des conventions et accords collectifs justifie sans doute des positions plus radicales soutenues par la suite. M. Y. Chalaron a ainsi vivement critiqué la corrélation, prise pour acquise, entre le contenu et l'effet des clauses contenues dans un accord collectif de travail : « *Tout se passer comme si certaines matières relevaient par nature de l'obligatoire et d'autres du normatif* ». Pourtant, estime-t-il « *on ne peut être que frappé par le caractère inopérant de la distinction de l'obligatoire et du normatif* »¹²⁶⁶. Il admet que le dualisme de la convention collective consiste à voir dans les conventions et accords collectifs « *des actes contractuels dont l'originalité essentielle est de s'affranchir de l'effet relatif des contrats* ». Cependant, selon cet auteur, il faut « *constater l'inexactitude de tout cantonnement de la fonction normative aux relations des seules personnes engagées par les contrats individuels, dans un rapport de travail. L'accord d'entreprise peut indiscutablement régir les relations de l'employeur avec des institutions telles que le comité d'entreprise, la délégation du personnel ou bien encore, une institution assurant dans l'entreprise, la protection sociale des salariés, et il peut régir les rapports des salariés avec ces institutions. Mieux encore : dans le champ des droits syndicaux, on ne voit pas pourquoi l'accord ne pourrait pas créer des avantages qui, destinés au fond à la collectivité du personnel, n'accepteraient aucune restriction quant aux syndicats bénéficiaires* »¹²⁶⁷.

Les auteurs des *Grands arrêts de droit du travail* partagent ce point de vue. Ces derniers sont catégoriques : « *l'efficacité juridique d'une disposition conventionnelle ne dépend pas de son objet et il faut se garder de présenter la convention collective comme comportant deux parties, une première visant les contrats individuels et dotée d'un effet normatif et une seconde visant les relations professionnelles, dotée d'une valeur obligatoire sur le modèle d'un contrat* »¹²⁶⁸.

692. Cette phrase ne doit pas être entendue comme une renonciation au dualisme de la convention collective de travail, mais comme le découplage du contenu obligationnel et de l'effet normateur de l'accord. Autrement dit, une chose est de dire que la convention collective crée des obligations à la charge des parties. Une autre est d'en déduire que la convention collective, qui en est la source, ne revêt qu'un effet relatif.

¹²⁶⁶ Y. Chalaron, *op. cit.*, p. 157.

¹²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 158-159.

¹²⁶⁸ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *G.A.D.T.*, Dalloz, 2008, p. 752.

Inversement, l'affirmation que la convention collective a essentiellement un effet normatif ne signifie pas que l'ensemble de ses clauses ait nécessairement pour objet la création de droits pour l'ensemble des salariés. C'est ainsi qu'avec M. N. Aliprantis on peut estimer que « *ce qui confère le caractère "collectif" à la convention collective ce n'est pas le fait qu'elle poserait des règles s'appliquant à une collectivité indéfinie de personnes, mais uniquement le fait qu'elle est toujours conclue, au moins d'un côté (celui des salariés), par une collectivité. Il serait d'ailleurs faux de passer de l'un à l'autre, c'est-à-dire à partir de la signature nécessaire de la convention collective par au moins un groupement (de salariés), de conclure qu'elle vise nécessairement une collectivité de salariés. La convention collective peut très bien se référer également à une seule personne ou à plusieurs personnes nommément citées, c'est-à-dire poser des normes individuelles* »¹²⁶⁹.

693. La distinction entre le contenu obligationnel et l'effet normateur permet de montrer que le dualisme des conventions collectives n'implique pas nécessairement une corrélation, ni même une correspondance systématique entre l'objet des dispositions conventionnelles et leur effet normatif. Aussi s'accordera-t-on avec M. J.-P. Chauchard lorsqu'il affirme que « *si ce dualisme présente toujours un intérêt, c'est sur le terrain de l'explication du procédé original qu'est la convention collective de travail comme source du droit objectif* »¹²⁷⁰.

694. Pourtant, en dépit de la pertinence de ces critiques, la Cour de cassation a longtemps persisté dans l'idée d'une corrélation entre le contenu de l'accord et son effet normatif.

B. La partie obligatoire au sein des conventions collectives : la persistance d'une corrélation entre le contenu de l'accord et son effet normatif

695. La position défendue par P. Durand, à savoir qu'il existe une corrélation entre le contenu de la convention collective et son effet normateur, s'explique par la manière dont le droit des conventions et des accords collectifs de travail s'est construit. Or, certaines dispositions légales, qui ont été édictées lorsqu'une telle corrélation existait, sont toujours en vigueur (A). La Cour de cassation elle-même a longtemps persisté dans cette voie (B).

¹²⁶⁹ *Op. cit.*, p. 78.

¹²⁷⁰ J.-P. Chauchard, « Conventions et accords collectifs de travail », *Rép. Droit du travail*, Dalloz, 1997, mis à jour septembre 2011, n° 11.

1. *Les traces dans les énoncés législatifs*

696. La corrélation entre l'objet et l'effet normatif de l'accord collectif de travail a existé et certains énoncés, toujours présents dans la législation en vigueur, en portent toujours la trace.

697. En premier lieu, l'effet réglementaire des conventions collectives de travail a été reconnu par la loi en référence au contrat individuel de travail. La vocation de l'accord collectif à régir le contrat individuel de travail a déterminé la manière dont les lois de 1919, de 1936 et de 1946 ont défini initialement le domaine ouvert à la négociation collective : selon les deux premières, les conventions collectives avaient alors vocation à définir « *les conditions auxquelles doivent satisfaire les contrats individuels ou d'équipe* » ; la troisième offrait aux interlocuteurs sociaux le soin de définir « *l'ensemble des relations individuelles de travail* ». En atteste toujours la formule de l'article L. 2254-1 du Code du travail, fondement de l'effet normatif de la convention collective, qui prévoit que « *lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables* »¹²⁷¹. Sans doute est-ce davantage la vocation de la convention collective de réglementer le contrat individuel de travail qui a justifié la création d'un régime spécial, dérogoire au droit commun des contrats, qui visait, dans ce domaine précis, à dépasser l'effet relatif du contrat. En toute hypothèse, si, dans un premier temps, seules les clauses relatives au contrat de travail disposaient d'un effet normatif, c'est simplement parce que le domaine ouvert à la convention collective par la loi était limité à ce seul aspect. Pour le reste, le droit des contrats restait applicable.

Les propos de M. Y. Chalaron résument bien l'idée qui est cœur de cette construction originale :

« La première conséquence pratique de cette analyse [celle de la distinction entre partie normative et partie obligatoire] appliquées aux accords d'entreprise est de soustraire les organisations syndicales non-signataires aux obligations créées par l'acte. Ces organisations ne sauraient se voir imposer des engagements auxquels elles n'ont pas souscrit ; corrélativement, elles ne peuvent pas réclamer les avantages et exercer les droits que les signataires n'ont stipulés que pour propres rapports. La partie « obligatoire », par son caractère en quelque sorte privé, protège donc dans les deux sens, le quant-à-soi syndical. Elle permet aux diverses

¹²⁷¹ Cf. également Soc, 3 mars 1988, *Bull. civ. V*, n° 161 ; *D.* 1988, p. 324, obs. P. Langlois ; *G.A.D.T.* n° 155.

organisations de décider su leur implication juridique dans l'acte est ou n'est pas conforme à leurs intérêts, à leurs stratégies et, souvent aussi, à leurs idéologies. Leur refus de contracter, surtout s'il entraîne le sacrifice d'avantages syndicaux, est alors un gage de liberté et de rectitude »¹²⁷².

698. En second lieu, la variété des accords collectifs de travail a un temps signifié que des accords soient dotés de forces juridiques distinctes : certains auraient un effet réglementaire ; les autres seraient dotés de la force obligatoire reconnue au contrat. À la suite de la loi 11 février 1950, dans un arrêt du 5 mars 1957, la Cour de cassation jugeait que « *si les protocoles [...], n'étaient pas, faute d'agrément par arrêté ministériel, assortis des effets spéciaux propres aux conventions collectives à caractère réglementaire, ils n'en constituent pas moins des accords synallagmatiques immédiatement obligatoires dans les termes du droit commun des contrats* »¹²⁷³.

699. Cette corrélation originale n'a pas disparu malgré l'évolution du droit des conventions collectives de travail. Le champ matériel des conventions collectives a été étendu aux relations collectives de travail ; le législateur a forgé un droit commun de la négociation collective de travail. Pourtant, certaines dispositions légales n'ont pas été supprimées, alors même qu'elles restaient empreintes de cette conception originale de la convention collective. Il en va certainement ainsi des règles relatives à l'adhésion unilatérale à une convention collective.

Pour rappel, la procédure d'adhésion d'un syndicat à une convention collective permet à ce dernier, bien qu'il n'ait pas été signataire de la convention ou de l'accord, d'y adhérer postérieurement.

Cette procédure a été créée par la loi du 24 juin 1936. Suivant l'article 31 J du Code du travail alors en vigueur, « *tout syndicat professionnel qui n'est pas partie à la convention collective de travail peut y adhérer ultérieurement* ». Sous l'empire de cette législation, une décision d'arbitrage, citée d'ailleurs P. Durand pour justifier de l'effet relatif de certaines dispositions conventionnelles, avait décidé que l'adhésion unilatérale n'avait pour effet que « *de rendre applicables aux membres de ce syndicat les dispositions de la convention*

¹²⁷² Y. Chalaron, *op. cit.*, pp. 156-157.

¹²⁷³ Soc, 5 mars 1957, *Bull. civ.* IV, n° 292 ; *Dr. soc.* 1957, p. 278, concl. Blanchet ; *Dr. ouv.* 1957, p. 152 ; *D.* 1958, p. 92, note J. Brèthe de la Gressaye.

déterminant les droits et les obligations des employeurs et des salariés »¹²⁷⁴. Autrement dit, l'adhésion d'un syndicat à une convention collective avait simplement pour effet de rendre applicable la convention collective aux membres de ce syndicat. La loi du 11 février 1950 modifie les effets attachés à l'adhésion unilatérale. Outre les personnes qui l'ont signée personnellement ou qui sont membres des organisations signataires, « *la convention lie également les organisations qui lui donnent adhésion ainsi que tous ceux qui, à un moment quelconque deviennent membres de ces organisations* »¹²⁷⁵. Plus clairement, la loi du 13 juillet 1971 placera signataires et adhérents à une convention collective sur un pied d'égalité, les uns et les autres étant pareillement liés à la convention collective. Ainsi, suivant l'article 31 CA de l'ancien Code du travail, « *l'organisation adhérente [était] liée par la convention collective* ». Et l'article 31 E d'ajouter qu'« *[étaient] soumis aux obligations de la convention collective tous ceux qui l'ont signé à titre personnel ainsi que ceux qui sont ou deviennent membres des organisations signataires. Sont également soumis auxdites obligations [...] les organisations adhérentes [...]* »¹²⁷⁶. Ainsi, à partir de la loi de 1950, une égalité existe entre signataires et adhérents à une convention collective, tempérant ainsi l'effet relatif de la convention. Selon P. Durand, seuls les signataires sont destinataires des clauses qui régissent les rapports entre groupements. Elle ne la supprime pourtant pas : la frontière qui sépare les personnes obligées par la convention de celles qui ne le sont pas, place, d'un côté, les syndicats signataires et ceux ayant adhéré à la convention et, de l'autre côté, les syndicats non-signataires n'ayant pas adhéré à la convention collective.

700. Aujourd'hui, l'article L. 2261-4 du Code du travail relatif à l'adhésion à une convention collective [ancien art. L. 132-15 *C. trav.*] comporte deux alinéas. Suivant le premier, « *lorsqu'une organisation syndicale de salariés ou une organisation d'employeurs représentatives dans le champ d'application de la convention ou de l'accord adhère à la totalité des clauses d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, cette organisation a les mêmes droits et obligations que les parties signataires* ». Le second alinéa dispose que « *[l'organisation adhérant à une convention collective] peut notamment*

¹²⁷⁴ C. Sup. arb. 26 octobre 1938, *Dr. soc.* 1939, p. 29.

¹²⁷⁵ Article 1^{er} de la loi du 11 février 1950 créant l'article 31 e du Code du travail, *J.O.R.F.* 12 février 1950, p. 1688.

¹²⁷⁶ Soc, 3 novembre 1976, *Bull. civ.* V, n° 549 : selon l'article L. 132-10 du Code du travail, sont soumis aux obligations de la convention collective tous ceux qui l'ont signée à titre personnel, ainsi que ceux qui sont ou deviennent membres des organisations signataires, les organisations adhérentes à ces dernières et ceux qui sont ou deviennent membres de l'une de ces dernières.

siéger dans les organismes paritaires et participer à la gestion des institutions créées par la convention de branche ou l'accord professionnel ou interprofessionnel, ainsi que prendre part aux négociations portant sur la modification ou la révision du texte en cause». Cette disposition, de par sa structure, laisse penser que l'adhésion est une condition à la participation des syndicats non signataires à un organisme paritaire.

C'est partant de cette conception du dualisme de la convention collective, et sur ce fondement, que la Cour de cassation a, dans un premier temps, refusé aux syndicats non signataires ou non adhérents à la convention de participer aux institutions créées par voie conventionnelle.

2. *L'interprétation de l'ancien article L. 132-15 [art. L. 2261-4 C. trav.] retenue par la Cour de cassation*

701. Interprétant *a contrario* l'article L. 132-15 du Code du travail, la Cour de cassation a longtemps jugé que, si l'adhésion ouvre aux syndicats non signataires la faculté de participer aux organismes paritaires ou aux institutions créées conventionnellement, cette faculté demeure fermée aux syndicats qui ne sont ni signataires ni adhérents à la convention collective (a). L'arrêt du 20 novembre 1991 marquera une évolution : la Cour de cassation admet ainsi, dans un deuxième temps, que certains accords ayant pour objet la représentation des salariés puissent être dotés d'un effet normatif. Cette décision ne remet pourtant pas en cause le principe, qui est rappelé (b) et qui le sera encore dans des décisions ultérieures (c).

a) La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 20 novembre 1991 : le temps de l'effet relatif des accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés

702. Dans un arrêt, rendu le 17 janvier 1968, la deuxième chambre civile soulignait l'importance de l'adhésion. Il concernait l'augmentation conventionnelle du nombre des collèges électoraux¹²⁷⁷. En l'espèce, la convention collective nationale des industries chimiques, signée le 30 décembre 1952, avait prévu un nombre de collèges supérieur à celui prévu par la loi. La C.G.T. contestait la validité de la clause prévoyant une telle augmentation. Pour rejeter le pourvoi de la C.G.T et considérer que la convention collective lui était opposable, la Cour de cassation relève, non seulement que cette dernière a adhéré à la

¹²⁷⁷ 2^{ème} civ. 17 janvier 1968, *Bull. civ.* II, n° 25 ; *Dr. soc.* 1966, p. 664, note J. Savatier.

convention, mais encore qu'elle ne l'a à aucun moment dénoncé à la suite de l'entrée en vigueur de la loi de 1966.

703. Plus tard, dans un arrêt du 2 avril 1981, la Cour de cassation a refusé que la C.G.T, à la différence de la C.G.C., puisse désigner un délégué syndical central car elle n'était pas liée à l'accord d'entreprise à l'origine de l'institution¹²⁷⁸. Les juges du fond avaient validé la désignation d'un délégué syndical central de la CGT, au nom de « *l'égalité des syndicats dans l'organisation de leur représentation* ». La Cour de cassation casse le jugement : relevant que la loi ne prévoit pas la désignation d'un délégué syndical central et que la C.G.T a refusé de signer l'accord, aucune discrimination entre syndicats ne pouvait être constatée. Au contraire, les juges de première instance avaient étendu la portée de l'accord, pouvoir dont il ne dispose pas¹²⁷⁹.

704. Le 9 décembre 1985, la même solution était retenue. Les faits concernaient la désignation d'un représentant syndical au C.H.S.C.T. Le tribunal avait annulé la désignation d'un tel représentant par la C.G.T. au motif qu'elle n'était pas signataire de l'accord d'entreprise à l'origine de cette institution et qu'elle avait refusé d'y adhérer. Cette dernière invoque le principe de l'unité du régime du personnel qui imposerait, lorsque les dispositions sont plus favorables que la loi, que tous les salariés et leurs représentants puissent bénéficier des dispositions de l'accord. Cependant, la chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle estime que la C.G.T ne pouvait prétendre à l'application d'un accord qu'elle n'avait pas signé. Elle rappelle également que le juge ne pouvait étendre la portée de l'accord litigieux¹²⁸⁰.

705. Un dernier arrêt illustre l'effet relatif des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés. Rendu le 16 avril 1986, il concerne l'application d'un accord collectif instituant, conformément à la loi du 28 octobre 1982, un comité de groupe au sein du groupe de sociétés du Printemps. En l'espèce, l'accord collectif a été conclu par toutes les organisations syndicales, à l'exception de la C.G.T. Il prévoyait que le comité de groupe serait composé du chef de l'entreprise dominante assisté de trois personnes et du nombre de collaborateurs de son choix, et que la répartition des sièges entre les organisations syndicales

¹²⁷⁸ Pour rappel, la reconnaissance légale de l'institution du délégué syndical central n'est intervenue qu'en 1982.

¹²⁷⁹ Soc, 2 avril 1981, *Bull. civ. V*, n° 322 ; *D.* 1982, p. 82, obs. J. Pélissier ; *J.C.P.* 1981, 10032, obs. B. Teyssié.

¹²⁸⁰ Soc, 9 décembre 1985, *Bull. civ. V*, n° 391.

serait faite proportionnellement au nombre de leurs élus titulaires aux comités centraux d'entreprise. La société dominante reproche au jugement d'avoir écarté cet accord et décidé que le comité de groupe serait composé selon les règles prévues par l'article L. 439-3 du Code du travail. Selon le pourvoi, « *la loi du 28 octobre 1982 ne contient aucune disposition exigeant l'accord de toutes les organisations syndicales représentatives pour que soient modifiées les règles légales concernant la composition des comités de groupe, et qu'en conséquence, compte tenu des dispositions des articles L. 132-19 et suivants du Code du travail, l'accord intervenu le 3 janvier 1985 devait être déclaré bon et valable et opposable à tous les syndicats y compris à la C.G.T.* ». Pourtant, la chambre sociale de la Cour de cassation rejette le pourvoi jugeant que « *le tribunal a exactement décidé qu'un accord modifiant la composition d'un comité de groupe et dont l'objet est, en particulier, de répartir les sièges à pourvoir entre les organisations syndicales, selon des règles autres que les règles légales, ne pouvait être imposé à un syndicat qui avait refusé de le signer* »¹²⁸¹.

706. Dans ces quatre décisions, la Cour de cassation déduit du contenu de l'accord, à savoir qu'il s'agit d'accords qui créent des prérogatives au bénéfice des organisations syndicales, leur effet relatif. La reconnaissance de l'effet relatif emporte deux conséquences que la chambre sociale énonce.

707. D'une part, et conformément à l'article 1165 du Code civil, « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties* »¹²⁸². Ces dernières sont celles qui se sont engagées au moment de la formation du contrat, à savoir les signataires et, par exception au droit civil, celles qui ont valablement adhéré à la convention ou à l'accord collectif¹²⁸³. Dans les deux premières décisions, des 17 janvier 1968 et 2 avril 1981, cette exception est la seule qui permette l'élargissement du cercle des parties liées au-delà des seuls signataires. La Cour de cassation refuse catégoriquement que l'accord crée des droits au profit des syndicats non signataires ou

¹²⁸¹ Soc, 16 avril 1986, *Bull. Civ.* V, n° 134.

¹²⁸² Art. 1165 *C. civ.*

¹²⁸³ Sur la distinction entre parties contractantes et parties liées au contrat, cf. J. Ghestin, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *R.T.D. civ.* 1994, p. 777 ; *Adde*, J. Ghestin, « La distinction des parties et des tiers », *J.C.P.* 1999, p. 3628 ; Comp. J.-L. Aubert, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *R.T.D. civ.* 1993, p. 263 ; C. Guelfucci-Thibierge, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *R.T.D. civ.* 1994, p. 275. M. J. Ghestin se propose de redéfinir la distinction entre parties et tiers au contrat. Les parties au contrat ne sont pas seulement celles qui ont contracté, mais ce sont plus généralement toutes les personnes liées au contrat par l'expression de leur consentement. Pour appuyer sa démonstration, l'auteur se réfère notamment au mécanisme d'adhésion à la convention collective.

non-adhérents. En toute logique avec le principe de l'effet relatif, l'arrêt du 16 avril 1986 montre qu'un tel accord ne saurait mettre à la charge des syndicats non signataires et non adhérents des obligations auxquelles ils n'auraient pas personnellement consenti. Le principe de l'effet relatif des conventions va en effet de pair avec l'interdiction des stipulations pour autrui¹²⁸⁴.

708. D'autre part, la force obligatoire des contrats, dont relève l'effet relatif, s'impose au juge. Celui-ci ne peut étendre le champ des personnes soumises à l'accord. Cette impossibilité pour le juge de modifier « *la portée de l'accord* » figure dans les décisions des 2 avril 1981 et 9 décembre 1985. De cette manière, la Cour rappelle l'impérativité du principe légal de l'effet relatif énoncé à l'article 1165 du Code civil. Ni l'égalité entre les syndicats, ni l'unité du statut collectif ne justifiaient sa mise à l'écart. La seule possibilité résidait dans la constatation d'une adhésion par le syndicat non signataire qui souhaitait bénéficier de l'avantage conventionnel litigieux.

709. Dans la décision du 2 avril 1981, la Cour de cassation relève encore que « *la désignation d'un délégué syndical central n'est prévue par aucune disposition légale ou réglementaire* ». Ainsi met-t-elle en avant le caractère conventionnel de l'institution en cause. Peut-être, cette solution souligne-t-elle déjà l'importance de déterminer si l'accord a le même objet que les dispositions légales. Cela étant, le caractère légal reste secondaire. L'essentiel demeure l'application de l'effet relatif des clauses créant des prérogatives au profit des organisations syndicales, fussent-elles légales. Cela ressort des termes de l'arrêt du 9 décembre 1985 « *[l'organisation syndicale non-signataire et refusant adhérer aux accords] ne pouvait, dans ces conditions, prétendre bénéficier de leurs dispositions plus favorables que celles du Code du travail, dès lors qu'elle n'acceptait pas les engagements qu'ils imposaient* ».

710. Deux arrêts rendus le 20 novembre 1991 marqueront une évolution sensible dans la jurisprudence de la Cour de cassation, sans remettre en cause le principe de l'effet relatif des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés.

¹²⁸⁴ Art. 1119 *C. civ.* Cependant, l'interdiction des stipulations pour autrui n'est pas générale. Elle connaît une exception légale prévue à l'article 1122 qui prévoit une présomption de transmission des obligations aux héritiers et aux ayants cause. Il existe également des exceptions de sources conventionnelles, qui sont la promesse de porte-fort prévue à l'article 1120 du Code civil ou, en vertu de l'article 1121, lorsqu'il s'agit d'une stipulation pour autrui par laquelle le stipulant obtient de la part du promettant qu'il s'oblige à l'égard d'un bénéficiaire, à condition toutefois d'y avoir un intérêt. L'exemple le plus connu et dont la licéité a été reconnue est celui des conventions d'assurance-vie.

- b) L'arrêt du 20 novembre 1991 : l'exception apportée à l'effet relatif des accords collectifs en matière de représentation des salariés

711. Dans deux décisions rendues le 20 novembre 1991, les juges de la chambre sociale réitèrent le principe de l'effet relatif des accords collectifs en matière de représentation des salariés. Ils y apposent néanmoins une exception : « *si la participation aux organismes paritaires ou aux institutions créés par une convention ou un accord collectif est réservée aux syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif, ou à ceux qui y adhèrent, les dispositions conventionnelles à caractère normatif, visant à améliorer les institutions représentatives du personnel, sont applicables de plein droit à tous les salariés et syndicats, sans distinction* »¹²⁸⁵.

Les deux espèces portaient sur la désignation d'un représentant syndical conventionnel au C.H.S.C.T. Partant de la règle précédemment énoncée, la Cour de cassation juge *in fine* qu'« *un accord collectif ayant, en application de l'article L. 236-13 du Code du travail, décidé que les organisations syndicales pourraient, dans les entreprises de plus de trois cents salariés, désigner parmi le personnel un représentant assistant avec voix consultative aux réunions du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, un employeur lié par cet accord ne peut refuser à une organisation syndicale le bénéfice de cette disposition sous le prétexte qu'elle n'en est pas signataire* ».

Ces arrêts de principe énoncent explicitement qu'au sein des conventions et accords collectifs de travail cohabitent des dispositions conventionnelles à caractère normatif et d'autres à caractère simplement obligatoire. En outre, il apparaît clairement que la distinction entre ces deux types de clauses est fonction de leur objet. Le schéma dessiné par cette décision est le suivant. Les dispositions à caractère normatif sont celles qui régissent les relations individuelles de travail, en application de l'article L. 132-4 du Code du travail [art. L. 2254-1 *C. trav. nouv.*] ; les dispositions à caractère obligatoire sont celles relatives aux relations collectives, en vertu de l'article L. 132-15 [L. 2261-4 *C. trav. nouv.*]. Cette distinction apparaît implicitement dans la phrase : « *la participation aux organismes paritaires ou aux institutions créés par une convention ou un accord collectif est réservée aux syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif, ou à ceux qui y adhèrent* ». Toutefois, la Cour de cassation

¹²⁸⁵ Soc, 20 novembre 1991, *Bull. civ. V*, n° 522 ; *Dr. soc.* 1992, p. 53, Rapp. P. Waquet (2 arrêts).

instaure une exception. Parmi les clauses relatives aux relations collectives, certaines revêtent malgré tout un caractère normatif. Il s'agit des dispositions conventionnelles « *visant à améliorer les institutions représentatives du personnel* ». Celles-ci doivent bénéficier « *à tous les salariés et syndicats, sans distinction* ».

712. Un doute existait sur le point de savoir si l'exception formulée par la Cour de cassation n'était pas justifiée par la nature légale de l'institution. Ainsi, selon M. P. Waquet, le caractère légal de l'institution en cause était déterminant : « *en améliorant le système légal, la convention ne crée pas un appendice conventionnel sur l'organisme légal : elle transforme celui-ci dans son entier et, si des représentants syndicaux sont créés là où il n'en existe pas, ce sont tous les syndicats qui en profitent* »¹²⁸⁶. En dehors de cette hypothèse, l'effet relatif de la convention ou de l'accord collectif devrait être maintenu. Ainsi, le caractère légal de l'institution constituerait le critère le plus à même de justifier la solution de la Cour de cassation. L'accord collectif plus favorable étant appelé à se substituer à l'application de la loi, il doit disposer du même effet normatif que cette dernière. Sans un tel effet normateur, l'égalité devant la loi en serait affectée.

c) La réaffirmation postérieure du principe de l'effet relatif des accords collectifs en matière de représentation des salariés

713. Deux décisions postérieures à l'arrêt de 1991 rappellent le principe de l'effet relatif des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés.

714. Il s'agit tout d'abord d'une décision rendue le 9 juillet 1997. La chambre sociale de la Cour de cassation décide qu'« *il résulte de l'article L. 132-15 du Code du travail que seules peuvent prétendre participer aux organismes paritaires ou aux institutions créés par une convention collective de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel, les organisations d'employeurs et de salariés signataires de ces textes conventionnels ou celles qui y ont adhéré ; que cet article, conçu en termes généraux, n'introduit aucune distinction*

¹²⁸⁶ Rapp. préc., *Dr. soc.* 1992, p. 58. Des auteurs sont allés plus loin en considérant que la solution n'aurait pas été la même si la prérogative reconnue aux syndicats concernait l'exercice du droit syndical dans l'entreprise ou bien l'institution du délégué syndical. *Cf. Liaisons sociales*, 11 juin 2001, n° 722. Cependant, le délégué syndical est, au même titre que les institutions élues, une institution représentative du personnel. Or, la solution de la Cour de cassation n'effectue pas de distinction de ce point de vue.

suivant que les organismes ou institutions ainsi créés ont ou non vocation à émettre des normes ».

En l'espèce, un accord national interprofessionnel avait été conclu le 3 juillet 1991 dans le domaine de la formation professionnelle. Cet accord avait institué le Comité paritaire pour la formation professionnelle (le C.P.N.F.P.)¹²⁸⁷. Ce comité était doté de pouvoirs normatifs et d'intervention dans la politique de la formation professionnelle et de la promotion sociale. Selon la C.G.T, non signataire et non adhérente de l'accord, cette considération interdirait qu'une organisation de travailleurs salariés représentative au plan national puisse être écartée de la participation à l'organisme. La Cour de cassation réfute l'argument. Elle considère que *« l'accord du 3 juillet 1991, en réservant, en son article 84-2, le droit de participer au C.P.N.F.P. aux signataires du texte, sans avoir au préalable exclu de la négociation une organisation syndicale déterminée ou privé les non-signataires de la possibilité d'adhérer ultérieurement à l'accord dans les conditions prévues à l'article L. 132-9 du Code du travail, n'a pas instauré une discrimination prohibée »*. Elle ajoute : *« ce texte n'est pas davantage contraire à l'article L. 910-1 du Code du travail »*. Enfin, elle conclut en estimant que *« la cour d'appel ayant constaté que la C.G.T. n'était pas signataire de l'accord et qu'elle n'y avait pas adhéré, a exactement décidé qu'elle ne pouvait désigner de représentant au comité créé par cet accord »*¹²⁸⁸.

¹²⁸⁷ Cet organisme avait pour mission *« de définir les orientations du comité paritaire du congé individuel de formation (Copacif) qui, lui-même, a pour mission de définir les relations entre l'ensemble des organismes intervenant dans le développement et la mise en œuvre des congés individuels de formation, de préciser les règles générales de prise en charge des dépenses afférentes au congé de formation, de définir les procédures à suivre par les salariés pour bénéficier de la prise en charge, et de conclure avec l'État, après concertation avec le C.P.N.F.P., des accords-cadres ayant notamment pour objet de déterminer les modalités de participation de l'État au financement du congé individuel de formation, les orientations de l'association de gestion du fonds des formations en alternance (Agefal) chargée notamment d'accorder aux organismes mutualisateurs agréés au titre des formations en alternance (O.M.A.) des sommes, selon des principes définis par le Groupe technique paritaire (G.T.P.) constitué au sein du C.P.N.F.P. »*. De plus, *« l'accord confère à ce dernier comité le pouvoir d'agréer les organismes mutualisateurs agréés au titre des formations par alternance (O.M.A.), les organismes paritaires spécialisés créés pour assurer le financement du congé individuel de formation et des Fonds d'assurance formation (F.A.F.) régis par les articles L. 961-8 et R. 964-1 du Code du travail ; que le groupe technique paritaire institué en son sein a reçu mission de fixer le pourcentage que les O.M.A. peuvent consacrer à leurs dépenses d'information et de gestion et de préciser les critères de leur agrément ; que le C.P.N.F.P. a encore pour mission de préciser en tant que de besoin par délégation des signataires de l'accord les modalités d'application de celui-ci et d'assurer la liaison avec les pouvoirs publics »*.

¹²⁸⁸ Soc, 9 juillet 1997, *Bull. civ. V*, n° 263 ; *Dr. soc.* 1997, p. 994 obs. G. Couturier.

715. Un arrêt du 5 mai 1998 rappelle également le principe de l'effet relatif des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés. En l'espèce, un accord dit "accord pour le développement de l'emploi et une nouvelle dynamique sociale" est conclu au sein de l'entreprise encore publique E.D.F.-G.D.F. Cet accord prévoit notamment la mise en place d'un observatoire national de l'emploi dont la participation n'est ouverte qu'aux syndicats signataires. Une action en annulation de l'accord est intentée conjointement par le comité d'entreprise – appelé en l'occurrence Conseil supérieur consultatif des comités mixtes à la production – et par la Fédération nationale C.G.T. des industries électriques nucléaires et gazières. Auteurs du pourvoi, ces derniers considèrent que la cour d'appel qui les a déboutés de leur demande « *a violé l'article L. 132-15 du Code du travail, l'article L. 412-2 du même Code et le principe de non-discrimination entre syndicats* ». Les termes de la solution de la Cour de cassation sont semblables à ceux de l'arrêt précédent : « *Seules peuvent prétendre participer aux organismes paritaires ou aux institutions créés par un accord collectif de travail les organisations d'employeurs et de salariés signataires de cet accord ou celles qui y ont adhéré, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre un accord collectif de branche et un accord d'entreprise ; que c'est, par suite, à bon droit, que la cour d'appel a décidé, qu'en réservant aux signataires de l'accord le droit de participer à l'observatoire national de l'emploi créé par l'accord, celui-ci n'avait pas instauré une discrimination prohibée entre syndicats* »¹²⁸⁹.

716. Dans ces deux décisions, l'absence de discrimination entre organisations syndicales, ou plus exactement l'absence de rupture d'égalité de traitement entre celles-ci, est la conséquence directe de l'effet relatif conféré à l'accord créant un organisme ou une institution paritaire. En effet, les syndicats non-signataires et non adhérents à la convention ne sont pas considérés comme étant placés dans la même situation juridique que ceux qui en sont signataires ou bien adhérents. Ce faisant, il n'y a pas lieu d'apprécier une quelconque différence de traitement entre organisations syndicales.

¹²⁸⁹ Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219 ; M. Cohen, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », *R.J.S.* 6/98, p. 435 ; P.-H. Antonmattéi, « Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe », *R.J.S.* 8-9/98, p. 612 ; J.-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1998, p. 583 ; P.-Y. Verkindt, « De la consultation à la négociation », *Dr. soc.* 1998, p. 324 ; D. Boulmier, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », *Dr. ouv.* 1998, p. 350 ; B. Boubli, « La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif », *S.S.L.* du 26 juin 1998, p. 893 ; B. Teyssié, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *T.P.S.* 1998, p. 6 ; T. Aubert-Monpeyssen, note sous arrêt, *J.C.P.* éd. E, 1998, p. 1407 ; *G.A.D.T.*, Dalloz, 4^{ème} édition, n° 159.

D'ailleurs, la formulation de ces solutions conduit à douter que l'accord eût pu étendre son bénéfice aux syndicats non signataires, sans exiger d'eux qu'ils aient auparavant adhéré à la convention. En effet, la solution de la Cour de cassation indique que « *seules* » les organisations syndicales signataires ou adhérentes « *peuvent prétendre participer aux organismes paritaires ou aux institutions créées par un accord collectif* ». L'effet relatif des conventions est une règle impérative, de sorte que les stipulations pour autrui sont en principe illicites et, partant, nulles. Cette perspective explique qu'une loi eût été nécessaire pour donner aux adhérents à une convention les mêmes droits. La Cour de cassation a intégré ces derniers au cercle des parties liées par la convention et a sanctionné les clauses contraires¹²⁹⁰.

717. À travers ces deux décisions, il est clair que les accords collectifs intervenant en matière de représentation des salariés étaient en principe régis par l'article L. 132-15, aujourd'hui codifié à l'article L. 2261-4 du Code du travail. Ils revêtaient donc un effet relatif, à moins qu'ils aient eu pour objet d'améliorer une disposition légale. Seule cette hypothèse justifiait de leur reconnaître un effet normatif, et plus précisément un effet *erga omnes*. Cependant, l'exception prévue par l'arrêt du 20 novembre 1991 ne remet en cause ni l'idée que l'accord collectif est composé d'une partie normative distincte de sa partie obligatoire, ni que cette partition est fonction de l'objet des clauses contenues dans l'accord. L'exception aboutit seulement à faire basculer certaines d'entre elles de la partie obligatoire dans la partie normative, partant de la constatation qu'elles améliorent une institution d'origine légale.

718. Sans doute, les critiques qui ont suivi ces solutions, ainsi celles plus fondamentales adressées à un certain dualisme des conventions collectives, ont contribué à un changement de cap.

Paragraphe 2 – La reconnaissance de la force normative des accords collectifs relatifs à la représentation des salariés

719. L'effet normatif de la convention collective ayant été pensé en référence au contrat individuel de travail, ses manifestations sont plus difficiles à appréhender lorsque l'accord collectif intéresse les relations collectives de travail. À l'égard du contrat de travail, l'effet réglementaire de la convention collective revêt deux dimensions : l'effet impératif et l'effet *erga omnes*, ce qu'un auteur a également nommé la force en intensité et à la force en

¹²⁹⁰ Soc, 16 juin 1960, *Bull. civ.* V, n° 639 ; *J.C.P.* 1960 II, p. 11831, note G.-H. Camerlynck.

extension reconnues à l'accord collectif de travail¹²⁹¹. Il importe donc de préciser l'effet normatif des accords collectifs en matière de représentation des salariés, aussi bien leur effet *erga omnes* (A) que leur effet impératif (B).

A. L'effet *erga omnes* reconnu aux accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés

Avant d'en apprécier les manifestations à l'égard des accords en matière de représentation des salariés (1), il convient de rappeler quels sont les effets communément attachés à l'effet *erga omnes* des accords collectifs de travail (2).

1. Les effets attachés à l'effet erga omnes

720. En 1919, lors de la reconnaissance légale des conventions collectives, les syndicats ne disposaient pas d'un titre suffisant pour engager l'ensemble des salariés travaillant dans le champ de l'accord. Aussi, les salariés liés à la convention collective sont ceux qui sont adhérents d'une organisation ou d'un groupement signataire¹²⁹². Toute trace de la dimension contractuelle n'a pas disparu des énoncés législatifs. En effet, les dispositions prévues aux articles L. 2262-9 et suivants [anc. Art. L. 135-4 et L. 135-5 *C. trav.*], sont toujours en vigueur. Suivant les dispositions de l'article L. 2262-9, « *les organisations ou les groupements ayant la capacité d'agir en justice, dont les membres sont liés par une convention ou un accord, peuvent exercer toutes les actions en justice qui en résultent en faveur de leurs membres* ». L'article L. 2262-10 dispose que « *lorsqu'une action née de la convention ou de l'accord est intentée soit par une personne, soit par une organisation ou un groupement, toute organisation ou tout groupement ayant la capacité d'agir en justice, dont les membres sont liés par la convention ou l'accord, peut toujours intervenir à l'instance engagée, à raison de l'intérêt collectif que la solution du litige peut présenter pour ses membres* ». Enfin, l'article L. 2262-11 prévoit une action des syndicats en leur nom propre : « *les organisations ou groupements ayant la capacité d'agir en justice, liés par une convention ou un accord, peuvent intenter en leur nom propre toute action visant à obtenir l'exécution des engagements*

¹²⁹¹ A. Lyon-Caen, « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau*, C.E.R.E.Q. Étude n° 65, novembre 1993, p. 57.

¹²⁹² Sur la distinction entre la notion d'organisation syndicales et de groupements professionnels dans la loi de 1919, cf. C. Didry, « La production juridique de la convention collective – La loi du 4 mars 1919 », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 2001, p. 1253.spéc. p. 1255 et p. 1266.

contractés et, le cas échéant, des dommages-intérêts contre les autres organisations ou groupements, leurs propres membres ou toute personne liée par la convention ou l'accord».

721. Ces trois dispositions, issues de la loi de 1919, portent toujours la marque de la conception civiliste de la convention collective. Leur signification normative dans la législation en vigueur n'est certainement plus la même qu'en 1919. Elles n'en portent pas moins la marque de la persistance d'un effet obligatoire à côté de l'effet *erga omnes*. Partant, l'obligation d'appliquer la convention collective à l'ensemble des salariés n'aurait pas seulement pour fondement l'article L. 2254-1. Elle serait aussi une obligation de faire issue de l'accord. Les syndicats signataires, en tant que créanciers, peuvent ainsi demander réparation du préjudice subi en cas d'inexécution par la partie patronale de ses engagements.

722. L'effet *erga omnes* des conventions collectives de travail apparaît dans la loi de 1936. Il ne concernait alors que les conventions collectives susceptibles d'extension. Ce n'est qu'avec la loi du 11 février 1950, qu'il fut généralisé à l'ensemble des conventions collectives, et que leur effet normatif fut ainsi parfait.

La reconnaissance de l'effet *erga omnes* a donc été progressive et est allée de pair avec celle de l'exigence de représentativité des syndicats signataires. La loi de 1936 a en effet soumis la conclusion des conventions collectives susceptibles d'extension à une condition de représentativité des syndicats signataires. Bien qu'à elle seule, elle ne suffise pas, cette condition justifiait alors que la convention collective soit applicable à l'ensemble des salariés¹²⁹³. S'inspirant largement de la loi de 1936, la loi du 11 février 1950 soumet également la conclusion des conventions collectives de branche et des accords d'établissement à une exigence de représentativité des syndicats signataires¹²⁹⁴. Toutefois, cette loi ne supprime pas les conventions ordinaires qui, même non étendues, revêtent un effet *erga omnes*¹²⁹⁵. Ainsi, un employeur ou à un groupement d'employeurs peut signer avec un syndicat, représentatif ou

¹²⁹³ S. Yannakourou, *op. cit.* p.

¹²⁹⁴ Art. 1^{er} créant l'article 31 n) du code du travail – « *des accords concernant un ou plusieurs établissements déterminés peuvent être conclus entre, d'une part, un employeur ou un groupement d'employeur, et d'autre part, les représentants des syndicats les plus représentatifs du personnel de l'établissement ou des établissements intéressés* » ; Art. 21 de la loi du 11 février 1950, n°50-205, J.O.R.F. du 12 février 1950, p. 1693 : « *dès la promulgation de la présente loi et sans attendre la conclusion des conventions collectives nationales, régionales ou locales, les employeurs et les organisations syndicales les plus représentatives des travailleurs pourront conclure librement des accords sur les salaires* ». Cf. également, Soc, 17 juillet 1956, D. 1957, p. 508, note J. Brèthe de la Gressaye.

¹²⁹⁵ Art. 31 e) alinéas 2 et 3, issu de l'article 1^{er} de la loi du 11 février 1950, préc.

non, une convention ou un accord collectif qui soit applicable à l'ensemble des salariés. La loi du 13 juillet 1971 a mis fin à cette situation en généralisant l'exigence de représentativité des syndicats signataires, quel que soit l'accord¹²⁹⁶.

Ainsi s'est noué le lien étroit entre l'effet normatif des conventions collectives et la capacité des syndicats à représenter les salariés lors de la négociation collective. La représentativité atteste de l'authenticité et de la légitimité de ces derniers. Elle justifie l'assujettissement à la convention collective des salariés qui, à défaut de consentement de leur part, sont garantis d'être représentés lors des négociations¹²⁹⁷.

723. L'effet *erga omnes* reconnu à l'accord collectif impose à l'employeur d'appliquer la convention collective à l'ensemble des salariés avec lesquels il est lié par un contrat de travail. Cette règle est contenue dans l'énoncé de l'article L. 2254-1 du Code du travail : « *lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclu avec lui, sauf clauses plus favorables* ». Cette disposition emporte deux conséquences. D'une part, le travail réel effectué par le salarié n'est pas pris en compte pour déterminer si la convention collective lui est applicable, l'applicabilité étant déterminée en fonction de l'activité de l'entreprise¹²⁹⁸. D'autre part, l'adhésion du salarié à un syndicat signataire est indifférente ; seule compte en principe celle de l'employeur¹²⁹⁹.

724. L'application des conventions collectives ne dépend que de la soumission de l'employeur à celle-ci, soit qu'il en ait été signataire ou membre du groupement signataire¹³⁰⁰,

¹²⁹⁶ Une autre raison tient à la volonté, au niveau de l'entreprise, d'unifier les conditions relatives à la constitution d'une section syndicale et de désignation du délégué syndical et celles en matière de négociation collective : Discussion à l'assemblée nationale du 14 mai 1971, *J.O.A.N.* du 15 mai 1971, p. 1915.

¹²⁹⁷ M.-L. Morin, Th. préc. ; « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, F.U.S.L., 2002, p. 643.

¹²⁹⁸ Art. L. 2261-2 *C. trav.* – La convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur ; *Adde*, Soc, 15 avril 1983, *Bull. civ.* V, n° 199 ; Soc, 21 octobre 1992, n° 89-44.355 (inédit) ; *R.J.S.* 12/92, n° 1402.

¹²⁹⁹ Cf. Soc, 25 janvier 1968, *Bull. civ.* V, n° 60 ; *Dr. soc.* 1968, p. 664, obs. Alors que la cour d'appel refusait d'appliquer le protocole d'accord au motif que le salarié n'était pas adhérent à un des deux syndicats signataires, la Cour de cassation considère que « *les clauses de l'accord collectif [...], dont la validité n'avait pas été contestée, devaient s'appliquer à tous les salariés d'un employeur lié par celles-ci* ».

¹³⁰⁰ Art. L. 2262-1 *C. trav.*

soit qu'il y ait adhéré¹³⁰¹, soit enfin que la convention ait fait l'objet d'un arrêté d'extension de la part du Ministre du travail¹³⁰².

2. *Les raisons attachées à l'effet erga omnes des accords collectifs en matière de représentation des salariés*

725. Malgré la propension des juges à considérer les accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés comme simplement dotés d'un effet relatif, un arrêt du 15 janvier 1981 reconnaît l'effet *erga omnes* d'un accord collectif instituant un délégué syndical suppléant au nom du principe de l'unité du régime au personnel d'une même entreprise (a). Plus tard, en 2001, la portée normative aux accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés sera justifiée par son rapport avec une disposition légale existante (b). Finalement, en 2003, une telle portée normative sera reconnue du seul fait que l'accord intéresse l'intérêt collectif des salariés (c).

- a) L'effet *erga omnes* justifié par le principe de l'unité de régime au personnel d'une même entreprise

726. La reconnaissance de l'effet *erga omnes* aux accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés apparaît dans un arrêt du 15 janvier 1981¹³⁰³. En l'espèce, un accord collectif a été conclu relativement à la désignation d'un délégué supplémentaire en plus des délégués syndicaux titulaires. Le délégué supplémentaire a vocation à remplacer les délégués syndicaux en cas d'empêchement. L'accord prévoyait également un crédit d'heures supplémentaire. Il s'agissait donc d'un accord intervenant dans un domaine régi par la loi. La C.G.T désigne deux délégués syndicaux titulaires ainsi qu'un délégué suppléant. Cette désignation est contestée par les deux sociétés signataires de l'accord. Selon elles, la C.G.T ne pouvait effectuer ces trois désignations dès lors qu'elle n'était pas signataire de l'accord. Le pourvoi invoque plusieurs arguments. Tout d'abord, selon le pourvoi, le Code du travail ne prévoit pas la désignation de délégué syndical suppléant. Ensuite, ses auteurs prétendent qu'« *en reconnaissant à un syndicat le droit de se prévaloir des avantages de l'accord sans en prendre l'engagement qu'il imposait a rompu la règle de l'égalité entre organisations*

¹³⁰¹ Art. L. 2261-3 s. *C. trav.*

¹³⁰² Art. L. 2261-15 *C. trav.*

¹³⁰³ Soc, 15 janvier 1981, *Bull. civ.* V, n° 40 ; *J.C.P.* 1981, p. 10032, obs. B. Teyssié. Cf. également, M.-A. Souriac, *Les accords collectifs d'entreprise, op. cit.* p. 673 s.

syndicales dont [le tribunal] prétendait faire application ». Il est encore soutenu que « *le juge d'instance ne pouvait faire découler le droit à la désignation d'un délégué suppléant de l'accord de groupe, lequel exige lui-même un accord spécial* ». Enfin, le pourvoi reproche au tribunal d'avoir jugé que les organisations syndicales non-signataires devaient bénéficier d'un accord d'entreprise ou d'une convention collective alors que « *les conditions de désignation du délégué syndical suppléant ne découlent pas des rapports nés des contrats individuels ou d'équipe* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi en considérant que « *si la loi n'a pas prévu de délégué syndical suppléant, rien n'interdit qu'un accord prévoie sa désignation dès lors que les dispositions [légales] sont par ailleurs respectées* ». De plus, les juges de la chambre sociale estiment que le tribunal d'instance a simplement fait « *application du principe de l'unité de régime au personnel d'une même entreprise, quelle que soit son appartenance syndicale* »¹³⁰⁴. Ainsi, ce dernier pouvait décider que « *les accords signés entre les représentants de l'entreprise et les organisations syndicales, lorsque ces dispositions sont plus favorables que celle du Code du travail ou de la convention collective, bénéficient à tous les salariés et leurs représentants* ».

727. Cette décision fait apparaître deux points importants. D'une part, elle rappelle les conséquences attachées à l'effet *erga omnes* des accords collectifs de travail. Celui-ci implique un « *principe de l'unité de régime au personnel d'une même entreprise quelle que soit son appartenance syndicale* »¹³⁰⁵. D'autre part, la solution de la Cour de cassation, à la différence du pourvoi, laisse penser que l'effet *erga omnes* de l'accord collectif ne dépend pas de ce que l'accord ait pour objet une matière régie par la loi. La référence à la loi n'est là que pour rappeler que la création d'avantages par voie conventionnelle ne doit pas avoir pour effet d'écarter ceux prévus par le législateur. Aussi est-ce bien le principe de l'unité de régime au personnel d'une même entreprise qui justifie que le syndicat non signataire de l'accord ait pu bénéficier des avantages conventionnels.

728. Cependant, à notre connaissance, cette décision de la Cour de cassation reste isolée. Elle est la seule alors à énoncer un tel principe et à reconnaître l'effet normatif d'un accord collectif ayant pour objet la représentation des salariés. Rapportée aux développements

¹³⁰⁴ Nous soulignons.

¹³⁰⁵ Comp. B. Teyssié, note sous 15 janvier 1981, *Bull. civ. V*, n° 40, préc. Selon cet auteur, la solution de la Cour de cassation pourrait être interprétée également comme la reconnaissance d'une adhésion, quoique très informelle, à l'accord dès lors que le syndicat non-signataire a accepté de se soumettre aux conditions posées par cet acte.

précédents, cette décision a une portée incertaine et son interprétation demeure équivoque. Quelques mois plus tard, dans l'arrêt précité du 2 avril 1981, la Cour de cassation refusait à la C.G.T. la faculté de désigner un délégué syndical central au motif qu'elle ne fût pas signataire de l'accord et que la désignation d'un délégué ne fût prévue par aucune disposition légale ou réglementaire¹³⁰⁶.

729. La contradiction entre ces deux décisions invitait fortement à chercher une justification par-delà le caractère d'ordre public absolu de l'égalité entre organisations syndicales¹³⁰⁷. Il convient de préciser les faits de chacune de ces espèces. Dans l'arrêt du 15 janvier 1981, l'accord était un accord collectif conclu avec plusieurs organisations syndicales représentatives. Dans l'arrêt du 2 avril 1981, il s'agit d'un accord conclu avec la seule C.G.C. L'expression d'« *accord particulier* » est mentionnée dans l'arrêt. Mme M.-A. Souriac relève ainsi que l'accord stipulait expressément que l'accord avait « *la nature d'un contrat qui n'oblige que la CII-Honeywell-Bull et l'organisation syndicale signataire* » et n'avait pas « *la portée d'un accord collectif d'entreprise régi par l'article L. 132-20* ». Dès lors, il « *ne saurait être opposable aux organisations syndicales non-signataires dans l'exercice des droits qu'elles tiennent des dispositions générales, légales ou réglementaires en vigueur* »¹³⁰⁸. Cependant, la licéité d'une telle clause est discutable, car elle suppose que les syndicats représentatifs sont libres de conclure des accords « *synallagmatiques* » avec l'employeur. Autrement dit, si cette clause justifie les solutions différentes des arrêts des 2 avril 1981 et 15 janvier 1981, il faut admettre la disponibilité de l'effet normatif des accords collectifs par les interlocuteurs sociaux¹³⁰⁹. Or, déjà sous l'empire de la loi du 13 juillet 1971, un accord écrit conclu avec une organisation syndicale représentative peut-il être autre chose qu'un accord collectif de travail ?

¹³⁰⁶ Soc, 2 avril 1981, *Bull. civ. V*, n° 322, préc.

¹³⁰⁷ Elle remédiera à cette contradiction dans un arrêt du 20 juillet 2001 dans lequel elle décidera de l'annulation d'une convention conclue entre E.D.F. et une seule organisation syndicale, qualifiée de convention individuelle par la Cour d'appel, au motif qu'une convention est de nature à créer une discrimination à l'encontre des autres organisations syndicales : Soc, 20 juillet 2001, *Bull. civ. V*, n° 261 ; *Dr. soc.* 2001, p. *Bull. civ. V*, n° 261, *D.* 2001. I.R. 2364 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1035, obs. J.-M. Verdier, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail ».

¹³⁰⁸ *Op. cit.* p. 676.

¹³⁰⁹ *Ibidem*, p. 677. *Adde* M. Despax, *op. cit.* p. 91.

730. La question demeurerait encore de savoir si l'effet *erga omnes* des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés dépend de leur contenu et, en particulier, s'il est exigé que les clauses qui y figurent se rapportent à une matière déjà régie par le législateur.

- b) L'effet *erga omnes* des accords collectifs en matière de représentation des salariés et l'intervention des interlocuteurs sociaux dans le domaine de la loi

731. La Cour de cassation va s'orienter dans une nouvelle voie, dans laquelle la référence au caractère normatif ou obligatoire des clauses disparaît¹³¹⁰. Elle reconnaît un effet normatif *erga omnes* aux accords qui ont pour objet d'améliorer les dispositions légales. Cette évolution est marquée par l'arrêt *Cégélec* du 29 mai 2001 (i). En réalité, deux décisions antérieures intervenues en matière de représentation élue avaient déjà abandonné la référence aux clauses à caractère normatif. Rendues les 8 et 23 juin 1999, elles ont surtout été interprétées comme rappelant la spécificité de la négociation préélectorale. Pourtant, rétrospectivement, ces deux arrêts permettent de pousser plus avant la réflexion sur le critère qui sous-tend l'effet normatif des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés et d'en faire apparaître les limites (ii).

- i. *L'arrêt Cégélec du 29 mai 2001 : l'effet normatif des accords ayant pour objet d'améliorer l'exercice du droit syndical et le fonctionnement des institutions représentatives du personnel*

732. L'arrêt du 29 mai 2001, dit *Cégélec*¹³¹¹, a été perçu comme celui par lequel la Cour de cassation a pris ses distances avec sa solution de 1991. Il a été évoqué précédemment au sujet du pouvoir des interlocuteurs sociaux à l'égard de la représentativité syndicale comme condition d'exercice d'une prérogative. Mais il est également intéressant sous l'angle, un peu différent, de l'effet *erga omnes* des accords ayant pour objet la représentation des salariés.

En l'espèce, la C.G.T requérait l'annulation d'un accord collectif qui réservait ses avantages aux signataires et aux adhérents et, en l'absence d'annulation, demandait à pouvoir en bénéficier. L'accord prévoyait : la faculté de désigner un délégué syndical central

¹³¹⁰ Cela étant, elle ne rompt pas complètement avec la jurisprudence issue de l'arrêt du 20 novembre 1991 qui faisait déjà référence à l'effet normatif des accords collectifs qui avaient vocation à améliorer les dispositions légales en matière de représentation du personnel dans l'entreprise.

¹³¹¹ Soc, 29 mai 2001, *Bull. civ.* 2001, V, n° 185 ; *D.* 2002, p. 34, note F. Petit ; *Dr. soc.* 2001, p. 821, note G. Borenfreund ; B. Boubli, obs. à propos de l'arrêt *Cégélec* du 29 mai 2001, *S.S.L.* 11 juin 2001, n° 1032.

d'entreprise adjoint, un crédit d'heures supplémentaires et l'adjonction d'un délégué syndical d'établissement ou d'un représentant syndical au comité d'établissement à la délégation syndicale appelée à négocier les accords d'entreprise. La Cour d'appel de Versailles a rejeté la demande de la C.G.T. au motif que l'accord conclu ne contenait aucune disposition à caractère normatif. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel. Selon elle, « *les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif qui tendent à améliorer l'exercice du droit syndical dans les entreprises ou les institutions représentatives du personnel sont applicables de plein droit à tous et en particulier aux syndicats représentatifs sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont signé ou adhéré à la convention* ». La référence aux clauses à caractère normatif a disparu.

733. Selon M. F. Petit, une telle omission indique une évolution « *vers la disparition de la partie obligatoire de l'accord collectif d'entreprise* »¹³¹². Cela conduit certainement à conserver l'amélioration conventionnelle du système légal comme seul critère justifiant du caractère *erga omnes* de l'accord. En ce sens, la décision du 20 mai 2001 ne s'écarte pas de la solution issue de l'arrêt du 20 novembre 1991. Seulement, dans la décision de 1991, cette considération apparaissait comme une exception faite au principe de l'effet relatif des accords conclus en matière de représentation des salariés et à la règle prévue à l'ancien article L. 132-15 du Code du travail, devenu l'article L. 2261-4. Dès lors, l'abandon de la référence à la partie normative invite à se poser la question suivante : est-ce que la distinction entre la partie obligatoire et la partie normative s'établit-elle toujours au regard du contenu des clauses ? Ou bien est-ce que la distinction partie normative/partie obligatoire a pour seul critère le lien avec une disposition légale ?

La Cour de cassation ne s'appuie donc plus sur le même critère pour déterminer les dispositions qui revêtent un effet *erga omnes* et celles qui revêtent un effet relatif. M. G. Couturier résume ainsi que « *les dispositions n'ayant d'effet que dans les rapports entre les parties contractantes et ne bénéficiant qu'aux seuls syndicats signataires semblent se réduire à celles qui aménagent des institutions conventionnelles créées ex nihilo, par l'accord lui-même* »¹³¹³. Quelle que soit la voie choisie, la solution n'est en réalité pas si différente. Cependant, dans la seconde interprétation, l'effet *erga omnes* de l'accord découle directement de son lien avec une disposition légale, sans qu'il soit nécessaire d'y voir au préalable une

¹³¹² F. Petit, note sous 29 mai 2001, « L'égalité de traitement entre les syndicats », *D.* 2002, p. 34.

¹³¹³ *Traité de droit du travail*, Tome 2, op. cit. p. 492.

exception faite au principe de l'effet relatif des accords ayant pour objet la représentation des salariés : « *la force juridique en extension [...] résulterait [...] du lien étroit qui unit les dispositions de l'accord à des règles légales qu'elles ont pour finalité d'améliorer, comme la loi l'autorise* »¹³¹⁴. Ainsi, l'absence de référence au caractère normatif ou obligatoire des clauses d'un accord collectif pourrait faciliter l'admission de l'effet *erga omnes* des accords collectifs en matière de représentation des salariés et de droit syndical.

734. Même ainsi comprise, cette solution demeure critiquable. Certes, l'ordre public social a contribué largement à faire naître la négociation collective comme source du droit du travail. Pour autant, peut-on en déduire l'effet normatif des accords collectifs soit subordonné à l'existence d'une amélioration conventionnelle ?

735. En matière de relations individuelles, le caractère normatif des clauses d'un accord collectif ne dépend pas de leur lien avec une disposition légale. Celui-ci découle directement de l'article L. 2254-1 du Code du travail, dès lors que les conditions d'entrée en vigueur et les règles d'ordre public ont été respectées. Une seconde critique porte sur la teneur du critère. Littéralement, l'arrêt exige que le rapport entre l'accord et la loi soit un rapport d'amélioration. Cela reviendrait donc à exclure les accords qui, bien que se rapportant à une institution de représentation d'origine légale, n'ont pas vocation à les améliorer. Cette approche exclusive des clauses intervenant dans le domaine de la loi apparaît dans deux décisions qui opposent les clauses électorales à celles procédant à une amélioration des dispositions légales.

ii. Les protocoles d'accords préélectorales sont-ils dénués d'effet erga omnes ?

736. Deux arrêts antérieurs, rendus le 8 et 23 juin 1999, permettent d'éclairer le sens de l'arrêt *Cégélec*. Ces arrêts intéressent, non la représentation syndicale, mais la représentation élue dans l'entreprise.

737. L'arrêt du 8 juin 1999 porte sur l'applicabilité d'une clause de la convention collective de la chimie qui a augmenté le nombre de sièges au comité d'entreprise¹³¹⁵. En l'espèce, le pourvoi formé par le chef d'entreprise reprochait au juge d'avoir déclaré applicable cette clause, alors qu'un des syndicats représentatifs dans l'entreprise n'était pas lié personnellement

¹³¹⁴ Cf. G. Borenfreund, note sous Soc, 29 mai 2001, p. 821 et spéc. p. 824.

¹³¹⁵ Soc, 8 juin 1999, *Bull. Civ.* V, n° 270.

par la convention. De plus, le protocole d'accord préélectoral demeurait sur ce point silencieux. Le pourvoi est rejeté. Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, « *nonobstant l'absence d'accord lors du protocole préélectoral, les dispositions plus favorables de la convention collective de la chimie prévoyant 6 élus dans chaque collège, devaient recevoir application* ».

738. Dans l'arrêt rendu le 23 juin 1999, la Cour de cassation décide que « l'accord collectif qui a pour objet d'améliorer le fonctionnement des institutions représentatives dans l'entreprise, signé par au moins une organisation syndicale représentative dans l'entreprise, a force obligatoire ». Elle en conclut que l'employeur ne pouvait refuser le bénéfice aux représentants d'une organisation syndicale non-signataire d'un accord, signé par une organisation syndicale représentative, et qui avait pour objet d'allouer un supplément d'heures de délégation aux candidats élus¹³¹⁶.

739. Dans ces deux décisions, comme plus tard dans l'arrêt *Cégélec*, la Cour de cassation ne se réfère pas au caractère normatif des clauses litigieuses. Seul leur caractère plus favorable est invoqué pour justifier qu'elles aient un effet *erga omnes*. En cela, elles sont bien annonciatrices de l'arrêt *Cégélec* : Ils appliquent déjà en matière de représentation élue la règle selon laquelle « *les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif qui tendent à améliorer [...] les institutions représentatives du personnel sont applicables de plein droit à tous et en particulier aux syndicats représentatifs sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont signé ou adhéré à la convention* ».

740. La solution n'eut peut-être pas été la même si les clauses litigieuses avaient eu une nature électorale. Aux termes de l'arrêt du 23 juin 1999, la Cour de cassation oppose deux types de clauses. Sa solution est ainsi formulée : « *si les dispositions de nature électorale ne s'imposent au juge et aux parties qu'en cas d'accord préélectoral unanime, l'accord collectif qui a pour objet d'améliorer le fonctionnement des institutions représentatives dans l'entreprise, signé par au moins une organisation syndicale représentative dans l'entreprise, a force obligatoire* ».

741. Cette solution est susceptible de deux interprétations. Selon une première lecture, le critère pris en compte par la Cour de cassation a été l'objet des clauses et leur lien avec les dispositions légales. Les dispositions de nature électorale, dont on ne peut pourtant pas nier

¹³¹⁶ Soc, 23 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 302 ; *R.J.S.* 8-9/99, n° 1098.

qu'elles se rapportent à une institution d'origine légale, ne visent pas à améliorer ces dernières ; elles ont plutôt une fonction réglementaire et visent à mettre en œuvre la loi¹³¹⁷. Elles entretiennent donc un rapport différent avec la loi de celles qui ont pour objet d'améliorer les règles de mise en place des institutions légales de représentation des salariés, en l'espèce, en allouant aux élus des moyens supplémentaires. Les premières auraient un effet relatif et exigeraient, pour être opposables à tous, que tous y aient consenti. Les secondes auraient un effet réglementaire bénéficiant à tous, même à ceux qui n'y auraient pas consenti. Autrement dit, seules les clauses qui entretiendraient avec la loi un rapport d'amélioration disposeraient d'un *effet erga omnes*.

742. La solution de l'arrêt du 8 juin 1999, plus implicite de ce point de vue, peut recevoir la même interprétation. Le rapport de la Cour de cassation de 1999 rend compte ainsi de cet arrêt en affirmant que :

« Lorsqu'une convention collective a étendu le champ de la représentation collective aux institutions représentatives du personnel, c'est le plus souvent pour augmenter, notamment, le nombre des représentants du personnel tel qu'il est fixé par la loi. Ces dispositions, qui améliorent la représentation du personnel, sont considérées comme des dispositions plus favorables. Issues du statut collectif négocié applicable à l'entreprise, ces clauses ne sont pas à proprement parler de nature électorale dès lors qu'elles concernent les structures permanentes des institutions représentatives. La rédaction très générale des articles L 438-10 et L 433-1 alinéa 3 du Code du travail n'implique aucune dérogation au régime de droit commun des conventions collectives, aussi bien en ce qui concerne la négociation de ces clauses qu'en ce qui concerne leur applicabilité dans l'entreprise soumise à la convention collective. Ces clauses sont donc applicables même en l'absence d'unanimité du protocole d'accord préélectoral sur ce point »¹³¹⁸.

Pour décider lesquelles auront un effet *erga omnes*, la Cour de cassation oppose bien dans son rapport les clauses électorales à celles qui « *concernent les structures permanentes des institutions représentatives* »¹³¹⁹. Partant, seules les secondes justifieraient l'application du

¹³¹⁷ Cf. *infra* n° 511 s.

¹³¹⁸ *Rapport de la Cour de cassation*, La documentation française, 1999. Nous soulignons.

¹³¹⁹ On ne s'arrêtera pas sur la formule critiquable du critère servant à la distinction. Seulement relèvera-t-on que la nature élective des institutions du comité d'entreprise et du délégué du personnel participe également de leurs structures, de sorte qu'il est douteux que l'on puisse dire que seules les clauses plus favorables, notamment celles augmentant le nombre de représentants, participeraient « *des*

droit commun des conventions collectives, « *aussi bien en ce qui concerne la négociation de ces clauses qu'en ce qui concerne leur applicabilité dans l'entreprise* ». Et de conclure, « *ces clauses [plus favorables] sont donc applicables même en l'absence d'unanimité du protocole d'accord préélectoral sur ce point* ».

743. Une seconde lecture de ces arrêts est cependant possible. La Cour de cassation se serait d'abord attachée au respect des règles de conclusion pour, ensuite, décider de son effet normatif : si l'accord est valablement conclu, alors il a un effet normatif. S'agissant du protocole d'accord préélectoral, en 1999, son entrée en vigueur était subordonnée à sa conclusion par l'ensemble des syndicats¹³²⁰. Si tel avait été le cas, alors il aurait eu vocation à s'imposer « *au juge et aux parties* ». A défaut, l'accord n'est pas entré en vigueur et ne peut, *a fortiori*, disposer d'un effet normatif. En revanche, s'agissant des accords ayant pour objet d'améliorer le fonctionnement des institutions représentatives dans l'entreprise, ce sont des accords collectifs de droit commun ; en 1999, leur entrée en vigueur était soumise au principe de l'unicité de signature. La signature par un syndicat représentatif ayant eu lieu, l'accord était valide et bénéficiait donc à l'ensemble des organisations syndicales, signataires et non-signataires. Ainsi, le constat de la validité de l'accord suffirait à reconnaître son effet normatif.

744. Il est difficile de trancher entre ces deux lectures. En réalité, les arrêts des 8 et 23 juin 1999 font naître plus de questions qu'ils n'apportent de réponses. D'une part, ils invitent toujours à s'interroger sur la teneur du critère déterminant l'effet normatif des accords collectifs en matière de représentation des salariés. Ce critère consiste-t-il seulement dans l'existence d'un rapport d'amélioration par rapport à la loi ? Ces arrêts, comme plus tard l'arrêt *Cégélec*, semblent l'indiquer. Pourtant, une telle interprétation ne conduit pas seulement à écarter les dispositions de nature électorale, qui sont spécifiques à bien d'autres égards. Elle conduit également à écarter les clauses contenues dans les accords dérogatoires à la loi, de plus en plus nombreux en matière de représentation des salariés¹³²¹. Or, en tant que tels, ils n'ont

structures permanentes des institutions représentatives » et, partant, composeraient le « *statut collectif négocié applicable à l'entreprise* ». On sera même tenté de considérer que le protocole préélectoral participe, plus sans doute qu'un accord augmentant le nombre de représentants, à définir les structures des institutions représentatives.

¹³²⁰ Cf. Soc, 7 novembre 1990, *Bull. civ. V*, n° 528 : « *l'accord fixant les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales devait, pour être valable, recueillir l'adhésion de toutes les organisations syndicales représentatives* ».

¹³²¹ Pour exemple, il est possible d'évoquer les accords de méthode relatifs aux modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise, ou encore les accords abaissant la durée des mandats.

pas vocation à améliorer les dispositions légales. Pourtant, on saurait douter qu'ils soient privés d'effet *erga omnes*. D'autre part, à travers ces deux arrêts de 1999, on est conduit à s'interroger sur le lien qui unit l'effet normatif et les conditions de conclusion des accords collectifs¹³²². Les difficultés de manier un tel critère ont peut-être expliqué que la Cour de cassation se soit acheminée vers une reconnaissance de l'effet normatif des accords collectifs en matière de représentation des salariés, peu important son rapport avec une disposition légale.

- c) L'arrêt du 30 avril 2003 : l'effet *erga omnes* des accords collectifs en matière de représentation des salariés justifié par l'intérêt collectif des salariés

745. Le 30 avril 2003, la Cour de cassation reconnaît la licéité et l'effet normatif d'un accord collectif ayant pour objet la création d'une représentation syndicale au niveau du groupe de sociétés A.X.A.-U.A.P. Cette institution était investie d'un pouvoir de négociation collective à ce niveau. La Fédération C.G.T.-F.O, non-signataire de l'accord, demandait l'annulation de cet accord. La Cour d'appel de Paris l'a déboutée de sa demande. Selon les juges, l'accord lui était opposable de sorte que, si elle-même et le délégué syndical qu'elle a désigné entendaient « *participer aux travaux de la Représentation syndicale de groupe, ils devraient se conformer aux dispositions de l'accord du 28 avril 1998, notamment en ce qui concerne la désignation du coordinateur syndical national et l'établissement de la liste des membres de la délégation syndicale* ». La Cour d'appel de Paris conclut qu'« *à défaut de respecter ces procédures, il leur est fait interdiction de se prévaloir des attributions et des moyens relatifs à l'accord, et à M. X [...] notamment, de se prévaloir du titre de coordinateur syndical national* ». Le syndicat se pourvoit en cassation pour violation des articles 1134 du Code civil, L. 132-2, dernier alinéa, L. 135-1, L. 132-22, L. 132-23, L. 132-27, L. 412-1, L. 412-2, L. 412-11, L. 412-17, L. 412-21 du Code du travail. Le pourvoi est rejeté. Selon la Cour de cassation, « *des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe [...] ; qu'un tel accord, qui ne requiert pas l'unanimité des organisations syndicales représentatives, est opposable aux organisations non*

¹³²² Cf. *infra* n° 1031 s et 1086 s.

signataires en sorte que, si elles entendent participer aux négociations de groupe qu'il prévoit, elles sont tenues de désigner leurs représentants conformément à ses dispositions »¹³²³.

746. Cette décision présente un double apport. D'une part, elle abandonne le critère de l'amélioration apportée à la loi comme critère de l'effet *erga omnes* des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés (i). D'autre part, elle met en évidence un troisième critère possible : l'intérêt collectif des salariés (ii).

i. L'abandon de la jurisprudence Cégélec

747. À travers cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît pour la première fois la liberté de négocier collectivement au niveau du groupe. Celle-ci sera consacrée un an plus, par la loi du 4 mai 2004. Créée *ex nihilo*, l'institution prévue par l'accord, le coordinateur syndical national, n'a pas alors d'équivalent légal. Selon la Fédération C.G.T.-F.O., qui invoque les dispositions de l'article 1134 du Code civil, l'accord ne lui est pas opposable dans la mesure où elle n'en est ni signataire ni adhérente. Les auteurs du pourvoi entendent ainsi tirer les conséquences de la jurisprudence *Cégélec* : l'accord ne tend à améliorer ni l'exercice du droit syndical¹³²⁴ ni une institution représentative du personnel, ils contestent que l'accord bénéficie et soit opposable à tous, « *sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont signé ou adhéré à la convention »¹³²⁵. La Cour de cassation ignore l'argumentation ; sa solution n'y répond pas. Ce faisant, l'arrêt du 30 avril 2003 rompt avec le sillage tracé par l'arrêt *Cégélec*. Non seulement le critère fondé sur l'amélioration des dispositions légales en matière de représentation des salariés et de droit syndical n'apparaît pas, mais, plus encore, il est contredit.*

¹³²³ Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ.* V, n°155 ; B. Gauriau, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.* 2003, p. 732 ; P. Rodière, « Émergence d'un nouveau cadre de négociation collective : le groupe ? », *S.S.L.* 2003, n° 1125, p. 6 ; J. Grangé et N. El Aougri, « Accords collectifs : la négociation de groupe », *S.S.L.* 2003, n° 1144, p. 5. *Adde*, P. Iriart, « Négociation et effets d'un accord organisant une représentation syndicale de groupe », *D.* 1999, p. 465.

¹³²⁴ Encore qu'il soit possible de considérer que la création d'une représentation syndicale au niveau du groupe améliore l'exercice du droit syndical des salariés des entreprises du groupe.

¹³²⁵ La formule est issue de l'arrêt *Cégélec* du 29 mai 2011.

ii. *L'intérêt collectif: critère de l'effet erga omnes des accords conclus en matière de représentation des salariés*

748. La solution de la Cour de cassation contenue dans l'arrêt du 30 avril 2003 s'appuie sur un nouveau critère. Pour justifier l'effet normatif de l'accord collectif, la chambre sociale indique que l'institution a été créée « *en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe* »¹³²⁶. La référence à l'intérêt commun n'est pas sans rappeler la notion d'intérêt collectif. Cette notion est essentielle s'agissant de la capacité des syndicats professionnels à agir en justice. Un rappel de ce qu'elle recouvre permet d'asseoir un peu plus la pertinence de ce critère s'agissant de l'effet normatif des accords collectifs de travail, d'autant que ces deux questions sont intimement liées.

749. **Controverse originaire** – L'action en défense de l'intérêt collectif a suscité de vives discussions lors de sa reconnaissance. Beaucoup, parmi les juristes étaient réticents à une telle reconnaissance car, selon eux, cela constituait une atteinte au principe *nul ne peut plaider par procureur*¹³²⁷. Dans un arrêt du 1^{er} février 1893, la Cour de cassation jugeait irrecevable l'action d'un syndicat en exécution d'une convention collective au motif qu'il n'avait pas été partie au contrat¹³²⁸. Selon la haute juridiction, il n'avait pas d'intérêt à agir. Pourtant, trois ans plus tard, le Tribunal de Cholet admettait la solution inverse : « *en exprimant aux termes de l'article 3 que [les syndicats professionnels] ont pour objet l'étude, mais encore la défense, des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricole, [le législateur] leur a attribué le pouvoir, non pas assurément de s'intégrer dans les affaires purement personnelles de tels ou tels de leurs membres pris individuellement, mais le droit de contracter et, par conséquent, puisqu'on ne saurait concevoir une obligation sans sanction, le droit d'ester en justice pour y soutenir les intérêts de la généralité des syndiqués ; qu'il y a lieu de rechercher quel est le véritable intérêt qui se trouve en jeu dans la cause, si c'est un intérêt exclusivement individuel ou, au contraire, un intérêt collectif* »¹³²⁹.

¹³²⁶ Nous soulignons.

¹³²⁷ Ainsi, J. Dabin estimait « Les associations ne peuvent se plaindre, comme d'un préjudice propre, de l'atteinte portée aux fins poursuivies par elles : l'atteinte à ces fins ne les touche pas dans leurs droits propres matériels et moraux », « note sous Cass, 9 décembre 1957 », R.C.J.B.1958, p. 247, spéc. p. 266.

¹³²⁸ Civ, 1^{er} février 1893, *D.P.* 1893, I, p. 241 (arrêt *Chauffailles*).

¹³²⁹ Tribunal civil de Cholet, 12 février 1897 ; *Revue des sociétés*, 1897, p. 303 ; *D.P.* 1903, II, p. 26, note M. Planiol. Nous soulignons.

750. Ce jugement reçut une attention particulière de la part des auteurs. B. Reynaud fut le premier à l'évoquer, en 1901, dans sa thèse consacrée au contrat collectif de travail¹³³⁰. Plus tard, M. Planiol en fera le commentaire au *Dalloz Périodique*¹³³¹. Selon lui, « *le contrat collectif conclu par le syndicat est une stipulation pour autrui qui ouvre l'action à deux sortes de personnes : 1°) au syndicat, représentants les intérêts généraux de la profession ; 2°) aux ouvriers pour leurs intérêts individuels* ». M. Planiol admet la spécificité d'une telle stipulation pour autrui : « *la situation particulière du syndicat, défenseur des intérêts professionnels de ses membres, lui crée peut-être un droit qui n'appartient pas à un particulier dans le cas ordinaire de la stipulation pour autrui et qui l'autorise à exercer sous forme d'action collective, non seulement l'action en contrainte qui lui appartient en propre mais même les actions individuelles qui naissent au profit de ses membres du contrat passé par lui* ». Finalement, l'auteur plaide pour la reconnaissance de l'action en défense de l'intérêt collectif, que ce soit en matière délictuelle ou en matière contractuelle.

751. **La reconnaissance de l'action en défense de l'intérêt collectif** – Quelques années après le jugement du Tribunal de Cholet, le Conseil d'État, dans un arrêt du 28 décembre 1906, *Syndicats des patrons coiffeurs de Limoges*¹³³², puis la Cour de cassation, dans un arrêt des chambres réunies du 5 avril 1913¹³³³, reconnaîtront la recevabilité de l'action en défense de l'intérêt collectif. Cette dernière jugera en particulier que « *l'action civile n'a pas pour objet de donner satisfaction aux intérêts individuels d'un ou plusieurs de ses membres, mais bien d'assurer la protection de l'intérêt collectif de la profession envisagée dans son ensemble et représentée par le syndicat dont la personnalité juridique est distincte de la personne de chacun de ceux qui la composent* »¹³³⁴. Dès lors, le syndicat était recevable à « *se porter partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ».

« *La formule a survécu aux combats qui ont suivi son intégration dans notre droit positif* »¹³³⁵. La solution fut en effet reprise par la loi du 12 mars 1920¹³³⁶. Aujourd'hui codifiée

¹³³⁰ B. Raynaud, *Le contrat collectif de travail*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de Paris, 1901, p. 248.

¹³³¹ M. Planiol, « note sous Tribunal civil de Cholet, 12 février 1897 », *D.P.* 1903, II, p. 26.

¹³³² C.E. 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, Rec., p. 977, concl. Romieu ; *G.A.J.A.* n° 18.

¹³³³ Ch. Réunies, 5 avril 1913, *D.P.* 1914, I, 65, Rapp. Falcinaigre, concl. Sarrut.

¹³³⁴ Nous soulignons.

¹³³⁵ S. Guinchard, « L'action en groupe en procédure civile française », *R.I.D.C.* 1990, p. 599, spéc. p. 603.

à l'article L. 2132-3 du Code du travail, la loi dispose que « *les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ».

752. **La notion d'intérêt collectif de la profession** - L'intérêt collectif de la profession se distingue, d'une part, de l'intérêt individuel du salarié¹³³⁷ et, d'autre part, de l'intérêt général¹³³⁸. Il se distingue également de l'intérêt propre du syndicat et de celui de ses membres. Parmi les atteintes à l'intérêt collectif, les juges admettent le non-respect de la législation du travail, notamment en matière de temps de travail¹³³⁹, de repos¹³⁴⁰, d'hygiène, de sécurité et de santé¹³⁴¹, d'emploi¹³⁴². Il peut ensuite s'agir des atteintes portées aux libertés fondamentales, et notamment le droit des salariés de faire grève¹³⁴³ ou la liberté syndicale¹³⁴⁴. En matière de représentation des salariés, la Cour de cassation a reconnu la recevabilité d'une action en justice relative au fonctionnement des institutions de représentation des salariés¹³⁴⁵ ; de l'exercice par un salarié de son mandat représentatif¹³⁴⁶ ; la contestation du protocole d'accord préélectoral¹³⁴⁷ ; de la régularité des élections professionnelles¹³⁴⁸ ; ou bien enfin en matière d'exécution d'une convention collective¹³⁴⁹.

¹³³⁶ Loi du 19 mars 1920, S. 1920, I, 49, note A. Mestre. Cette loi consacre également la personnalité morale et la pleine capacité juridique des syndicats professionnels.

¹³³⁷ C.E., 28 décembre 1906, préc. ; Civ. 28 nov. 1916, *D.P.* 1922, Jurisp. p. 165 ; Soc, 23 juin 2004, n° 02-42.601 (inédit) ; Soc, 18 novembre 2009, *Bull. civ. V*, n° 261.

¹³³⁸ Crim, 9 décembre 1993, *Bull. Crim.* n° 382.

¹³³⁹ Soc, 16 novembre 2004, n° 02-46.815 (inédit).

¹³⁴⁰ A.P. 7 mai 1993, *Bull. A.P.* n° 10 ; *J.C.P.* éd. E 1993. 22083, note Y. Saint-jours ; *D.* 1993, p. 437 ; p. 470, note J. Savatier ; *R.J.S.* 1993, p. 357, n° 620 ; *Dr. soc.* 1993, p. 606.

¹³⁴¹ Crim., 26 octobre 1967, *Bull. Crim.* 1967, n° 274. ; Crim., 3 décembre 1981, *Bull. Crim.* 1981, n° 323 ; Crim. 15 mars 2011, n° 09-88.627 (inédit).

¹³⁴² Soc, 10 janvier 2012, n°09-16.691 (publié).

¹³⁴³ Soc, 4 février 1976, *Bull. Civ. V*, n° 72 ; Soc, 5 octobre 1994, *Bull. Civ. V*, n° 260 ; *D.* 1995, p. 373, obs. S. Frossard ; *Dr. soc.* 1994, p. 983 ; *R.J.S.* 1994, p. 770, n° 1282.

¹³⁴⁴ Crim, 29 octobre 1996, *Bull. Crim.* n° 379.

¹³⁴⁵ Soc, 24 juin 2008, *Bull. civ. V*, n° 140 ; *D.* 2008, p. 1904 ; *R.D.T.* 2008, p. 666, obs. A. Fabre ; *J.S. Lamy* 2008, n° 241-5 : « *le défaut de réunion, d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel lorsqu'elles sont légalement obligatoires portait atteinte à l'intérêt collectif de la profession* ».

¹³⁴⁶ Soc, 29 novembre 2006, n° 04-48.086 (inédit).

¹³⁴⁷ Soc. 23 septembre 2009, *Bull. civ. V*, n° 195, *J.C.P.* éd S 2010, 1050, note H. Guyader.

¹³⁴⁸ Soc. 12 juillet 2006, *Bull. civ.* n° 252 ; *J.C.P.* 2006, II, 10186, note F. Duquesne.

¹³⁴⁹ Soc, 3 mai 2007, *Bull. civ. V* n° 68 ; *R.J.S.* 07/07, p. 662 n° 875 ; *R.D.T.* 2007, p. 536, note G. Borenfreund ; *D.* 2007, p. 1505, obs. A. Fabre.

753. Pour identifier l'intérêt collectif de la profession en jeu dans la cause, il convient encore de se référer aux personnes dont le syndicat entend défendre les intérêts et qui sont définies dans ses statuts¹³⁵⁰. Partant, tout syndicat est recevable à agir¹³⁵¹. Il importe alors de démontrer l'atteinte directe ou indirecte portée à l'intérêt collectif¹³⁵². Le syndicat n'a pas non plus à être représentatif.

754. Cependant, en matière de représentation des salariés, quelques hésitations entourent les conditions de recevabilité du syndicat qui souhaite intenter une action en défense de l'intérêt collectif.

Une première hésitation concerne les atteintes au droit syndical. La question est de savoir si le syndicat peut agir seulement en son nom propre ou s'il peut aussi agir au nom de l'intérêt collectif de la profession. La première solution a pu être défendue¹³⁵³. Pourtant, c'est la seconde qui l'a emportée. Ainsi, un syndicat, qui a la personnalité morale, peut agir en défense de ses intérêts. En particulier, un syndicat peut toujours demander, outre des dommages et intérêts, l'annulation d'une mesure discriminatoire prise à son encontre¹³⁵⁴. Il peut aussi face à de tels actes agir en défense de l'intérêt collectif¹³⁵⁵.

Une deuxième hésitation concerne les institutions de représentation des salariés d'origine conventionnelle. La chambre criminelle de la Cour de cassation a admis la recevabilité de la constitution de partie civile d'une organisation syndicale qui reprochait à un magasin *Casino* de ne pas avoir organisé les élections d'un « *comité social d'établissement* ». Selon les juges, cette institution d'origine conventionnelle est une « *structure originale* »¹³⁵⁶. Malgré tout, l'action en défense de l'intérêt collectif a été jugée recevable.

Une dernière hésitation concerne le contentieux électoral. Certaines décisions subordonnent la recevabilité de l'action à deux conditions. Outre l'atteinte à l'intérêt collectif de la profession, le syndicat doit démontrer que son propre intérêt ou celui de ses membres est en cause. Ainsi a-t-il été jugé que les syndicats recevables à agir en annulation des élections

¹³⁵⁰ Soc, 14 janvier 1982, *Bull. civ. V*, n° 18 ; Soc, 3 juillet 1985, *Bull. Civ. V*, n° 393 ; Soc, 6 novembre 1984, *Bull. civ. V*, n°415.

¹³⁵¹ Soc, 18 février 1949, *Bull. civ. V*, n° 154 ; Soc, 7 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 74.

¹³⁵² Crim. 17 novembre 1927, *D.H.* 1928, p. 37.

¹³⁵³ P. Cuche, et J. Vincent, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis. 1977.

¹³⁵⁴ Soc, 20 juillet 2001, *Bull. civ. V*, n° 261 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1131, obs. J. Savatier, *S.S.L.*, n° 1038, p. 12, obs. F. Champeaux.

¹³⁵⁵ Soc, 26 novembre 1969, *Bull. civ.* n° 640.

¹³⁵⁶ Crim, 8 octobre 2002, n° 02-81.177 (inédit).

sont ceux qui sont intéressés au processus électoral¹³⁵⁷. À défaut, la Cour de cassation exige d'eux qu'ils aient des adhérents dans l'entreprise¹³⁵⁸. Elle ajoute ainsi à la lettre de l'article L. 2132-3 du Code du travail qui n'exige rien que la preuve d'une atteinte à l'intérêt collectif¹³⁵⁹.

755. Selon Mme C. Sachs-Durand et M. F. Duquesne, « *la restriction introduite pour la défense des prérogatives se conçoit puisque la mise en place des institutions du personnel requiert du syndicat qu'il soit représentatif* »¹³⁶⁰. Ces auteurs entendent ainsi indiquer que l'action n'est ouverte qu'aux syndicats intéressés par l'organisation des élections, et plus largement par l'exercice d'une prérogative. Ils se réfèrent donc à l'intérêt propre du syndicat, non à l'intérêt collectif de la profession. Ils concèdent d'ailleurs que, dans ces matières, une inévitable superposition apparaît entre l'intérêt propre du syndicat et l'intérêt collectif. Selon eux, « *de telles hésitations n'ont pas lieu d'être car, en ces domaines, c'est toujours le droit d'ester en justice consacré de manière générale par l'article L. 411-11 qui est en cause. Que le syndicat défende son intérêt ou celui de la profession, il n'est autorisé à agir ou à intervenir qu'au regard des dispositions de ce texte. On pourrait suggérer qu'en écartant l'article L. 411-11, très souvent associé à la défense de l'intérêt collectif, le juge marquerait son intention d'identifier avec plus de précision l'intérêt qui fonde la démarche du groupement* »¹³⁶¹.

Une telle solution ne paraît pas souhaitable. En toute hypothèse, l'atteinte à l'intérêt collectif n'est pas exclusive de celle portée à d'autres intérêts, que ce soit l'intérêt général, l'intérêt individuel d'un salarié ou l'intérêt propre du syndicat. La représentation des salariés et le droit syndical mettent en jeu l'intérêt collectif de la profession. De ce seul fait, il y a lieu d'ouvrir l'action à toutes les organisations syndicales, intéressées ou non par l'exercice de la

¹³⁵⁷ Soc, 20 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 198 ; Soc, 4 juillet 1990, *Bull. civ. V*, n° 351. Toutefois, depuis la loi du 20 août 2008, les organisations syndicales dites intéressées ne sont plus seulement les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise. Il s'agit également désormais des organisations syndicales non représentatives, soit qu'elles soient affiliées à une organisation représentative au niveau national interprofessionnel, soit qu'elles répondent aux critères de l'ancienneté de deux ans, de l'indépendance et du respect des valeurs républicaines.

¹³⁵⁸ Soc, 20 décembre 1977, *Bull. civ. V*, n° 723 ; Soc, 30 novembre 1994, *Bull. civ. V*, n° 320 ; Soc, 7 mars 2001, *Bull. civ. V*, n° 74 ; Soc, 12 juillet 2006, *Bull. civ. V*, n° 252 ; Soc, 8 février 2012, n° 11-15.465 (inédit).

¹³⁵⁹ Soc, 18 décembre 2000, *Bull. civ. V*, n° 434. Si certaines décisions se fondent sur des textes correspondant à la demande du syndicat (Soc, 1^{er} avril 1998, *Bull. civ. V*, n° 195), d'autres décisions se fondent bien sur les dispositions de l'article L. 2132-3 du Code du travail (Soc, 20 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 198 ; Soc, 30 novembre 1994, *Bull. civ. V*, n° 320 ; Soc, 4 février 1997, *Bull. civ. n° 49* ; Soc, 12 juillet 2006, *Bull. civ. V*, n° 252).

¹³⁶⁰ « Syndicats (III Prérogatives et action), *Rép. Droit du travail*, Dalloz, 2006, mise à jour 2009, n° 70.

¹³⁶¹ *Ibidem*, n° 137.

prérogative litigieuse. La méconnaissance des règles en matière de représentation des salariés est de nature à léser, non pas seulement les organisations syndicales, mais également la collectivité des salariés.

La position qui consiste à privilégier l'atteinte portée à l'intérêt du syndicat plutôt que celle portée à l'intérêt collectif de la profession a longtemps été celle retenue par les juges s'agissant de l'action en exécution d'une convention collective.

756. **Les actions en exécution d'une convention collective** – Avant les lois de 1919 et de 1920, qu'il s'agisse d'une action en matière délictuelle, pénale ou contractuelle, la question de l'action en justice des syndicats se posait en les mêmes termes. Elles furent dissociées par la suite : les deux premières avaient pour fondement la loi du 12 mars 1920 ; la troisième avait pour fondement la loi du 19 mars 1919. Cette dissociation textuelle fut à l'origine d'une jurisprudence, longtemps maintenue par la Cour de cassation. Cette dernière admettait l'action des syndicats en exécution d'une convention collective sur le seul fondement des articles L. 135-4 et L. 135-5 du Code du travail [Art. L. 2262-9 à L. 2262-11 *C. trav.*]. Or, suivant ces dispositions, seules les organisations syndicales signataires ou dont les membres sont liés par la convention étaient recevables à agir. La Cour de cassation jugeait ainsi que « *si, en vertu de l'article L. 411-11 du Code du travail, les syndicats professionnels peuvent de manière générale exercer devant toutes les juridictions tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, l'action visant exclusivement à obtenir l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif, ou la réparation de son inexécution, prévue par l'article L. 135-5 du Code du travail, est réservée par ce texte aux syndicats liés par les dispositions de ladite convention, qui seuls ont qualité pour agir* »¹³⁶².

757. La chambre sociale de la Cour de cassation a finalement opéré un revirement le 3 mai 2007 : « *indépendamment de l'action réservée par l'article L. 135-5 du Code du travail aux syndicats liés par une convention ou un accord collectif de travail, les syndicats professionnels sont recevables à demander sur le fondement de l'article L. 411-11 de ce Code l'exécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, même non étendu, son inapplication*

¹³⁶² Soc, 10 mai 1994, *Bull. civ. V*, n° 173 ; *R.J.S.* 1994, p. 446, n° 736 ; *Adde.* Soc, 20 septembre 2006, *Bull. civ. V*, n° 278 ; *R.D.T.* 2007, p. 254, obs. G. Borenfreund ; *R.J.S.* 2006, p. 971, n° 1300.

causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession »¹³⁶³. Or, bien plus qu'à l'époque du jugement du Tribunal de Cholet ou qu'à celle où M. Planiol en était le commentateur, l'intérêt collectif de la profession est atteint par l'inexécution d'une convention collective dotée d'un effet *erga omnes*¹³⁶⁴. Par ailleurs, la solution de la Cour de cassation est indifférente à l'objet de l'accord litigieux. Seul l'effet *erga omnes* des accords collectifs de travail est envisagé et l'idée que ceux-ci sont une source du droit objectif¹³⁶⁵.

758. L'action réservée aux syndicats signataires prévue à l'article L. 2262-11 du Code du travail n'a plus la même utilité si tout syndicat, signataire ou non de l'accord, peut agir en exécution d'une convention collective. Si des hypothèses existent, cela signifie que des clauses demeurent étrangères à l'intérêt collectif de la profession et intéressent seulement les intérêts propres des syndicats signataires. Bref, cela suppose d'adhérer au dualisme des conventions collectives conçu comme la partition d'une partie obligatoire et d'une partie normative. Or, la démonstration a été faite que cette adhésion n'avait rien ni d'évident ni de nécessaire¹³⁶⁶. De surcroît, plusieurs exemples ont montré que la représentation des salariés, le droit syndical et la négociation collective sont des domaines qui intéressent l'intérêt collectif des salariés.

759. L'intérêt collectif mis en jeu dans l'accord fonde à son tour son effet normatif. Cette conclusion paraît celle à laquelle aboutit finalement la Cour de cassation dans l'arrêt du 30 avril 2003. Ainsi sont-ce les sujets d'intérêt commun *aux personnels des entreprises concernées du groupe* qui justifient que l'accord ait un effet *erga omnes*. À dire vrai, des auteurs l'avaient déjà mis en évidence pour rendre compte des accords collectifs créant des droits nouveaux au profit des organisations syndicales. Mme M.-A. Souriac l'a formulé avec force et clarté :

¹³⁶³ Soc, 3 mai 2007, *Bull. civ.* V n° 68 ; *R.J.S.* 07/07, p. 662 n° 875 ; *R.D.T.* 2007, p. 536, note G. Borenfreund ; *D.* 2007, p. 1505, obs. A. Fabre ; *Comp. Soc.*, 12 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 221 ; *D.* 2001, p. 2240 ; *D.* 2002, p. 361, note H. Nasom-Tissandier et P. Rémy ; *ibidem*, p. 503, note J.-M. Verdier ; *Dr. soc.* 2001, p. 1019, obs. P.-H. Antonmattéi ; *R.J.S.* 2001, p. 715, n° 1045 ; Soc, 26 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 143 ; *Dr. soc.* 2004, p. 845, note J.-M. Verdier ; *R.J.S.* 2004, p. 627, n° 924, Rapp. M.-L. Morin.

¹³⁶⁴ En ce sens, G. Borenfreund, note préc., *D.* 2007, p. 1505. Comme l'écrit la Cour de cassation, l'inexécution d'un accord collectif cause « nécessairement » un préjudice à l'intérêt collectif de la profession.

¹³⁶⁵ G. Borenfreund, note préc., *D.* 2007, p. 1505 : « *En vérité, quel que soit le champ d'application d'un accord collectif de travail, c'est à travers son effet erga omnes que peut être identifiée l'existence d'un intérêt collectif et, partant, le préjudice nécessairement porté à "l'intérêt collectif de la profession", en cas de non-respect de l'accord* ».

¹³⁶⁶ Cf. *supra* n° 687 s.

« *Tout se passe comme si la Cour de cassation admettait qu'en concluant un accord relatif au droit syndical le syndicat ne contracte que pour lui-même. C'est poser que le droit syndical n'intéresse que le syndicat et non l'ensemble du personnel dans l'intérêt duquel pourtant ce droit est reconnu ainsi que l'avait fort bien souligné le juge du fond dans l'arrêt U.C.B. [Soc, 15 janvier 1981 précité]. Si l'on admet que tout accord relatif au droit syndical intéresse la collectivité du personnel dans son ensemble, il a nécessairement un effet normatif. Mais par là, il est soumis au droit commun des conventions collectives et les parties signataires ne peuvent prétendre se soustraire conventionnellement à l'article L. 132-5* »¹³⁶⁷.

Selon l'auteur, deux possibilités s'offrent alors au juriste qui est face à un accord créant des droits nouveaux au bénéfice des organisations syndicales. Soit il considère qu'un tel accord conclu aux marges de la loi est nul. Cette hypothèse semble exclue dès lors que les relations collectives de travail relèvent du champ de la négociation collective. Soit l'accord est « *requalifié en convention collective et produit un effet normatif* »¹³⁶⁸. Cette conclusion s'impose. Une fois encore : la représentation des salariés, le droit syndical, et la négociation collective elle-même intéressent l'intérêt collectif des salariés et non les seules organisations syndicales. Reprenant les propos intransigeants de Mme M.-A. Souriac, affirmer le contraire correspond à « *une conception étriquée de la fonction syndicale dans l'entreprise* »¹³⁶⁹.

Il reste cependant à démontrer l'effet impératif des accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés.

B. L'effet impératif reconnu aux accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés

Suivant la même démarche, l'appréciation de l'effet normatif en matière de représentation des salariés (1) sera précédée d'un rappel des effets attachés à l'effet impératif des accords collectifs (2).

¹³⁶⁷ M.-A. Souriac, *op. cit.* p. 678.

¹³⁶⁸ *Op. cit.* p. 678.

¹³⁶⁹ *Ibidem*, p. 679.

1. *Les effets attachés à l'effet impératif des accords collectifs de travail*

760. L'effet impératif fut un enjeu important pour la reconnaissance de la dimension normative et statutaire des conventions collectives¹³⁷⁰. Il interdit aux parties au contrat individuel de travail d'écarter l'application des dispositions conventionnelles, sauf clauses plus favorables. Cette règle, issue de la loi de 1936, n'a été généralisée à toutes les conventions collectives qu'en 1950¹³⁷¹. Le législateur a alors mis fin à la possibilité, s'agissant des conventions collectives ordinaires – non susceptibles d'extension – d'écarter leur application en insérant une clause dans le contrat individuel de travail¹³⁷². De plus, l'effet impératif des normes conventionnelles a pour corollaire un principe de non-renonciation des avantages conventionnels par le salarié¹³⁷³. Il s'oppose à ce qu'une clause prévoie la renonciation par le salarié d'un avantage conventionnel ou conditionne son bénéfice à la conclusion ou l'exécution d'un acte préalable¹³⁷⁴.

761. L'effet impératif de la convention collective comprend également, à l'égard des contrats de travail, un effet immédiat et un effet automatique¹³⁷⁵. L'effet immédiat indique que, dès son entrée en vigueur, la convention collective s'applique immédiatement à l'ensemble des contrats en cours d'exécution comme à ceux conclus postérieurement¹³⁷⁶. L'effet automatique signifie quant à lui à l'accord collectif de se substituer aux clauses du contrat de travail moins favorables ayant le même objet¹³⁷⁷.

¹³⁷⁰ H. Thuillier, « Contribution à la théorie des sources en droit du travail, la réception des sources : un ordre statutaire », *J.C.P.* 1974, I 2649.

¹³⁷¹ L'article 31 e issu de la loi du 11 février 1950 dispose que « lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui ».

¹³⁷² Cette faculté était prévue par la loi du 23 mars 1919.

¹³⁷³ G.-H. Camerlynck, « La renonciation du salarié », *Dr. soc.* 1960, p. 628 ; I. Vacarie, « La renonciation du salarié », *Dr. soc.* 1990, p. 757.

¹³⁷⁴ Soc, 3 mars 1988, *Bull. civ.* V, n° 161 ; Soc, 5 avril 2005, *Bull. civ.* V, n° 124 ; Soc, 14 juin 2006, n° pourvoi n°04-48.157 (inédit).

¹³⁷⁵ G. Couturier, *Traité de droit du travail - Tome 2*, P.U.F., p. 503, n° 209 : « selon la présentation habituelle, l'effet automatique de la convention collective se double d'un effet immédiat ».

¹³⁷⁶ J. Péliissier, G. Auzero, et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 2012, 26^{ème} édition, p. 1294, n° 1240 ; G. Couturier, *Traité de droit du travail* Tome 2, P.U.F., p. 503, n° 209.

¹³⁷⁷ J. Péliissier, G. Auzero, et E. Dockès, *op. cit.*, p. 1297, n° 1244 et 1245 ; G. Couturier, *op. cit.*, Tome 2, P.U.F., p. 500, n° 207.

2. *L'appréciation de l'effet impératif des accords collectifs en matière de représentation des salariés*

762. L'appréhension de l'effet impératif des accords collectifs en matière de représentation des salariés a suscité peut-être des controverses et un contentieux moins importants que ceux nés au sujet de l'effet *erga omnes*.

763. Pourtant, le rappel de l'effet impératif de l'accord collectif de travail montre que celui-ci est essentiellement pensé en référence au contrat individuel de travail. Comment penser alors l'effet impératif des accords collectifs de travail en matière de relations collectives de travail (a) ? Malgré son admission, certaines difficultés persistent s'agissant du particulier des accords-cadres, en particulier lorsque ceux-ci ont une dimension européenne ou sont conclus dans les entreprises transnationales (b).

a) L'adaptation des règles régissant l'effet impératif des accords collectifs aux relations collectives de travail

764. L'impérativité entendue de manière générique est le caractère d'une norme à laquelle on ne peut déroger¹³⁷⁸. L'impérativité s'oppose aussi à une trop grande disponibilité des droits,

¹³⁷⁸ Partant de cette définition, certains auteurs posent une équivalence entre impérativité et ordre public (A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 2012). D'autres au contraire estiment que l'équivalence est imparfaite. Pour J. Qhestin toutes les lois impératives sont d'ordre public et juge ainsi que les conventions collectives sont d'ordre public (*Traité de droit civil, Le contrat : formation*, L.G.D.J. 3^{ème} édition, 1993, n° 110 ; dans le même sens, M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, PUF, 2001, p. 18). L'auteur pense en revanche que l'ordre public « ne se situe pas tout entier dans les lois impératives » (*Traité de droit civil, Le contrat : formation*, L.G.D.J. 3^{ème} édition, 1993, n° 104 ; dans le même sens, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} édition, n° 375). Pour G. Cornu, l'impérativité est une conséquence attachée à l'ordre public (*Dictionnaire juridique, op. cit.* p. 406). D'autres enfin plaident pour une franche distinction (J. Hauser, J.-J. Lemouland, « Ordre public et bonne mœurs », *Rep. Droit civil*, Dalloz, mars 2004, n° 2 ; P. Malaurie, L. Aynès, *Les obligations*, Défrénois, 2005, p. 314 ; P. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Th. Paris, 1951 : « L'ordre public représente le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité »). Ces controverses découlent de manières différentes de présenter le lien entre impérativité, ordre public et liberté contractuelle. D'un côté, l'ordre public peut s'analyser comme une norme non écrite, d'un contenu indéterminé et d'une valeur variable sur la hiérarchie des normes. Cette norme est impérative car « elle va s'imposer en dépit, à la place ou à l'encontre d'une autre norme, volonté, principe ou règle qui, à défaut de l'exigence d'ordre public, se serait normalement imposé ». (E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du Colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 17). D'un autre côté, l'ordre public participe de la norme d'habilitation qui, impérative, fonde et limite la liberté contractuelle (G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, p. 357 et spéc. p. 359 s. ; P. Deumier,

en tout cas à leur renonciation¹³⁷⁹. Plus généralement, l'effet impératif de la convention collective signifie qu'il peut « *paralyser* » les clauses contenues dans un acte d'une valeur juridique inférieure et qui serait contraire à l'accord supérieur¹³⁸⁰.

765. À l'égard de l'employeur, l'effet impératif des conventions et accords collectifs relatifs aux relations collectives de travail a au moins deux conséquences. En premier lieu, l'employeur doit appliquer l'accord au sein de son entreprise et le respecter. Il doit ainsi mettre en place l'institution créée par l'accord, ne pas entraver son fonctionnement, accorder aux salariés titulaires d'un mandat représentatif les droits prévus par l'accord, etc. En second lieu, l'effet impératif de l'accord collectif s'impose aux normes patronales. Selon M. N. Aliprantis, l'effet impératif des accords collectifs de travail conduit à leur conférer une valeur normative supérieure aux décisions de l'employeur. Ainsi, « *il faudra donner en priorité à la norme hiérarchiquement supérieure, en l'occurrence la convention collective, à moins que la norme inférieure, en l'occurrence la mesure de direction de l'employeur, ne soit plus favorable* »¹³⁸¹. Encore faut-il que l'objet de l'accord ne soit pas exclu du domaine du pouvoir normatif du chef d'entreprise, dans la mesure où la représentation des salariés est une matière où le pouvoir normatif de l'employeur est restreint¹³⁸².

766. L'impérativité de l'accord collectif peut encore s'apprécier à l'égard des institutions de représentation des salariés dans l'entreprise. En particulier, les accords relatifs au comité d'entreprise, institution dotée de la personnalité morale, s'imposent à ce dernier. Celui-ci ne peut s'y opposer, ni au nom de l'intérêt du personnel qu'il représente, ni au nom de son intérêt propre. Les interlocuteurs sociaux ont le pouvoir de modifier les conditions d'intervention de la représentation élue. Un accord de méthode peut par exemple modifier les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise ; ou encore, un accord d'entreprise peut définir les prérogatives respectives du comité central d'entreprise et des comités

T. Revet, « Ordre public », D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de Culture juridique*, P.U.F., Lamy 2003, p. 1120.

¹³⁷⁹ Sur la distinction entre disponibilité et renonciation, cf. X. Carsin, *La renonciation en droit du travail*, Th. Lille III, 2006, n° 70. *Contra* B. Fauvarque-Cosson, *La libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J. 1996. Sur le lien entre indisponibilité des droits et impérativité de la règle, J. Carbonnier, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, rapport général », in *Les renonciations au bénéfice de la loi*, Ass. H. Capitant, 1960 ; P. Raynaud, « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil », *R.T.D. civ.* 1936, p. 763.

¹³⁸⁰ M.-L. Morin, Th. préc., n° 691.

¹³⁸¹ N. Aliprantis, Th. préc., p. 310.

¹³⁸² Cf. *supra* Chapitre 1^{er}.

d'établissement en matière d'activités sociales et culturelles¹³⁸³. Comme le relevait M. J. Savatier, « *l'accord collectif ne peut retirer aux comités d'établissement leur droit de créance contre l'employeur, mais il peut les rendre débiteurs envers le comité central d'entreprise* »¹³⁸⁴.

767. Du côté des syndicats bénéficiaires de l'accord, l'appréciation de l'effet impératif à leur égard est plus délicate. L'arrêt du 30 avril 2003 apporte une réponse : « *des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe [...] ; qu'un tel accord, qui ne requiert pas l'unanimité des organisations syndicales représentatives, est opposable aux organisations non signataires en sorte que, si elles entendent participer aux négociations de groupe qu'il prévoit, elles sont tenues de désigner leurs représentants conformément à ses dispositions* »¹³⁸⁵.

L'accord est donc opposable aux syndicats, qu'ils en soient ou non signataires et, faut-il ajouter, qu'ils y aient ou non adhéré. La notion d'opposabilité n'a pas ici le sens de celle retenue en droit des contrats. Les syndicats non-signataires ne sont pas des tiers à l'accord ; ils en sont bénéficiaires au même titre que ceux qui l'ont signé. Partant, ils peuvent, de droit, désigner des représentants et participer à la négociation des accords portant « *sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe* ». Cependant, en vertu de l'effet impératif de l'accord, ils ne peuvent le faire que dans les conditions que celui-ci prévoit.

A cet égard, les auteurs des *Grands arrêts du droit du travail* estiment qu' « *en subordonnant la participation d'un syndicat non signataire au respect par lui des conditions prévues par l'accord, l'arrêt du 30 avril 2003 prive de son principal intérêt l'effet normatif des dispositions puisque, ce faisant il oblige en fait un syndicat non signataire qui entend*

¹³⁸³ Art. L. 2327-16 *C. trav.*

¹³⁸⁴ J. Savatier, « Les accords collectifs relatifs aux pouvoirs et au fonctionnement des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1993, p. 870 et spéc. p. 873.

¹³⁸⁵ Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ.* V, n°155 ; B. Gauriau, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.* 2003, p. 732 ; P. Rodière, « Emergence d'un nouveau cadre de négociation collective : le groupe ? », *S.S.L.* 2003, n° 1125, p. 6 ; J. Grangé et N. El Aougri, « Accords collectifs : la négociation de groupe », *S.S.L.* 2003, n° 1144, p. 5. *Adde.* P. Iriart, « Négociation et effets d'un accord organisant une représentation syndicale de groupe », *D.* 1999, p. 465.

participer à la négociation à perdre sa qualité de non-signataire »¹³⁸⁶. La déduction est un peu radicale : l'effet *erga omnes* ne fait pas véritablement perdre sa qualité de non-signataire à un syndicat. Ce dernier n'est par exemple pas soumis à l'obligation d'exécuter loyalement l'accord. En revanche, en lui laissant le choix de participer ou non à l'institution, la Cour de cassation concilie la liberté de chaque syndicat et l'intérêt de la collectivité des salariés exprimé dans l'accord.

768. L'effet impératif des accords collectifs en matière de représentation des salariés interroge enfin l'effet de l'accord à l'égard des autres niveaux de négociation. Cette question délicate est pour sa part encore discutée.

b) L'effet impératif de l'accord collectif et l'encadrement des autres niveaux de négociation

769. Deux hypothèses sont concernées : la possibilité d'établir une hiérarchie entre conventions collectives d'origine conventionnelle et la mise en œuvre des accords-cadres¹³⁸⁷. Avant de déterminer ce qui fonde le caractère contraignant de ces dispositions conventionnelles à l'égard des autres niveaux de négociation se pose la question de leur licéité.

770. Lorsque le législateur intervient, la réponse à ces deux questions est aisée. Sous réserve des exigences qui s'imposent au législateur, l'existence d'une loi rend licites de telles dispositions conventionnelles. Par ailleurs, de par sa supériorité hiérarchique sur les accords collectifs, la loi peut établir une certaine hiérarchie entre les normes conventionnelles¹³⁸⁸. Ainsi la loi du 4 mai 2004 a-t-elle habilité les négociateurs de branche à insérer des clauses de "fermeture" interdisant les dérogations par voie d'accords d'entreprise¹³⁸⁹. De manière

¹³⁸⁶ J. Péliissier, A. Lyon-Caen, A. Jammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 2008, n° 161-175, p. 753.

¹³⁸⁷ M.-L. Morin, F. Teyssier, « Les accords-cadres », *Dr. soc.* 1988, p. 741. Les auteurs distinguent trois types de clauses. Tout d'abord, les clauses qui ont pour objet l'articulation des niveaux de négociation ; ensuite, les clauses qui ont pour objet la définition des méthodes par lesquelles ce contenu sera déterminé ; enfin, les clauses qui ont pour objet de fixer des principes d'orientations générales. *Adde* S. Frossard, « L'encadrement des conventions d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.* 2000, p. 617. L'auteur distingue entre « *l'encadrement direct* » et « *l'encadrement induit* » ; H. Tissandier, « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. Soc.* 1997, p. 1045 ; « L'articulation des niveaux de négociation : des principes en mutation », *S.S.L.* 2004, n° 1183.

¹³⁸⁸ Cf. Déc. n° 2004-494 D.C. du 29 avril 2004 – Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *J.O.R.F.* 5 mai 2004, p. 7998, *Rec.* p. 91.

¹³⁸⁹ Art. L. 2253-3 *C. trav.* Cf. *infra* n° 1171 s.

différente, l'accord qui prévoit le recours au vote électronique s'impose au protocole d'accord préélectoral, auquel il revient de définir les modalités d'organisation et de déroulement de l'élection par voie électronique¹³⁹⁰.

771. En dehors des hypothèses légales, il convient d'être plus précautionneux. Tout d'abord, la licéité des clauses conventionnelles dépend de la manière dont la liberté de négociation collective est garantie. Si cette liberté est garantie à chaque niveau, ces clauses ne sauraient limiter excessivement la production conventionnelle des autres niveaux de négociation¹³⁹¹. Au contraire, si la liberté de négociation collective est garantie de manière plus globale, leur licéité pourra être admise plus aisément. La Cour de cassation semble privilégier la première approche : aux termes de la décision du 30 avril 2003, les accords de groupe ne peuvent se substituer à la négociation d'entreprise. Plus généralement, la possibilité d'édicter des accords dits parfaits doit être écartée.

772. La licéité des clauses admise, il reste encore à déterminer la source de leur caractère contraignant. Une approche contractuelle conduit à la rechercher dans les mécanismes de représentation de droit privé, tels que le mandat. Un syndicat serait obligé ou interdit de négocier dès lors qu'il est lié par les actes passés par sa fédération ou sa confédération. À l'inverse, suivant « *une conception de la convention collective, [...] l'effet impératif s'imposerait non seulement dans les rapports des employeurs et de leurs salariés mais aussi dans les rapports des agents de négociation entre eux, à tous les échelons internes de la collectivité professionnelle visée par cet acte, notamment au niveau de l'entreprise* »¹³⁹². L'effet impératif des accords à l'égard des autres niveaux de négociation conclus serait justifié par l'intérêt collectif en jeu et s'appuierait uniquement sur la vocation statutaire des accords collectifs de travail¹³⁹³. Cette dernière approche semble aujourd'hui l'emporter. Du moins en droit français.

¹³⁹⁰ Art. L. 2314-21 et L. 2324-19 et Art. R. 2314-16 et R. 2324-12 *C. trav. Soc.*, 28 septembre 2011, n° 10-27-370 (FS-PB) ; *R.J.S.* 11/12, n° 1005, p. 874. V. également, F. Duquesne, « L'applicabilité de l'accord prévoyant le recours au vote électronique sur le lieu du travail, ou à distance », *Dr. soc.* 2010, p. 642. L'auteur cite à l'appui de sa démonstration, outre la lettre de la loi, les débats parlementaires : *J.O.A.N.* 8 janvier 2004, intervention de M. Martin-Lalande; Lire également, F. Petit, « Représentants du personnel (Elections) », *op. cit.*, n° 85 ; « Le vote électronique dans l'entreprise », *J.C.P.* éd. S, 2008, n° 14 ; p. 1199; F. Petit, « Le vote électronique est-il adapté aux élections des représentants du personnel », *R.D.T.* 2012, p. 413.

¹³⁹¹ Cf. *supra* n° 217.

¹³⁹² Y. Chalaron, *op. cit.* n° 334, p. 347. Ce que l'auteur appelle l'« *aménagement des forces sociales* ».

¹³⁹³ M.-L. Morin, F. Teyssié, art. préc., p. 741 et spéc. p. 748.

773. Les débats autour des accords-cadres conclus par les partenaires sociaux européens semblent encore pencher vers une approche contractuelle¹³⁹⁴. Ceux-ci seraient simplement dotés d'un effet obligatoire. Leur transposition conventionnelle au niveau national resterait incertaine, car, précisément, l'obligation de négocier des interlocuteurs sociaux nationaux reste fragile. Les raisons tiendraient, d'une part, à la volonté des partenaires sociaux européens de ne pas conférer pas un effet normatif aux actes qu'ils édictent – que ceux-ci seraient des *gentlemen's agreements* – et, d'autre part, à l'absence de reconnaissance d'effet normatif par le droit de l'Union européenne.

774. Les accords conclus dans les groupes transnationaux suscitent également les mêmes réflexions. À titre d'exemple, un accord-cadre conclu en 2010 dans le groupe E.A.D.S. a récemment institué, au niveau transnational, une instance de négociation investie du pouvoir de négocier et de conclure des accords collectifs sur des sujets d'intérêts communs à l'ensemble des salariés du groupe¹³⁹⁵. Les accords conclus au niveau du groupe transnational devront, pour être appliqués dans les entreprises du groupe, faire l'objet d'une validation par le comité d'entreprise européen à une majorité des deux tiers, et avoir été « *déclinés* » par voie conventionnelle ou unilatérale¹³⁹⁶. La formule suggère l'existence d'une obligation conventionnelle de transposition au niveau des entreprises du groupe. D'autres exemples d'accords-cadres internationaux conclus en matière de responsabilité sociale, de gestion de l'emploi, de restructurations, de sécurité au travail prévoient une déclinaison aux niveaux plus décentralisés de l'entreprise ou du groupe. Or, quelle est la portée normative de telles clauses ? Confèrent-elles aux accords-cadres internationaux un effet contraignant qui leur permet de s'imposer dans les entités plus décentralisées de l'entreprise ou du groupe transnational ?

775. Selon une position dominante, une réponse négative s'impose.

¹³⁹⁴ J. Barthélémy, « Conditions, limites et effets de la négociation sociale au plan européen », *J.C.P.* éd. E 1992.I.183 ; C. Vigneau, « Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *R.T.D. civ.* 2002, p. 653 ; C. Vigneau, S. Laulom, « Actualité du rapprochement des législations en matière de relations professionnelles », *Dr. soc.* 2005, p. 526, spéc. p. 529 ; C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, *op. cit.* ; 2006, n° 404, p. 308 ; M. Schmidt, *L'autonomie collective des partenaires sociaux européens dans l'ordre juridique communautaire*, Thèse Strasbourg, 2007 ; A. Mias, *Le dialogue social européen 1957-2005 : genèse et pratique d'une institution communautaire*, C.N.A.M. 2005.

¹³⁹⁵ Accord relatif à la procédure de négociation sociale au niveau européen conclu le 28 septembre 2010 notamment par les cinq organisations syndicales françaises (C.F.D.T., C.F.E.-C.G.C., C.F.T.C., C.G.T., C.G.T.-F.O.).

¹³⁹⁶ Art. 7.3 de l'accord. La stipulation précise que la déclinaison ne peut modifier les dispositions des accords conclus au niveau du groupe.

D'une part, les acteurs sociaux, en particulier les entreprises transnationales, ne souhaitent pas voir les accords qu'elles concluent sanctionnés juridiquement¹³⁹⁷.

D'autre part, les auteurs refusent généralement de voir dans les accords-cadres transnationaux de véritables accords collectifs. En premier lieu, l'absence d'acteurs identifiés de la négociation collective transnationale rendrait difficile la qualification d'accords collectifs¹³⁹⁸. Selon un auteur, l'asymétrie entre les acteurs de la négociation, côté employeurs et côté salariés, « *heurte les catégories juridiques existantes et rend difficile la reconnaissance d'une valeur juridique aux accords-cadres internationaux* »¹³⁹⁹. En second lieu, les hésitations tiennent à l'absence de règle qui confère aux accords-cadres internationaux un effet normatif et, plus généralement, à l'absence de cadres juridiques qui régissent leur négociation et leur conclusion¹⁴⁰⁰. Seule l'élaboration d'un régime juridique des accords-cadres transnationaux, à

¹³⁹⁷ Commission européenne, *The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration*, COM (2008) 419. La Commission relève : « *Several representatives of employers' organisations took the view that the texts agreed are declaratory and are not intended as collective agreements. They also insisted that transnational texts can only lay down general guidelines and are not intended to establish precise rules that are directly applicable* » [Plusieurs organisations d'employeurs ont estimé que les accords sont déclaratoires et ne constituent pas des conventions collectives. Ils insistent également en indiquant que les accords transnationaux peuvent tracer des lignes directrices mais ne sont pas destinés à établir des règles précises directement applicables]. Elle poursuit en indiquant : « *At present, only texts bearing the signature of national trade unions may be regarded as collective agreements likely to produce legal effects as such, and only where they are concluded in accordance with the rules applying in the Member State concerned* ». [Pour l'heure, seuls les textes conclus par des organisations syndicales nationales peuvent être considérées comme des conventions collectives ayant un effet normatif dès qu'ils ont été conclus en conformité avec les règles applicables dans l'État membre concerné].

¹³⁹⁸ Du côté employeur, ces accords sont conclus le plus souvent avec la direction de l'entreprise dominante et, quelquefois avec les directions de l'ensemble des entreprises du groupe. Du côté des salariés, les choses sont plus compliquées et plus variables. Les acteurs de la négociation combinent souvent, avec des rôles et des moments d'intervention différents selon les accords, comité d'entreprise européen, organisations syndicales nationales présentes dans les entreprises, fédération syndicale européenne et/ou mondiale.

¹³⁹⁹ En ce sens, A. Sobczak, « Les accords-cadres internationaux : un modèle pour la négociation collective transnationale », [www.responsabiliteglobale.com], p. 4. Dans le même sens, J.-C. Drouin, « Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une négociation collective transnationale », *Cahiers du droit*, 2006, p. 703 et spéc. p. 732.

¹⁴⁰⁰ B. Teyssié, « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Dr. soc.* 2005, p. 982 et spéc. p. 984 ; A. Sobczak, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », in M. Descolonges, B. Saincy (dir.), *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, La découverte, 2006, p. 93 ; « Les accords-cadres internationaux : un modèle pour la négociation collective transnationale », [www.responsabiliteglobale.com]. J.-C. Drouin, « Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une négociation collective transnationale », *Cahiers du droit*, 2006, p. 703 ; S. Laulom, « Passé, présent, futur de la négociation collective transnationale », *Dr. soc.* 2007, p. 623 ; R. Bourque, *Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective internationale à l'ère de la mondialisation*, Institut international d'études social, B.I.T., Documents de travail, 2005, p. 18.

l'échelle européenne¹⁴⁰¹, voire à l'échelle internationale sous l'égide de l'O.I.T.¹⁴⁰² permettrait de résoudre la question de l'effet normatif de ces accords. Au mieux, leur portée normative actuelle oscillerait entre celle du contrat et celle de l'engagement unilatéral de l'employeur¹⁴⁰³. De cette incertitude entourant la négociation collective transnationale, un auteur en conclut que « *l'application des accords qui en sont issus ne rend pas nécessaire un examen de leur nature juridique* »¹⁴⁰⁴.

En conséquence, la mise en œuvre de ces accords-cadres serait pour une grande part laissée à la discrétion des négociateurs présents au niveau national ou dans les entités plus décentralisées de l'entreprise ou du groupe. À défaut de l'avoir signé et à défaut de dispositions en ce sens, ces derniers ne sauraient être liés par une obligation conventionnelle de négocier. En attendant l'intervention espérée de l'Union européenne ou de l'O.I.T., il faudrait se résigner à une approche contractuelle de ces accords ou, pis, à la négation de toute force

¹⁴⁰¹ S. Laulom, art. préc., p. 623, et spéc. p. 627. L'auteur propose une esquisse d'un cadre européen optionnel pour la négociation collective transnationale. *Ibidem*, pp. 628 s.

¹⁴⁰² M.-A. Moreau, « Négociation collective transnationale : réflexion à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. soc* 2009, p. 93 et spéc. pp. 101-102 : « *On peut espérer qu'une nouvelle synergie se mette en place au sein de l'O.I.T. qui devrait prendre la mesure des conséquences de la crise actuelle et entamer des nouvelles approches de l'"autorégulation". L'O.I.T. [...] s'est engagée sur des mécanismes d'accompagnement en refusant de s'impliquer dans la réglementation des engagements des entreprises multinationales. Les accords-cadres internationaux transforment le cadre juridique des politiques sociales des entreprises multinationales, s'appuient sur des nouveaux mécanismes de représentation dans les groupes transnationaux. Ils permettent donc grâce à cette autonomie collective que se développe un nouvel axe de protection transnationale qui mérite d'être encadrée sur le plan institutionnel. Le manque de réglementation institutionnelle est devenu criant : l'O.I.T. devrait avoir un rôle à jouer en raison des risques accru de la crise. Sur le plan des accords-cadres internationaux, l'O.I.T. peut sans se renier permettre de construire des garanties réelles d'effectivité qui complètent et renforcent l'action des acteurs transnationaux dans le groupe* ».

¹⁴⁰³ B. Teyssié, « La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe », *Dr. soc.* 2005, p. 982 et spéc. p. 984. Selon l'auteur, les accords-cadres internationaux oscilleraient entre droit commun des obligations et engagements unilatéraux de l'employeur. Comp. A. Sobczak, « Les accords-cadres internationaux : un modèle pour la négociation collective transnationale », [www.responsabiliteglobale.com]. Ce dernier suggère la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur mais la rejette en définitive : *Il n'est dès lors pas souhaitable de fonder la valeur juridique des accords-cadres internationaux sur le droit de la consommation et les théories de l'engagement unilatéral, et il conviendrait plutôt de rechercher un cadre juridique pour la négociation collective transnationale au niveau des groupes qui s'appuiera sur l'expérience des accords-cadres internationaux* ».

¹⁴⁰⁴ B. Teyssié, art. préc., p. 984 et spéc. p. 990. Comp. J.-C. Drouin, art. préc., p. 703 et spéc. p. 750. Selon ce dernier, la question n'est pas tant de savoir si les accords-cadres internationaux peuvent être judiciairement sanctionnés que de connaître les attentes qu'ils font naître.

obligatoire¹⁴⁰⁵. C'est ainsi que la F.E.M.¹⁴⁰⁶ a modifié ses statuts en 2007 en précisant que « *la procédure interne telle qu'elle a été approuvée par le Comité Exécutif est à utiliser pour les négociations à l'échelon européen dans les entreprises* »¹⁴⁰⁷.

776. Cette position dominante semble pouvoir être repensée. S'agissant tout d'abord de la qualification d'accords collectifs, celle-ci n'est pas impossible. Tout dépend du critère de rattachement retenu : les parties à l'accord, l'effet normatif ou l'objet de l'accord. Si la négociation par des agents syndicaux se justifie au regard de la liberté syndicale, la question de la qualification ne s'arrête pas au constat de l'absence d'acteur syndical. L'exemple du comité d'entreprise européen le prouve. Au regard de leur objet, à savoir régir les relations individuelles et collectives de travail, les accords-cadres internationaux constituent bien des accords collectifs de travail.

777. Cette qualification emporte deux conséquences. Tout d'abord, retenir la qualification d'accords collectifs de travail signifie que les accords collectifs de travail sont une catégorie de normes irréductibles à toute autre, notamment au contrat. La qualification d'accord collectif rend compte de normes qui expriment un intérêt collectif et qui ont vocation à régir la situation de personnes au-delà des seuls signataires. Par définition, les accords collectifs auraient une vocation normative. Ensuite, en tant que catégorie de normes particulières, irréductibles à la catégorie de contrat, ils répondent à des règles différentes de celles du droit des contrats. Les accords-cadres européens et les accords-cadres internationaux seraient des accords collectifs de travail *sui generis* et seraient en conséquence régis par les « *principes généraux du droit de la négociation collective* »¹⁴⁰⁸. Ces principes seraient par exemple « *le principe de bonne foi, le principe de transparence de l'information et bien évidemment le principe de faveur* ». Certainement convient-il d'en offrir une « *interprétation large et neutre, ne reprenant par exemple ni la conception française ni la conception allemande du principe*

¹⁴⁰⁵ Pour rappel, la commission européenne a initié une consultation dans la perspective d'adopter un cadre optionnel pour la négociation collective européenne sectorielle et la négociation d'entreprise transnationale. Ce projet qui s'inscrivait dans l'agenda 2005-2010 n'a pas reçu pour l'heure de suite.

¹⁴⁰⁶ Fédération européenne des métallurgistes.

¹⁴⁰⁷ F.E.M., Statuts, 2007 cités. E. Béthoux, « Les négociations transnationales d'entreprise en Europe », *Europe et société*, 2008.

¹⁴⁰⁸ cf. T.G.I. Paris, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 18 juin 1996 ; Fédération Force ouvrière des employés et cadres c/ Sté centrale des A.G.F. et al. ; *J.C.P. éd E*, 1996. 894, obs. B. Teyssié.

de faveur en tant que telle »¹⁴⁰⁹. En aucun cas donc, il ne s'agit de nier leur spécificité. Ce sont « *des instruments juridiques atypiques* »¹⁴¹⁰. Seule la qualification d'accords collectifs de travail permet d'interpréter ces accords à l'aune du droit de négociation collective. Les disqualifier en engagements unilatéraux de l'employeur ou en simples contrats, c'est au contraire le nier.

778. Il reste cependant possible de discuter la manière de réaliser la vocation normative des accords collectifs. Il suffit d'ailleurs de regarder la variété des systèmes nationaux de relations professionnelles et la singularité du dialogue social européen pour le concéder. Cependant, il n'appert pas que les conditions de relevance des accords collectifs dans l'ordre juridique de l'Union européenne déterminent celles au sein des ordres juridiques étatiques. La question se pose pourtant. Faut-il que le juge français soit lié par l'absence d'effet normatif attaché à la qualification d'accords collectifs dans l'ordre juridique de l'Union européenne ou voulu par les parties ? Bien souvent les analyses restent silencieuses sur ce point. Pourtant, si le juge retient la qualification d'accord collectif de travail et qu'il constate que l'employeur est lié par cet accord, ne peut-il pas déduire que ses clauses bénéficient à l'ensemble des salariés et s'applique *erga omnes* dans l'entreprise¹⁴¹¹.

779. Par suite, la mise en œuvre des accords-cadres européens et des accords-cadres internationaux n'est plus insurmontable. Il suffit de reconnaître la vocation normative de l'accord collectif, comme l'avaient fait de nombreux auteurs dès la fin du XIX^{ème} siècle. À tout le moins, il convient de prendre en compte les principes de chaque système de représentation des salariés dans lequel l'accord prend place et ne pas en livrer une lecture univoque.

¹⁴⁰⁹ M.-A. Moreau, art. préc., p. 93 et spéc. pp. 100-101. Cette interprétation large et neutre présuppose toutefois que les négociateurs n'aient pas souhaité que leur accord soit détaché de toute loi applicable.

¹⁴¹⁰ M.-A. Moreau, art. préc., p. 93 et spéc. p. 100.

¹⁴¹¹ Encore faut-il que les juges confèrent aux dispositions de l'accord une portée normative. La Cour de cassation a déjà reconnu qu'une Cour d'appel avait justement écarté l'application d'une disposition conventionnelle qui ne « *fixait qu'un simple objectif* » et ayant relevé « *l'absence de dispositions précises sur ses modalités d'application* ». cf. Soc, 28 mai 2008, *R.D.T.* 2009, p. 49, note H. Tissandier.

Conclusion du Chapitre 2nd

780. Que ce soit au regard des fondements ou de l'affirmation de la dimension normative des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés, un retour sur l'histoire du droit de la négociation collective a été nécessaire pour comprendre la difficile affirmation de la négociation collective comme source de la représentation des salariés.

781. Cette histoire est d'autant plus difficile à retracer qu'elle n'a pas suivi un chemin continu et régulier. La construction du droit de la négociation collective a révélé nombre d'enjeux liés à la reconnaissance de la négociation collective sur la représentation des salariés. Ce n'est que très progressivement que les obstacles à cette reconnaissance ont été levés. Ceux-ci concernaient tout d'abord les fondements qui habilitaient les interlocuteurs sociaux à négocier. L'interventionnisme étatique a en effet eu pour conséquence de limiter très largement le pouvoir de négocier. Une période plus libérale s'en est suivie et l'extension du champ de la négociation collective donnera aux interlocuteurs sociaux un véritable fondement pour intervenir en matière de représentation des salariés. Les obstacles concernaient ensuite la vocation des accords collectifs à régir les relations collectives au-delà des seuls signataires. Là encore ce n'est que très progressivement que les accords collectifs de travail se rapportant aux relations collectives de travail ont eu vocation à s'appliquer de la même façon que ceux ayant trait aux relations individuelles de travail. Il a fallu se départir en effet de cette coupure, faussement interprétée comme la manifestation du dualisme des conventions collectives. De manière différente, il a été parfois nécessaire de s'arrêter sur des questions particulières et de se demander ce qu'elles avaient de spécifique ou au contraire d'annonciateur d'un phénomène plus global. La négociation préélectorale est très signifiante d'une telle démarche. Alors qu'elle est parmi les premières à avoir été encouragée par la loi, son appartenance même au champ de la négociation collective a été discutée. De même, sa vocation à déterminer les modalités de l'élection des représentants des salariés, réalisant par là-même le dessein de la loi, n'a pas empêché que sa dimension normative soit questionnée.

782. Le droit de l'Union européenne a aussi connu des évolutions. La promotion du dialogue social par les institutions européennes a promu, dit-on, la négociation collective au rang de source du droit social européen et, en particulier, en matière d'information et de consultation des travailleurs.

La chose est peut-être plus compliquée. D'un côté, le droit de l'Union européenne contient de nombreux fondements par lesquels les "partenaires sociaux" sont appelés à participer à l'élaboration des normes communautaires et à faire œuvre créatrice. De l'autre, les actes qu'ils édictent semblent le plus souvent manquer d'efficacité normative. Celle-ci ne semble acquise qu'aux seuls accords dont la conclusion est prévue par les directives relatives à l'information et à la consultation des travailleurs. Les autres accords, qu'ils soient conclus par les partenaires sociaux européens ou qu'ils soient conclus dans les entreprises et les groupes transnationaux, n'auraient la valeur que d'un contrat. Leur effet simplement obligatoire résulterait soit de la volonté de leurs auteurs, qui ne souhaiteraient pas leur conférer un effet contraignant, soit de l'absence de fondement dans le droit de l'Union européenne leur donnant force contraignante. Même si les prémices restent discutables, cette analyse est la plus généralement admise. Pourtant, l'absence de dimension normative contraire, voire contredit, la possibilité pour la négociation collective d'être une source du droit social de l'Union européenne.

783. Cela doit-il raviver les doutes sur la vocation des normes conventionnelles à être une source de la représentation des salariés ? Sans doute pas. En réalité, le développement des accords à l'échelle européenne ou de dimension transnationale fait ressurgir les questions originelles du droit de la négociation collective, notamment le débat sur la nature juridique des accords collectifs de travail. La négociation collective a été érigée comme source de la représentation des salariés, suivant différentes temporalités et à la suite de strates normatives successives, dont certaines sont encore à venir. Pourtant, ni les premiers temps ni les premières strates ne sont devenus invisibles. Cette approche en termes de palimpseste¹⁴¹² peut être utile pour trouver les réponses à des interrogations dont la nouveauté n'est qu'apparente. Assurément il existe plus de résurgences du passé que de retours en arrière.

¹⁴¹² Le palimpseste est un manuscrit sur parchemin d'auteurs anciens que les copistes du Moyen Âge ont effacé pour le recouvrir d'un second texte. Par extension et au sens figuré, il est une œuvre dont l'état présent peut laisser supposer et apparaître des traces de versions antérieures, [<http://www.cnrtl.fr>]. Sur l'appréhension du droit comme un palimpseste, G. Timsit, *L'archipel de la norme*, *op. cit.* p. 16.

Conclusion de Titre 2

784. La place essentielle des normes professionnelles au sein des sources de la représentation des salariés ne déroge pas à ce qui, dans le droit privé, rend remarquable le droit du travail. Plus qu'une illustration particulière de l'état des sources en droit du travail, l'étude des normes patronales puis des normes conventionnelles a mis en évidence certains des enjeux et des évolutions que traverse cette discipline.

785. L'étude des normes issues du pouvoir patronal a montré un déclin certain dans la capacité du chef d'entreprise à régir la représentation des salariés dans l'entreprise. Deux raisons peuvent être avancées. En premier lieu, la manière de penser l'entreprise et le rôle de la représentation des salariés ont évolué. Celle-ci n'est plus seulement un moyen d'expression des salariés face à l'autorité incontestée du patron. Elle est un droit des salariés, qui tend à réduire l'arbitraire patronal et sur lequel l'employeur ne doit pas avoir d'emprise. Ainsi, l'étude des normes patronales en matière de représentation des salariés pose les questions de l'étendue du pouvoir d'organisation du chef d'entreprise et des "structures" de l'entreprise. En second lieu, la relative décadence des normes patronales est le revers d'une préférence marquée pour les normes conventionnelles. Il ne s'agit pas tant de mettre en cause le pouvoir patronal que de promouvoir un mode de production normative consensuelle, gage d'une plus grande effectivité de la norme et d'une plus grande sécurité juridique.

786. Pour autant, la promotion de la négociation collective ne s'est pas faite seulement au détriment des normes issues du pouvoir patronal. Elle s'est faite également au détriment de la loi, quoique sous l'impulsion bienveillante de l'État. En ce sens, elle est bien le signe d'une contractualisation des sources de la représentation collective des salariés.

787. L'importance des lois d'ordre public fut à l'origine de réserves quant à la faculté de négocier collectivement dans ce domaine. Si des habilitations légales de négocier semblent avoir toujours existé, la licéité des accords collectifs relatifs à la représentation des salariés ne fut véritablement admise qu'une fois effectuée l'extension du champ de la négociation collective. Par ailleurs, pour que la négociation collective soit érigée en véritable source de la représentation des salariés, encore fallait-il que les accords collectifs de travail disposent d'un effet normatif. Or, il faut relever la lenteur de cette reconnaissance.

Au-delà, ce sont les raisons qui importent. Il est sans doute souhaitable que les salariés, titulaires du droit à la négociation collective, participent à déterminer les conditions de leur représentation. Néanmoins, ne doit-on pas craindre que la négociation collective n'affecte en fin de compte l'action syndicale et le droit des salariés à être représentés ? Il n'est pas anodin que les syndicats et les représentants élus par les salariés deviennent assujettis à des accords collectifs dont la vocation n'est plus seulement d'améliorer la condition salariale. Il ne faudrait pas en effet que les salariés payent le prix de la promotion de la négociation collective. Est-on en mesure de l'éviter si les représentants des salariés privilégient comme autre fin la recherche d'une autonomie collective qu'ils pensent avoir perdue ?

Conclusion de la Partie 1

788. La représentation des salariés se caractérise assurément par une diversité de ses sources. Issues du droit européen, du droit international, du droit étatique, de la sphère professionnelle, ce sont des normes d'horizons différents qui régissent le système de représentation des salariés. Cette diversité des sources a aussi un aspect qualitatif. Les sources de la représentation des salariés occupent en effet des rôles multiples dans la structuration du système de représentation des salariés. Les normes étatiques et supraétatiques, à la fois structurantes et surplombantes sont relayées par les normes professionnelles, qui les améliorent, les adaptent, ou les mettent en œuvre. Par ailleurs, les sources de la représentation des salariés sont porteuses de conceptions différentes des relations collectives de travail. La négociation collective peut ainsi apparaître, ou bien comme une manifestation de la liberté syndicale, ou bien comme un droit de participation des salariés. De même, la représentation des salariés dans l'entreprise peut être pensée tantôt comme un élément intégré à l'entreprise, tantôt comme un droit des salariés opposable au chef d'entreprise.

789. Quels enseignements tirer de cette diversité des sources ?

790. En premier lieu, une telle diversité conduit à faire tomber un préjugé quant au rôle de l'État dans l'organisation et la structuration des relations collectives de travail. Peut-être ce dernier reste-il le principal architecte du système de représentation des salariés. Il n'en est toutefois plus le seul, pas plus, du reste, qu'il n'est le seul maître d'œuvre. La loi se trouve "conurrencée" par d'autres sources. L'intervention de l'État se voit encadrée en amont par les normes qui reconnaissent aux salariés des libertés et des droits fondamentaux d'essence collective et complétée en aval par les normes professionnelles. Bref, l'importance des normes supraétatiques et professionnelles contredit toute idée de monopole ou d'hégémonie étatique en la matière.

791. En second lieu, la diversité des sources de la représentation des salariés révèle l'existence d'un pluralisme juridique ordonné autour de la représentation des salariés qui est leur objet commun. Bien que différentes dans leur contenu et dans les manières de concevoir le rôle de la représentation des salariés, les différentes sources s'accommodent entre elles, maintenant, si ce n'est une cohérence, du moins une stabilité au sein du système de représentation des salariés. Il y avait sans doute lieu de craindre du fait de la multiplication

des sources une perturbation de l'homéostasie de ce système¹⁴¹³. Pourtant, celle-ci semble être conservée. Les exemples du comité d'entreprise européen ou des institutions d'origine conventionnelle, reprises ou non par la loi, témoignent d'une certaine perméabilité du système aux règles qui ont vocation à le régir et de sa grande adaptabilité aux évolutions dont elles font l'objet.

792. Reste cependant la question de leur articulation. La « cartographie des sources »¹⁴¹⁴ obtenue à l'issue de cette première partie laisse le sentiment d'une structure pyramidale de type hiérarchique. Pourtant, à supposer qu'on la retienne pour existante, celle-ci n'est ni monolithique ni sans quelques renversements en son sein. Il apparaît dès lors nécessaire de mener un examen plus approfondi des rapports entre les normes ayant pour objet à la représentation des salariés.

¹⁴¹³ L'homéostasie se définit comme la tendance de l'organisme à maintenir ou à ramener les différentes constantes physiologiques (température, débit sanguin, tension artérielle, etc.) à des degrés qui ne s'écartent pas de la normale.

¹⁴¹⁴ C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 526.

Seconde partie – Articulation

793. L'articulation des sources de la représentation des salariés n'est pas régie par un principe de compétence mais par un principe hiérarchique. Aucune n'a de domaine qui lui est réservé de sorte que leur articulation s'effectue de manière verticale et non horizontale. L'ordonnement vertical des sources de la représentation des salariés détermine « *l'usage du pouvoir normatif en imposant à certains acteurs de se conformer aux productions normatives d'autres acteurs. En conséquence, "le principe (ou critère hiérarchique) est le principe en vertu duquel, en cas de conflit entre normes hiérarchisées (c'est-à-dire présentes à divers degrés de la hiérarchie matérielle de l'ordre juridique), la norme hiérarchiquement inférieure doit être considérée invalide (et doit être en conséquence être annulée)"* »¹⁴¹⁵. La pluralité des sources, reflet d'une pluralité d'ordres juridiques, interdit cependant de déduire de l'existence d'un principe hiérarchique d'articulation des normes une hiérarchie de normes linéaire. Autrement dit, la détermination du mode d'articulation entre les normes ne permet pas de caractériser le système juridique dans son ensemble¹⁴¹⁶.

794. L'absence de système parfaitement hiérarchisé rend préférable de réfléchir aux relations de normes à normes. De plus, très vite il apparaît impossible de déduire des sources en présence un rapport particulier entre les normes qui en sont issues. L'exemple de la relation de la loi et des accords collectifs de travail suffit à se rendre compte que les normes issues de deux sources du droit peuvent entretenir des relations de types différents. Particulièrement en droit du travail, la pluralité des sources se conjugue avec un pluralité de l'articulation des sources¹⁴¹⁷.

795. Cette pluralité des modes d'articulation n'empêche pas de déceler une certaine cohérence et de mettre en évidence ce vers quoi est orientée l'articulation des sources de la représentation des salariés. Les règles de la représentation des salariés s'organisent autour de deux finalités distinctes quoique complémentaires. La première est la garantie du droit des salariés à être représentés (Titre 1). La seconde est la production normative (Titre 2).

¹⁴¹⁵ R. Guastini, *Teoria dogmatica delle fonti*, Milano, A. Giuffrè, 1998, p. 233-234, cité par G. Tusseau, *op. cit.*, p. 398.

¹⁴¹⁶ P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.* 2001, p. 749.

¹⁴¹⁷ E. Jeansen, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, Economica, 2008.

Titre 1 – La garantie du droit à être représentés finalité de l’articulation des sources

796. De nombreuses règles relatives à la représentation des salariés appréhendent celle-ci comme un droit des salariés. Une telle appréhension a largement justifié le caractère d’ordre public conféré à ces règles : les droits des salariés ne sont pas disponibles. En effet, l’impérativité attachée à l’ordre public permet à celui-ci d’imposer ses exigences sans qu’il ne soit possible d’y déroger ou dy renoncer. Nul ne peut les méconnaître¹⁴¹⁸. Ce faisant, il limite les droits et les libertés en même temps qu’il les garantit¹⁴¹⁹.

797. En droit du travail, une distinction cardinale est établie entre l’ordre public social et l’ordre public absolu. Les lois relevant de l’ordre public social garantissent aux salariés un minimum de droits et d’avantages qui sont susceptibles d’être améliorés par voie conventionnelle. Les lois d’ordre public absolu s’opposent au contraire à tout aménagement conventionnel. Cette distinction rend ainsi compte de deux techniques par lequel l’ordre public en droit du travail encadre la production des normes conventionnelles.

798. Dès lors, l’affirmation d’un droit des salariés à être représentés conditionne une certaine articulation des sources de la représentation des salariés. Soit cette articulation consiste à permettre des améliorations par voie conventionnelle et se voit régie par la règle du plus favorable (Chapitre 1). Soit elle consiste à assurer le droit des salariés à être représentés au moyen de règles impératives qui ne souffrent aucune dérogation (Chapitre 2).

¹⁴¹⁸ L’ordre public serait une notion fonctionnelle. Il se caractérise ainsi par son impérativité. Il serait une technique d’éviction en ce qu’il aurait pour objet de faire prévaloir une règle et d’écarter toutes celles qui y seraient contraires. Sur les liens entre impérativité et ordre public, Cf. *supra* n° 764 (note 1379).

¹⁴¹⁹ L’ordre public présente ici davantage une dimension substantielle. Cette approche substantielle de l’ordre public conduit généralement à insister sur sa malléabilité et sa variabilité. J. Ghestin, « L’ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable*, Bruylant, 1984, p. 77 ; J. Hauser J.-J. Lemouland, « Ordre public », *Rép. droit civil*, Dalloz, 2004 ; E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l’ordre public dans l’ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L’ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du Colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 17 ; M. Mekki, *L’intérêt général et le contrat*, L.G.D.J. 2004, n° 328 s., pp. 205 s. – L’auteur analyse l’ordre public comme une notion relativement substantielle ; M.-C. Vincent-Legoux, *L’ordre public, Étude de droit comparé interne*, P.U.F., 2001. Pour cet auteur, l’ordre public est un ordre de limitation des libertés, de protection des libertés et de fondation de valeurs sociales.

Chapitre 1^{er} – L’ordre public social : une garantie perfectible

799. L’avis du 22 mars 1973¹⁴²⁰ rendu par le Conseil d’État contient un principe : en droit du travail, les lois revêtent un caractère d’ordre public. Selon la Haute juridiction administrative, « *les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail présentent un caractère d’ordre public en tant qu’elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits* ». Inversement, elles « *ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle* ».

800. L’ordre public en droit du travail n’est pas contradictoire avec la négociation collective. L’impérativité de la loi ne fait pas obstacle à la conclusion d’accords collectifs de travail dès lors qu’ils sont plus favorables aux salariés. Seul le minimum légal est intangible. Partant, des auteurs ont estimé qu’il existait un « *ordre public au sens du droit du travail* », différent de celui du droit civil¹⁴²¹. Pourtant, l’ordre public en droit du travail est davantage « *protéiforme* » et il peut être préférable d’employer l’expression d’ordre public social pour évoquer les seules lois qui admettent la conclusion d’accords collectifs plus favorables¹⁴²².

801. « *Clé de voûte du droit du travail* »¹⁴²³, l’ordre public social traduit ainsi non seulement le mécanisme par lequel l’intervention du législateur a contribué à l’essor de la négociation collective, mais encore l’articulation particulière, fondée sur la règle de faveur, que les dispositions légales nouent avec les accords collectifs de travail (Section 1).

802. La représentation des salariés n’est pas exclue de l’ordre public social, dès lors qu’elle est inscrite dans le champ de la négociation collective et qu’elle est envisagée comme un droit

¹⁴²⁰ Avis n° 310.108 du 22 mars 1973 ; *Dr. soc.* 1973, p. 514 ; *Dr. ouv.* 1973, p. 190 ; *G.A.C.E.*, 3^{ème} éd., 2008, p. 107, commentaire de G. Couturier.

¹⁴²¹ G. Lyon-Caen, « Négociation collective et législations d’ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89 ; M. Bonnechère, « L’ordre public au sens du droit du travail », *J.C.P.* 1974, 11604. *Adde.* L. Rozes, « Remarques sur l’ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311 ; T. Revet, « L’ordre public dans les relations de travail », in *L’ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires 1996, p. 43.

¹⁴²² F. Canut, *L’ordre public en droit du travail*, L.G.D.J. 2007, n° 188, p. 87 ; F. Gaudu, « L’ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Mélanges offerts à J. Ghestin*, L.G.D.J. 2001, p. 363, et spéc. p. 366.

¹⁴²³ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, P.U.F. Quadrige, 2007, p. 30.

des salariés. Les dispositions légales relatives à la représentation des salariés sont de ce fait susceptibles de faire l'objet d'accords collectifs plus favorables (Section 2).

Section 1 : La notion d'ordre public social

803. L'ordre public au sens du droit du travail est ainsi défini : il interdit de supprimer ou de réduire les avantages que les salariés tiennent de la loi mais il autorise leur amélioration ou la création de nouveaux avantages. Il conditionne une certaine articulation des normes légales et conventionnelles, régie par le principe de faveur. Seule une convention collective plus favorable au(x) salarié(s) est en mesure de faire échec à l'application de la loi. Derrière l'expression désormais commune d'ordre public social, on entend ainsi signifier que seules sont admises les "dérogations" *in melius*, révélées par l'application de la règle de faveur¹⁴²⁴.

804. Cette présentation rapide permet immédiatement de saisir au moins deux difficultés. Tout d'abord, il s'agit de déterminer si l'ordre public social détermine le processus de création des normes ou s'il conditionne également leur application. Autrement posée, la question est de savoir si l'ordre public social affecte la validité des normes, l'applicabilité des normes ou les deux (Paragraphe 1). Ensuite, de manière intimement liée, il importe de savoir si l'ordre public social se distingue de la règle de faveur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L'ordre public social : mécanisme d'habilitation ou mécanisme d'éviction ?

805. Le caractère perfectible de l'avantage légal constitue un des critères, le plus important sans doute, à partir duquel il est possible de déterminer si les interlocuteurs sociaux peuvent négocier et conclure un accord collectif. L'accord collectif respecte l'ordre public s'il respecte les « *avantages minimaux* » prévus par la loi. Plus précisément, l'accord collectif peut créer des

¹⁴²⁴ L'expression dérogation *in melius* s'oppose à celle de dérogation *in pejus*. Pourtant, parler de dérogations *in melius* peut apparaître erroné dès lors que le minimum légal est bien intangible. . Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », *in Mélanges offerts à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 242 ; J.-J. Dupeyroux, « Quelques questions », *Dr. soc.* 1990, p. 9 ; F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg 1999 ; F. Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », *in Le contrat au début du XXème siècle, Mélanges offerts à J. Ghestin*, L.G.D.J. 2001, n° 565 ; F. Canut, *L'ordre public en droit du travail, op. cit.* n° 191, p. 89 ; E. Jeansen, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail, Economica*, 2008 ; R. Vatinet, « L'ordre public », *in* B. Teyssié (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas 2009, p. 89 et spéc. p. 99 ; J.-P. Chauchard, *La conception française de la négociation collective*, A.N.R.T. 1985, p. 123. Sur la portée constitutionnelle des habilitations légales à conclure des accords collectifs plus favorables à la loi, Cf. *supra* n° 509.

nouveaux droits ou apporter une amélioration à un droit légal existant. Selon certains auteurs, cette règle est une condition de validité de l’accord¹⁴²⁵. La restriction apportée au pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux, à savoir respecter le minimum légal qui bénéficie aux salariés – fait « *partie intégrante de la règle qui confère le pouvoir de [créer des normes]* »¹⁴²⁶. Dans cette perspective, l’ordre public social s’inscrit tout entier dans la norme d’habilitation bénéficiant aux interlocuteurs sociaux. « *L’acte particulier n’existe comme norme que si l’ordre public l’admet comme tel* »¹⁴²⁷. L’ordre public social interviendrait en amont de l’édition d’une norme conventionnelle. Il serait *un mécanisme d’habilitation*. Cette conception de l’ordre public est telle que « *l’existence de normes supérieures définit autant de limitations de la compétence. Elles s’incorporent à la norme d’habilitation dont elles réduisent le champ de réglementation* »¹⁴²⁸.

806. Selon d’autres auteurs au contraire, l’habilitation à destination des interlocuteurs sociaux est indépendante de l’obligation pour eux de respecter les lois d’ordre public¹⁴²⁹. Autrement dit, l’ordre public ne serait pas affaire d’habilitation ; il ne serait qu’un *mécanisme d’éviction* visant à assurer *a posteriori* la conformité des conventions collectives aux lois

¹⁴²⁵ F. Canut, *L’ordre public en droit du travail*, L.G.D.J. 2007, n° 314, p. 151 ; P. Rémy, *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droits français et allemand de la négociation collective*, Thèse Paris X Nanterre, Dactyl., 1998, p. 391.

¹⁴²⁶ H.L.A Hart, *Le Concept de droit*, trad. Fr. M. Van de Kerchove et al., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Vol. 6, 1976, p. 93.

¹⁴²⁷ P. Deumier et T. Revet, « Ordre public », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, P.U.F. Lamy, collection quadrige, 2003, p. 1120 ; G. Tusseau, *Les normes d’habilitation*, Dalloz, 2006, pp. 301 s. : « *le principe lex superior derogat inferiori est donc partie intégrante de la compétence de tout acteur habilité* ».

¹⁴²⁸ G. Tusseau, *op. cit.* p. 305.

¹⁴²⁹ Cf. F. Bocquillon, « Vraies-fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », in *Le Droit social – le droit comparé. Études dédiées à la mémoire de P. Ortscheidt*, P.U.S., coll. Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2003, p. 25. Cet auteur considère qu’il y a lieu de distinguer entre *la force juridique des normes* et *la force obligatoire* des normes ainsi qu’entre *les normes de structure* et *les normes de conduite*. Ainsi, *la force juridique* des normes détermine la supériorité de la loi, en tant que *norme de structure*, sur la convention collective. Autrement dit, la force juridique permet de se prononcer sur les conditions de validité de l’accord collectif, telles qu’elles sont fixées par la loi et non sur la conformité de la norme conventionnelle au contenu de la loi, en tant que *norme de conduite*. Le respect de l’ordre public concerne seulement *la force obligatoire* des normes, laquelle détermine le degré d’autonomie normative laissée aux interlocuteurs sociaux. C’est à cet égard que le caractère d’ordre public de la loi (ou le caractère impératif, ce qui n’est pas distingué par l’auteur) est pris en considération : « *La force obligatoire établit ainsi la marge d’autonomie créatrice dont dispose l’auteur d’une norme inférieure, en lui indiquant ce qu’il doit respecter et ce qu’il peut écarter* », p. 36.

d'ordre public¹⁴³⁰. Cette manière d'envisager l'ordre public, en particulier en droit du travail, renvoie à une conception de la norme dans laquelle la conformité aux normes hiérarchiquement supérieures est indépendante de son existence au sein de l'ordre juridique. Le principe *lex superior derogat inferiori* serait en dehors de la norme d'habilitation¹⁴³¹.

807. Ces conceptions apparaissent toutefois trop radicales, si l'on songe aux implications contestables dont l'une et l'autre sont porteuses. La première implique que toutes les fois où un acteur édicterait une norme contraire aux normes supérieures, celle-ci serait nulle ou inexistante dès lors que la nullité constitue la conséquence attachée à la méconnaissance d'une norme d'habilitation¹⁴³². Or, le rapport hiérarchique entre la loi et la convention collective ne se traduit pas toujours par la nullité de la norme conventionnelle. Parfois, les juges décident seulement d'écarter l'accord et d'appliquer les dispositions légales. La seconde conception, où l'ordre public social est exclu de l'habilitation qui fonde le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux, conduit à admettre que ces derniers puissent édicter des normes contraires aux lois

¹⁴³⁰ Cette conception ne concerne pas uniquement la relation entre la loi et la convention collective. Ainsi, nombreux sont les auteurs qui conçoivent l'ordre public comme une technique juridique visant à résoudre des conflits de normes. Les normes en conflit peuvent être une loi et un contrat ou encore une loi d'un État et une loi étrangère. V. en ce sens, L. Julliot de la Morandière, « *L'ordre public en droit privé interne*, in *Études H. Capitant*, 1939, pp. 381 et spéc. p. 383 : « *La notion d'ordre public suppose un conflit entre la source générale et la source secondaire [...]* ».

¹⁴³¹ D'aucuns estiment qu'il existe une nécessaire distinction entre *validité* et *conformité* des normes : Cf. O. Pfersmann, art. préc., *op. cit.*, p.783 ; « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, P.U.S., n°1, 1997, p.307 : « *La non-conformité n'empêche pas la validité : pour qu'une norme soit valide, il faut et il suffit que les conditions de la procédure de production aient été respectées* ». Sans rompre avec cette conception, certains préfèrent distinguer l'*existence* et la *validité* d'une norme. Il s'agirait de distinguer entre l'appartenance d'une norme à un ordre juridique et le rapport hiérarchique entre normes existantes. Tandis que l'existence de la norme dépendrait de la conformité de certaines actions à la norme d'habilitation, la validité de la norme serait conditionnée au respect des normes supérieures ; P. Amslek, « Une fausse idée claire : La hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 983 : « *Est également une pure pétition de principe l'affirmation selon laquelle il n'y a que des normes "valables" et qu'une norme est "valable" ou n'est pas. Comment peut-on sérieusement soutenir qu'une réglementation édictée par une autorité publique selon une procédure irrégulière ne serait pas une réglementation, une réglementation entachée d'irrégularité certes, mais une réglementation ?* ». Contra G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.* p. 304.

¹⁴³² F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, L.G.D.J. 2007, n° 199, p. 92 et n° 314, p. 151 : « *Toute disposition moins favorable contenue dans une convention ou un accord collectif, un engagement unilatéral de l'employeur, voire le contrat individuel de travail est nulle ou encourt l'annulation* » ; N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J., 1980, p. 65 ; Comp. A. Bugada, *L'avantage acquis en droit du travail*, P.U.A.M., 1999, n°151. Selon cet auteur, la convention collective moins favorable qu'une loi, adoptée antérieurement, est nulle. En revanche, l'adoption d'une loi plus favorable que les conventions collectives en vigueur rend celles-ci inopposables.

d’ordre public social qui leur sont hiérarchiquement supérieures. Le droit ne serait pas seulement porteur de conflit de normes ; il les "encouragerait". Cela étant, cette conception ne résout pas la question de la sanction. Il y a toujours lieu de se demander si, pour évincer la norme contraire à l’ordre public, il convient de l’annuler ou, plus modestement, d’en écarter l’application.

808. Pour avancer et comprendre si l’exigence d’un accord plus favorable relève ou non de l’habilitation donnée aux interlocuteurs sociaux, il importe de poursuivre en recherchant les raisons de la distinction entre l’ordre public social et le principe de faveur.

Paragraphe 2 - Ordre public social et principe de faveur : les raisons d’une distinction

809. Selon une partie des auteurs, une filiation conceptuelle forte existe entre l’ordre public social et le principe de faveur. Ce lien interdirait de pouvoir les envisager de manière autonome¹⁴³³. L’ordre public au sens du droit du travail suppose l’application du principe de faveur ; réciproquement, le principe de faveur donnera à l’ordre public en droit du travail une « coloration particulière »¹⁴³⁴. Pour ces auteurs, le principe de faveur, qui est lié à l’ordre public au sens du droit du travail, affecte à la fois le mode d’élaboration des conventions collectives et leur application.

810. La relation ainsi envisagée entre l’ordre public social et la règle de faveur ouvre sur une appréhension plus large de la sanction de l’accord collectif moins favorable que la loi. De manière classique, la violation d’une loi d’ordre public social pourra, dans certaines hypothèses, conduire à l’annulation de la norme conventionnelle¹⁴³⁵. Cependant, elle sera, dans d’autres hypothèses, sanctionnée uniquement par la mise à l’égard de la norme conventionnelle. Pour Mme M.-A. Souriac, une telle sanction s’explique par la méthode de

¹⁴³³ M. Bonnechère, « L’ordre public en droit du travail, ou la légitime *résistance* du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouv.* 1988, p. 171 et s ; M.-A. Souriac, G. Borenfreund, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 73 ; M.-L. Morin, *Le droit des salariés à la négociation collective*, *op. cit.*, n° 20 et s ; T. Revet, art. préc., pp. 47-48 ; P. Rémy, *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droits français et allemand de la négociation collective*, Thèse Paris X Nanterre, Dactyl., 1998, p. 391.

¹⁴³⁴ G. Lyon-Caen, note sous Soc, 22 mars 1963, D. 1964, p. 139.

¹⁴³⁵ M. Bonnechère, art. préc., p. 411 ; Voir également F. Canut, *L’ordre public en droit du travail*, L.G.D.J., pp. 92 s. et pp. 150-153 ; N. Meyer, *L’ordre public en droit du travail*, L.G.D.J. 2006, pp. 210 et s. ; N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J. 1980, p. 65 ; implicitement voir. G. Lyon-Caen, « Négociation collective et législation d’ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 115.

comparaison que requiert la règle de faveur dans les rapports loi/accord collectif. Les juges opèrent une comparaison analytique, c'est-à-dire avantage par avantage, appliquant le plus favorable au salarié dont l'intérêt est le seul pris en compte¹⁴³⁶. On comprend alors que, d'un salarié à l'autre, selon les circonstances qui lui sont propres, la solution est susceptible de varier. Partant, l'annulation n'est pas toujours la sanction permettant le mieux d'assurer le respect de l'ordre public social. L'important est moins d'éradiquer la norme conventionnelle que d'appliquer au salarié le minimum légal que lui garantit la loi. L'inopposabilité de la clause moins favorable suffit alors à faire respecter les exigences de l'ordre public¹⁴³⁷.

811. D'autres auteurs adhèrent à une conception plus traditionnelle de l'ordre public, ou du moins, plus proche de celle qui a cours en droit civil : la notion d'ordre public social ne saurait véritablement être rattachée à celle d'ordre public. En effet, ce dernier s'oppose à toute dérogation. Or, tel n'est pas le cas de l'ordre public social qui admet des "dérogations" *in melius*. La notion d'ordre public social constituerait même un abus terminologique¹⁴³⁸. Selon M. G. Couturier, « *A ces relativisations déformantes du concept d'ordre public, il faut, sans doute, préférer la référence directe au principe de faveur* »¹⁴³⁹. Cette position est également défendue par M. X. Prétot¹⁴⁴⁰, ou encore par M. Y. Chalaron¹⁴⁴¹. Il s'agirait de techniques différentes. Alors que l'ordre public se placerait sur le terrain de la validité des normes, le principe de faveur conditionnerait l'applicabilité de celles-ci : « *Le principe de faveur, à la différence de l'ordre public, n'intéresse pas la formation des actes conventionnels. Il est simplement une règle de solution des concours de normes* »¹⁴⁴². Pour asseoir cette idée, les

¹⁴³⁶ M.-A. Souriac art. préc., *Dr. soc.* 1996, p. 401. Dans le même sens, P. Rémy, *op. cit.* p. 391.

¹⁴³⁷ Cf. également, N. Meyer, *L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, L.G.D.J. 2006, n° 579, pp. 296-297.

¹⁴³⁸ En ce sens G. Couturier, « L'ordre public de protection : heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Études offertes à J. Flour, Defrénois*, 1978, p. 95 ; Y. Chalaron, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *op. cit.* p. 35, « L'application de la disposition la plus favorable », *op. cit.*, p. 243 ; Voir également F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, L.G.D.J. p. 151 ; N. Meyer, *op. cit.*, pp. 210 et s.

¹⁴³⁹ G. Couturier, *Traité de droit du travail, tome 2 Les relations collectives de travail*, P.U.F. 2001, p. 481.

¹⁴⁴⁰ X. Prétot, « Conventions et accords collectifs : principes généraux du droit et accords dérogatoires », *R.J.S.* 1994, p. 819 ; « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *Travail et emploi*, 1997, p. 4.

¹⁴⁴¹ Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », *in Les Transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 243 ; « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 355 et spéc. p. 357.

¹⁴⁴² Y. Chalaron, « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 355 et spéc. p. 357 ; *Adde* « L'application de la disposition la plus favorable », *in Les Transformations du droit*

auteurs invoquent une différence de fondement. Ainsi, l’ordre public social n’a que pour seul fondement l’article L. 2251-1 du Code du travail. La règle de faveur a pour fondement, outre l’article L. 2251-1 du Code travail, les articles L. 2254-1, L. 2252-1 et L.2253-1 du Code du travail. Reconnue comme principe fondamental du droit du travail, elle aurait vocation générale à s’appliquer pour régir toute sorte de concours de normes. Selon d’autres auteurs, les raisons de la distinction seraient ailleurs. Le principe de faveur serait un principe général d’articulation des sources en droit du travail. D’une portée moindre, mais non sans lien avec le principe de faveur, l’ordre public social ne concernerait que l’articulation de la loi et de la convention collective, supposant ainsi la présence d’une norme d’origine étatique¹⁴⁴³.

812. Les enjeux de la distinction sont pluriels. Il peut s’agir simplement d’indiquer que la règle de faveur s’applique à d’autres rapports de normes que celui de la loi et de la convention collective. Mais distinguer l’ordre public et le principe de faveur peut aussi signifier que l’application de la règle de faveur dans les rapports loi/convention collective n’est pas liée à l’impérativité de la loi en droit du travail. Dans cette perspective, la règle de faveur pourrait être applicable bien que la loi soit supplétive de la volonté des parties à la convention collective¹⁴⁴⁴. L’enjeu ne consiste plus seulement dans la détermination de l’avantage auquel peut prétendre le salarié. Il s’agit bien plus de questionner le rapport hiérarchique entre la loi et la convention collective au sein de la hiérarchie des normes et, plus exactement, si l’on se réfère à la terminologie de M. N. Aliprantis, de questionner la hiérarchie des normes selon leur force juridique¹⁴⁴⁵.

du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 243 ; J. Pélissier, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail », in *Mélanges dédiés au président M. Despax*, Presses de l’Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 438 et spéc. p. 439. À dire vrai, M. J. Pélissier envisage le principe de faveur plus comme un *principe-idée* que comme un *principe-règle*. Il tente en effet de découvrir dans l’histoire et l’état du droit du travail l’idée de faveur qui le traverse et d’en apprécier la mesure.

¹⁴⁴³ F. Canut, *L’ordre public en droit du travail*, L.G.D.J., 2007, p. 91 et p. 149.

¹⁴⁴⁴ Y. Chalaron, « L’accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 357 et spéc. p. 358 ; « L’application de la disposition la plus favorable », art. préc., *op. cit.* n°7, p. 248.

¹⁴⁴⁵ N. Aliprantis, *La Place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J. 1980, p. 40. L’auteur distingue la hiérarchie des normes selon le conditionnement et la hiérarchie des normes selon la force juridique. Ces deux hiérarchies coexisteraient mais seraient indépendantes l’une vis-à-vis de l’autre de sorte qu’« *il est possible qu’une norme soit dite supérieure à une norme dite inférieure selon la hiérarchie selon le conditionnement mais dans un rapport d’égalité selon la hiérarchie selon la force juridique* ». Autrement dit, on ne saurait déduire de la hiérarchie selon le conditionnement des normes un rapport hiérarchique selon la force juridique. Comp. F. Bocquillon, *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg, 1999 ; « Vraies-fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », p.25 in *Le Droit social –le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de*

813. La pensée de M. A. Jeammaud ouvre une troisième voie. Cherchant à déterminer la positivité et la teneur du principe de faveur, cet auteur considère que la première phrase de l'ancien article L. 132-4 du Code du travail, devenu l'article L. 2251-1, « *fonde seulement la validité [des dispositions conventionnelles]* »¹⁴⁴⁶. Quelques lignes plus loin, il affirme au sujet de l'ancien article L. 135-2, désormais codifié à l'article L. 2254-1 :

« Voilà, " la règle du plus favorable", dont on a souligné qu'il s'agissait d'une « règle expresse de solution des concours de normes simultanément applicables, qui ne se confond pas avec les règles de création de normes". Alors qu'elle est couramment confondue avec celle de l'art. L. 132-4 comme support de l'ordre public social, il conviendrait d'en reconnaître "l'autonomie et l'originalité" au service de "la protection avancée" des salariés. Elle serait étrangère à la question de l'ordre public, dont il faudrait cesser de croire qu'il imprime son sceau à toutes les lois du travail »¹⁴⁴⁷.

814. De ces lignes ressort l'affirmation d'une dichotomie forte entre l'ordre public social et la règle du plus favorable. Toutefois, l'auteur poursuit par la constatation d'une « *matrice commune* », d'une « *sorte de nom de famille* » commun à un ensemble de règles relatives aux accords collectifs de travail. Partant, il soutient que, par une « *induction amplifiante* », il est possible de découvrir « *une règle d'un plus haut niveau de généralité* ». Ce serait cette règle

P. Ortscheidt, P.U.S, coll. Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2003, p. 25. Selon cet auteur, il y a lieu de distinguer entre *la force juridique des normes* et *la force obligatoire* des normes ainsi qu'entre *les normes de structure* et *les normes de conduite*. Ainsi, *la force juridique* des normes détermine la supériorité de la loi, en tant que *norme de structure*, sur la convention collective. Autrement dit, la force juridique permet de se prononcer sur les conditions de validité de l'accord collectif, telles qu'elles sont fixées par la loi. De manière différente, la *force obligatoire* répond à la question de la conformité de la norme conventionnelle au contenu de la loi, en tant que *norme de conduite*. Seule *la force obligatoire* des normes détermine le degré d'autonomie normative laissée aux interlocuteurs sociaux. C'est à cet égard que le caractère d'ordre public de la loi (ou le caractère impératif, ce qui n'est pas distingué par l'auteur) est pris en considération : « *La force obligatoire établit ainsi la marge d'autonomie créatrice dont dispose l'auteur d'une norme inférieure, en lui indiquant ce qu'il doit respecter et ce qu'il peut écarter* », p. 36.

¹⁴⁴⁶ A. Jeammaud, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115, spéc. p. 117.

¹⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 117. Cela étant, une interrogation est née de la recodification. La disposition issue de l'ancien article L. 135-2, désormais codifiée à l'article L. 2254-1, figure dans le chapitre intitulé « *Rapports entre conventions et accords collectifs de travail et contrat de travail* ». Cette place au sein du Code du travail conduit à se demander si cette disposition n'a pas perdu la portée générale que lui reconnaissait M. A. Jeammaud. Cette disposition a d'abord été le fondement de l'effet normatif des conventions collectives. Elle a ensuite fondé une certaine articulation de l'accord collectif et du contrat individuel de travail. Aussi bien l'énoncé lui-même que les raisons qui sont à l'origine de son édicton permettaient plus largement de fonder le rayonnement de l'accord collectif de travail à l'égard des sources du droit du travail, conventionnelles ou patronales. Est-ce toujours le cas ?

qu’il conviendrait de nommer principe de faveur ; sa teneur aurait une ampleur telle qu’il recouvrirait une règle de conflit, un principe de « *non-cumul des avantages découlant respectivement des règles en concours* », et une dimension relative à la « *validité d’actes producteurs d’autres règles de droit* »¹⁴⁴⁸. Finalement, ce serait le principe de faveur qui, premier et faisant figure de principe-règle, surplomberait l’ordre public social.

815. « *Affaire de regard doctrinal* »¹⁴⁴⁹. Pour notre part, nous partageons la position selon laquelle la règle de faveur est une règle de résolution des conflits de normes. Cela ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle, « *en cas de conflit de normes, c’est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* »¹⁴⁵⁰. Cependant, nous réfutons qu’elle soit « *étrangère à la notion d’ordre public* »¹⁴⁵¹. En effet, si les règles régissant la création des normes se distinguent de celles qui régissent leur application, l’une et l’autre intéressent l’ordre public¹⁴⁵². L’interdiction faite aux interlocuteurs sociaux de conclure des accords collectifs moins favorables participe de la définition de leur norme d’habilitation. De plus, cette interdiction conduit le juge, le cas échéant, à écarter la norme conventionnelle, si celle-ci s’avère moins favorable que la loi pour le salarié¹⁴⁵³. Ce serait donc moins le principe de faveur qui surplomberait la résolution des concours de normes et la validité de celles-ci que l’ordre public lui-même. L’ordre public vise, en droit du travail comme ailleurs, à résoudre des conflits de normes¹⁴⁵⁴. Il constitue un mécanisme d’éviction qui, en droit du travail, s’opère en principe à travers la mise en œuvre de règle de faveur : « *en présence de la majeure partie des dispositions législatives, dont l’impérativité est acquise, la règle du plus favorable constitue le*

¹⁴⁴⁸ *Ibidem*, pp. 120 et 121 ; Adde, S. Laulom, N. Merley, « La fabrication du principe de faveur », *R.D.T.* 2009, p. 219.

¹⁴⁴⁹ M.-A. Souriac et à G. Borenfreund, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 73.

¹⁴⁵⁰ Soc. 17 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n° 296 et 297.

¹⁴⁵¹ Formule de M. Y. Chalaron, « L’application de la disposition la plus favorable », *in Les transformations du droit du travail, Mélanges offerts à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 243.

¹⁴⁵² F. Bocquillon, « Que reste-t-il du principe de faveur », *Dr. soc.* 2001, p. 255 ; Cf. également, M. Bonnechère, « La loi, la négociation collective et l’ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouv.* 2001, p. 411 (spéc. pp. 420 et 424).

¹⁴⁵³ Soc. 25 novembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 573 ; *Dr. soc.* 1993, p. 63 : « *s’il est possible de déroger, par convention ou accord collectif, aux dispositions de l’article 616 du Code civil local, la dérogation ne peut pas, en vertu du principe fondamental du droit du travail énoncé dans l’article L. 132-4 du Code du travail, être opposée au salarié si elle est moins favorable à ce dernier* ».

¹⁴⁵⁴ L. Julliot de la Morandière, « L’ordre public en droit privé interne, *in Études de droit civil en l’hommage de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 381 : « *La notion d’ordre public suppose un conflit entre la source générale et la source secondaire [...] Ce conflit existe le plus souvent entre la loi générale et la volonté individuelle [ou] entre la loi d’un État et la loi d’origine étrangère* », p. 384.

cœur historique des rapports de la loi et de la convention collective, lorsque ces deux sources sont en concurrence »¹⁴⁵⁵. Toutefois, le principe de faveur, en tant que règle de conflit, n'a pu connaître un tel essor qu'en raison du minimum intangible imposé par la loi¹⁴⁵⁶. « *C'est de sa consécration que l'autonomie collective a tiré juridiquement son existence même* »¹⁴⁵⁷. Plus encore, l'impérativité dont l'a doté le législateur¹⁴⁵⁸ a certainement contribué à lui conférer sa valeur principielle¹⁴⁵⁹. Il revient au juge d'apprécier si les dispositions conventionnelles peuvent ou non s'appliquer au regard de leur caractère plus favorable. Intervenant au stade de l'application des normes à travers le principe de faveur, l'ordre public social est alors mobilisé comme moyen d'éviction. Par ailleurs, dans la mesure où l'ordre public s'appuie sur d'autres mécanismes que le seul principe de faveur, il nous apparaît bien que celui-là prime sur celui-ci.

816. Cette appréhension des rapports entre l'ordre public social et le principe de faveur conduit assez naturellement à une certaine relativité quant aux conséquences tirées de sa méconnaissance. À dire vrai, la manière dont se noue le contentieux est primordiale. Dans le cadre de litiges portant sur un avantage individuel, le plus souvent les salariés sollicitent l'application d'une norme plutôt qu'une autre ; le juge n'est généralement pas invité à se prononcer sur la validité de la norme conventionnelle. Ainsi décidera-t-il de ne pas appliquer la disposition conventionnelle mais plutôt la loi si celle-ci s'avère en définitive plus favorable¹⁴⁶⁰. Dans certaines décisions, comme a pu le suggérer Mme M.-A. Souriac, la mise à l'écart de la norme conventionnelle résulte de la manière d'apprécier le plus favorable. Ainsi,

¹⁴⁵⁵ M.-A. Souriac et G. Borenfreund, art. préc., p. 72.

¹⁴⁵⁶ En ce sens, M.-A. Souriac et G. Borenfreund, art. préc., p. 74. C. Fourcade, *L'autonomie collective des partenaires sociaux*, L.G.D.J. 2006, n° 80, pp. 62-63.

¹⁴⁵⁷ M.-A. Souriac et G. Borenfreund, art. préc., p. 72.

¹⁴⁵⁸ A. Jammaud souligne lui-même le caractère d'ordre public du principe de faveur : art. préc. p. 124.

¹⁴⁵⁹ D'une part, le principe de faveur a acquis la valeur de principe – principe général du droit, principe fondamental du droit du travail ou encore principe fondamental au sens de l'article 34 de la Constitution. D'autre part, il est un « *principe-règle* » en ce qu'il a vocation à s'appliquer indépendamment d'une référence textuelle et en ce qu'il revêt une autorité particulière en vue de « l'interprétation d'autres dispositions ». V. A. Jammaud « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115, spéc. p. 122.

¹⁴⁶⁰ Soc, 27 février 1986, *Bull. civ.* V, n° 50 ; Soc, 25 novembre 1992, *Dr. soc.* 1993, p. 63 ; Soc, 11 octobre 1994, *Bull. civ.* V, n° 265 : « *s'il est possible de déroger, par convention ou accord collectif, aux dispositions de l'article 616 du Code civil local, la dérogation ne peut pas, en vertu du principe fondamental du droit du travail énoncé dans l'article L. 132-4 du Code du travail, être opposée au salarié si elle est moins favorable à ce dernier* » ; Pour un exemple récent : Soc, 7 mars 2012, n° 10-19.073 (publié) s'agissant d'un concours entre les minima prévus par la convention collective nationale du sport et le S.M.I.C.

dans une décision du 4 janvier 2000, la Cour de cassation écarte la norme conventionnelle au motif « *les dispositions de la convention collective étaient, dans la situation particulière des deux salariés, moins favorables que celles de l'article 616 du Code civil local* »¹⁴⁶¹. Quelques décisions cependant peuvent laisser croire que la nullité est encourue¹⁴⁶². Lorsque l’avantage litigieux est un avantage d’essence collective, il n’est pas rare que la demande formulée devant le juge soit une demande en annulation. Dans ce cas, de l’application du principe de faveur pourra dépendre la validité de la norme conventionnelle¹⁴⁶³, parfois sa caducité si le litige naît avant l’entrée en vigueur de la loi nouvelle¹⁴⁶⁴. Néanmoins, une telle sanction n’est pas toujours requise. La demande porte parfois seulement sur un acte subséquent : la désignation d’un représentant des salariés¹⁴⁶⁵, le processus électoral¹⁴⁶⁶, le paiement des heures de délégation¹⁴⁶⁷.

Finalement, la représentation des salariés ne serait pas plus marquée par l’ordre public que d’autres aspects du droit du travail. Par ailleurs, l’ordre public social serait moins une déformation de la notion civiliste d’ordre public que l’ordre public lui-même serait une notion malléable, dans son contenu comme dans ses effets. La dimension fonctionnelle de l’ordre public fait néanmoins de lui une règle de conflit¹⁴⁶⁸ et un mécanisme d’éviction¹⁴⁶⁹. Il établit

¹⁴⁶¹ Soc, 4 janvier 2000, *Bull. civ. V*, n° 1 ; *R.J.S.* 2/00, n° 219.

¹⁴⁶² Soc, 8 janvier 2002, *Bull. civ. V*, n° 7 ; *Dr. soc.* 2002, p. 427, obs. J. Savatier : « *D'une part, l'Accord national du 14 mai 1992 ne pouvait valablement comporter une disposition moins favorable que celle résultant de la loi et, d'autre part, que l'article L. 514-1 du Code du travail commandait de prendre en compte le temps passé par la salariée dans ses fonctions de conseiller prud'hommes* » ; Soc, 17 juin 2009, *Bull. civ. V*, n° 156 : « *qu'en statuant comme elle a fait, en retenant que l'article 12 IX de la loi du 19 janvier 2000 pouvait valider des dispositions conventionnelles moins favorables que les dispositions légales alors en vigueur, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Il s’agissait en l’espèce d’un litige relatif à la réévaluation de l’horaire de travail d’une salariée à temps partiel compte tenu de la différence entre l’horaire contractuellement prévu et l’horaire moyen réellement effectué.

¹⁴⁶³ Cf. Soc, 27 octobre 1982, *Bull. civ. V*, n° 590 ; Soc, 5 mai 1993, n° 90-12.996, *Dr. soc.* 1993, p. 656, note M. Cohen.

¹⁴⁶⁴ Soc, 20 mars 1985, *Bull. civ.* n°199.

¹⁴⁶⁵ S’agissant de la désignation d’un délégué syndical : Soc, 27 février 1980, *Bull. civ. V*, n° 198 ; Soc, 16 janvier 1991, n° 89-61.498 (inédit). S’agissant de la désignation d’un représentant au C.H.S.C.T : Soc, 7 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 146. S’agissant de la validité d’un accord collectif relatif aux heures de délégation : C.A. Paris, 30 janvier 1989, *Juris data* : 1989-021537.

¹⁴⁶⁶ Soc, 5 décembre 2000, n°99-60.396 (inédit) ; comp. Soc, 24 mai 2006, *Bull. civ. V*, n° 187.

¹⁴⁶⁷ C.A. Paris, 30 janvier 1989, n° *Juris data* : 1989-021537.

¹⁴⁶⁸ L. Julliot de la Morandière, art. préc. p383.

¹⁴⁶⁹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 411, 2004, p.205 pour qui l’ordre public peut être défini, notamment, comme un mécanisme d’éviction. Ce faisant, « *l'ordre public intègre le contrat dans une hiérarchie des intérêts publics et/ou privés par référence à une grille de valeurs jugées fondamentales, à un moment donné, dans un ordre juridique donné* », p. 208.

entre les normes une relation qui répond à « *un principe hiérarchique* »¹⁴⁷⁰ où la norme jugée supérieure hiérarchiquement imposera ses exigences à celle qui lui est inférieure¹⁴⁷¹. Ainsi, derrière les lois d'ordre public social c'est une certaine articulation de la loi et de l'accord collectif qui est instituée.

Section 2 : L'articulation des normes imposée par l'ordre public social

817. L'avis du Conseil d'État du 22 mars 1973 a été rendu à propos de l'extension de dispositions conventionnelles relatives à la représentation des salariés et de l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. Dans un même mouvement, la Haute juridiction administrative reconnaît le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux en matière de représentation des salariés et le caractère d'ordre public des dispositions légales relatives à la représentation des salariés dans l'entreprise et à l'exercice du droit syndical¹⁴⁷². Autrement dit, l'ordre public social a « *une signification double [...] : celle d'assurer un minimum intangible ; tout en réservant à la convention une possibilité de déroger à la loi en dépassant ce minimum* »¹⁴⁷³. Seulement le caractère d'ordre public social n'est reconnu qu'autant que les dispositions légales « *garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits* »¹⁴⁷⁴ (Paragraphe 1).

818. Dans ce cas, le concours possible de la loi avec un accord collectif est résolu par l'application de la norme la plus favorable. Les termes de la comparaison permettront de révéler celle qui contient l'avantage le plus favorable aux salariés (Paragraphe 2).

¹⁴⁷⁰ P. Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.*, 2001, n°4, p. 749 : « *Est aujourd'hui remise en cause une certaine conception de la hiérarchie des normes, celle d'un système hiérarchique conçu comme un ensemble explicatif global de l'ordre juridique [...]. Tend en revanche à se développer un principe hiérarchique conçu comme un simple mode de résolution des conflits de normes* ».

¹⁴⁷¹ N. Aliprantis, *La Place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J. 1980, p. 40 ; E. Picard, « Introduction générale : Les fonctions de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics ?*, Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 17, et spéc. p. 24 et p. 32.

¹⁴⁷² Sur l'appartenance de la représentation des salariés au champ de la négociation collective, Cf. *supra* Partie 1 Titre 2 Chapitre 2.

¹⁴⁷³ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995, p. 39 ; « Négociation collective et législation d'ordre public », *Dr. ouv.* 1973, p. 89.

¹⁴⁷⁴ C.E. avis, 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 514 ; Avis n° 310.108 du 22 mars 1973, *G.A.C.E.*, 3e éd., 2008, p. 107.

Paragraphe 1 – L’identification des lois d’ordre public social en matière de représentation des salariés

819. La représentation des salariés ne fait pas exception dans le droit du travail. Les dispositions légales qui la régissent sont par principe d’ordre public social. Elles sont perfectibles (A). Pour le déterminer, il importe d’identifier les avantages légaux qui sont susceptibles de recevoir des améliorations (B).

A. La perfectibilité : critère de l’ordre public social

820. Le fondement général de l’ordre public en droit du travail figure à l’article L. 2251-1 du Code du travail. Suivant cette disposition, « *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d’ordre public* ». Le Conseil d’État livre dans son célèbre avis du 22 mars 1973 une interprétation de cette disposition, qu’il applique aux règles relatives à la représentation des salariés. Il distingue les règles d’ordre public social – qui sont perfectibles par voie conventionnelle – de celles qui sont d’ordre public absolu – qui ne tolèrent aucune dérogation quelle qu’elle soit, distinction essentielle à la compréhension de l’agencement des normes en droit du travail¹⁴⁷⁵. Les premières constituent le principe, les secondes sont l’exception¹⁴⁷⁶.

821. Ainsi, aux termes de cette décision, les accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés, de droit syndical ou de négociation collective connaissent en principe les mêmes rapports avec la loi que tout accord collectif de travail. Inscrits dans le champ de la négociation collective, les accords collectifs relatifs à la représentation des salariés sont soumis à l’article L. 2251-1 du Code du travail¹⁴⁷⁷. Le principe du caractère d’ordre public

¹⁴⁷⁵ Avis n° 310.108 du 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 514 ; *G.A.C.E.*, 3^{ème} éd., 2008, p. 107. G. Lyon-Caen avait proposé une interprétation de cette disposition différente. Selon lui, « *les deux phrases de l’art. 31 (a) [L. 2251-1 C. trav. nouv.] ne doivent pas être à notre avis interprétées séparément l’une de l’autre : c’est parce que la convention collective ne peut mentionner que des dispositions plus favorables aux travailleurs qu’il lui est interdit de déroger aux dispositions d’ordre public définies par les lois et règlements* » (« Négociation collective et législation d’ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89, spéc. note 36. Dans le même sens, J.-A. Ramos-Lopez, *L’ordre public en droit du travail*, Thèse Nice, 1977.

¹⁴⁷⁶ Sur l’idée que les lois en droit du travail revêtaient, par principe, un caractère d’ordre public social, cf. N. Aliprantis, *La place des conventions collectives dans la hiérarchie des normes*, *op. cit.* p. 179 ; T. Revet, « L’ordre public dans les relations de travail », *in L’ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p. 44 et spéc. p. 52 ; F. Canut, *op. cit.* p. 101, n° 217.

¹⁴⁷⁷ Sur l’appartenance des relations collectives au champ de la négociation collective, cf. *supra* n° 585.

social des dispositions relatives à la représentation des salariés est rappelé par des habilitations légales spécifiques telles que l'article L. 2141-10 relatif à l'exercice du droit syndical et à l'institution des délégués syndicaux, l'article L. 2312-6 relatif à la désignation et à la mise en place des délégués du personnel ou encore l'article L. 2325-4 relatif au fonctionnement et aux pouvoirs du comité d'entreprise. Ces habilitations spéciales n'excluent pas en effet l'application des règles de droit commun ; elles confirment l'appartenance de ces matières à l'ordre public social. Pour rappel, la Cour de cassation, et plus précisément sa deuxième chambre civile, a d'abord interprété ces dispositions de manière restrictive comme attribuant aux interlocuteurs sociaux un pouvoir spécial de négocier, exclusif de leur compétence de principe. Ce n'est qu'à la suite de la loi du 13 juillet 1971 et de l'avis du Conseil d'État de 1973 que la chambre sociale de la Cour de cassation, devenue compétente, interprétera ces dispositions comme autorisant plus largement la conclusion d'accords collectifs à condition toutefois d'être plus favorables¹⁴⁷⁸. Si la loi du 27 décembre 1968 relative à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise a toujours indiqué le caractère perfectible des dispositions légales, il faudra attendre celle du 28 octobre 1982 pour que cela soit précisé concernant les règles relatives aux délégués du personnel et la recodification de 2008 pour celles relatives au comité d'entreprise¹⁴⁷⁹.

822. Toutefois l'affirmation d'un tel principe n'a pas écarté toutes les incertitudes entourant la faculté des interlocuteurs sociaux de conclure des accords collectifs plus favorables. Deux exemples sont de nature à s'en convaincre.

823. Le premier concerne la matière électorale, et plus précisément la détermination du nombre et de la composition des collèges électoraux. Dès les lois de 1946 relatives aux

¹⁴⁷⁸ Sur l'abaissement de la condition d'âge fixée par la loi : Soc, 17 octobre 1973, *Bull. civ. V*, n° 486 ; Sur les conditions d'électorat et d'éligibilité : Soc, 20 janvier 1977, *Bull. civ. V*, n° 44 ; Sur l'augmentation du nombre de représentants à élire : Soc, 20 juillet 1982, *Bull. civ. V*, n° 508. (Cf. antérieurement, 2^{ème} civ., 15 mars 1962, *Bull. civ. II*, n° 309) ; Sur la création de nouveaux avantages relatifs au remplacement des représentants des salariés titulaires : Soc, 11 octobre 1978, *Bull. civ. V*, n° 661.

¹⁴⁷⁹ Sur l'articulation des habilitations spéciales de négocier en matière de représentation des salariés avec la compétence de principe reconnue aux interlocuteurs sociaux, cf. *supra* n° 601 s.. Comp. F. Canut, *L'ordre public en droit du travail, op. cit.* n° 226, p. 105 : « *S'agissant des institutions représentatives du personnel, elles ont été adoptées afin de montrer la faveur du législateur à des améliorations conventionnelles, dans un domaine longtemps marqué du sceau de l'ordre public absolu. En effet, la jurisprudence se montrait réticente à toute négociation en la matière. En précisant que telle ou telle règle était susceptible d'être aménagée au profit des salariés, le législateur, ou le pouvoir exécutif, les faisait basculer, sans que le doute ne soit possible, dans le domaine de l'ordre public social* ».

délégués du personnel et à l’institution du comité d’entreprise, le législateur a autorisé la négociation collective sur le sujet. Or, le caractère perfectible de ces dispositions n’est pas clairement énoncé. Pour déterminer si ces dispositions relèvent de l’ordre public social ou si, au contraire, elles autorisent la conclusion de clauses dérogatoires, on doit déterminer si elles présentent un caractère perfectible.

Dans un premier temps, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, les dispositions relatives aux collèges électoraux relevaient de l’ordre public social¹⁴⁸⁰. A la suite des lois des 28 octobre 1982¹⁴⁸¹ et 9 juillet 1984, la modification du nombre et de la composition des collèges électoraux sera soumise à la seule conclusion d’un accord unanime. Depuis, la référence à la règle de faveur et l’appartenance à l’ordre public social semblent abandonnées¹⁴⁸².

824. Un second exemple apparaît dans les dispositions légales relatives au fonctionnement du comité d’entreprise. L’ancien article L. 434-12 du Code du travail n’exigeait pas explicitement que les accords collectifs relatifs aux pouvoirs et au fonctionnement du comité d’entreprise soient plus favorables que la loi. La nécessité d’un accord plus favorable à la loi sera précisée à l’occasion de la recodification¹⁴⁸³. Cependant, il demeure toujours difficile de savoir si et dans quelle mesure les dispositions légales relatives au fonctionnement du comité d’entreprise sont perfectibles. Cette difficulté explique les réticences à ce qu’un accord collectif intervienne dans ce domaine, d’autant que jusqu’à la recodification de 2008, l’article L. 434-12 ne précisait pas qu’il fallait que l’accord soit plus favorable à la loi. C’est peut-être pourquoi il était préférable que le législateur intervienne afin d’autoriser et d’encadrer la conclusion d’accords de méthode déterminant les modalités d’information et de consultation du comité d’entreprise.

825. Ces deux exemples révèlent quelques-uns des enjeux qui sont attachés à la détermination du caractère perfectible des dispositions légales.

¹⁴⁸⁰ Soc, 18 mars 1982, *Bull. civ. V*, n° 186 ; Soc, 16 janvier 1985 ; *Bull. civ. V* n° 24 ; *D.* 1985, p. 439 ; note A. Lyon-Caen. Ce dernier doute du caractère du plus favorable.

¹⁴⁸¹ *Adde* Circ. Min. 25 octobre 1983, relative à l’application de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, art. 2.2.2. ; *J.O.R.F.* 10 décembre 1983, p. 1204.

¹⁴⁸² Soc, 10 octobre 1990, *Bull. civ. V*, n° 444 ; Soc, 16 novembre 1993, *Bull. civ. V*, n° 276. La loi du 20 août 2008 n’a pas modifié les dispositions relatives à la modification conventionnelle des collèges électoraux.

¹⁴⁸³ Cf. Art. L. 2325-4 *C. trav.*

En premier lieu, la perfectibilité des dispositions légales permet de fixer la ligne de départ entre ce qui est négociable et ce qui ne l'est pas. Par principe, les dispositions légales sont perfectibles¹⁴⁸⁴. En l'absence de précision et à moins que la loi ait été déclarée d'ordre public absolu, un accord collectif peut prévoir des dispositions plus favorables. Cependant, en raison du silence de la loi, il est parfois difficile d'identifier si une disposition légale relève du principe ou de l'exception. C'est pourquoi, en droit privé, à côté des règles qui présentent expressément un caractère d'ordre public, existe un ordre public dit « *virtuel* ». Révélé progressivement par les juges, son contenu varie au rythme de flux et de reflux¹⁴⁸⁵. Or, au sein de l'ordre public virtuel se rejoue la distinction entre l'ordre public social et l'ordre public absolu, les juges décidant s'il s'agit ou non « *de normes étatiques perfectibles* »¹⁴⁸⁶.

826. En second lieu, le caractère perfectible permet, au sein de ce qui relève de la sphère du négociable, de déterminer les dispositions d'ordre public social. Cela étant, le législateur doit préciser de manière expresse s'il autorise la conclusion d'accords collectifs indépendamment de leur caractère plus favorable. En effet, la règle selon laquelle un accord collectif peut contenir des dispositions plus favorables que la loi constitue un principe fondamental du droit du travail au sens de l'article 34 de la Constitution. Cette qualification permet au législateur de s'en écarter. Pour autant, l'habilitation légale de déroger destinée aux interlocuteurs sociaux doit définir l'objet de la dérogation et les modalités dans lesquelles elle peut avoir lieu¹⁴⁸⁷. Là encore, l'incertitude devrait conduire à présumer le caractère perfectible et non simplement dispositif de la disposition légale restée silencieuse¹⁴⁸⁸.

827. Face à tels enjeux, comment déterminer si une loi est d'ordre public social ?

¹⁴⁸⁴ Sur l'idée que les lois en droit du travail revêtiraient, par principe, un caractère d'ordre public social, cf. N. Aliprantis, *La place des conventions collectives dans la hiérarchie des normes*, *op. cit.* p. 179 ; T. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p. 44 et spéc. p. 52 ; F. Canut, *op. cit.* p. 101, n° 217.

¹⁴⁸⁵ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, Coll. Précis, 9^{ème} édition, p. 381, n° 375 : « aussi bien la jurisprudence a-t-elle toujours admis l'existence d'un ordre public virtuel, d'un ordre public implicite. Dans le silence des textes, les juges peuvent conférer un caractère d'ordre public à une disposition s'ils estiment que son respect est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française ».

¹⁴⁸⁶ F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, *op. cit.* p. 17, n° 45 ; R. Vatinet, « L'ordre public », *op. cit.* p. 88.

¹⁴⁸⁷ Cf. *supra* n° 516 s.

¹⁴⁸⁸ N. Aliprantis, *Th. préc.*, p. 179.

B. Les avantages en matière de représentation des salariés

828. Une disposition légale est d’ordre public social si elle est susceptible d’amélioration par voie conventionnelle. Ce caractère suppose que les dispositions légales contiennent des avantages bénéficiant aux salariés et que les accords collectifs aient vocation à les améliorer.

829. En droit du travail, la notion même d’avantage a au moins deux significations¹⁴⁸⁹. La notion d’avantage peut d’abord correspondre au droit bénéficiant aux salariés en vertu d’une norme. Elle peut ensuite renvoyer à « *la situation juridique créée par une norme plus agréable ou moins onéreuse pour les salariés que celle créée par une autre norme* »¹⁴⁹⁰. Suivant ce second sens, l’avantage n’est pas le droit lui-même mais l’amélioration apportée à ce droit, ce qui implique « *une comparaison entre des droits issus de normes différentes* »¹⁴⁹¹.

Le concept d’ordre public social renvoie, sans les opposer, aux deux sens de ce qu’est un avantage : l’avantage ne réside pas seulement dans l’amélioration des droits existants, mais également dans la création de nouveaux droits¹⁴⁹².

Il est souvent difficile de savoir si et dans quelle mesure les conditions d’octroi d’un avantage participent de celui-ci ou, au contraire, lui demeurent extérieures. Autrement dit, les conditions d’accès à un droit ou d’octroi d’un avantage sont-elles elles-mêmes perfectibles ? Cette question renvoie à la nécessité d’individualiser les avantages et de les différencier de leurs conditions d’octroi¹⁴⁹³. Certaines conditions d’exercice d’une prérogative sont considérées comme perfectibles, telles que les conditions d’âge, d’ancienneté, ou d’effectifs auxquelles est subordonnée la désignation des représentants des salariés dans l’entreprise¹⁴⁹⁴. D’autres conditions d’exercice d’un droit légal, en particulier le fait d’être un syndicat

¹⁴⁸⁹ E. Dockès, « L’avantage individuel acquis », *Dr. soc.* 1993, p. 826. L’auteur expose plusieurs manières de rendre compte de la notion d’avantage, en fonction soit de la source, soit de l’objet, soit de son mode d’acquisition.

¹⁴⁹⁰ N. Aliprantis, Th. préc. p.58. Comp. P. Rodière, « Observations sur le maintien des avantages acquis face à la modification des règles régissant le contrat de travail », *Dr. soc.* 1986, p. 873.

¹⁴⁹¹ F. Canut, *L’ordre public en droit du travail*, L.G.D.J., 2007, p. 125.

¹⁴⁹² Cf. l’avis du 22 mars 1973 : « *les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine de ce Droit présentent un caractère d’ordre public en tant qu’elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent, en aucun cas, être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle* ».

¹⁴⁹³ Cf. *infra* n° 834 s. Cf. F. Bocquillon, « Que reste-t-il du principe de faveur ? », *Dr. soc.* 2001, p. 255 et spéc. p. 256. Sur l’exigence d’individuation, cf. G. Tusseau, *Les normes d’habilitation*, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁴⁹⁴ Soc, 18 octobre 1972, *Bull. civ.* 1972, V, n° 553. cf. s’agissant des conditions liées à l’ancienneté du salarié désigné : Soc, 13 mars 1974, *Bull. civ.* V n°176.

représentatif, ne sont pas au contraire considérées comme perfectibles¹⁴⁹⁵. À vrai dire, une certaine incertitude entoure ce qui paraît ou non perfectible aux yeux des juges. Cette incertitude est d'autant plus grande que leur avis peut changer au gré des lois et des circonstances.

Que penser par exemple d'une condition comme celle de l'âge des représentants des salariés dont la Cour de cassation a finalement jugé qu'elle était perfectible¹⁴⁹⁶ ? Ne fallait-il pas persister à l'instar des juges du fond et décider que la condition d'âge imposée par la loi est la garantie d'une « *représentation avisée* » des travailleurs ? Il est encore possible de citer l'exemple des règles relatives aux cadres de représentation¹⁴⁹⁷ ou de celles définissant les seuils d'effectifs¹⁴⁹⁸.

830. La reconnaissance du caractère d'ordre public social de certaines règles légales a pour effet d'ériger des conditions posées par la loi en avantages reconnus en salariés. Peut-être le juge prétend-il ainsi découvrir la finalité sous-tendue par la loi pour juger de son caractère perfectible ou non. Peut-être préférera-t-on penser que c'est le juge lui-même qui attache aux dispositions légales une certaine visée lorsqu'il décide de leur caractère d'ordre public social ou de leur caractère d'ordre public absolu. De manière différente, ce peut être aussi le caractère quantifiable qui détermine la présence d'un avantage perfectible¹⁴⁹⁹. Tel est le cas par exemple des conditions d'ancienneté ou des seuils d'effectifs. Il est vrai que le caractère quantifiable facilite une mise en ordre croissante des avantages légaux et conventionnels. Pourtant, la vérité mathématique ne détermine pas la vérité juridique : il n'existe pas d'induction immédiate permettant de dire que le "plus grand " est le "plus favorable".

¹⁴⁹⁵ Cf. *infra* n° 905 s.

¹⁴⁹⁶ S'agissant de la condition d'âge des délégués syndicaux, Soc, 18 octobre 1972, *Bull. civ. V* n° 553, p. 503 ; Soc, 13 mars 1974, *Bull. civ. V* n°176, p. 166 ; S'agissant des délégués du personnel, Soc, 17 octobre 1973, *Bull. civ. V*, n° 486. Cf. G. Borenfreund, « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. soc.* 1992, p. 897

¹⁴⁹⁷ Soc, 20 mai 1992, *Bull. civ. V*, n° 327 ; *D.* 1992, p. 262, note J. Frossard : « *L'annexe VI de la convention collective des banques prévoyant que la notion d'établissement est pour l'exercice du droit syndical appréciée comme en matière de comité d'établissement, un tribunal d'instance a exactement décidé que ces dispositions devaient recevoir application dès lors qu'elles n'étaient pas moins favorables à l'exercice de la représentation syndicale que les dispositions légales* ».

¹⁴⁹⁸ Soc, 9 avril 1974, *Bull. civ. V*, n° 235 ou Soc, 16 décembre 1998, *Bull. civ. V* n°564 ; voire en la supprimant : Soc, 21 octobre 1992, *Bull. civ. V*, n° 516 ; voir également, C.E. Ass. 31 octobre 1980, n° 12767 et 12797, *Publié au recueil Lebon, D.* 1981, p. 2678, obs. J. Pélissier ; *Dr. soc.* 1981, p. 158, obs. A. Latournerie.

¹⁴⁹⁹ Y. Chalaron, « L'application de la disposition la plus favorable », *in Les Transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, p. 243 et spéc. p. 248 ; R. Vatinet, « L'ordre public », *op. cit.* p. 88.

L’exemple le plus connu est celui relatif à la durée des mandats électifs. À n'en pas douter la durée des mandats est une donnée quantifiable. Pourtant, à la suite de la loi quinquennale du 20 décembre 1993¹⁵⁰⁰, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que la durée légale des mandats des délégués du personnel présentait un caractère d’ « *ordre public absolu* », excluant cette question de la compétence des négociateurs. Le tribunal d’instance a au contraire décidé que la convention collective, qui prévoyait que l’élection des délégués du personnel ait lieu annuellement, était plus favorable que la loi. Le jugement est cassé au motif qu’ « *en statuant ainsi, le tribunal d’instance a violé l’article [L. 423-16 du Code du travail dans sa rédaction résultant de la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993] qui a un caractère d’ordre public absolu* ». Pour évincer la norme conventionnelle, l’arrêt relève également l’entrée en vigueur de la loi nouvelle¹⁵⁰¹. Deux interprétations sont possibles. Ou bien la durée des mandats ne constitue pas un avantage donné aux salariés et concerne uniquement l’intérêt général. Ou bien les juges ont souhaité venir au soutien du législateur en admettant implicitement « *que sur ce point au moins la loi quinquennale est moins favorable que les anciennes dispositions* »¹⁵⁰². Inversement, il arrive qu’une loi ne contenant aucun avantage quantifiable revête un caractère d’ordre public social. Les règles relatives au dispositif de remplacement en cas de mandat vacant en sont un exemple.

831. Dès lors, ni la finalité sous-tendue par la disposition légale ni le caractère quantifiable de l’avantage ne permettent à coup sûr d’affirmer qu’il s’agit bien d’un avantage susceptible d’amélioration conventionnelle. Ce n’en sont pas moins des indices précieux puisqu’ils permettent de comprendre, si ce n’est de prévoir, ce qui relève de l’ordre public social sans supprimer sa malléabilité.

¹⁵⁰⁰ Loi n°93-1313 du 20 décembre 1993, *J.O.R.F.* 1993, p. 17769.

¹⁵⁰¹ M.-A. Souriac, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, p. 395, spéc. pp. 397-398 : L’auteur relève en effet que nombreuses conventions collectives comportaient ce type de clauses du fait que la loi elle-même imposait que les conventions collectives de branches comportent, en vue de leur extension, des stipulations relatives au droit syndical et à la représentation du personnel. Dans le même sens, G. Auzero, *op. cit.*, p. 30. Pour rappel, les lois d’ordre public sont généralement d’application immédiate. Elles s’appliquent aux situations juridiques en cours. Il s’agit d’une exception au principe selon lequel les contrats et les conventions demeurent régies par la loi ancienne en vigueur à la date de leur conclusion. Cf. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2001, n° 98-18.411, *Bull. civ.* I, n° 307 ; *D.* 2002 p. 646 ; *R.T.D. civ.* 2002, p. 507, obs. J. Mestre, B. Fages.

¹⁵⁰² Art. préc., p. 354.

Paragraphe 2 – L’articulation des sources de la représentation des salariés régie par la règle de faveur

832. En vertu du principe de faveur, « *en cas de conflit de normes, c’est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* »¹⁵⁰³. Cette règle a un corollaire : tout cumul d’avantages ayant la même cause ou le même objet est exclu, à moins que la convention ou l’accord le prévoie expressément¹⁵⁰⁴. Elle suppose également de mener une comparaison entre deux normes en fonction d’un critère : la faveur faite aux salariés. Il est donc nécessaire de mettre en évidence les termes de la comparaison (A), ainsi que le périmètre dans lequel est menée la comparaison (B).

A. Les termes de la comparaison

833. Si une loi et un accord collectif entrent en concours (1), les juges détermineront l’avantage le plus favorable au moyen d’une méthode analytique de comparaison (2). Cette appréciation dépend cependant de quelques exigences probatoires (3).

1. L’identité d’objet de la loi et de l’accord collectif : le critère de la nature de l’institution

834. Pour déterminer si l’accord collectif a le même objet que la loi, le juge vérifie que l’institution qui en est l’objet relève d’ « *une catégorie de même nature que celle prévue par la loi* »¹⁵⁰⁵. Le critère de la nature de l’institution permet de déterminer si l’accord collectif apporte une amélioration à l’institution d’origine légale ou si l’accord crée un nouveau droit ou une nouvelle institution de représentation des salariés. Si les juges considèrent que la nature de l’institution conventionnelle est identique à celle prévue par la loi, seules les dispositions plus favorables s’appliqueront. En quoi consiste la nature d’une institution de représentation des salariés ? Les formules varient. Dans un arrêt, la Cour de cassation s’est attachée à vérifier que les institutions avaient « *le même effet* »¹⁵⁰⁶ ; un autre évoque la « *finalité* » commune de

¹⁵⁰³ Soc, 17 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1049 ; concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier (arrêt S.N.C.F.) ; *G.A.D.T.* n° 174 ; Soc, 17 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n° 296, *Dr. soc.* 1996, p. 1046, note J. Savatier (E.D.F.).

¹⁵⁰⁴ A.P.18 mars 1988, *Bull. A.P.* n° 3 ; *D.* 1989, p. 211, note J.-P. Chauchard.

¹⁵⁰⁵ Soc, 15 mars 2006, *Bull. civ.* V, n° 111 ; *R.D.T.* 2006, p. 114, obs. M. Grévy.

¹⁵⁰⁶ Soc, 20 mars 1985, *Bull. civ.* V, n° 199.

l’institution légale et de l’institution conventionnelle¹⁵⁰⁷ ; d’autres encore prennent appui sur les « *fonctions* »¹⁵⁰⁸ exercées par les représentants des salariés ; ou enfin sur l’objet de l’institution¹⁵⁰⁹.

835. En revanche, si les finalités des institutions sont jugées différentes, elles peuvent se cumuler sans qu’il y ait lieu d’apprécier le caractère plus favorable. Il en est ainsi dans un arrêt du 16 janvier 1991¹⁵¹⁰. En application des dispositions légales, le syndicat pouvait désigner deux délégués syndicaux et un délégué syndical supplémentaire au niveau de l’unité économique et sociale. La convention collective des ouvriers de la presse régionale prévoyait la faculté de désigner un « *délégué syndical spécifique* » au niveau des sociétés composant l’unité économique et sociale. La Cour de cassation considère que ces dispositions n’ont pas la même finalité, justifiant par là même leur cumul. Ainsi le syndicat a-t-il pu désigner des délégués syndicaux au niveau de l’unité économique et sociale tout entière et, en plus, des délégués syndicaux au sein des sociétés qui y étaient comprises. Dans un arrêt du 1^{er} février 2006, la chambre sociale de la Cour de cassation juge que « *la possibilité offerte aux organisations syndicales par une convention ou un accord collectif de travail plus favorable qui prévoit la désignation d’un délégué syndical supplémentaire en sus du nombre de délégués syndicaux résultant de la loi, ne saurait les priver, lorsqu’elles réunissent les conditions posées par le troisième alinéa de l’article L. 412-11 de ce code, de désigner un délégué syndical supplémentaire appartenant au personnel de l’encadrement* »¹⁵¹¹. Plus récemment, dans un arrêt du 22 septembre 2010, un accord collectif, dont il est précisé qu’il est plus favorable que la loi, prévoit « *la création d’une "section syndicale nationale" qui, selon l’article 21 de l’accord relatif à l’exercice du droit syndical, permet la désignation par les syndicats représentatifs de permanents dont le nombre dépend des résultats électoraux de chaque syndicat* ». Selon la Cour de cassation, cet accord n’a « *pas le même objet que l’institution de la section syndicale prévue par l’article L. 2142-1 du Code du travail* »¹⁵¹².

836. La recherche de la nature de l’institution tend à établir une équivalence entre l’institution conventionnelle et celle prévue par la loi. La Cour de cassation se livre ainsi à une

¹⁵⁰⁷ Soc, 16 janvier 1991, n° 89-61498 (non publié).

¹⁵⁰⁸ Soc, 6 juillet 1983, *Bull. Civ.* 1983 V n° 416 ; voir également Soc, 20 mars 1985, *Bull. civ.* V, n° 199.

¹⁵⁰⁹ Soc, 22 septembre 2010, préc.

¹⁵¹⁰ n° pourvoi : 89-61.498 (non publié).

¹⁵¹¹ Soc, 1^{er} février 2006, *Bull. civ.* V, n° 51 ; B. Gauriau, « A propos de quelques accords relatifs au droit syndical en entreprise », *J.C.P.* éd. S. 2006, p. 1253.

¹⁵¹² Soc, 22 septembre 2010, *Bull. civ.* V, n° 194 ; *J.C.P.* éd. S 2010, p. 1499, obs. B. Gauriau.

démarche quasi-organiciste, cherchant à doter chaque institution d'une nature propre à même de justifier leur pluralité¹⁵¹³. Pourtant, la référence aux fonctions des institutions représentatives du personnel n'est pas univoque. On peut aussi bien mettre l'accent sur les prérogatives qui leur sont confiées que sur le lien qui existe entre l'institution et la collectivité de salariés représentée. Ces deux manières au moins de considérer les fonctions d'une institution peuvent conduire à des solutions différentes. Sans doute la première conception conduira plus souvent à écarter le cumul des institutions. Or, à la lecture des arrêts de la Cour de cassation, il n'apparaît pas qu'une conception claire soit adoptée. L'utilisation tantôt du terme fonction tantôt du terme finalité démontre à cet égard un certain flottement dans la manière d'appréhender l'identité des institutions légales et conventionnelles. L'impression de flottement grandit à la lecture de l'arrêt précité du 22 septembre 2010 où la différence entre l'institution légale de la section syndicale et l'institution conventionnelle de la section syndicale nationale découle de leurs conditions de mise en place.

837. Au demeurant, parmi les décisions précitées, beaucoup ont été rendues à la suite de l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle. Les avantages ayant le même objet ne peuvent se cumuler. Dès lors, beaucoup de litiges sont nés du désaccord entre l'employeur et les syndicats sur le maintien des avantages conventionnels alors qu'une loi nouvelle était entrée en vigueur. Suivant les principes de l'ordre public social, l'accord collectif continue de s'appliquer s'il est plus favorable que la loi. Ainsi, dans un arrêt du 13 mars 1974, la Cour de cassation juge que « *la clause qui accroît les prérogatives à la fois des syndicats et des salariés, était donc plus favorable pour les travailleurs et restait, par suite en vigueur malgré les dispositions de la loi* »¹⁵¹⁴. En revanche, lorsque l'accord collectif a le même objet que la loi, la loi nouvelle prime sur l'accord collectif et celui-ci devient caduc. Telle fut la solution d'un arrêt rendu le 20 mars 1985 à propos de la désignation d'un délégué syndical suppléant dans la société des avions Marcel Dassault. Cette dernière prétendait que l'accord d'entreprise du 10 juin 1968, qui prévoyait la désignation d'un délégué syndical suppléant, était devenu caduc dès lors que la loi du 28 octobre 1982 ouvrait le droit de désigner un délégué syndical supplémentaire de

¹⁵¹³ L'attachement de la Cour de cassation à une démarche fonctionnelle est souvent perceptible. On la retrouve en particulier au cœur de la distinction entre l'institution du délégué syndical et du délégué du personnel concernant l'utilisation des heures de délégation ou encore s'agissant de la reconnaissance d'un établissement distinct. Les premiers auraient pour fonction de formuler des revendications, tandis que les seconds auraient en charge la présentation de réclamations.

¹⁵¹⁴ Soc, 13 mars 1974, *Bull. Civ. V*, n° 176.

l’encadrement. Selon la Cour de cassation, les deux institutions avaient « *le même effet* », « *leurs avantages ne pouvaient se cumuler* »¹⁵¹⁵ et un délégué syndical a déjà désigné en vertu des dispositions légales. En l’espèce, aucun contrôle du plus favorable n’apparaît. Les deux institutions sont jugées identiques dans la mesure où le syndicat avait la possibilité de choisir le délégué syndical « *dans la catégorie de l’encadrement, dans les mêmes conditions que le délégué syndical supplémentaire prévu à l’alinéa 3 de l’article L. 412-11 du Code du travail* ». À dire vrai, l’identité des deux institutions est discutable, dans la mesure où le délégué suppléant d’origine conventionnelle n’était pas nécessairement un salarié cadre. Or, comme l’avait jugé le tribunal, l’institution légale « *a un objectif très spécifique [...] de donner aux confédérations ouvrières la possibilité de manifester leur représentativité dans l’encadrement* ».

838. L’opération d’individualisation des avantages effectuée et le cumul constaté, reste alors aux juges le soin d’apprécier le caractère plus favorable de loi ou de l’accord collectif.

2. *L’application de la méthode analytique de comparaison*

839. En cas de concours entre une loi et un accord collectif, l’appréciation du plus favorable s’effectue au moyen d’une comparaison analytique¹⁵¹⁶. Parmi les arrêts évoqués, plusieurs illustrent l’utilisation de cette méthode par les juges. Ainsi comparent-ils les avantages ayant la même cause ou le même objet, pris un par un. Cette méthode de comparaison se justifie par le fait que la loi est un « *acte unilatéral* »¹⁵¹⁷. Plus fondamentalement, elle assure aux salariés de n’être privés d’aucun droit qu’ils tiendraient de la loi¹⁵¹⁸. « *La justification de la règle tient à la structure unilatérale de la loi, au caractère individuel des droits qu’elle confère, au fait que le salarié tient un droit subjectif de la loi d’ordre public dont il faut veiller à ce qu’il ne soit en*

¹⁵¹⁵ Soc, 20 mars 1985, *Bull. civ.* V, n° 199.

¹⁵¹⁶ M.-A. Souriac, Th. préc., p.889 ; G. Couturier, *Traité de droit du travail, op. cit.* p. 484, n° 201-3 ; C. Fourcade, *L’autonomie collective des partenaires sociaux, op. cit.* n°88, p. 67 ; F. Canut, *op. cit.* n° 324, p. 156 ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, 5^{ème} éd. Montchrestien, 2006, n° 326 ; Y. Chalaron, « Négociations, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources de droit, *J.C. Travail*, fasc. I-36, 2000, n° 6, p. 4 ; J. Barthélémy, « Les rapports nouveaux de l’accord d’entreprise avec la loi et la convention de branche, *Cahiers de droit européen*, 1986, p. 2 ; M.-A. Souriac, art. préc., *Dr. soc.* 1996, p. 401 ; M.-A. Souriac et à G. Borenfreund, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 73 ; J. Barthélémy, « Modalités concrètes de résolution des conflits de normes », *S.S.L.* 2001, n° 1047 ; J. Chevillard, « Les conflits de normes », *S.S.L.* 2008, p. 25 et spéc. p. 28.

¹⁵¹⁷ J. Barthélémy, art. préc.

¹⁵¹⁸ M.-A. Souriac, Th. préc., p. 889 ; A. Mazeaud, *Droit du travail, op. cit.* n° 326.

aucun cas supprimé ou amputé »¹⁵¹⁹. Une telle garantie ne serait pas apportée si le caractère plus favorable de l'accord par rapport à la loi s'appréciait de manière globale, catégorie d'avantages par catégorie d'avantages.

840. Les auteurs sont partagés sur ce qu'il convient d'entendre par comparaison analytique. Selon certains, il s'agit d'une comparaison fine, seule à même d'éviter aux salariés le risque d'être privés des droits qu'ils tiennent de la loi au motif qu'ils bénéficieraient d'avantages conventionnels "globalement" plus favorables¹⁵²⁰. D'autres au contraire considèrent que « *la démarche n'est [...] pas à ce point analytique qu'il faudrait comparer règle par règle, ce qui reviendrait à appliquer un régime ignoré des deux sources en conflit mais constitué des éléments les plus favorables empruntés à l'une ou à l'autre* »¹⁵²¹. La comparaison ne devrait pas aboutir à un « *dépeçage des textes légaux et conventionnels* »¹⁵²².

841. La lecture des arrêts ne permet pas de donner de réponse sûre et définitive. Certains arrêts appliquent une méthode fine de comparaison. Ainsi, dans l'arrêt précité du 27 avril 1986, la Cour de cassation, après avoir détaillé chaque avantage, et de la loi et de la convention collective, relatif au paiement des jours de congés maladie, décide que l'application du régime légal était plus favorable à la salariée¹⁵²³. Cependant, il existe toujours « *l'ombre d'un doute* »¹⁵²⁴. Dans un arrêt inédit du 19 décembre 2007, la Cour de cassation juge que « *la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation globale avantage par avantage* »¹⁵²⁵. Selon Mme M.-A. Souriac, il s'agit sans doute « *de signaler que la comparaison doit être opérée en fonction du résultat chiffré obtenu pour un avantage quantitatif donné sans distinguer en son sein les différents paramètres qui permettent de le calculer* »¹⁵²⁶. Néanmoins, cela n'implique pas que la méthode de comparaison puisse varier selon la nature de l'avantage.

¹⁵¹⁹ M.-A. Souriac, « Règle de faveur : l'ombre d'un doute », *R.D.T.* 2008, p. 399.

¹⁵²⁰ M.-A. Souriac, *Th. préc.*, p. 889 ; F. Canut, *op. cit.* n° 324, p. 156.

¹⁵²¹ G. Couturier, *op. cit.* n° 201-3, p. 485. J.-C. Javillier, « Négociation et accords collectifs en matière de rémunération », *Dr. soc.* 1988, p. 68 ; Dans le même sens, C. Fourcade, *op. cit.* n° 90 s. pp. 68 s.

¹⁵²² M. Despax, *Négociations conventions et accords collectifs, op. cit.* n° 57, p. 95.

¹⁵²³ Soc, 27 février 1986, *Bull. civ.* V, n° 50 ; *Adde.* Soc, 25 novembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 573 ; *Dr. soc.* 1993, p. 63 ; Soc. 11 octobre 1994, *Bull. civ.* V, n° 265.

¹⁵²⁴ M.-A. Souriac, « Règle de faveur : l'ombre d'un doute », *R.D.T.* 2008, p. 399.

¹⁵²⁵ Soc, 19 décembre 2007, n° 06-43.330 (inédit) ; *R.D.T.* 2008, p. 399, obs. préc. M.-A. Souriac.

¹⁵²⁶ M.-A. Souriac, art. préc. p. 399. *Adde.* J. Barthélémy, « Modalités concrètes de résolution des conflits de normes », *S.S.L.* 2001, n° 1047.

842. Plusieurs exemples en matière de représentation attestent de l’utilisation d’une méthode fine de comparaison. Ainsi, selon la Cour de cassation, il convient d’appliquer la disposition d’une convention collective relative à l’âge du salarié désigné en qualité de délégué syndical¹⁵²⁷ ; ou encore celle relative à son ancienneté¹⁵²⁸. De même, s’agissant des conditions de mise en place, il convient d’appliquer, de la loi ou la convention, celle qui prévoit le seuil d’effectif le plus bas¹⁵²⁹ et celle qui prévoit le nombre de représentants le plus élevé¹⁵³⁰.

843. La même appréciation analytique est utilisée pour apprécier les améliorations apportées au fonctionnement ou aux prérogatives reconnues aux représentants des salariés. Certains arrêts relatifs aux heures de délégation l’attestent. Ainsi, il conviendra, si les institutions sont de même nature, d’appliquer les dispositions plus favorables relatives, d’une part, aux « modalités d’exercice des mandats de représentant du personnel » et, d’autre part, aux « modalités de rémunération d’un temps de délégation pour des salariés se trouvant hors des prévisions [légales] »¹⁵³¹. Un arrêt de la Cour d’appel Paris du 20 janvier 1989 illustre très bien en quoi consiste une appréciation analytique. En l’espèce, un syndicat contestait la validité d’un accord qui avait augmenté le contingent d’heures de délégation mais exigeait de la part des délégués syndicaux qu’ils les utilisent sur leurs heures de travail. La Cour d’appel relève que rien ne peut imposer à un délégué syndical de prendre ses heures de délégation pendant ses propres heures de travail, car une telle contrainte l’empêcherait de « s’entretenir

¹⁵²⁷ Soc, 18 octobre 1972, *Bull. civ.* 1972, V, n° 553.

¹⁵²⁸ Soc, 13 mars 1974, *Bull. civ.* V n°176.

¹⁵²⁹ Soc, 16 décembre 1998, *Bull. civ.* 1998 V, n° 564 ; voire en la supprimant : Soc, 9 avril 1974, *Bull. civ.* V, n° 235 ; Soc, 21 octobre 1992, *Bull. civ.* 1992, V, n° 516. Toutefois, s’agissant des délégués du personnel et du comité d’entreprise, l’application de l’accord collectif prévoyant un seuil d’effectif moindre que celui prévu par la loi ne suppose plus l’appréciation préalable de son caractère plus favorable. Art. L. 2312-4 *C. trav.* – dans les établissements employant moins de onze salariés, des délégués du personnel peuvent être institués par convention ou accord collectif de travail ; Art. L. 2322-3 *C. trav.* – dans les entreprises employant moins de cinquante salariés, des comités d’entreprise peuvent être créés par convention ou accord collectif de travail.

¹⁵³⁰ Art. L. 2324-1 *C. trav.* Pour les représentants au comité d’entreprise ; Soc, 20 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 239 ; *D.* 2000, p. 195 ; *R.J.S.* 2000, p. 744, n° 1108 : « les règles qui régissent les élections des délégués du personnel au sein de l’entreprise sont, en principe, fixées par la loi, l’article L. 426-1 du Code du travail [devenu les articles L. 2312-6 et L.2312-7 nouveaux] admet, cependant, l’existence de clauses plus favorables résultant de conventions ou d’accords collectifs, et relatives à la désignation et aux attributions des délégués du personnel ». Pour la délégation unique du personnel, Soc, 14 décembre 1995, *Bull. civ.* V, n° 350 : « pour déterminer le nombre des délégués du personnel de la délégation unique, le juge du fond doit comparer le nombre de ces délégués, tel qu’il figure à l’article R. 423-1-1 du Code du travail, avec celui des délégués du personnel et membres du comité d’entreprise conventionnels, et retenir le nombre le plus élevé des trois ».

¹⁵³¹ Soc, 5 mai 1993, préc.

avec les salariés à leur poste et conserver avec le personnel le contact qu'il estime nécessaire à l'accomplissement de son mandat ». En conséquence, la clause est « *simplement dépourvue d'effet juridique* ». Selon les juges, « *la protection relève ici de l'ordre public intangible et [...] l'article 9-4 de la convention collective qui prévoit que les heures de délégation doivent être prises sur le temps de travail ne peut y déroger même si le quota de 25 heures qu'elle institue est plus favorable que celui issu de la loi* »¹⁵³². Néanmoins, elle applique le contingent conventionnel d'heures de délégation, supérieur à celui prévu par la loi. Il en résulte bien une sorte de panachage entre le régime légal et le régime conventionnel. De plus à aucun moment les juges ne sont soucieux de l'économie de la convention peut-être voulue par les parties en recherchant si l'augmentation du contingent d'heures de délégation avait été la contrepartie de l'obligation d'utiliser celui-ci pendant les heures de travail.

3. *La preuve du caractère plus favorable*

844. Comment prouver le caractère plus favorable ? Suivant les articles L. 2141-10, L. 2312-6 et L. 2325-4 du Code du travail, relatifs respectivement à l'exercice du droit syndical, à la désignation et aux attributions des délégués du personnel, aux pouvoirs et au fonctionnement du comité d'entreprise, les dispositions légales « *ne font pas obstacles aux clauses plus favorables* » résultant de conventions ou d'accords collectifs. L'énoncé prend la forme d'une phrase négative. Au contraire, l'article L. 2251-1 du Code du travail dispose de manière affirmative qu'« *une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur* ». Dans les deux cas, l'application de la règle de faveur permet de résoudre le concours de la loi et de l'accord collectif. Cependant, une application plus stricte de la règle de faveur semble requise en matière de représentation des salariés et de droit syndical.

845. Il importe en particulier d'être attentif aux règles d'administration de la preuve. La preuve n'est pas la même selon que l'accord doit être plus favorable que la loi ou selon que l'accord ne doit pas être moins favorable que la loi. Dans le premier cas, l'accord est applicable

¹⁵³² C.A. Paris, 30 janvier 1989, Juris data : 1989-021537.

à condition de prouver l’amélioration. Dans le second cas, il l’est dès lors que le minimum légal est garanti¹⁵³³.

Généralement, il importe de montrer le caractère plus favorable de l’accord par rapport à la loi. Cependant, un arrêt du 20 mai 1992 a pu faire naître un doute¹⁵³⁴. Le litige concernait l’application des dispositions de la convention collective des banques relatives à l’établissement distinct, en retenant une définition identique pour l’exercice du droit syndical et pour la mise en place du comité d’établissement. Suivant les termes de la solution de la Cour de cassation, les dispositions conventionnelles étaient applicables, car « *elles n’étaient pas moins favorables à l’exercice de la représentation syndicale que les dispositions légales* ». M. S. Frossard remarquait que « *la Cour de cassation [faisait] une lecture adoucie des exigences de l’art. L. 412-21* »¹⁵³⁵. Selon l’auteur, « *il est hasardeux de dire ce qui est plus avantageux, on se contentera de constater que la convention globalement n’est pas en retrait par rapport à la loi* ». L’important est de ne pas mettre « *en péril le minimum prévu par la loi* ». De plus, il relevait les conséquences probatoires d’une telle solution : « *dès l’instant que pour l’application de la convention on se contente de l’équivalence avec les dispositions légales, il n’est pas nécessaire de prouver que les clauses conventionnelles sont plus favorables ; il existe une sorte de présomption de fait, et même si la partie qui se prévaut de l’accord collectif doit établir qu’il n’est pas moins favorable que le régime légal, compte tenu de la difficulté d’appréciation, le doute fera pencher la balance en faveur de l’application de la convention ou de l’accord* »¹⁵³⁶. Il n’en reste pas moins que la Cour de cassation inverse ainsi le comparant et le comparé, dans la mesure où la règle applicable par principe semble être la règle conventionnelle¹⁵³⁷.

¹⁵³³ Y. Chalaron, « L’application de la disposition la plus favorable », op. cit. p. 249 : Comme l’affirme M. Y. Chalaron, « *Quand la loi en concours est d’ordre public, la question est moins de savoir si la convention est plus ou moins favorable, que de savoir si elle respecte ou transgresse la loi* ».

¹⁵³⁴ Soc, 20 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 327 ; *D.* 1993, p. 262, note J. Frossard.

¹⁵³⁵ S. Frossard, note sous Soc, 20 mai 1992, *D.* 1993, p. 262.

¹⁵³⁶ *Ibidem*. Nous soulignons.

¹⁵³⁷ Cette inversion existe également dans les rapports entre convention collective et contrat de travail. L’article L. 2254-1 dispose que « *lorsqu’un employeur est lié par les clauses d’une convention ou d’un accord, ces clauses s’appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ». Cette disposition laisse entendre que la convention collective s’applique à moins que le contrat de travail contienne des clauses plus favorables. Cependant, la Cour de cassation interprète cette disposition de manière légèrement différente. Ainsi, dans un arrêt du 13 novembre 2001, elle juge qu’« *un accord collectif ne peut modifier le contrat de travail d’un salarié ; que seules les dispositions plus favorables d’un accord collectif peuvent se substituer aux clauses du contrat* » (Soc, 13 novembre 2001,

846. Pourtant, un arrêt du 5 mai 1993, rendu sur des faits semblables dans le secteur bancaire, revient à une interprétation plus classique. Pour décider d'appliquer les dispositions de la convention collective des banques, la Cour de cassation juge qu'« *elles étaient plus favorables à l'exercice de la représentation syndicale que les dispositions légales* »¹⁵³⁸. Cet arrêt n'a pas été publié. Aussi, il n'est pas sûr que la Haute juridiction judiciaire ait souhaité s'amender.

847. Si tel était cependant le cas, l'objet particulier de la clause litigieuse devrait être pris en considération. La division de l'entreprise en établissements distincts relève en principe du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux¹⁵³⁹. La loi habilite ces derniers mais ne prévoit pas elle-même la manière de diviser l'entreprise en établissements distincts. Dès lors, il n'existe pas véritablement de point de comparaison qui permette d'apprécier le plus favorable. La portée de l'arrêt précité du 20 mai 1992 serait donc à nuancer et sa solution n'aurait pas vocation à être généralisée. De surcroît, à la suite de la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt de principe du 18 mai 2011 que « *sauf accord collectif, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu, lors des dernières élections pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement* »¹⁵⁴⁰. Toute référence à la règle de faveur a ici disparu. La seule limite imposée aux interlocuteurs sociaux

R.J.S. 1/02, n°12). C'est donc à l'accord collectif d'être plus favorable que le contrat de travail, et non plus au contrat de travail d'être plus favorable que l'accord collectif de travail.

¹⁵³⁸ Soc, 5 mai 1993, n°91-60.293 (inédit).

¹⁵³⁹ Art. L. 2322-5 et L. 2327-7 *C. trav.* L'articulation que la loi impose relève d'une logique de suppléativité : depuis l'ordonnance n° 2005-1478 du 1^{er} décembre 2005, en l'absence d'accord, la détermination des établissements distincts au sens des comités d'établissement et des délégués du personnel incombe à l'inspecteur du travail. En cas de contestation, le contentieux sera donc porté à la connaissance du juge administratif. En revanche, la définition de l'établissement distinct au sens des délégués syndicaux relève toujours de la compétence du juge judiciaire, conformément à l'article L. 2143-8 du Code du travail. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a jugé que « *l'autorité administrative est compétente pour déterminer, dans le cadre de l'engagement d'un processus électoral et sur saisine de l'une des parties à la négociation du protocole d'accord préélectoral, le nombre d'établissements distincts d'une entreprise, dès lors qu'aucun protocole n'a été conclu sur ce point ou qu'un tel protocole ne satisfait manifestement pas à la double condition de majorité prévue aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail* ». Le juge administratif ajoute toutefois que « *l'édition de cet acte préparatoire aux élections professionnelles en vue desquelles l'autorité administrative a été saisie ne peut, en tout état de cause, intervenir qu'avant la tenue de ces élections* ». Trois critères déterminent donc la saisine du juge administratif : l'absence d'accord, la qualité des auteurs de la saisine qui sont les parties à la négociation, l'antériorité par rapport aux élections. Cf. C.E. 31 mai 2012, n° 354186, note E. Jeansen, « Compétence juridictionnelle en matière d'établissements distincts : la guerre des juges n'aura pas lieu », *J.C.P.* éd. S 2012. 1410.

¹⁵⁴⁰ Soc, 18 mai 2011, n° 10-60.383, *S.S.L.* n° 1495, Rapp. L. Pécaut-Rivolier, p. 5 ; *R.D.T.* 2011, p. 419, obs. G. Borenfreund.

est celle qui figure dans les arrêts du 10 novembre 2010 et qui est étrangère à la règle de faveur : « *le score électoral participant à la détermination de la représentativité d’un syndicat est celui obtenu aux élections au comité d’entreprise ou au comité d’établissement, quand bien même, en application d’un accord collectif, le périmètre au sein duquel le syndicat désigne un délégué serait plus restreint que celui du comité, et correspondrait à un établissement au sein duquel sont élus les délégués du personnel* »¹⁵⁴¹.

848. Du reste, une telle comparaison est bien délicate. Les difficultés probatoires sont en effet accrues lorsque les avantages des salariés sont « *non mesurables* »¹⁵⁴².

La preuve du plus favorable ne découle pas alors de la simple mise en ordre croissant des dispositions légales et des dispositions conventionnelles. Celle-ci n’est possible que quand l’avantage est « *mesurable* », comme précédemment à propos du nombre d’heures de délégation. Cette difficulté apparaît souvent lorsque l’objet de l’accord est la désignation d’un autre représentant des salariés. L’arrêt précité du 20 mars 1985 en livre une illustration. Les juges du fond s’étaient employés à caractériser le plus favorable et à justifier leur choix. Pour casser le jugement et retenir l’application des seules dispositions légales, la Cour de cassation se contente de relever que l’institution conventionnelle a le même effet que l’institution légale. Ainsi, le doute sur le caractère plus favorable conduit la Cour à faire application de la loi sans même mener la comparaison¹⁵⁴³.

849. Même implicite, la comparaison n’est pas une opération intellectuelle qui constitue une fin en soi. La recherche de différences et de similitudes est un moyen pour le comparatiste de tirer une conclusion sur ce que révèle cette différence ou cette similitude, c’est-à-dire de tirer une conclusion sur l’ordre des choses. Autrement dit, à partir des différences se créent des inférences¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴¹ Soc, 10 novembre 2010, *Bull. civ.* V, n° 256 et 257 ; *R.D.T.* 2011, p. 24, obs. G. Borenfreund.

¹⁵⁴² Y. Chalaron, « L’application de la disposition la plus favorable », *op. cit.* n° 7, p. 248.

¹⁵⁴³ M. Despax, *op. cit.* n° 57 ; Y. Chalaron, art. préc., n° 7, p. 248 ; N. Aliprantis, *op. cit.* p. 61. *Contra* J. Chevillard, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363.

¹⁵⁴⁴ Au demeurant ; il est possible de distinguer deux méthodes de comparaison : la comparaison de la mesure et celle de l’ordre. La première permet « *d’analyser le semblable selon la forme calculable de l’identité et de la différence* ». Quant à la seconde, elle tend à établir des « *séries où le terme premier est une nature dont on peut avoir l’intuition indépendamment de toute autre ; et où les autres termes sont établis selon des différences croissantes* ». cf. M. Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard, Tel, 1966, p. 67.

Ici, la règle de faveur a été édictée en considération du déséquilibre de la relation de travail entre employeur et salariés. Ceci va déterminer le point de vue du juge qui, lorsqu'il compare deux normes pour déterminer la plus favorable des deux, cherche à appliquer celle qui limite le mieux ce déséquilibre. Ainsi peut-on comprendre que l'appréciation du plus favorable s'apprécie en fonction de l'intérêt des salariés.

B. Une appréciation faite en fonction de l'intérêt des salariés

850. Le prisme au travers duquel le plus favorable est déterminé n'est pas clairement défini (1). L'incertitude est plus grande en matière de représentation des salariés, dans la mesure où les avantages reconnus aux salariés sont des avantages collectifs, intéressant la collectivité des salariés, les représentants des salariés, voire, dans une conception institutionnelle, l'entreprise dans son ensemble (2).

1. Une appréciation réalisée en fonction de l'intérêt de l'ensemble des salariés ou de l'intérêt individuel du salarié ?

851. Pour s'appliquer, l'accord doit être plus favorable que la loi. Mais plus favorable pour qui ? Pour certains, l'appréciation du plus favorable se fait en fonction de l'intérêt individuel du salarié. L'argument est le même que celui qui justifie une comparaison analytique : la loi, qui reconnaît des droits à chaque salarié, impose une application individuelle. La loi étant un acte unilatéral, créant des droits pour chaque salarié, un accord collectif, même plus favorable, ne peut avoir pour effet de priver un salarié des droits qu'il tient de la loi¹⁵⁴⁵. Selon M. P. Rémy, « *c'est [...] parce qu'il participe de la justification de l'effet normatif de la convention collective par rapport à l'individu que le principe de faveur de l'article L. 132-4 [Art. L. 2251-1 C. trav. nouv.] ne tolère en dehors des lois supplétives qu'une application individuelle et analytique* »¹⁵⁴⁶.

D'autres au contraire estiment que l'appréciation se fait en fonction de l'intérêt de l'ensemble des salariés, dans la mesure où la norme conventionnelle intéresse l'intérêt collectif des salariés. Selon un auteur, « *la solution contraire ne serait pas en harmonie avec le véritable*

¹⁵⁴⁵ G. Couturier, *op. cit.*, n° 201-3 ; M.-A. Souriac, art. préc., p. 401 ; J. Barthélémy, « Modalités concrètes de résolution des conflits de normes », *S.S.L.* 2001, n° 1047, p. 5 ; A. Chevillard, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* ; 1993, p. 363, spéc. p. 371 ; C. Radé, « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », obs. ; sous Soc, 26 octobre 1999, *Dr. soc.* 2000, p. 381 et spéc. p. 383.

¹⁵⁴⁶ P. Rémy, *op. cit.* p. 391.

pouvoir normatif propre de l’accord et avec le caractère collectif des normes qui en sont issues »¹⁵⁴⁷. Cette solution aurait aussi une raison pragmatique : « *malgré la logique qu’il y a à vouloir faire prévaloir l’intérêt individuel du salarié sur celui de la collectivité du personnel lorsque la loi est en cause, force est de reconnaître que cette directive mettrait l’employeur dans une situation inconfortable. Comment pourrait-il appliquer de manière uniforme une norme collective si, selon les salariés, cette norme se révélait tantôt plus favorable que la loi et tantôt moins favorable* »¹⁵⁴⁸ ?

852. La lecture des arrêts et leur confrontation ne permettent pas de trancher entre ces deux positions. Il semble devoir être portée une attention particulière à l’objet et à la nature de l’avantage, ainsi qu’au contentieux dans lequel la question d’un concours de normes se pose. Pour certains avantages, le caractère plus favorable de la loi ou de l’accord collectif apparaîtra quel que soit le salarié concerné¹⁵⁴⁹. Pour d’autres, la situation particulière de chaque salarié – au regard de sa qualification professionnelle, de l’emploi occupé, de l’ancienneté, etc. – doit être prise en compte. Ainsi, si la question se pose à la suite d’un litige individuel, l’intérêt pris en compte sera celui du salarié qui saisit le juge : « *à litige individuel, méthode de comparaison individuelle* »¹⁵⁵⁰. En revanche, si le litige porte directement sur la validité de l’accord conclu et sur sa conformité aux dispositions légales d’ordre public social, seule une appréciation objective, en fonction de l’intérêt de l’ensemble des salariés, pourra déterminer si l’accord est ou non plus favorable que la loi. Un accord collectif peut aussi reconnaître des avantages à l’ensemble de la collectivité des salariés, prise de manière organique. Or, ces avantages, en raison de leur essence collective, ne se prêtent pas à une appréciation au regard de l’intérêt de chaque salarié de cette collectivité. Tout simplement parce que l’intérêt individuel des salariés n’est en jeu en matière de représentation des salariés que de manière lointaine et résiduelle. Bref, « *l’examen de la jurisprudence montre d’ailleurs que les juges ne se sont jamais laissés enfermer dans une méthode d’interprétation en particulier, renvoyant dos à dos les faiseurs de systèmes de tous bords* »¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁷ Y. Chalaron, *op. cit.* n° 201, p. 200.

¹⁵⁴⁸ F. Canut, *op. cit.* n° 334, p. 160.

¹⁵⁴⁹ Cf. M.-A. Souriac, art. préc. p. 399.

¹⁵⁵⁰ C. Radé, « L’appréciation de la notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 2000, p. 381.

¹⁵⁵¹ C. Radé, art. préc., p. 381 et spéc. p. 382.

2. *Une appréciation en fonction de l'intérêt collectif des salariés justifiée par l'essence collective des avantages en jeu.*

853. Aux termes d'un arrêt rendu le 7 mai 2002, la Cour de cassation a constaté que la convention collective présentait un caractère « *plus favorable à l'ensemble des salariés* »¹⁵⁵². Le litige portait sur des dispositions conventionnelles relatives à la désignation des membres au comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail. En l'espèce, les juges prennent un soin particulier à justifier le caractère plus favorable pour l'ensemble des salariés : « *aux termes de l'accord collectif [...], le découpage proposé comportait six C.H.S.C.T. de secteurs avec des acteurs toujours plus impliqués, ayant une formation plus adaptée dans le domaine de la sécurité et issus exclusivement de leur secteur d'activité* ». Et de conclure qu' « *au regard de la mission des C.H.S.C.T., la règle d'appartenance au secteur d'activité du C.H.S.C.T. de secteur est plus favorable à l'ensemble des salariés dans la mesure où elle leur assure des représentants au fait des éventuelles difficultés du secteur concerné* ».

854. Dans cet arrêt, l'intérêt de l'ensemble des salariés est apprécié au regard des prérogatives reconnues aux représentants des salariés et de leur capacité à exercer leur mission. Ce qui va dans le sens de l'intérêt des représentants des salariés va, nécessairement, dans celui des intérêts des salariés représentés. Autrement dit, l'essence collective de l'avantage justifie que l'intérêt pris en compte soit celui de l'ensemble des salariés¹⁵⁵³.

855. Par ailleurs, l'appréciation faite en fonction de l'intérêt de l'ensemble des salariés se justifie par l'équivalence supposée entre les aspirations des représentants et celles des salariés représentés. Cela étant, d'autres décisions font référence à l'intérêt des syndicats et à l'intérêt des salariés pour juger la clause conventionnelle comme étant plus favorable¹⁵⁵⁴. Cela signifie-t-il que le principe de faveur, en matière de représentation des salariés, a ceci de particulier que le caractère plus favorable s'apprécie au regard aussi bien des intérêts des salariés qu'à ceux de leurs représentants¹⁵⁵⁵ ? Cette question en appelle d'autres. Il y a en effet lieu de se demander si les intérêts des salariés et de leurs représentants sont susceptibles de diverger. Auquel cas, le caractère plus ou moins favorable pour les représentants des salariés peut-il avoir une influence ? L'intérêt pour les représentants des salariés semble n'être pris en compte

¹⁵⁵² Soc, 7 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 146.

¹⁵⁵³ En ce sens, A. Chevillard, « Les conflits de normes », *S.S.L.* 2008, n° 1361 (supplément).

¹⁵⁵⁴ Soc, 18 octobre 1972, *Bull. civ. V* n° 553, p. 503 et Soc, 13 mars 1974, *Bull. civ. V* n° 176, p. 166.

¹⁵⁵⁵ L'une des raisons de cette prise en compte peut être recherchée du côté de la nature duale de la convention collective : il y a un contrat collectif au sein de l'accord collectif.

que comme révélateur de celui de la collectivité des salariés. Ainsi, le caractère moins favorable pour les représentants des salariés conduira à l’éviction de la norme conventionnelle. En revanche, le caractère plus favorable d’une disposition conventionnelle pour les représentants des salariés importera peu si la même disposition est manifestement moins favorable pour les salariés¹⁵⁵⁶. L’intérêt des représentants donne une résonance plus grande à l’intérêt des salariés, auquel il reste subordonner. La convergence des intérêts entre les salariés et leurs représentants est parfois à ce point présumée que la Cour de cassation évoque seulement le caractère plus favorable pour la représentation des salariés¹⁵⁵⁷. Au demeurant, la manière d’apprécier le caractère plus favorable reflète la dimension normative conférée des accords collectifs relatifs à la représentation des salariés et au droit syndical. Leur intégration au statut collectif explique que l’intérêt collectif des salariés prime sur l’intérêt propre du groupement syndicat qui a conclu l’accord¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵⁶ Il en va ainsi des accords relatifs aux heures de délégation, qui prévoient la possibilité de répartir les crédits d’heures de délégation entre représentants titulaires et suppléants ou encore les accords qui prévoient une annualisation des heures de délégation. Dans les deux cas, l’avantage peut apparaître plus favorable pour les représentants des salariés : il leur offre une plus grande liberté et une plus grande souplesse dans la manière d’user de leurs heures de délégation. Ils ne sont pas sans risque pour les salariés : dans le premier cas, le risque est de limiter l’action du représentant titulaire qui, seul, dispose véritablement des prérogatives légales ; dans le second cas, il réside dans le fait que les intérêts des salariés puissent ne pas être continuellement défendus. Sans doute est-ce pourquoi la Cour de cassation refuse la faculté de répartir les heures de délégation entre titulaires et suppléants. De même, elle n’admet l’annualisation que si le minimum d’heures mensuel prévu par la loi est garanti (Soc, 10 décembre 1996, *Bull. civ.* V, n° 437 ; *R.J.S.* 1997, p. 41, n° 52 ; Soc, 21 juillet 1986, *Dr. ouv.* 1987, p. 97).

¹⁵⁵⁷ Soc, 20 mai 1992, V n° 327, *D.* 1993, p. 262, obs. S. Frossard : « *Les dispositions de la convention collective, qui prévoient que la notion d’établissement est appréciée, pour l’exercice du droit syndical, comme en matière de comité d’établissement, doivent recevoir application dès lors qu’elle n’étaient pas moins favorables à l’exercice de la représentation syndicale que les dispositions légales* ».

¹⁵⁵⁸ Cf. *supra* n° 762.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

856. L’ordre public social donne à la loi une coloration protectrice¹⁵⁵⁹, en même temps qu’il assigne à la négociation collective une certaine finalité et détermine une certaine articulation entre la première et la seconde¹⁵⁶⁰.

857. A travers les lois d’ordre public social relatives à la représentation des salariés, l’État donne à ces derniers des garanties et de moyens minimaux pour qu’ils soient en mesure d’exprimer et de défendre leurs intérêts. De ce point de vue, la représentation des salariés et les droits qui y sont attachés participent, au même titre que les droits d’essence individuelle, à pallier le déséquilibre inhérent à la relation salariale.

858. L’ordre public social conditionne en outre une certaine articulation des sources de la représentation des salariés, orientée vers l’idée d’amélioration. De nombreux exemples ont montré qu’un accord collectif était admis à créer de nouveaux droits au profit de la collectivité des salariés et de ses représentants. Ils peuvent aussi améliorer les droits légaux existants en facilitant la mise en place des institutions légales de représentation des salariés ou en renforçant les prérogatives de ces dernières.

859. Lorsque l’accord collectif a le même objet que la loi, les lois d’ordre public social commandent d’appliquer aux salariés les dispositions qui leur sont le plus favorables. La règle de faveur révèle en quoi la représentation des salariés est un droit. Elle invite à déceler dans les dispositions légales les avantages donnés aux salariés. Elle invite également, par la comparaison qu’elle suppose, à rechercher dans l’application de telle ou telle norme le plus grand intérêt pour les salariés.

¹⁵⁵⁹ Si le caractère protecteur des lois d’ordre public social semble acquis, son caractère progressiste - en ce sens qu’il serait au service du progrès social - est quant à lui plus discutable. Cf. F. Canut, *L’ordre public en droit du travail*, *op. cit.* pp. 116 s. ; F. Gaudu, « L’ordre public en droit du travail », art. préc. p. 370 ; « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », art. préc. p. 389. Il convient en effet de relever l’ambivalence du droit du travail, « adéquat au capitalisme » d’où il s’en suit parfois une réversibilité. Cf. G. Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouv.* 1951, p. 1 ; *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995. Sur la place de la doctrine progressiste, cf. R. de Quenaudon, « La doctrine progressiste : une lecture du droit du travail ? », *D.* 2005, p. 1736.

¹⁵⁶⁰ G. Lyon-Caen, « Négociation collective et législations d’ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89 ; M. Bonnechère, « L’ordre public au sens du droit du travail », *J.C.P.* 1974. 11604 ; « L’ordre public en droit du travail, ou la légitime *résistance* du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouv.*, 1988, p. 171 et s. ; M.-A. Souriac, G. Borenfreund, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 73.

860. Pour autant, l'appréciation du caractère plus favorable est souvent délicate. D'une part, les avantages relatifs à la représentation des salariés sont rarement quantifiables, ce qui rend plus difficile leur mise en ordre croissant et, par suite, l'établissement du plus favorable. D'autre part, le caractère plus favorable est apprécié en fonction de l'intérêt collectif des salariés. Cette expression cache en réalité une pluralité d'intérêts qui ne coïncident pas toujours ni tout à fait. L'intérêt de la collectivité des salariés ne recoupe ni entièrement celui des salariés investis d'un mandat de représentation, ni celui du syndicat, personne morale. La distance entre ces différents intérêts, qui est à la fois irréductible et indissociable de l'idée de représentation¹⁵⁶¹, explique les doutes dans la détermination de la norme la plus favorable aux salariés. Dès lors, ne doit-on pas craindre que la norme produite par les interlocuteurs sociaux, qui représentent les salariés dans la négociation collective, accentue la distance entre les intérêts des salariés et ceux de leurs représentants ?

861. Le risque d'une telle distorsion a peut-être conduit à maintenir des règles absolument impératives pour garantir le droit des salariés à être représentés. Seulement ce sont alors d'autres rapports qui se nouent entre les sources de la représentation des salariés.

¹⁵⁶¹ Sur l'idée de représentation et la tentative de réduire la distance entre représentants et représentés, cf. G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 685.

Chapitre 2nd – L’ordre public absolu : une garantie intangible

862. Au sein du droit du travail, la représentation des salariés serait une matière caractérisée par l’importance des lois d’ordre public absolu¹⁵⁶². Du moins celles-ci auraient-elles un temps prévalu dans ce domaine¹⁵⁶³. Si la représentation des salariés est souvent donnée en exemple, peut-être est-ce parce qu’elle est un domaine dans lequel les « *flux et les reflux* » de l’ordre public absolu ont pu souvent être observés¹⁵⁶⁴.

863. Caractérisées par leur absolue intangibilité, les lois d’ordre public absolu interdisent la dérogation, y compris par accord collectif et même dans un sens plus favorable aux salariés. Cela ressortirait de la seconde phrase de l’article L. 2251-1 du Code du travail : une convention ou un accord ne peut déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d’ordre public. Les dispositions d’ordre public absolu se distingueraient de cette manière des lois d’ordre public social, qui autorisent les améliorations conventionnelles¹⁵⁶⁵.

864. Une nouvelle fois, l’avis du Conseil d’État du 22 mars 1973 offre des jalons pour définir ce que recouvre l’ordre public absolu. Interprétant la disposition codifiée aujourd’hui à l’article L. 2251-1 du Code du travail¹⁵⁶⁶, la Haute juridiction administrative écarte de la compétence des interlocuteurs sociaux les matières qui « *débordent le domaine du droit travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels* ». Elle interdit également qu’une convention collective de travail déroge aux dispositions qui, par leurs termes mêmes, présentent un caractère impératif, aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles du droit international. Ainsi, l’ordre public absolu renvoie, tantôt, aux interdictions de négocier et aux « *frontières du négociable* »

¹⁵⁶² G. Borenfreund, « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. soc.* 1992, p. 897 ; M.-A. Souriac, « Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, p. 395 ; G. Auzero, *Les accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel*, Thèse Montesquieu-Bordeaux IV, 1997, p. 237 ; F. Canut, *L’ordre public en droit du travail*, *op. cit.*, n° 38, pp. 14 s.

¹⁵⁶³ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 2012, n°1223, p. 1279.

¹⁵⁶⁴ M.-A. Souriac, art. préc., p. 395 et spéc. p. 396.

¹⁵⁶⁵ Cela étant, les dispositions légales qui ne sont pas perfectibles ne sont pas nécessairement d’ordre public absolu.

¹⁵⁶⁶ L’existence d’un ordre public absolu ressortirait de la seconde phrase énoncée à l’article L. 2251-1 du Code du travail (ancien article L. 132-4 al 2) : « [*les conventions et les accords collectifs*] ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d’ordre public ». Comp. G. Lyon-Caen, « Négociations collective et législation d’ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 88.

¹⁵⁶⁷, tantôt, aux exigences que les interlocuteurs sociaux ne peuvent méconnaître et qui ont vocation à prévaloir sur les dispositions conventionnelles. A titre d'exemple, les critères de la représentativité syndicale sont exclus de la compétence des interlocuteurs sociaux ; ils sont en dehors de la sphère du négociable ». De manière différente, les principes tels que celui d'égalité de traitement, de l'effet utile ou de sincérité du scrutin s'imposent aux interlocuteurs sociaux encadrant le contenu des accords collectifs.

865. Ces deux dimensions de l'ordre public absolu sont à l'origine de deux formes d'articulation qui consistent soit en un rapport d'exclusion (Section 1), soit en un rapport de prévalence (Section 2).

¹⁵⁶⁷ M.-A. Souriac, « Le contrôle de la légalité interne des accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, p. 395, spéc. p. 401.

Section 1 : Les rapports d’exclusion

866. Suivant l’avis du Conseil d’État du 22 mars 1973, certaines matières « *débordent le domaine du droit travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant par leur nature aux rapports conventionnels* » et sont de ce fait exclues de la compétence des interlocuteurs sociaux. Bien que l’impérativité des lois d’ordre public absolu s’adresse aussi bien aux interlocuteurs sociaux, aux parties au contrat de travail qu’à l’employeur, leur fonction est d’abord de tracer les frontières du négociable.

867. Il est difficile de définir, de manière indubitable et définitive, quelles sont les dispositions légales qui revêtent un caractère d’ordre public absolu et, partant, les matières qui sont exclues de la compétence des interlocuteurs sociaux (Paragraphe 1).

868. Pour cette raison, la liste des matières relevant de l’ordre public absolu restera certainement toujours une œuvre imparfaite et inaboutie. Malgré tout, il peut être utile de s’y employer. L’enjeu n’est pas tant de faire apparaître un noyau dur de normes intangibles que d’identifier les domaines relevant de la représentation des salariés dans lesquels l’État tente de maintenir son emprise et de défendre son pré carré (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L’ordre public absolu et les frontières du négociables

869. Les lois d’ordre public absolu sont l’instrument à partir duquel il est possible de tracer les frontières du négociable.

Une première manière consiste à s’appuyer sur les règles de l’herméneutique. Le caractère d’ordre public absolu peut notamment se déduire d’une interprétation *a contrario* des habilitations de négocier. Ainsi, lorsque, en vertu de l’article L. 2141-10 du Code du travail, la loi autorise un accord collectif à contenir des clauses plus favorables relatives à l’exercice du droit syndical, il est possible de considérer qu’« *il n’existe a priori ici aucune limite au domaine de négociation* »¹⁵⁶⁸. Il n’en irait pas de même de l’institution du comité d’entreprise pour laquelle le législateur permet seulement la conclusion d’accords collectifs sur le fonctionnement et les pouvoirs de celui-ci. *A contrario*, les règles relatives à la composition ou à la désignation de ses membres seraient exclues du champ de compétence des

¹⁵⁶⁸ G. Borenfreund, « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. soc.* 1992, p. 897.

interlocuteurs sociaux¹⁵⁶⁹. Pourtant, cette « *analyse minutieuse* »¹⁵⁷⁰ des dispositions légales ne suffit pas à fixer *a priori* le caractère d'ordre public absolu des dispositions légales relatives à la composition du comité d'entreprise. Non seulement, l'ancien article L. 433-1 [Art. L. 2324-1 *C. trav. nouv.*] autorise l'augmentation du nombre de membres au comité d'entreprise. Mais encore, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé en des termes généraux que « *les conventions et accords collectifs peuvent comporter des clauses plus favorables concernant la composition du comité d'entreprise* »¹⁵⁷¹.

870. Suivant une seconde manière, les lois d'ordre public absolu sont celles dont le caractère intangible est affirmé. Seulement, les interdictions de négocier sont rarement affirmées dans la loi. Ce sont les juges qui souvent s'y emploient, ce qui a justifié plut ôt le recours à l'expression d'ordre public « *virtuel* »¹⁵⁷². Ainsi, l'ordre public absolu « *virtuel* » recouvre ainsi l'ensemble des règles dont les juges ont estimé qu'elles étaient exclues de la compétence des interlocuteurs sociaux.

871. Il n'est pas anodin à cet égard que la notion d'ordre public absolu, d'origine doctrinale, ait été consacrée par la Cour de cassation. Elle l'a fait pour la première fois dans un arrêt rendu

¹⁵⁶⁹ G. Borenfreund, art. préc., p. 897 ; dans le même sens, M. Cohen, note sous Crim. 16 mars 1993, *Dr. soc.* 1993, p. 653. A l'inverse de l'article L. 2325-4 du Code du travail, l'article L. 4611-7 autorise qu'un accord collectif comporte des dispositions plus favorables concernant la composition du C.H.S.C.T. La possibilité de conclure des accords plus favorables à la composition du C.H.S.C.T. résulte d'une modification de l'ancien article L. 236-13 du Code du travail par l'article 61 de la loi du 10 juillet 1984 portant diverses dispositions d'ordre social –Loi n° 84-575, *J.O.R.F.* du 10 juillet 1984, p. 2171 [L. 4611-7 *C. trav. nouv.*]. Avant cette modification, l'article L. 236-13 évoquait les accords collectifs plus favorables relatifs au fonctionnement et aux pouvoirs du C.H.S.C.T, sur le modèle de ce qui existait pour le comité d'entreprise (cf. *J.O.A.N.* 2^{ème} séance du 22 septembre 1982, pp. 5079 et 5080, précision apportée par Mme J. Fraysse-Cazalis, rapporteur, et par M. J. Auroux, Ministre du travail). La modification apportée par la loi du 10 juillet 1984 visait, selon son auteur, M. J.-P. Le Coadic, rapporteur, à faire obstacle à la décision des employeurs de ne pas appliquer les dispositions plus favorables relatives à la composition du C.H.S.C.T : *J.O.A.N.* 2^{ème} séance, 30 mai 1984, p. 2861 : « *L'article L. 236-13 du Code du travail relatif au comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail tend à garantir des dispositions résultants d'accords collectifs ou d'usages et qui sont plus favorables que celles prévues par la loi. Le texte de cet article ne devrait pas être assez précis puisque faute de mention expresse, les dispositions plus favorables quant à la composition des comités n'ont pas été respectées par certains employeurs. Il convient de réparer cette omission* ».

¹⁵⁷⁰ N. Aliprantis, *op. cit.* p. 179.

¹⁵⁷¹ Soc, 8 juin 1999, *Bull. civ.* V, n° 270.

¹⁵⁷² F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, Précis, 9^{ème} édition, 2005, n° 375, p. 381 : « *l'ordre public est une notion souple qui doit pouvoir être adaptée aux besoins de l'époque et aux situations particulières. Aussi bien la jurisprudence a-t-elle toujours admis l'existence d'un ordre public virtuel, d'un ordre public implicite* » ; F. Canut, *L'ordre public en droit du travail*, *op. cit.* p. 17, n° 45 ; R. Vatinet, « L'ordre public », in *Les notions fondamentales du droit du travail*, *op. cit.* p. 88.

au sujet de la négociation relative sur la représentation des salariés¹⁵⁷³. L’exemple est connu ; il concerne la durée des mandats électifs. La Cour de cassation refusait alors qu’un accord collectif modifie la durée des mandats. L’expression est réapparue depuis, notamment au sujet des dispositions de la loi du 20 août 2008 relative à la représentativité syndicale¹⁵⁷⁴.

872. Pour autant, les présupposés sur lesquels les juges se fondent pour déterminer si une disposition revêt un caractère d’ordre public absolu ne sont ni toujours clairs ni même exprimés¹⁵⁷⁵. Tantôt, la décision semble être la conséquence de l’impossibilité d’apprécier le caractère perfectible d’un avantage contenu dans la loi¹⁵⁷⁶. Tantôt, l’intangibilité de certaines règles semble résulter de leur « *valeur quasi-publique dans le droit du travail* »¹⁵⁷⁷. Tantôt, s’inspirant des termes de F. Gaudu, les juges semblent s’appuyer sur des valeurs collectives très fortes ou des exigences d’intérêt général, qu’il revient, aux yeux des juges, à l’État seul d’exprimer¹⁵⁷⁸.

873. L’exemple de la durée des mandats est de ce point de vue également significatif. La Cour de cassation avait jugé que les dispositions relatives à la durée légale des mandats étaient

¹⁵⁷³ Soc, 8 novembre 1994, *Bull. civ.* V, n° 296 ; *D.* 1995, p. 354, obs. J. Frossard.

¹⁵⁷⁴ Soc, 18 mai 2011, n° pourvoi 10-60.406 ; *J.C.P.* éd. S 2011, p. 37, obs. J.-Y. Kerbourc’h, p. 37 ; F.-J. Pansier, « Los olvidados du syndicalisme », *C.S.B.*, 2011, p. 190 ; A. Brousse, *R.D.T.* 2011, p. 449 ; *R.J.S.7/2011*, p. 563 ; *J.S Lamy*, 2011, p. 302, obs. F. Millet.

¹⁵⁷⁵ Cf. F. Canut, *op. cit.* p. 108 ; en ce sens, T. Revet, « L’ordre public dans les relations de travail », in T. Revet (dir.), *L’ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 50. Cette raison justifie que certains auteurs préfèrent distinguer la règle de faveur du caractère d’ordre public d’une loi. Alors que la première ne viserait qu’à déterminer, lorsqu’une loi a un objet mesurable, si la convention collective comporte ou non un avantage plus favorable ; au contraire, le second, l’ordre public, s’attache à préserver l’intérêt général qui de ce fait ne pourrait souffrir d’aucune relativité. Y. Chalaron, « L’application de la disposition la plus favorable », in *Les Transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, p. 243 et spéc. p. 249 : « loin d’être régressive, ces propositions auraient pour conséquence d’éloigner des salariés les dangers qui, peut-être, les menacent le plus aujourd’hui : ceux que contient l’"envers" de la notion d’ordre public relatif dans un droit positif de plus en plus équivoque en ses finalités » ; G. Couturier, *Traité de droit du travail, op. cit.* p. 480, n° 201-1 et « L’ordre public de protection : heurs et malheurs d’une vieille notion neuve », *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1978, p. 95.

¹⁵⁷⁶ Cf. *supra*. n° 822.

¹⁵⁷⁷ L. Rozès, « Remarques sur l’ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 324. Contra, M.-A. Souriac, Th. préc., p. 829. L’auteur dénonce « une part de subjectivité [qui se glisse] dans cette méthode : on peut lui reprocher de reposer sur une conception constitutionnelle de l’entreprise que la loi n’a jamais clairement adoptée et qui se trouve précisément remise en cause par le développement de la négociation d’entreprise ».

¹⁵⁷⁸ F. Gaudu, « L’ordre public en droit du travail », *op. cit.*, p. 363. Dans le même sens, G. Couturier, *Traité de droit du travail, op. cit.*, p. 480, n° 201-1 ; « L’ordre public de protection : heurs et malheurs d’une vieille notion neuve », *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1978, p. 95 ; F. Bocquillon, « Que reste-t-il du principe de faveur », *Dr. soc.* 2001, p. 256.

« *d'ordre public absolu* »¹⁵⁷⁹. Quelles qu'aient pu être les raisons, liées ou non à l'intérêt général, celles-ci n'existent plus : la loi du 2 août 2005 a redonné aux règles relatives à la durée des mandats un caractère négociable¹⁵⁸⁰.

Finalement, l'ordre public absolu « *virtuel* » revêt un caractère tout à la fois indéterminé, évolutif et variable¹⁵⁸¹. La représentation des salariés est certainement symptomatique de ces trois raisons à la fois. En fin de compte, les domaines relevant de l'ordre public absolu donnent surtout à voir les rôles respectifs des interlocuteurs sociaux et de l'État dans l'organisation et la structuration des relations collectives de travail.

Paragraphe 2 – Les domaines relevant de l'ordre public absolu

874. Le domaine de la loi n'est pas seulement celui que définit l'article 34 de la Constitution¹⁵⁸². Il est aussi celui que définissent les lois d'ordre public absolu édictées par le législateur lui-même ou interprétées par les juges comme telles. Attention néanmoins : « *toute confusion entre le domaine de la loi [défini par l'article 34] et l'ordre public absolu serait erronée. Tout ce qui relève de la loi ne relève pas pour autant systématiquement de l'ordre public absolu, y compris pour ce qui est des rapports collectifs* »¹⁵⁸³.

875. Si certains domaines ont trait aux fonctions régaliennes (A), d'autres sont la marque de l'interventionnisme étatique dans les relations collectives de travail (B).

A. L'ordre public absolu et les fonctions régaliennes de l'État

876. Le Conseil d'État avait déjà mis en évidence les domaines qui renvoient aux fonctions régaliennes de l'État et qui, de ce fait, sont exclus de la compétence des interlocuteurs sociaux. Suivant l'avis du 22 mars 1973, une convention collective ne « *saurait ni modifier la compétence des agents publics (1), ni fixer des règles assorties des sanctions pénales (2)* ».

¹⁵⁷⁹ Soc, 8 novembre 1994, *Bull. civ. V*, n° 296 ; *D.* 1995, p. 354, obs. J. Frossard.

¹⁵⁸⁰ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 96 codifiée aux articles L. 2314-16 et L.2314-17 pour les délégués du personnel et aux articles L. 2324-24 et L. 2324-25 pour les représentants élus au comité d'entreprise.

¹⁵⁸¹ J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in Les notions à contenu variable*, Bruylant, 1984, p. 77.

¹⁵⁸² Cf. *supra* n° 250.

¹⁵⁸³ Y. Robineau, *Loi et négociation collective*, La documentation française, 1997, p. 12.

1. *L’indisponibilité de la compétence des autorités publiques*

877. Deux autorités publiques sont concernées en particulier : l’inspecteur du travail et le juge. A l’égard de l’un comme de l’autre, le caractère d’ordre public absolu des lois qui les régissent interdit qu’un accord collectif les prenne pour objet (a). Compte tenu de cette interdiction, les institutions de représentation des salariés d’origine conventionnelle devront être de même nature que les autorités publiques soient convoquées de la même manière que s’il s’agissait de la loi (b).

a) L’interdiction absolue de modifier la compétence des autorités publiques par voie conventionnelle

878. L’inspecteur du travail intervient pour autoriser les mesures affectant l’emploi des représentants des salariés. Ainsi, l’employeur doit-il demander au premier l’autorisation pour licencier les seconds ou décider leur transfert¹⁵⁸⁴. Le statut protecteur bénéficie à l’ensemble des représentants des salariés, syndicaux comme élus, présents dans l’entreprise ou dans le groupe. La protection a été étendue, pour une durée déterminée, aux candidats ainsi qu’aux salariés anciennement titulaires d’un mandat de représentation.

879. Le caractère d’ordre public absolu du statut des fonctionnaires interdit qu’un accord collectif modifie la compétence de l’inspection du travail et le déclarer compétent là où la loi ne le prévoit pas. Il va de soi que l’État seul est appelé à modifier le champ d’intervention d’un fonctionnaire de l’État.

880. Seule une habilitation peut éventuellement habiliter les interlocuteurs sociaux à prévoir l’intervention de l’inspection de travail. Tel a été le cas lorsque, commandée par des exigences constitutionnelles, une convention collective de branche étendue a dû prévoir, dans le cadre d’une loi expérimentale, la protection des salariés mandatés¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁴ Art. L. 2411-1 *C. trav.* s.

¹⁵⁸⁵ Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, préc., considérant 21 : « *si le législateur a conféré compétence aux partenaires sociaux, dans le cadre de la négociation de branche, pour définir une protection conventionnelle particulière des salariés mandatés par les organisations syndicales représentatives, il ressort des travaux préparatoires de la loi qu’en faisant référence à la procédure prévue par l’article L. 412-18 du Code du travail, il a entendu que la protection à instituer assure, sous le contrôle du juge, des garanties au moins équivalentes à la garantie légale tenant à la mise en œuvre de cette dernière disposition* ».

881. De la même manière, les règles relatives à l'organisation de la justice et aux compétences juridictionnelles échappent aux rapports conventionnels. L'article L. 1411-1 du Code du travail prohibe en particulier les clauses dérogatoires aux règles légales régissant la compétence du conseil des prud'hommes¹⁵⁸⁶. Toutefois, l'interdiction est plus générale : elle concerne l'ensemble des juridictions et vise toute clause contenue quel que soit l'acte de la stipulation¹⁵⁸⁷.

882. En matière de représentation des salariés et de droit syndical, le caractère d'ordre public absolu des règles d'organisation de la justice étatique vise en particulier les dispositions légales qui régissent les actions en justice intentées par les organisations syndicales. Une clause conventionnelle ne saurait, par exemple, modifier les règles relatives à la qualité pour agir et permettre à un syndicat non représentatif d'agir en substitution d'un salarié, alors que la loi limite une telle action aux seules organisations représentatives¹⁵⁸⁸.

b) La nature de l'institution : limite de la compétence des autorités publiques

883. Dès lors que les interlocuteurs sociaux ont le pouvoir de créer des institutions de représentation des salariés, il y a lieu de connaître le régime qui leur est applicable. La question concerne principalement le bénéfice du statut protecteur des représentants des salariés. Est-ce que le licenciement du représentant conventionnel exige l'autorisation de l'inspecteur ? A défaut, son licenciement doit-il être annulé ?

884. Selon Mme F. Canut, « *s'il est vrai que dans ces conditions, les conventions collectives ne modifient pas la compétence des agents publics, il faut admettre cependant qu'elles*

¹⁵⁸⁶ V. notamment Soc, 12 février 1985, *Bull. civ.* 1985, V, n° 107 : « *Des stipulations particulières ne peuvent déroger à une disposition d'ordre public régissant la répartition des compétences entre les juridictions administrative et judiciaire* ».

¹⁵⁸⁷ Se pose la question compliquée de la portée des avis des commissions d'interprétation mise en place en application de l'article L. 2232-9 du Code du travail. Le juge ne peut être contraint par ces avis d'interprétation que si les parties à la conventions ont donné à cet avis la valeur d'un avenant. Soc, 11 octobre 1994, *Bull. civ.* v, n° 272 ; *R.J.S.* 11/1994, n° 1285 ; *D.* 1995, p. 369, obs. V. Soubise ; V. également, Soc, 12 novembre 2002, *Bull. civ.* V, n° 341 ; *J.C.P.* éd. E, 2003, p. 1380, obs. V. Soubise. Avant la décision, cette position était défendue par certains auteurs. Cf. notamment, C. Pactet, « Le contentieux des négociations collectives », *Dr. soc.* 1973, p. 102, spéc. p. 108. Cette jurisprudence antérieure est problématique dans la mesure où elle est aujourd'hui confrontée à la généralisation de l'exigence majoritaire.

¹⁵⁸⁸ Ainsi, à titre d'exemple, l'article L.1247-1 du Code du travail dispose : « *Les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions qui résultent du présent titre en faveur d'un salarié [employé en contrat de travail à durée déterminée], sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé* ».

élargissent les cas d’intervention de l’inspecteur du travail à des hypothèses non prévues par la loi »¹⁵⁸⁹.

885. Pour déterminer le champ d’application des dispositions légales qui régissent la compétence des autorités publiques, les juges s’appuient sur la nature de l’institution de représentation en cause et se demandent si l’institution prévue par l’accord collectif est de même nature que la loi. Dans l’affirmative, l’autorité publique est compétente car l’objet de l’accord entre dans le champ de sa compétence. Dans la négative, elle ne peut intervenir car cela signifierait que l’accord peut étendre le champ de compétence initialement défini par la loi.

886. Le critère de la nature de l’institution figure pour la première fois dans la circulaire du 25 octobre 1983 au sujet du statut protecteur des représentants des salariés¹⁵⁹⁰. Les auteurs de la circulaire craignent une extension de la compétence de l’inspecteur du travail. Ils expliquent en particulier que *« l’extension de la protection légale n’a lieu que dans la mesure où l’accord de branche ou d’entreprise a entendu instaurer une représentation du personnel de même nature que celle instituée par la loi »*. Ainsi en est-il des représentants mis en place en-deçà des seuils légaux ; en revanche, les salariés qui participent à la délégation syndicale pour négocier les accords d’entreprise ne peuvent prétendre être protégés. La raison avancée est la suivante : *« s’il est possible, par convention, d’élargir le champ d’intervention d’un agent public dans un domaine de compétence qui a été défini par le législateur ou le pouvoir réglementaire, il n’est, par contre, pas possible de donner une compétence nouvelle à cet agent par la voie conventionnelle »*.

887. Le juge administratif l’avait en réalité déjà admis dans un arrêt du 31 octobre 1980 au sujet de délégué syndicaux désigné sur la base d’une convention collective qui avait supprimé la condition d’effectif¹⁵⁹¹. Sur le fondement de l’ancien article L. 411-17 du Code du travail, il décidait que le licenciement d’un représentant d’origine conventionnelle nécessitait l’autorisation de l’inspection du travail.

¹⁵⁸⁹ F. Canut, *op. cit.*, p. 113. Dans le même sens, N. Dauxerre, « Reconnaissance du statut protecteur aux représentants conventionnels du personnel », *J.C.P.* éd. S. 2008, n°7, p. 1095.

¹⁵⁹⁰ Circulaire du 25 octobre 1983 relative à l’application de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, *J.O.R.F.* du 20 décembre 1983, p. 11201 et spéc, p. 11208.

¹⁵⁹¹ C.E. Ass. 31 octobre 1980, n° 12767, Ministre du travail et consortium vinicole et viticole de Bourgogne, n° 12767 et 12797, *D.* 1981, p. 2678, obs. J. Pélissier ; *Dr. soc.* 1981, p. 158, obs. A. Latournerie.

888. Le juge judiciaire, quant à lui, est compétent pour prononcer la nullité du licenciement ou du transfert lorsque l'employeur manque de requérir l'autorisation à l'inspection du travail. Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, l'annulation du licenciement est encourue si l'institution est de même nature que l'institution d'origine légale¹⁵⁹². Au contraire, le juge n'a pas à apprécier la régularité du licenciement d'un représentant d'origine conventionnelle au regard des règles applicables aux salariés protégés¹⁵⁹³.

Dans un arrêt du 23 octobre 2007, rendu au fondement de l'article L. 412-21 du Code du travail [art. L. 2141-10 nouveau], elle fait montre de largesse quant à la manière d'apprécier la nature de l'institution conventionnelle¹⁵⁹⁴. Ainsi a-t-elle décidé d'appliquer la procédure spéciale de licenciement à des délégués syndicaux de groupe institués par un accord d'entreprise. Elle relève la similitude des fonctions du délégué syndical de groupe institué par l'accord et celles du délégué syndical¹⁵⁹⁵. Pourtant, l'identité de nature de ces deux institutions restait discutable. Pour certains auteurs, il était possible et souhaitable de rattacher le délégué syndical de groupe à l'institution légale du délégué syndical¹⁵⁹⁶. Pour d'autres au contraire, la Cour de cassation n'a pas su apprécier la nature de l'institution litigieuse¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹² Soc, 20 février 1991, *Bull. civ.* n° 85 ; *D.* 1991, p. 73 ; *R.J.S.* 1991, p. 256, n° 484 : « *Les institutions représentatives du personnel, créées par voie conventionnelle, doivent, pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, être de même nature que celles prévues par le Code du travail ; que tel n'est pas le cas des membres d'un conseil de discipline, dont l'existence n'est pas prévue par le Code du travail* ». (Nous soulignons).

¹⁵⁹³ Soc, 19 juin 1991, *Bull. civ.* V, n° 306, préc.

¹⁵⁹⁴ Soc, 23 octobre 2007, *Bull. civ.* V, n° 174 ; *R.D.T.* 2008, p. 46, note M. Grévy ; N. Dauxerre, *J.C.P.* éd. S. 2008, n°7, p. 1095. Cf. également, Soc, 8 décembre 2009, *Bull. civ.* V, n° 277 : « *Mais attendu qu'il résulte des dispositions combinées des alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 1^{er} de la convention n° 135 de l'O.I.T. relative à la protection des représentants des travailleurs et de l'article L. 782-7, recodifié L. 7322-1 du code du travail, que le gérant non salarié, investi d'un mandat représentatif en application de l'article 37 de l'accord collectif national qui précise les modalités d'application particulières, aux gérants non-salariés de succursales, des dispositions légales relatives aux syndicats professionnels et aux institutions représentatives du personnel, doit être en mesure d'exprimer et de défendre librement les revendications de la collectivité des gérants qu'il représente et doit bénéficier, à ce titre, du régime protecteur prévu aux articles L. 2411-3 et L. 2411-8 du Code du travail ; Et attendu qu'ayant constaté que M. Y.. avait été désigné délégué syndical d'établissement en application de l'accord collectif national, la cour d'appel en a exactement déduit que la rupture du contrat sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail était entachée de nullité* ».

¹⁵⁹⁵ Peut-être la plus grande souplesse de la Cour de cassation s'explique-t-elle par la reconnaissance légale de la négociation de groupe depuis la loi du 4 mai 2004.

¹⁵⁹⁶ M. Grévy, « Statut protecteur des représentants conventionnels : un premier pas vers un revirement jurisprudentiel ? », *R.D.T.* 2008, p. 46. L'auteur appelle de ses vœux l'abandon de l'exigence « d'une

889. La « nature » de l’institution conventionnelle trace ainsi la limite de la compétence des agents publics. De plus, les juges soulignent ainsi que les interlocuteurs sociaux n’ont le pouvoir ni de définir ni de changer la nature des institutions légales. Reste cependant que « *la portée du principe selon lequel les dispositions légales relatives au droit syndical et à la représentation collective ne font pas obstacle aux conventions ou accords comportant des clauses plus favorables* » se voit ainsi fortement restreinte »¹⁵⁹⁸.

2. L’indisponibilité de la matière pénale

890. La plupart des dispositions légales relatives à la représentation des salariés fait l’objet d’incriminations pénales¹⁵⁹⁹. Le délit d’entrave sanctionne les agissements du chef d’entreprise ou de ses représentants qui nuiraient à la mise en place, aux missions ou au fonctionnement des institutions de représentation des salariés, qu’il s’agisse des délégués du personnel¹⁶⁰⁰, des représentants au comité d’entreprise¹⁶⁰¹, des délégués syndicaux¹⁶⁰², etc. Il sanctionne également les atteintes portées à l’exercice du droit syndical dans l’entreprise¹⁶⁰³, ainsi que la violation par l’employeur de son obligation de négocier¹⁶⁰⁴. Enfin, la loi pénale réprime le manquement à l’obligation de requérir à l’inspection du travail l’autorisation de licenciement pour les salariés bénéficiant du statut protecteur¹⁶⁰⁵. Chaque délit fait l’objet d’une disposition qui définit l’objet de l’incrimination et la sanction qui lui est assortie, laissant ainsi voir « *une mosaïque d’articles* »¹⁶⁰⁶.

même nature » et regrette que ce critère conduise à écarter toute protection à des représentants dont l’existence est prévue par la loi ; dans le même sens, P. Ortscheidt, art. préc., p. 247.

¹⁵⁹⁷ N. Dauxerre, « Reconnaissance du statut protecteur aux représentants conventionnels du personnel », *J.C.P.* éd. S. 2008, n°7, p. 1095 L’auteur critique fortement la Cour de cassation d’avoir reconnu une telle protection à un représentant qui, selon elle, ne se confond avec aucune institution légale, et ce au mépris de « *l’ordre public absolu [qui] s’oppose à toute extension conventionnelle du statut protecteur en direction d’instances inconnues du Code du travail* ».

¹⁵⁹⁸ M. Grévy, note préc. p. 46.

¹⁵⁹⁹ 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. ouv.* 1990, p. 77.

¹⁶⁰⁰ Art. L. 2316-1 *C. trav.*

¹⁶⁰¹ Art. L. 2328-1 *C. trav.* *Adde* pour le comité de groupe : Art. L. 2335-1 *C. trav.* ; pour le groupe spécial de négociation ou le comité d’entreprise européen, Art. L. 2346-1 *C. trav.*

¹⁶⁰² Art. L. 2146-1 *C. trav.*

¹⁶⁰³ Art. L. 2146-1 *C. trav.*

¹⁶⁰⁴ Art. L. 2243-1 et L. 2243-2 *C. trav.*

¹⁶⁰⁵ L. 2431-1 s. *C. trav.*

¹⁶⁰⁶ M.-C. Aumarger-Lattes, « Délits d’entrave aux institutions représentatives des salariés et des syndicats », *Rep. procédure pénale et de droit pénal*, Dalloz, 2009, §6.

891. En vertu du principe de la légalité des délits et des peines, la loi seule est la source des incriminations pénales. Ce principe, issu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et rappelé à l'article L. 111-3 du Code pénal, renvoie à plusieurs significations normatives. En premier lieu, la loi est la source première des incriminations et des sanctions pénales. A l'exception des contraventions, il existe une réserve de loi qui interdit au pouvoir réglementaire, ou à toute autre autorité normative, de prévoir des incriminations pénales. En deuxième lieu, ce principe impose au législateur de définir avec précision le fait incriminé et les conditions dans lesquelles l'infraction est constituée¹⁶⁰⁷. En troisième lieu, il impose au juge une interprétation stricte de la loi pénale.

892. La valeur constitutionnelle du principe des délits et des peines explique le caractère d'ordre public absolu des lois pénales. Partant, un accord collectif ne peut édicter des dispositions pénales. Une telle clause est, sans aucun doute possible, nulle et de nullité absolue.

893. Le caractère d'ordre public absolu des lois pénales soulève une autre question. Il importe de savoir si la violation par l'employeur d'une obligation d'origine conventionnelle peut faire l'objet d'une sanction pénale. Cette question est née de la faculté pour les interlocuteurs sociaux de prévoir des dispositions ayant le même objet que les dispositions légales. Partant, il y a lieu de se demander si le principe de légalité des délits et des peines s'oppose à ce que la méconnaissance des dispositions conventionnelles soit sanctionnée pénalement.

L'attention ne porte pas tant ici sur la source de l'incrimination et de la sanction pénale, que sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale et sur l'obligation pour le juge de relever l'élément légal de l'incrimination pour juger l'infraction consommée.

La question n'est pas spécifique à la représentation des salariés, pourtant il s'agit du domaine dans lequel elle se pose le plus souvent. Nombre de décisions rendues au sujet des conséquences pénales des dispositions conventionnelles concernent la représentation des salariés. De manière récurrente, les juges sont invités à se demander si la méconnaissance par l'employeur des dispositions conventionnelles sur la représentation des salariés ou l'exercice du droit syndical dans l'entreprise peut être sanctionnée pénalement.

¹⁶⁰⁷ Cf. Déc. n° 2012-240 Q.P.C. du 4 mai 2012, *J.O.R.F.* du 5 mai 2012, p. 8015. Cette décision est celle par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel la définition des éléments constitutifs du harcèlement sexuel au regard du principe de légalité des délits et des peines (considérants 4 et 5).

894. Dans un premier temps, une réponse positive à cette question fut apportée. Selon la jurisprudence, dite *Plessis*, l’habilitation à déroger à la loi en un sens plus favorable constituait un renvoi implicite à la loi pénale¹⁶⁰⁸. Le raisonnement est le suivant : la loi pénale sanctionne la méconnaissance de telle disposition du Code du travail ; or, cette disposition autorise la conclusion d’accords collectifs plus favorables ; en conséquence, la violation de l’accord a les mêmes conséquences que si la loi elle-même eût été violée. La chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait que la violation de dispositions conventionnelles plus favorables relatives à l’exercice des fonctions de délégué du personnel ou de délégué syndical était constitutive du délit d’entrave.

895. Cette solution va connaître un coup d’arrêt à la suite de l’adoption de la loi de 1982 et l’adoption de l’ancien article L. 153-1 du Code du travail, devenu l’article L. 2263-1. Aux termes de cette disposition, « *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* »¹⁶⁰⁹. A travers cette disposition, le législateur entendait éviter le phénomène de « *dumping pénal* », qui permettrait d’échapper à la loi pénale par la conclusion d’accords dérogatoires à la loi¹⁶¹⁰. Cette disposition a été jugée constitutionnelle¹⁶¹¹. Selon le Conseil constitutionnel, aucun principe à valeur constitutionnelle n’interdit au législateur de sanctionner pénalement le manquement à une obligation d’origine conventionnelle.

896. La règle semble générale : elle s’applique quel que soit l’objet de l’accord et quel que soit le domaine du droit du travail. Cependant, la loi pose deux conditions qui restreignent considérablement le principe du renvoi. D’une part, l’accord doit être étendu. D’autre part, il doit être un accord dérogatoire à la loi. Si la seconde condition peut être interprétée

¹⁶⁰⁸ Crim. 14 février 1978, *Bull. crim.* n° 58 ; *D.* 1978, p. 384, obs. J. Pélissier ; Crim. 20 avril 1982, *Bull. crim.* n° 96 ; Crim. 4 novembre 1981, *Bull. crim.* n° 294 ; *D.* 1982, p. 321, obs. J.-M. Béraud ; J. Pradel, « Est-il possible de sanctionner pénalement des dispositions conventionnelles plus favorables aux travailleurs que la loi ? », *Dr. soc.* 1979, p. 172 ; M. Cohen, « Les entraves directes et indirectes à l’exercice du droit syndical et du droit de grève », *Dr. soc.* 1978, p. 268.

¹⁶⁰⁹ Nous soulignons.

¹⁶¹⁰ M.-C. Amauger-Lattes, « L’évolution paradoxale de la sanction pénale du droit conventionnel du travail », *Dr. soc.* 2009, p. 568 et spéc. pp. 571 s.

¹⁶¹¹ D.C. 82-145, 10 nov. 1982, *J.O.R.F.* 11 novembre 1982 ; *Dr. soc.* 1983. 162, Chron. Hamon ; Y. Chalaron, « La sanction pénale du droit conventionnel : une nouvelle base ? », *Dr. soc.* 1984, p. 505. On doit en particulier à cet auteur l’interprétation selon laquelle les accords collectifs plus favorables à la loi ne seraient pas visés par l’article L. 153-1 du Code du travail.

largement, en considérant que les accords plus favorables à la loi dérogent à la loi *in melius*, la première condition conduit, à coup sûr, à exclure la violation des dispositions issues d'un accord d'entreprise, d'établissement et de groupe qui, par nature, ne peuvent être étendus.

Ainsi, dans un second temps, la chambre criminelle va abandonner la jurisprudence *Plessis* par deux arrêts du 4 avril 1991 et juger qu'aucun délit d'entrave n'avait été commis par l'employeur qui, dans la première espèce, a méconnu la mission d'un représentant syndical au comité de groupe et, dans la seconde, a licencié injustement un représentant syndical au C.H.S.C.T.¹⁶¹².

Deux arguments sont relevés par la chambre criminelle. En premier lieu, le représentant syndical au C.H.S.C.T. serait une institution d'origine purement conventionnelle dès lors qu'il n'existe pas dans la loi de représentant de « *même nature* ». En second lieu, le refus de la chambre criminelle de sanctionner l'employeur tient au fait que, dans les deux espèces, les accords n'étaient pas étendus.

Il est difficile de rétorquer ce second argument : les accords litigieux n'étaient pas étendus car ils étaient des accords d'entreprise. En revanche, le premier argument paraît davantage sujet à critique. La recherche de la nature d'une institution, ou même de ses éléments caractéristiques, s'avère peu aisée. En l'espèce, il était discutable que le représentant syndical au C.H.S.C.T. affecte la nature de l'institution du C.H.S.C.T.¹⁶¹³.

897. Par ailleurs, un arrêt du 19 juin 2012 confirme le sens à donner à la notion d'accords dérogatoires à la loi¹⁶¹⁴. En l'espèce, la directrice des *Galleries Lafayette* était poursuivie pour

¹⁶¹² Crim, 4 avril 1991, *Bull. crim.*, n° 164, *Dr. ouv.* 1991, p. 313, obs. N. Alvarez-Pujana ; *J.C.P.*, éd. E 1991.213, note O. Godard, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 783, obs. A. Lyon-Caen ; *R.J.S.* 5/1991, n° 614-a, 2^{ème} esp.

¹⁶¹³ Cf. P. Ortscheidt, « Pour un renforcement de la protection pénale des représentants conventionnels », in *Le droit collectif. Questions fondamentales – Evolutions récentes, Mélanges en hommage à Madame H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 247 et spéc. p. 250 et p. 252. Selon l'auteur, d'une part, la protection pénale des représentants concerne moins l'institution que les membres de l'institution. D'autre part, « dans la formule "identité de nature", c'est le recours au terme "nature" qui paraît le moins adéquat. En principe, la nature d'une institution est définie par l'ensemble des critères qui la constitue. En faisant siéger un représentant syndical au C.H.S.C.T, on ne voit pas en quoi une convention en modifie la nature ».

¹⁶¹⁴ Crim, 19 juin 2012, n° 11-84.884 (à paraître) ; *J.C.P.* éd. S 2012. 1466, note E. Jeansen. Cependant, pour l'auteur, la Cour de cassation réécrit l'article L. 2263-1. En effet, la solution de la Cour de cassation ne fait pas mention d'un accord qui déroge aux dispositions légales mais seulement d'un accord intervenu en application d'une disposition expresse. Toute sanction pénale d'un accord collectif conclu *in melius* ne serait donc pas exclue. *Adde* E. Jeansen, « La sanction pénale de la violation d'un accord

délict d’entrave à l’exercice du droit syndical pour avoir méconnu une obligation conventionnelle de négocier. La convention collective, étendue, prévoyait en effet que la décision de fermer le magasin après 20 heures était subordonnée à la consultation du comité d’entreprise et à une négociation sur les modalités avec les délégués syndicaux. Selon la chambre criminelle, « *l’obligation de négocier avec les organisations syndicales [...] n’ayant pas été instituée en l’espèce par une convention ou un accord collectif de travail étendu, en application d’une disposition législative expresse, dans une matière déterminée, comme le prévoit l’article L. 2263-1 du code du travail, la méconnaissance des dispositions conventionnelles invoquées, si elle pouvait donner lieu le cas échéant à des recours civils, n’était pas susceptible de recevoir la qualification pénale visée par la prévention ni aucune autre qualification* ».

898. La jurisprudence de la chambre criminelle limite considérablement la possibilité de voir sanctionnée pénalement la méconnaissance d’une obligation conventionnelle. Le tempérament apporté au principe de la légalité des délits et des peines se limite « *au cadre sclérosant de l’article L. 2263-1 du Code du travail* »¹⁶¹⁵. Pourtant, il aurait été tout à fait envisageable de recourir à la technique du renvoi indépendamment de l’article L. 2263-1 du Code du travail¹⁶¹⁶. Comme l’ont soutenu Mme M.-A. Souriac ou P. Ortscheidt, le caractère dérogatoire est moins la condition de la protection pénale que le critère de définition du champ d’application de l’article L. 2263-1 du Code du travail¹⁶¹⁷.

899. Là encore, se voit fortement limitée la portée du pouvoir des interlocuteurs sociaux de prévoir des règles plus favorables en matière de représentation des salariés et de droit syndical. L’intention n’est peut-être pas seulement de préserver les fonctions régaliennes de l’État mais

collectif » in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d’instruction criminelle*, Dalloz 2010, p. 719.

¹⁶¹⁵ M.- C. Amauger-Lattes, art. préc. p. 573.

¹⁶¹⁶ Au demeurant, depuis la recodification, l’article L. 2141-10, qui autorise la conclusion d’accords collectifs plus favorables à l’exercice du droit syndical et l’institution du délégué syndical, n’est plus visé par l’article L. 2146-1 du Code du travail qui sanctionne le délict d’entrave. A supposer que la chambre criminelle décide un jour d’opérer un revirement, seul un renvoi au second degré permettrait la sanction pénale des règles conventionnelles relatives à l’exercice du droit syndical, par le biais de l’article L. 2141-4 qui garantit l’exercice du droit syndical dans toutes les entreprises. En ce sens, M.- C. Amauger-Lattes, art. préc., p. 568 et spéc. pp. 573 s.

¹⁶¹⁷ M.-A. Souriac, Th. préc., p. 951 ; *Ibidem*, p. 258 : « *La condition tenant au caractère dérogatoire de l’accord a pour seul mérite de déterminer la portée de l’article L. 153-1. A partir du moment où ce critère ne peut être satisfait en matière de représentation conventionnelle, l’article L. 153-1 [Art. L. 2263-1 C. trav. nouv.] perd toute vocation à y être appliqué [...] et ne peut continuer à être envisagé comme le siège exclusif de la répression pénale en matière conventionnelle* ».

de préférer l'intervention de l'État dans les relations collectives de travail à celle des interlocuteurs sociaux.

B. Les lois d'ordre public absolu : marque de l'interventionnisme étatique dans les relations de travail

900. L'exclusion de la compétence des interlocuteurs sociaux peut être la marque de l'interventionnisme étatique en matière de représentation des salariés. A cet égard, les flux et les reflux de l'ordre public absolu sont le reflet de l'emprise plus ou moins forte de l'État sur les relations de travail. Aussi est-il difficile d'établir le contenu ou même les contours de cette sphère échappant au pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux.

901. Malgré tout, certaines règles illustrent la persistance de la volonté étatique d'encadrer les relations collectives de travail. Il en est ainsi particulièrement du choix des représentants des salariés et des conditions auxquelles ces derniers sont investis d'un pouvoir de représentation. Parmi les représentants des salariés, certains ont été simplement reconnus par la loi. Il s'agit des syndicats (1). D'autres ont été institués par elle. Ce sont les institutions de représentation des salariés dans l'entreprise (2).

1. Le pouvoir de représentation reconnu aux syndicats professionnels

902. Les syndicats sont investis du pouvoir de représenter les intérêts des salariés. L'encadrement de ce pouvoir par la loi est établi de deux manières ou plus exactement, il connaît deux degrés selon les prérogatives qui sont en jeu. En premier lieu, la loi encadre le pouvoir de représentation des syndicats à travers la définition légale de syndicat. Selon l'article L. 2131-1 du Code du travail, « *les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que les intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* ». L'article L. 2131-2 précise que « *les syndicats ou associations professionnels de personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale peuvent se constituer librement* ».

En définissant la notion juridique de syndicat professionnel, la loi délimite en même temps le champ d'intervention des syndicats¹⁶¹⁸. Cette limite, appelée principe de spécialité, est absolument intangible. Ainsi, la qualité de syndicat est déniée à tout groupement qui

¹⁶¹⁸ Cf. *supra* n° 272.

entend défendre des intérêts qui ne sont pas professionnels¹⁶¹⁹. Inversement, un groupement qui défend exclusivement des intérêts professionnels est un syndicat professionnel. Autrement dit, la notion de syndicat est indisponible.

903. Généralement, les prérogatives sont ouvertes aux syndicats à la condition outre qu’ils soient légalement constitués, qu’ils soient représentatifs. La représentativité syndicale constitue un titre de légitimité et d’authenticité des syndicats professionnels qui conditionne leur pouvoir de représentation à l’égard des salariés¹⁶²⁰. Or, les règles par lesquelles un syndicat peut acquérir la qualité de syndicat représentatif sont intangibles.

Dans un arrêt important du 18 mai 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation juge qu’« *en ce qu’elle soumet désormais la représentativité des organisations syndicales à la condition d’avoir obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés lors du premier tour de l’élection des membres titulaires du comité d’entreprise, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 est d’ordre public absolu, ce qui interdit, par suite, à un accord collectif comme à un employeur de reconnaître la qualité d’organisation syndicale représentative à une organisation qui n’a pas satisfait à cette condition* »¹⁶²¹. La Cour de cassation rejette ainsi le pourvoi formé par la fédération Force ouvrière de la métallurgie. Cette dernière prétendait que « *les conventions ou accords collectifs de travail peuvent prévoir des clauses plus favorables à celle de la loi, notamment en ce qui concerne l’institution des délégués syndicaux* ». Selon l’organisation syndicale, elle était représentative car elle est « *au nombre des syndicats représentatifs au sein de la société Dékra Inspection [visés par l’accord collectif] et qu’elle avait été invitée par*

¹⁶¹⁹ Ch. Mixte, 10 avril 1998, (1^{er} arrêt), *Bull. Ch. M.*, 1998, n° 1 ; *Dr. soc.* 1998, p. 565, obs. J. Merlin ; *D.* 1998, p. 389, note. A. Jeammaud ; *Dr. ouv.* 1998, p. 478, note. F. Saramito. V. également, *Crim.*, 14 juin 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 1017, obs. J. Savatier ; *D.* 2001, p. 822, obs. H. Tissandier. Sur le fondement de l’article L. 2131-2 *C. trav.* : *Soc.*, 8 octobre 1996, *Bull. civ.* V, n° 316, *T.P.S.* 1997, n° 29, obs. B. Boubli.

¹⁶²⁰ J.-M. Verdier, « Réalité, authenticité et représentativité syndicale », *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, Librairie Sociale et Economique, 1974, p. 571. S’inscrivant dans une perspective pluraliste, S. Yannakourou interprète la représentativité syndicale comme le titre de relevance attribué par l’État aux syndicats professionnels, de manière à réceptionner en son sein les normes issues de l’ordre juridique socioprofessionnel (S. Y. annakourou, *op. cit.*)

¹⁶²¹ *Soc.*, 18 mai 2011, n° pourvoi 10-60.406 (P+B+R+I), *D.* 2011, p. 1492 ; *J.C.P.* éd. S du 13 septembre 2011, obs. J.-Y. Kerbourc’h, p. 37 ; F.-J. Pansier, « Los olvidados du syndicalisme », *C.S.B.*, 2011, p. 190 ; A. Brousse, *R.D.T.* 2011, p. 449 ; *R.J.S.7/2011*, p. 563 ; *J.S Lamy*, 2011, p. 302, obs. F. Millet. Cf. déjà *Soc.*, 6 janvier 2011, *Bull. civ.* V, n° 9 : que « *ni un accord collectif ni un engagement unilatéral de l’employeur ne peuvent avoir pour effet de modifier [le] périmètre légal d’appréciation de la représentativité syndicale* ». En l’espèce, la Cour de cassation s’oppose à ce qu’en application d’un accord antérieur à la loi de 2008, un syndicat représentatif au niveau de l’U.E.S. le soit au niveau des établissements distincts et puisse ainsi désigner un délégué syndical au niveau de ces établissements.

l'employeur, dans le courant du mois de mars 2010, à désigner un délégué syndical, ce dont découlait une manifestation de volonté non équivoque de l'employeur de reconnaître sa représentativité »¹⁶²².

Cette décision appelle trois commentaires. En premier lieu, si la solution de la Cour de cassation ne vise que le seul critère de l'audience, c'est bien l'ensemble des critères de représentativité qui est visé. Plus encore, la solution concerne non seulement l'exigence d'une représentativité prouvée, mais également les dispositions transitoires contenues dans la loi du 20 août 2008. Ce sont toutes les règles d'acquisition de la qualité de syndicat représentatif qui sont exclues du champ de compétence des interlocuteurs sociaux. Un arrêt du 12 mai 2012 affirme plus clairement qu'« *un accord collectif ne peut déroger aux règles d'ordre public absolu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relatives à la détermination de la représentativité des organisations syndicales* »¹⁶²³. En l'espèce, la Cour de cassation affirme l'intangibilité de la règle légale de concordance permettant d'apprécier la représentativité des syndicats. En deuxième lieu, la solution de l'arrêt du 18 mai 2011 est une confirmation de ce qui était acquis avant la loi du 20 août 2008. La conviction de l'absolue impérativité des règles sur la représentativité syndicale était si ancrée que la question était rarement discutée. Lorsqu'elle l'était, les auteurs arrivaient rapidement à la conclusion que ce domaine relevait de l'ordre public absolu¹⁶²⁴. En troisième lieu, l'impérativité des dispositions légales relatives à la représentativité syndicale ne s'impose pas uniquement aux conventions et accords collectifs mais à toute norme. Ainsi, dans un arrêt du 12 avril 2012, la Cour de cassation a confirmé la solution des juges du fond d'avoir écarté une recommandation patronale dérogeant aux calculs des suffrages exprimés pour le calcul de l'audience. Les auteurs du pourvoi invoquaient l'effet normatif de cette recommandation¹⁶²⁵. Toutefois, la Cour de cassation estime que cette

¹⁶²² On rappellera en effet que l'employeur a l'obligation d'inviter l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise pour négocier un accord collectif ou un avenant de révision. Cf. Soc, 17 septembre 2003, *R.J.S.* 2003, n°1297 ; *D.* 2004, p. 388, obs. I. Odoul-Asorey ; Soc, 8 juillet 2009, *Bull. civ.* V, n° 177.

¹⁶²³ Soc, 12 mai 2012, n° 11-21.144 (à paraître), *D.* 2012, p. 1410 ; *Dr. soc.* 2012, p. 753, note F. Petit.

¹⁶²⁴ F. Gaudu, « L'ordre public en droit du travail », *op. cit.* p. 363 et spéc. p. 368 ; B. Gauriau, « A propos de quelques accords relatifs au droit syndical d'entreprise », *J.C.P.* éd. S, 2006, p. 1253 ; Voir néanmoins N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, op. cit.*, pp. 205 ; G. Borenfreund, « La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions », *Dr. soc.* 2006, p. 869.

¹⁶²⁵ Sur l'effet normatif des recommandations patronales : Soc, 29 juin 1999 (2 arrêts) n° 97-45.865 (inédit) ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 200, obs. N. Molfessis ; *D.* 2000, p. 50, note R. de Quenaudon ; *Ibidem*,

recommandation ne peut pas avoir d’effet car elle ne pouvait valablement déroger aux dispositions légales¹⁶²⁶.

904. Progressivement, être représentatif est devenu une condition essentielle d’exercice des prérogatives par la loi reconnues aux organisations syndicales. A l’extérieur de l’entreprise, la participation aux organismes paritaires ou aux institutions publiques de consultation est réservée aux syndicats représentatifs¹⁶²⁷. A l’intérieur de l’entreprise, elle demeure requise pour la désignation d’un délégué syndical, ainsi que pour la négociation et la conclusion des accords collectifs¹⁶²⁸.

905. Lorsque l’institution ou la prérogative est d’origine légale, les syndicats ne peuvent ni supprimer la condition de représentativité ni ajouter à cette condition une condition supplémentaire. Une nouvelle fois, la nature de l’institution ou de la prérogative, légale ou conventionnelle, est déterminante.

906. Deux décisions, rendues le 26 janvier 2006, semblent le confirmer. Le contentieux s’est noué au sujet de la représentativité de l’U.N.S.A. au niveau de deux établissements de

p. 79, obs. A. Bouilloux ; Soc, 6 janvier 2011, n° 09-69560 (inédit) ; *R.D.T.* 2011, p. 338, obs. H. Tissandier.

¹⁶²⁶ Soc, 12 avril 2012, n° 11-22.289 ; *S.S.L.* 2012, n° 1535 : « *les dispositions dérogatoires prévues pour assurer la représentation syndicale du personnel navigant technique n’ont pas pour effet de faire échec à l’application des dispositions légales prévoyant la mesure de la représentativité des organisations syndicales affiliées à une confédération nationale interprofessionnelle en fonction des suffrages recueillis dans l’ensemble des collèges électoraux, sans exclusion du collège spécifique au personnel navigant technique et que la recommandation n° 20 de la fédération nationale de l’aviation marchande était sans effet à cet égard* ».

¹⁶²⁷ C.E. 30 décembre 2009, n° 310284 (publié au Recueil) : « *Considérant qu’eu égard à l’objet des dispositions précitées de l’article 7 de l’ordonnance du 29 décembre 1958, qui est d’assurer la représentation au Conseil économique et social de l’ensemble des salariés, qu’ils soient de droit privé ou bien fonctionnaires ou agents publics, une organisation syndicale de salariés représentative dans le champ de la fonction publique a vocation à être représentée à ce Conseil alors même qu’elle ne serait pas représentative dans le seul champ relevant du droit du travail* ». Dans cette décision, le Conseil d’État ajoute également qu’« *il appartient aux autorités administratives de mesurer la représentativité des syndicats appelés à y siéger en fonction de leurs résultats aux diverses élections professionnelles au niveau régional, sans pouvoir interdire à un syndicat qui ne serait pas représentatif au niveau national de participer directement ou indirectement [...] à la composition de cet organe* ».

¹⁶²⁸ Cependant, depuis la loi du 20 août 2008, la présentation des listes de candidats au premier tour des élections des représentants des salariés dans l’entreprise (art. L. 2324-11 et L. 2314-8 *C. trav.*), l’exercice du droit syndical dans l’entreprise (art. L. 2142-1 *C. trav.*), ainsi que la désignation d’un représentant syndical au comité d’entreprise (art. L. 2324-3 *C. trav.* et Soc, 8 juillet 2009, *Bull. civ.* V, n° 179 (n°09-60.015), *Dr. soc.* 2009, p. 950, obs. M.-L. Morin ; *S.S.L.* 2009, n° 1142, obs. G. Borenfreund) ne sont plus des prérogatives réservées aux syndicats représentatifs. La loi exige néanmoins, dans ces cas, que les syndicats non représentatifs dans l’entreprise soient affiliés à une organisation représentative au niveau national interprofessionnel, ou bien qu’ils remplissent trois exigences : l’indépendance, le respect des valeurs républicaines et une ancienneté de deux ans.

l'entreprise I.B.M. En l'espèce, un accord d'entreprise relatif au droit syndical a été conclu en 2001. Il prévoit que les organisations syndicales représentatives au niveau national et celles ayant établi leur représentativité au sein de leur compagnie peuvent établir des syndicats et des sections syndicales dans chaque établissement. Invoquant les stipulations de l'accord, le syndicat représentatif U.N.S.A. I.B.M. désigne un délégué syndical d'établissement et un représentant syndical au sein des comités d'établissement. Ce faisant, l'U.N.S.A. entendait ne pas apporter la preuve de sa représentativité au niveau des établissements. Elle n'invoquait pas seulement la lettre de l'accord d'entreprise ; elle invoquait encore son caractère plus favorable par rapport aux dispositions légales. Rejetant le pourvoi formé par l'U.N.S.A. dans le premier arrêt, cassant la décision des juges du fond dans le second, la Cour de cassation retient la même solution : « *l'accord d'entreprise ne déroge pas à la règle selon laquelle les organisations syndicales ne bénéficiant pas de la présomption légale de représentativité doivent, pour désigner un délégué syndical et un représentant syndical au sein d'un établissement de l'entreprise, établir leur représentativité dans cet établissement* ».

907. Pour M. B. Gauriau, il ne fait aucun doute que la Haute juridiction entend rappeler le caractère absolument impératif des règles relatives à la représentativité syndicale et son exclusion de la compétence des interlocuteurs sociaux¹⁶²⁹. Il est vrai cependant que ces deux arrêts comportent une équivoque. Aucune interdiction de négocier n'est en effet clairement énoncée¹⁶³⁰. La Cour de cassation ne se prononce pas sur la validité de l'accord ; elle livre

¹⁶²⁹ B. Gauriau, art. préc. p. 1499 : « *La Cour de cassation fait bien entendu référence à l'ordre public absolu qui caractérise, selon elle, les règles relatives à la représentativité syndicale* ».

¹⁶³⁰ Depuis l'adoption de la loi du 20 août 2008, l'hésitation semble moins grande. En supprimant la présomption légale de représentativité, le législateur lui-même n'entend plus s'écarter de la règle de concordance, renforçant par la même l'autorité et l'impérativité de cette règle lorsqu'une prérogative légale est en cause. En effet, bien que les effets soient similaires, il y a lieu de distinguer entre une disposition qui déclare un syndicat représentatif, faisant fi des critères légaux de représentativité, et une disposition qui exige d'un syndicat d'être représentatif, non au niveau où s'exerce la prérogative, mais à un niveau plus décentralisé. Dans les deux hypothèses une présomption de représentativité est établie. Seulement, dans un cas, la présomption tend à écarter l'application des critères de représentativité, tandis que, dans l'autre, il s'agit seulement d'écarter la règle de concordance qui exige que les syndicats soient représentatifs au niveau où ils entendent exercer une prérogative soumise à une exigence de représentativité. Cf. Soc, 1^{er} décembre 2010, n° pourvoi 10-60.131 s. (inédit). Dans cet arrêt, la Cour de cassation casse le jugement du Tribunal d'instance de Cherbourg qui avaient débouté l'employeur de sa contestation de la désignation d'un représentant syndical par un syndicat non représentatif à la suite des élections. Selon la Cour de cassation, une convention collective antérieure à la loi de 2008 ne peut valoir dérogation aux nouvelles dispositions issues de cette loi, de sorte que les juges du fond ne pouvaient invoquer, pour écarter les nouvelles dispositions légales, le caractère plus favorable de la convention collective conclue en 2007 qui évoquait la présomption de représentativité.

seulement une interprétation de manière à ce que l’accord soit conforme à la règle légale de concordance.

908. L’arrêt précité du 12 mai 2012 semble avoir levé l’hésitation¹⁶³¹. Cette fois l’interdiction de négocier est clairement affirmée. Le syndicat représentatif au niveau de l’entreprise qui désigne un délégué syndical ne peut prétendre, en application d’un accord collectif, désigner un représentant de la section syndicale aux niveaux des établissements où il n’est pas représentatif¹⁶³². Au demeurant, les juges entendent bien ainsi réserver la désignation d’un représentant de la section syndicale aux syndicats non-représentatifs dans l’entreprise.

Le caractère légal de l’institution revendiquée n’est pas pour rien dans la solution de la Cour de cassation. Lorsqu’à l’inverse l’institution ou la prérogative est d’origine conventionnelle, les interlocuteurs sociaux ont le pouvoir de déterminer les personnes habilitées à participer à l’institution ou exercer la prérogative créée. Cela ressort de deux arrêts des 16 septembre 2008 et 22 septembre 2010. Aux termes du premier arrêt, « *des dispositions conventionnelles peuvent prévoir que lors de l’exercice de prérogatives subordonnées à une condition de représentativité, les syndicats affiliés à l’une des cinq confédérations reconnues représentatives au plan national interprofessionnel n’auront pas à faire la preuve de leur représentativité* »¹⁶³³. La Cour de cassation admet ainsi, s’agissant d’une institution d’origine conventionnelle, qu’un accord collectif écarte la règle de concordance. Le second arrêt, rendu le 22 septembre 2010, énonce qu’un accord collectif peut subordonner « *l’octroi d’avantages à des syndicats à une condition de représentativité* »¹⁶³⁴. Dans cette seconde décision, la Cour de cassation prend soin de relever auparavant que l’institution prévue par l’accord, une section

¹⁶³¹ Soc, 12 mai 2012, n° 11-21.144, précité.

¹⁶³² On relèvera également un arrêt rendu le 24 octobre 2012, n° 11-22.087 : « *les dispositions de l’article L. 2324-2 du code du travail, dans leur rédaction issue de la loi du 20 août 2008, sont d’ordre public absolu en ce qu’elles subordonnent le droit de désigner un représentant syndical au comité d’entreprise par une organisation syndicale à ce que celle-ci dispose d’élus au comité d’entreprise, ce qui fait obstacle, par suite, à ce qu’un syndicat puisse procéder à une telle nomination en vertu d’un accord collectif reconnaissant ce droit à une organisation ne satisfaisant pas à cette condition, alors même que l’accord aurait été conclu avant l’entrée en vigueur de la loi* ».

¹⁶³³ Soc, 16 septembre 2008, *Bull. civ. V*, n° 162 ; *S.S.L.* 2008, n° 1386 ; L. Pécaut-Rivolier, G. Loiseau, « L’entre-deux de la représentativité syndicale », *S.S.L.* 2010, n° 1438. En l’espèce, il s’agissait de l’élection des représentants des salariés au Conseil d’administration de la caisse de retraite de l’entreprise Elf Aquitaine à laquelle prétendait participer l’U.N.S.A.

¹⁶³⁴ Soc, 22 septembre 2010, n° 09-60.410, *Bull. civ. V*, n° 194, *S.S.L.* 2010, n° 1461 ; *J.C.P.* éd. S 2010, p. 1499, obs. B. Gauriau ; *J.C.P.* éd. E 2011, p. 1086, S. Béal et C. Terrenoire ; *Dr. soc.* 2011, n°695, obs. F. Petit.

syndicale nationale, n'a pas « *le même objet que l'institution de la section syndicale prévue par l'article L. 2142-1 du Code du travail* ».

909. Reste qu'une fois encore, la nature de l'institution est une chose difficile à apprécier. La solution de l'arrêt du 22 septembre 2010 l'illustre. En l'espèce, la Cour de cassation ne livre aucun élément qui justifie que l'institution conventionnelle et l'institution légale n'ont pas le même objet¹⁶³⁵.

910. Par ailleurs, certaines institutions dont la mise en place est prévue par la loi requièrent la conclusion d'un accord collectif. Il en va également de certaines prérogatives. Revêtent-elles alors une nature légale ? Trois décisions méritent d'être citées. Un arrêt du 8 décembre 2004 a tacitement admis qu'un accord collectif instituant un comité de groupe réserve la désignation d'un représentant syndical aux syndicats représentatifs disposant au moins d'un siège au sein de ce comité¹⁶³⁶. En revanche, dans un arrêt du 21 septembre 2011, confirmé par une décision du 11 janvier 2012¹⁶³⁷, la Cour de cassation a refusé qu'un accord *fixant les moyens techniques de diffusion de l'information syndicale, notamment par l'intermédiaire d'un réseau intranet* soit réservé aux seuls syndicats représentatifs alors que la constitution d'une section syndicale était désormais ouverte également aux syndicats non-représentatifs. Si la constitution d'une section syndicale et l'essentiel de ses moyens sont prévus par la loi, cette prérogative ne l'est pas. Suivant l'article L. 2142-6 du Code du travail, « *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'entreprise* »¹⁶³⁸. L'accès à l'intranet de l'entreprise n'est donc pas un droit légalement reconnu aux organisations syndicales ; il n'est ouvert aux organisations syndicales de l'entreprise qu'à la condition d'avoir été prévu par un accord d'entreprise¹⁶³⁹. Le caractère conventionnel de cette prérogative avait été invoquée par l'employeur qui prétendait qu'« *un accord collectif, plus favorable que la loi, [pouvait*

¹⁶³⁵ A rapprocher : Soc, 29 octobre 2010, *Bull. civ.* V, n° 251 ; *J.C.P.* éd. S 2011, p. 1011, note Y. Pagnerre : « *un syndicat non représentatif peut désigner un représentant de section syndicale, soit au niveau des établissements distincts, soit au niveau de l'entreprise, mais qu'aucune disposition légale n'institue un représentant de la section syndicale central* ».

¹⁶³⁶ Soc, 8 décembre 2004, *Dr. soc.* 2005, p. 353, note J. Savatier, p. 354.

¹⁶³⁷ Soc, 11 janvier 2012, n°11-14292, *R.J.S.* 3/12 n° 274, p. 226.

¹⁶³⁸ Nous soulignons.

¹⁶³⁹ Art. L. 2142-6 C. trav. - *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'entreprise.*

subordonner] l’octroi d’avantages à des syndicats à une condition de représentativité »¹⁶⁴⁰. Pour la Cour de cassation cependant, « l’affichage et la diffusion des communications syndicales à l’intérieur de l’entreprise sont liés à la constitution par les organisations syndicales d’une section syndicale, laquelle n’est pas subordonnée à une condition de représentativité ; que, dès lors, les dispositions d’une convention ou d’un accord collectif visant à faciliter la communication des organisations syndicales ne peuvent, sans porter atteinte au principe d’égalité, être limitées aux seuls syndicats représentatifs et doivent bénéficier à tous les syndicats qui ont constitué une section syndicale »¹⁶⁴¹.

911. Pour écarter la disposition conventionnelle, la chambre sociale de la Cour de cassation met d’abord en avant le caractère légal de la section syndicale. Pour autant, le caractère conventionnel de la prérogative litigieuse – l’utilisation de l’intranet – restait un problème au regard de la jurisprudence issue de l’arrêt du 22 septembre 2010. Sans doute cela explique-t-il qu’elle ait également renforcé sa solution en invoquant les exigences du principe d’égalité¹⁶⁴².

912. Cette décision illustre sans doute également l’impossibilité de modifier les modes désignation des institutions de représentation des salariés créées par la loi dans l’entreprise.

2. Les modes de désignation des institutions de représentation des salariés créées par la loi

913. Les modes de désignation sont les procédures par lesquelles certains salariés sont investis d’un mandat de représentation. Il en existe principalement deux s’agissant des institutions de représentations des salariés qu’elle a créées : l’élection par les salariés et la désignation par un syndicat¹⁶⁴³. Le premier mode de désignation concerne la délégation du personnel au comité d’entreprise¹⁶⁴⁴ et les délégués du personnel¹⁶⁴⁵. Le second est prévu pour

¹⁶⁴⁰ Le pourvoi reprenait ainsi les termes de la solution de l’arrêt précité du 22 septembre 2010.

¹⁶⁴¹ Soc, 21 septembre 2011, n° 10-19.017 et 10-23.247, FS P+B ; *J.C.P.* éd. G 2011, p. 1086, obs. G. Dedessus-Le-Moustier.

¹⁶⁴² Bien souvent, les juges admettent peu que les interlocuteurs sociaux créent des différences de traitement autres que celles prévues par le législateur, en particulier lorsque sont en cause des libertés fondamentales telles que la liberté syndicale. Cf. *infra* n° 928.

¹⁶⁴³ En réalité, certains représentants sont désignés à la suite d’une élection par d’autres représentants. Ainsi en est-il de la désignation des membres du comité central d’entreprise, du C.H.S.C.T., du comité de groupe.

¹⁶⁴⁴ Art. L. 2324-.3 et suivants *C. trav.*

¹⁶⁴⁵ Ar. L. 2323-1 et suivants *C. trav.*

les délégués syndicaux¹⁶⁴⁶, le représentant syndical au comité d'entreprise¹⁶⁴⁷ et le représentant de la section syndicale¹⁶⁴⁸.

Les modes de désignation choisis par le législateur sont intangibles. Alors que la Cour de cassation était appelée à apprécier la validité de dispositions conventionnelles, elle a jugé que l'élection était « *le mode normal de désignation des membres du comité d'entreprise et des délégués du personnel* »¹⁶⁴⁹. Plus tard, elle rappellera le caractère d'ordre public absolu de la règle selon laquelle seuls les salariés de l'entreprise sont électeurs et éligibles¹⁶⁵⁰ ou encore de celle imposant un scrutin de liste à deux tours avec représentation proportionnelle à la plus forte moyenne¹⁶⁵¹. Plus récemment encore, un arrêt du 27 janvier 2010 a décidé que, « *selon les articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du Code du travail, qui sont d'ordre public, seules des organisations syndicales peuvent présenter des candidats au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise, qu'il en résulte que la participation d'une personne morale qui n'a pas la qualité de syndicat au premier tour est une cause de nullité de l'élection, peu important son influence sur les résultats* »¹⁶⁵². Un dernier exemple concerne le comité central d'entreprise : est intangible la règle légale selon laquelle « *le comité central d'entreprise est composé d'un nombre égal de titulaires et de suppléants, élus, pour chaque établissement, par le comité d'établissement parmi ses membres* »¹⁶⁵³. Partant, un accord collectif, même unanime, ne peut « *priver les élus des comités d'établissement du droit d'élire, pour chaque établissement parmi ses membres, les délégués titulaires et suppléants du comité central d'entreprise* »¹⁶⁵⁴.

¹⁶⁴⁶ Art. L. 2143-3 *C. trav.*

¹⁶⁴⁷ Art. L. 2342-2 *C. trav.*

¹⁶⁴⁸ Art. L. 2142-1-1 *C. trav.* Il convient également d'évoquer les conditions de constitution d'une section syndicale bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une institution de représentation des salariés dans l'entreprise.

¹⁶⁴⁹ Soc, 11 octobre 1978, *Bull. civ. V*, n° 661.

¹⁶⁵⁰ Soc, 24 juin 1998, *Bull. civ. V* n° 341, *D.* 1998, p. 175.

¹⁶⁵¹ Soc, 27 octobre 1999, *Bull. civ. V*, n° 423 ; *R.J.S.* 1999, n° 1477, p. 859.

¹⁶⁵² Soc, 27 janvier 2010, *Bull. civ. V*, n° 21 ; *D.* 2010, p. 2029 ; *R.D.T.* 2010, p. 244, note I. Odoul-Asorey.

¹⁶⁵³ Art. L. 2327-3 *C. trav.*

¹⁶⁵⁴ Soc, 16 décembre 1998, *Bull. civ. V*, n° 566 ; *R.J.S.* 2/99, obs. C. Barberot, p. 96. En l'espèce, deux accords, l'un conclu en 1987, l'autre conclu en 1995, prévoyaient que les membres au comité central d'entreprise de l'entreprise B.N.P. étaient désignés par les organisations syndicales représentatives au niveau de l'entreprise. La mise à l'écart de la règle légale avait en outre pour conséquence d'empêcher que les syndicats représentatifs ayant des élus dans certains établissements et représentatifs à ce niveau puissent avoir des élus au comité central d'entreprise. De plus la référence au caractère unanime se comprend au regard de la première partie de la solution de la Cour de cassation dans laquelle elle précise que « *les dispositions d'un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales*

914. Il en va de même de la désignation des délégués syndicaux, du représentant syndical au comité d’entreprise¹⁶⁵⁵ ou encore du représentant de la section syndicale¹⁶⁵⁶.

Au demeurant, l’impérativité de la règle selon laquelle seul un syndicat représentatif peut désigner un délégué syndical s’explique de deux manières qui se rejoignent. Elle résulte, d’une part, du caractère légal de la prérogative reconnue aux syndicats et, d’autre part, du caractère légal de l’institution de représentation des salariés qu’est le délégué syndical.

Seulement ici la condition de représentativité est présentée comme un élément indissociable du mode de désignation choisi par la loi, au même titre que peut l’être l’audience électorale requise pour la désignation du délégué syndical¹⁶⁵⁷ ou l’obtention d’au moins deux élus pour la désignation du représentant syndical au comité d’entreprise¹⁶⁵⁸.

Il existe d’autres matières qui relèvent de l’ordre public absolu et qui constituent des interdictions de négocier à l’adresse des interlocuteurs sociaux. Il aurait été ainsi possible d’évoquer les règles qui régissent la négociation et de conclusion des accords collectifs. Cependant, si la loi du 20 août 2008 a rétabli l’impérativité des conditions d’entrée en vigueur des conventions et accords collectifs, il faut rappeler que la loi du 4 mai 2004 habilitait les interlocuteurs de branche à choisir le mode de déclinaison de l’exigence majoritaire ou encore à définir les règles de conclusion des accords collectifs dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. Il aurait encore possible de citer les règles relatives au fonctionnement du comité d’entreprise. Là encore, la conviction qu’il s’agissait d’un domaine exclu du champ de

représentatives, qui fixe les règles relatives à l’électorat pour les élections des membres du Comité central d’entreprise, ont une nature électorale ».

¹⁶⁵⁵ Soc, 8 juillet 2009, *Bull. civ. V*, n° 179 (n°09-60.015), *Dr. soc.* 2009, p. 950, obs. M.-L. Morin ; *S.S.L.* 2009, n° 1142, obs. G. Borenfreund.

¹⁶⁵⁶ A rapprocher au sujet de la constitution de la section syndicale : Soc, 21 septembre 2011, n° 10-19.017 et 10-23.247, FS P+B ; *J.C.P.* éd. G 2011, p. 1086, obs. G. Dedessus-Le-Moustier ; Soc, 11 janvier 2012, n°11-14292, *R.J.S.* 3/12.

¹⁶⁵⁷ Art. L. 2143-3 *C. trav.* – *Chaque organisation syndicale représentative dans l’entreprise ou l’établissement d’au moins cinquante salariés, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d’entreprise ou de la délégation unique du personnel ou des délégués du personnel, quel que soit le nombre de votants, dans les limites fixées à l’article L. 2143-12, un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l’employeur.* Nous soulignons.

¹⁶⁵⁸ Art. L. 2324-2 *C. trav.* Cette condition n’est toutefois requise que dans les entreprises de plus 300 salariés. Cf. Soc, 20 juin 2012, n° 11-15.558 (à paraître au Bulletin) : « *dans les entreprises de moins de trois cents salariés et dans les établissements appartenant à ces entreprises, les conditions de désignation d’un représentant syndical au comité d’entreprise sont fixées par l’article L. 2143-22 du code du travail qui prévoit que le délégué syndical est, de droit, représentant syndical au comité d’entreprise ou d’établissement* ».

la négociation collective se voit en partie ébranlée par la faculté de conclure des accords collectifs, dits de méthode, se rapportant aux modalités d'information et de conclusion du comité d'entreprise.

Finalement, les interdictions légales de négocier excluant des domaines du champ de la négociation collective sont sans doute moins nombreuses qu'elles n'ont pu l'être. A tout le moins ces derniers exemples font hésiter dans la croyance d'un noyau dur qui échapperait à l'emprise de l'autonomie collective. L'encadrement du pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux n'en a pas moins disparu. Peut-être consiste-t-il davantage en un rapport de prévalence.

Section 2 : Les rapports de prévalence

915. L'ordre public absolu n'est plus à présent envisagé comme celui qui trace les frontières du négociable. Il s'agit de rendre compte de son autre dimension, liée à l'existence de rapports hiérarchiques entre les sources de la représentation des salariés. La filiation conceptuelle entre la notion d'ordre public et celle de hiérarchie des normes permet de comprendre un tel rapport¹⁶⁵⁹. L'impérativité de certaines normes de sources légales ou supra-légales crée un rapport hiérarchique à l'égard des normes d'origine conventionnelle ou issue du pouvoir du chef d'entreprise¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁹ T. Revet, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, Paris 1996, p.43, spéc. p. 46 ; M. Bonnechère, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail », *Dr. ouv.* 2001, p. 411 et spéc. p. 419 ; E. Picard, « Introduction générale : les fonctions de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 17 ; F. Bocquillon, « Vraies-fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », p.25 in *Le droit social –le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de P. Ortscheidt*, P.U.S, coll. Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2003, p. 25.

¹⁶⁶⁰ N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, op. cit. L'auteur, s'est attaché à comprendre la place occupée de l'accord collectif dans la hiérarchie des normes. Selon lui, l'ordre public renvoie à la hiérarchie des normes selon la force juridique, qu'il différencie de la hiérarchie des normes selon leur conditionnement. Ces deux hiérarchies coexisteraient mais seraient indépendantes l'une par rapport à l'autre : « *il est possible qu'une norme soit dite supérieure à une norme dite inférieure selon la hiérarchie selon le conditionnement mais dans un rapport d'égalité selon la hiérarchie selon la force juridique* », *Ibidem*, p. 40. Autrement dit, toujours selon l'auteur, l'absence de coïncidence entre les deux types de hiérarchie interdit de déduire de la hiérarchie selon le conditionnement des normes un rapport hiérarchique selon la hiérarchie relative la force juridique. Adde E. Jeansen, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*. Economica, 2008. Pour une autre distinction, entre hiérarchie selon l'ordre de production et la hiérarchie selon la force dérogoire, cf. O. Pfersmann, « La hiérarchie des normes », in *Dictionnaire de la culture juridique*, 779 ; Pour une critique générale de la distinction entre l'approche statique et l'approche dynamique du

916. Les rapports de prévalence requièrent soit la conformité de la norme inférieure à la norme supérieure, soit, plus modestement, sa compatibilité¹⁶⁶¹. Cette dernière option est généralement préférée. Souvent, il s’agit de faire respecter une règle qui revêt une autorité supérieure. L’ordre public absolu n’apparaît donc plus seulement comme l’expression de la volonté du législateur, mais également comme celle des exigences supralégislatives.

917. De tels rapports de prévalence existent aussi bien en matière de droit syndical (Paragraphe 1) qu’en matière de représentation des salariés dans l’entreprise (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Les rapports de prévalence en matière de droit syndical

918. Le rapport de prévalence intéresse essentiellement les dispositions légales qui prohibent la discrimination fondée sur un motif syndical. Réapparaît ici la volonté de protéger la liberté syndicale. Toutefois, il ne s’agit plus de rendre compte du contenu des dispositions légales¹⁶⁶² mais de comprendre comment ces dernières imposent leurs exigences à l’égard des normes professionnelles. Celles-ci concernent d’abord la liberté reconnue au salarié (A) ensuite celle du syndicat (B).

A. La liberté syndicale dans sa dimension individuelle et l’exigence d’égalité

919. La plupart des auteurs s’accordent à penser qu’un accord collectif ne peut réserver d’avantages aux seuls salariés syndiqués¹⁶⁶³. Les arguments avancés tiennent, d’une part, à

droit, voir G. Tusseau, *Les Normes d’habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2006, pp. 87 s., n°154 s.

¹⁶⁶¹ Cette distinction a été formulée par C. Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.* 1957, p. 25 ; *Cours de droit administratif*, tome 1, L.G.D.J., 1982, p. 463. En particulier, L’auteur distingue quatre rapports de normes que contient le principe de légalité. « 1° Pour être réguliers et valables, il faut et il suffit que les actes administratifs ne soient contraires à aucune norme légale ou législative. 2° Pour être réguliers et valables, il suffit, mais il faut, que les actes administratifs soient permis par une norme légale. 3° troisième formule (c’est la plus compliquée des trois, elle appelle des explications) : seuls sont réguliers et valables les actes de l’Administration qui réalisent concrètement une norme légale [...]. Il existe une quatrième formule théoriquement possible, certes, mais que pratiquement aucun droit administratif positif ne peut envisager d’accepter. Ce serait la suivante : seuls sont réguliers et valables les actes que la loi prescrit, enjoint, ordonne à l’Administration de faire » ; V. également, G. Tusseau, *op. cit.*, pp. 449 s.

¹⁶⁶² Cf. *supra* Partie 1 Titre 1.

¹⁶⁶³ J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical, Traité de droit du travail*, tome 5, Dalloz, 1966, p. 327 ; avec plus de nuances, « Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l’épreuve des accords collectifs à l’exercice du droit syndical », *Mélanges en hommage à H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 69 et spéc. p. 76 ; Dans le même sens, G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 6^{ème} édition, 1973, p. 453, n° 477. Ces développements ont été maintenus dans la dernière édition : J. Pélissier, G.

l'effet *erga omnes* de l'accord collectif¹⁶⁶⁴ (1) et, d'autre part, à l'interdiction d'édicter des mesures discriminatoires fondées sur l'appartenance syndicale¹⁶⁶⁵ (2). Le premier argument s'appuie sur un principe d'égalité de traitement entre tous les salariés soumis à une convention collective. Le second s'appuie sur la liberté de ne pas se syndiquer.

1. *La liberté syndicale et l'effet erga omnes des accords collectifs*

920. En vertu de l'article L. 2254-1 du Code du travail, les accords collectifs sont dotés d'un effet normatif. Suivant l'effet *erga omnes* en particulier, les dispositions conventionnelles bénéficient à tous les salariés, qu'ils soient syndiqués ou non aux syndicats signataires de la convention¹⁶⁶⁶.

Suivant l'opinion dominante, la reconnaissance d'un tel effet à l'accord collectif s'oppose à ce que l'accord collectif réserve des avantages aux salariés syndiqués. Les syndicats signataires manqueraient à leur vocation de représenter l'intérêt collectif des salariés.

921. A l'opposé, M. N. Aliprantis estime que l'effet *erga omnes* ne fait pas échec à ce que l'accord réserve des avantages aux salariés syndiqués¹⁶⁶⁷. Selon lui, « *la disposition légale discutée ne fait qu'imposer la convention collective telle que celle-ci a été faite par les signataires. A notre avis, l'article L. 132-10 alinéa 2 (art. 2254-1 C. trav. nouveau) s'adresse à l'employeur pour lui en imposer l'application, et non aux agents de négociation collective pour leur imposer un certain contenu de la convention collective* »¹⁶⁶⁸.

922. Il est vrai que certains avantages peuvent être réservés à une catégorie de personnel seulement, par exemple au personnel de l'encadrement¹⁶⁶⁹. Seulement, la Cour de cassation soumet désormais les normes conventionnelles au respect d'une exigence d'égalité de

Auzero, E. Dockès, *op. cit.* 26^{ème} édition, 2012, p. 971, n° 931. *Adde.* G. Lyon-Caen, « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. soc.* 1984, p. 5 et spéc. p. 7.

¹⁶⁶⁴ G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du travail*, 10^{ème} édition, Paris, 1980, p. 707.

¹⁶⁶⁵ J.-M. Verdier, *Les syndicats, Traité de droit du travail*, Dalloz, p. 327 ; M. Despax, « Le fondement juridique des conventions collective – une comparaison des critères les plus importants », *Commission de C.E.*, Doc n° 4100/V/70, p. 15.

¹⁶⁶⁶ Soc, 25 janvier 1968, *Bull. civ.* V, n° 60.

¹⁶⁶⁷ N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, *op. cit.* p. 123.

¹⁶⁶⁸ *Ibidem.*

¹⁶⁶⁹ Soc, 7 avril 2010, *Bull. civ.* V, n° 86 ; *R.J.S.* 6/10, n° 570 ; Soc, 8 juin 2011, n° 10-14.725 (n° 1464 FS-PBRI), *R.J.S.* 8-9/11, p. 599, rapport de H. Gosselin « Accord collectif et principe d'égalité de traitement » ; cf. également Déc. n° 98-401 D.C. du 10 juin 1998, *Rec.* p. 258, considérants 36 et 37 : « *il était loisible au législateur, sans méconnaître le principe d'égalité, de permettre aux accords prévus par l'article 3 de la loi déferée de fixer des conditions particulières de réduction du temps de travail pour le personnel d'encadrement, eu égard aux spécificités d'emploi de ce personnel* ».

traitement¹⁶⁷⁰. Compte tenu de l’effet *erga omnes* de la convention collective, toute différence de traitement entre les personnes soumises à un accord doit être justifiée au regard de l’objet de la mesure. En outre, la mesure ne doit pas être disproportionnée au regard des différences qu’elle crée.

923. L’exigence d’égalité de traitement entre salariés soumis à une même convention collective peut être rapportée à la licéité des avantages réservés aux salariés syndiqués.

En premier lieu, l’appréciation de la justification est effectuée au regard de l’objet de la mesure¹⁶⁷¹. C’est ainsi qu’à l’égard des différences de traitement entre cadres et non-cadres, la Cour de cassation exige que l’avantage conventionnel reconnu aux cadres soit en rapport avec la qualité de cadre¹⁶⁷².

Si l’on applique ce raisonnement aux avantages réservés aux syndiqués, il importe que l’avantage en question soit en rapport avec le fait d’être syndiqué. Or, en France, la situation du salarié syndiqué ne connaît aucune spécificité par rapport à celui qui ne l’est pas. Il est donc peu aisé de justifier une telle différence de traitement, étape nécessaire pour que soit respectée la règle d’égalité de traitement.

¹⁶⁷⁰ Soc. 20 février 2008, *Bull. civ. V*, n° 39, *D.* 2008, p. 696 : « *Mais attendu que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l’attribution d’un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* ». V. également, Soc. 1^{er} juillet 2009, *Bull. civ. V*, n° 168. Pour étude générale, cf. M. Sweeney, *L’égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Th. U-P.O.N.D 2010, spéc. n° 492 s; T. Aubert-Montpeyssen, « Peut-on contourner le principe « A travail égal, salaire égal » en jouant sur les sources ? Faut-il privilégier l’autonomie conventionnelle sur les droits fondamentaux », *Etude. JCP éd. E* 2006. 1909.

¹⁶⁷¹ M. Sweeney, *op. cit.* n° 492.

¹⁶⁷² Soc. 20 février 2008, *Bull. civ. V*, n° 39; *D.* 2008, p. 696 ; Soc. 1^{er} juillet 2009, *Bull. civ. V*, n° 168; J. Barthélémy, P. Bailly, *S.S.L.* n° 1414, p. 6, C. Radé, obs. *Dr. soc.* 2009, p. 984 : « *Attendu cependant que la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l’attribution d’un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* ». Dans le second arrêt, la Cour de cassation casse la décision des juges du fond pour défaut de base légale. Ces derniers avaient jugé que « *les contraintes spécifiques aux cadres, notamment l’importance des responsabilités qui leur sont confiées, justifie une différence de traitement* ». Soc. 7 avril 2010, *Bull. civ. V*, n° 86 ; *R.J.S.* 6/10, n° 570 ; Soc. 8 juin 2011, n° 10-14.725 (n° 1464 FS-PBRI), *R.J.S.* 8-9/11, p. 599, rapport de H. Gosselin « Accord collectif et principe d’égalité de traitement » : « *que repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d’un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d’une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d’exercice des fonctions, à l’évolution de carrière ou aux modalités de rémunération* ».

Si l'on se prête néanmoins à l'exercice, serait-il injustifié qu'un accord collectif accorde, en plus de l'heure accordée à tout salarié par l'article L. 2142-10 du Code du travail¹⁶⁷³, une heure supplémentaire aux seuls salariés syndiqués, voire que cette heure soit rémunérée par l'employeur ? Il s'agit bien alors d'un avantage qui bénéficie aux seuls syndiqués et qui, de plus, est en rapport direct avec la qualité de syndiqué. La validité d'une telle clause n'est donc pas entièrement à exclure. La différence de traitement peut être justifiée au regard de l'objet de la mesure qui est de faciliter l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. Au contraire, il apparaît injustifié de réserver aux seuls salariés syndiqués un avantage tel qu'une prime de vacances, des jours de congés payés, ou toute prestation sociale. Ces trois exemples, évoqués par M. N. Aliprantis, ne peuvent en aucun cas être réservés aux salariés syndiqués. Ce n'est pas tant, comme l'explique l'auteur, du fait que « *le degré de pression exercé sur les salariés en vue de la syndicalisation est juridiquement intolérable* », appréciant ainsi la proportionnalité de la mesure établissant une différence de traitement. C'est en raison du caractère injustifié de cette dernière au regard de l'objet de la mesure prise. Les interlocuteurs sociaux ne sauraient en définitive conclure des accords collectifs qui réservent des avantages aux salariés syndiqués, à moins que l'avantage soit en rapport avec la qualité de salarié syndiqué et qu'il reste proportionné par rapport à la situation des salariés non syndiqué qui ne bénéficie donc d'aucun avantage. Celui-ci devra néanmoins ne pas reconnaître un avantage qui créerait une différence de traitement disproportionnée. Il s'agit en effet d'apprécier si l'avantage réservé aux syndiqués n'a pas pour effet de supprimer la liberté de ne pas se syndiquer¹⁶⁷⁴.

924. Une autre réserve tient au caractère potentiellement discriminatoire de telles clauses, qui renvoient à l'autre visage de l'exigence d'égalité présente en droit du travail.

2. La liberté syndicale et l'interdiction des discriminations fondées sur l'appartenance syndicale

925. Le second argument avancé pour refuser l'idée qu'un accord puisse contenir des avantages réservés aux syndicats tient à l'interdiction des discriminations fondées sur l'appartenance syndicale. L'article L. 2141-5 du Code du travail interdit à l'employeur de

¹⁶⁷³ Comp. Accord de groupe sur l'exercice du droit syndical et le dialogue social dans Thalès, art. 5.3 – Chaque salarié dispose d'un crédit individuel de 3 heures par an, payé et considéré comme temps de travail effectif, pour participer aux réunions organisées par les sections syndicales.

¹⁶⁷⁴ Sur une telle appréciation, cf. N. Aliprantis, *op. cit.* p. 125.

prendre en considération l’appartenance syndicale pour prendre des décisions qui intéressent les salariés, pris individuellement. En outre, l’article L. 2141-6 lui interdit également d’employer des moyens de pression en faveur ou à l’encontre d’une organisation syndicale. Enfin, depuis la loi du 27 avril 1956, il est formellement interdit qu’un accord collectif « *tende à obliger l’employeur à n’embaucher ou à ne conserver à son service que des adhérents du syndicat propriétaire de la marque et ou label* »¹⁶⁷⁵. Ce faisant, le législateur entend préserver la liberté de ne pas se syndiquer, de se retirer d’un syndicat, ainsi que la liberté de se syndiquer au syndicat de son choix.

926. Le caractère d’ordre public absolu des règles de non-discrimination relatives à l’appartenance syndicale découlerait notamment d’un arrêt de la chambre sociale du 10 juillet 2001¹⁶⁷⁶. La Cour de cassation a jugé qu’un syndicat était recevable à agir en annulation d’une convention collective qu’il jugeait discriminatoire au regard de l’article L. 2141-8 du Code du travail [anc. Art. L. 412-2 C. trav.]. En l’espèce, il s’agissait d’une convention collective conclue entre E.D.F. et la Fédération C.F.E.-C.G.C. des industries électriques et gazières. La convention prévoyait le détachement d’un salarié au sein de la fédération pour y exercer les fonctions de délégué territorial sur la région Île-de-France. Cette solution a été rendue au double visa des articles 6 du Code civil et de l’article L. 412-2 du Code du travail. Alors que l’article L. 412-2, recodifié à l’article L. 2141-8, prévoit une sanction spécifique, l’octroi de dommages-et-intérêts, l’article 6 du Code civil sanctionne par la nullité toute convention contraire « *aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs* ». L’article 6 du Code civil, et non à l’ancien article L. 132-4 du Code du travail, traduirait le caractère d’ordre public

¹⁶⁷⁵ Article 20-2 al 2. Issu de l’article 2 de la loi n° 56-416 du 27 avril 1956, tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical, *J.O.R.F.* 28 avril 1956, p. 4080. V. également, Soc, 23 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 394. Dans cette décision, il ne s’agit pas d’une clause contenue dans un accord collectif de travail mais de celle prévue par le règlement d’intérieur type des Ecoles de ski rédigé par le syndicat des moniteurs de ski. La clause stipulait que : « *le moniteur quittant l’école ou exclu s’interdit, pendant une période de trois ans à compter de son départ, de créer, de gérer, d’exploiter directement ou indirectement, sans l’agrément du syndicat national, une école ou une affaire individuelle d’enseignement du ski ou d’y participer à quelque titre que ce soit dans la commune ou les communes limitrophes, sous peine de dommages-intérêts* ». Selon la Cour de cassation, après avoir rappelé que tout membre d’un syndicat professionnel peut s’en retirer à tout instant, nonobstant toute clause contraire, sans préjudice du droit pour le syndicat de réclamer la cotisation afférente aux six mois qui suivent le retrait d’adhésion, « *la liberté de retrait d’un adhérent d’un syndicat ne peut être limitée par une clause conventionnelle ; que dès lors que l’école ne se prévalait, pour justifier la clause de non-concurrence, que des statuts du syndicat, la cour d’appel a violé l’article L. 411-8 [art. L. 2141-3 C. trav. nouv.]* ».

¹⁶⁷⁶ Soc, 10 juillet 2001, *Bull. civ.* V, n° 261, *D.* 2001. p. 2364 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1035, obs. J.-M. Verdier, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail » ; *Ibidem*, p. 1131, obs. J. Savatier.

absolu des règles de non-discrimination. Plus encore, les juges auraient ainsi souligné l'inscription des règles de non-discrimination dans l'ordre public général, les plaçant au-delà de la seule protection des salariés. Un auteur a justement remarqué qu'implicitement et derrière la référence à l'ordre public était visée la nature fondamentale du droit en cause : « *Le visa de l'article 6 du Code civil et le rappel du caractère d'ordre public des dispositions de l'article L. 412-2 du Code du travail ont certainement, de manière au moins implicite, cette signification, car le respect des droits fondamentaux met en cause l'ordre public et les dispositions qui les concernent relèvent assurément, même sans que cela y soit dit, de celui-ci* »¹⁶⁷⁷.

927. Ainsi, la disposition « *interdisant à l'employeur de prendre en considération l'appartenance syndicale en matière d'embauchage, de licenciement, d'affectation, de rémunération, d'avantages sociaux, et cela sous peine de sanctions pénales, rend du même coup nul de nullité d'ordre public tout engagement que prendrait l'employeur envers un syndicat de réserver tels ou tels avantages à ses membres* »¹⁶⁷⁸. Cette position fut critiquée par M. N. Aliprantis. Selon cet auteur, si certaines clauses réservant un avantage aux syndiqués sont nulles du fait de leur caractère discriminatoire, d'autres demeurent valides. La nullité ne serait encourue que pour celles qui réserveraient des avantages aux salariés d'un syndicat déterminé. De telles clauses favoriseraient une seule organisation syndicale, et corrélativement, préjudicieraient toutes les autres. Outre l'égalité entre syndicats, leur annulation serait justifiée au regard de leur caractère discriminatoire à l'encontre des salariés qui ne sont pas adhérents au syndicat bénéficiaire de la clause. Elles porteraient donc atteinte, non seulement à la liberté de ne pas se syndiquer, mais également à la liberté de se syndiquer au syndicat de son choix. De même, et pour des raisons identiques, doivent être annulées les

¹⁶⁷⁷ J.-M. Verdier, art. préc. p. 1038.

¹⁶⁷⁸ J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical, Traité de droit du travail*, tome 5, Dalloz, 1966, p. 327 ; avec plus de nuances, « Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l'épreuve des accords collectifs à l'exercice du droit syndical », *Mélanges en hommage à H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 69 et spéc. p. 76 ; Dans le même sens, G.-H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du travail*, Dalloz, Précis, 6^{ème} édition, 1973, p. 453, n° 477. Ces développements ont été maintenus dans la dernière édition : J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *op. cit.* 26^{ème} édition, 2012, p. 971, n° 931. Adde. G. Lyon-Caen, « Droit syndical et mouvement syndical, *Dr. soc.* 1984, p. 5 et spéc. p. 7 : « *La convention étant la source de droit inférieure à la loi ne peut contenir de son côté aucune clause ayant pour objet ou pour effet de pousser le salarié à se syndiquer. Il est même probable, bien qu'aucune décision de justice n'existe sur ce point, que la convention collective, fût-ce au niveau de l'entreprise – ne pourrait accorder tel ou tel avantage particulier aux syndiqué. On y verrait une discrimination dirigée, non contre le syndicat, mais une discrimination quand même, par ce que conduisant à traiter distinctement les adhérents et les non adhérents* ».

clauses qui excluent les adhérents d’un ou de plusieurs autres syndicats du bénéfice d’un avantage¹⁶⁷⁹. En revanche, les dispositions conventionnelles, qui reconnaissent un avantage à l’ensemble des salariés syndiqués, sans considération du syndicat auquel ils appartiennent, peuvent être considérées comme valides¹⁶⁸⁰. De telles clauses ne seraient pas discriminatoires, si l’on veut bien admettre que le principe de non-discrimination vise d’abord à protéger les syndiqués. Ainsi, l’article L. 2141-8 interdit à l’employeur « *de prendre en considération de l’appartenance à un syndicat ou l’exercice d’une activité syndicale* ». L’objet de cette disposition n’est pas de protéger les salariés non syndiqués contre une mesure discriminatoire bénéficiant aux seuls syndiqués.

Une telle perspective s’accorderait avec la possibilité de réserver des avantages aux syndiqués présents dans l’entreprise¹⁶⁸¹. La liberté syndicale individuelle se voit « *orientée* » ; elle n’est pas « *pour autant méconnue, car, d’une manière générale, c’est en fonction des orientations des comportements et de l’efficacité de chaque organisation syndicale que se prennent les décisions d’adhésion ou d’abstention et que se font les choix. Dans la mesure où les possibilités plus grandes d’action de certaines organisations sont le fruit d’une négociation régulière et débouchant sur un accord en bonne et due forme, et non d’une décision patronale unilatérale, elles font partie des éléments d’appréciation à partir desquels chaque salarié se détermine quant à son appartenance syndicale* »¹⁶⁸².

Cette position n’est pourtant pas celle que retient aujourd’hui la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt du 24 septembre 2008, elle a jugé qu’ une stipulation conventionnelle qui,

¹⁶⁷⁹ *Op. cit.* p. 124.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 124.

¹⁶⁸¹ Cependant, cette hypothèse nous ramène à celle évoquée précédemment, à savoir que, même non discriminatoire, un tel avantage constitue toujours une différence de traitement entre salariés qui sera injustifiée si l’avantage n’est pas en rapport avec l’objet de la différence de traitement. Un autre argument, qui n’est pas lié directement au respect de la liberté syndicale, consiste à penser que la liberté de se syndiquer, de ne pas se syndiquer ou le choix du syndicat relèvent de la vie privée. Ce faisant, il existerait un droit au secret sur son appartenance ou sa non-appartenance à un syndicat. L’interdiction des clauses réservant un avantage aux syndiqués constitue certes un moyen de garantir ce droit au secret en empêchant tout moyen qui inciterait les salariés à révéler cette appartenance.

¹⁶⁸² J.-M. Verdier, « Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l’épreuve des accords collectifs à l’exercice du droit syndical », *Mélanges en hommage à H. Sinay*, Peter Lang, 1994, pp. 76-77. Cf. également p. 81 note 31 : « *Les avantages qu’ils prévoient et dont peuvent bénéficier des salariés déterminés ou bien sont attachés à l’exercice d’un mandat, électif ou syndical [...], et relèvent alors de la catégorie des avantages collectifs, ou bien bénéficient à tout salarié qui souhaite en profiter (droit de participer à une réunion syndicale d’information du personnel [...]). A la rigueur, c’est donc dans le seul cadre des avantages collectifs, donc l’égalité entre syndicats, que le problème de la licéité des accords se pose* ».

dans le cadre d'un accord de progression de carrière des représentants du personnel et syndicaux, limite pour ces seuls salariés la progression de rémunération dont ils peuvent bénéficier à la suite d'une promotion constitue une « *discrimination directe* ». Partant, cette disposition doit être annulée. Elle rappelle à cette occasion la définition de la notion de discrimination directe « *la situation dans laquelle, sur le fondement notamment de ses convictions, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* »¹⁶⁸³.

Cette solution paraît critiquable. En premier lieu, il paraît ni convaincant ni souhaitable d'affirmer en termes si généraux que les moyens accordés à ceux qui exercent leur droit syndical créent nécessairement un traitement défavorable pour ceux qui ont décidé de ne pas l'exercer. En second lieu, la solution semble critiquable au regard des faits de l'espèce. L'accord litigieux visait à prendre en compte dans l'avancement la situation particulière des représentants des salariés. Compte tenu de leur mission, ces derniers ne travaillent pas le même nombre d'heures pour le compte de l'employeur. Cette situation peut être à l'origine de retards dans l'avancement de la carrière et il arrive qu'ils soient jugés discriminatoires. C'est d'ailleurs pour prévenir une telle sanction que les interlocuteurs sociaux ont entendu, en amont, conclure ce type d'accords. Est-il possible d'affirmer aussi laconiquement que la situation des représentants des salariés est « comparable » à celle des autres salariés ? On peut en douter. Il convient de rappeler que ces derniers bénéficient d'un statut *exorbitant de droit commun* en matière de licenciement. De plus, il échoit à l'employeur de prendre en compte leur situation dans la manière de fixer leurs objectifs ou de les évaluer. La mission dont ils sont investis les place dans une situation singulière. Il aurait été plus pertinent, plutôt que d'interpréter ces accords au prisme des règles de non-discrimination, d'invoquer la règle à travail égal, salaire égal. De cette manière les juges auraient pris en compte le statut particulier des représentants des salariés tout en sanctionnant le cas échéant le caractère disproportionné de l'avantage salarial accordé à ces derniers.

¹⁶⁸³ Soc, 24 septembre 2008, n° 07-40.935 ; D. 2009, p. 191, note C. Boillot. *Adde. Rapport de la Cour de cassation, Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, 2008, n° 1.1.1.3.1.

B. L’exigence d’égalité entre organisations syndicales

928. « Résoudre le problème des droits syndicaux en termes d’ordre public en imposant de manière absolue l’égalité de traitement entre syndicats présents dans l’entreprise est certainement la méthode la plus simple et la plus sûre sur le plan juridique »¹⁶⁸⁴.

929. Précédemment, ce problème a été soulevé. Il s’agissait plus précisément de savoir si les conditions d’exercice d’une prérogative syndicale étaient ou non négociables. Il apparaissait alors que si les juges excluent qu’un accord collectif modifie les conditions d’exercice d’une prérogative légale, cette possibilité n’est pas exclue lorsque la prérogative est d’origine conventionnelle¹⁶⁸⁵. Néanmoins, la liberté conventionnelle se voit alors encadrée par l’exigence d’égalité de traitement entre organisations syndicales (1).

930. De manière différente, l’égalité de traitement s’impose à l’employeur à qui il échoit d’appliquer l’accord collectif sur le droit syndical (2).

1. L’encadrement de la liberté conventionnelle par l’exigence d’égalité entre organisations syndicales

931. Plusieurs décisions montrent que les juges vérifient que les dispositions conventionnelles n’entrent pas en contradiction avec l’exigence d’égalité de traitement entre organisations syndicales.

La première décision dans laquelle l’exigence d’égalité est apparue avec clarté fut celle l’arrêt Cégélec du 29 mai 2001¹⁶⁸⁶. La chambre sociale énonce « le principe d’égalité, de valeur constitutionnelle, ne permet pas à un employeur de subventionner un syndicat représentatif et non un autre, selon qu’il a signé ou non une convention ou un accord collectif ».

Depuis, plusieurs autres décisions rappellent l’obligation pour les interlocuteurs sociaux de ne pas méconnaître l’exigence d’égalité de traitement entre organisations syndicales. Le 10 octobre 2007, alors qu’elle était saisie de la validité d’un accord conclu dans la branche du bâtiment dont l’objet était la mise en place d’un système de financement du

¹⁶⁸⁴ M.-A. Souriac, Th. préc., p. 675.

¹⁶⁸⁵ Cf. *supra* n° 905 s909.

¹⁶⁸⁶ Soc, 29 mai 2001, *Bull. civ.* 2001, V, n° 185 ; *D.* 2002, p. 34, note F. Petit ; *Dr. soc.* 2001, p. 821, note G. Borenfreund ; B. Boubli, obs. à propos de l’arrêt *Cégélec* du 29 mai 2001, *S.S.L.* 11 juin 2001, n° 1032.

dialogue social, la Cour de cassation va rendre une solution audacieuse¹⁶⁸⁷. Plus précisément, l'accord prévoyait une subvention au profit des organisations syndicales représentatives dans la branche dont le montant dépend de leur « *représentativité réelle* ». La C.F.T.C. et la C.F.E.-C.G.C. demandent l'annulation de l'accord en application duquel elles bénéficient d'une subvention inférieure à celle des autres organisations représentatives de la branche. La Cour d'appel de Paris rejette leur demande. La C.F.T.C. et la C.F.E.-C.G.C. se pourvoient en cassation. Elles reprochent aux juges du fond d'avoir établi une différence de traitement entre syndicats représentatifs au mépris des principes d'égalité et de liberté syndicale. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « *ni l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ni l'alinéa 6 du Préambule de la constitution, ni l'article L. 120-2 du Code du travail*¹⁶⁸⁸ ne font obstacle à ce qu'un accord collectif établisse des règles de répartition *inégalitaire* d'une contribution au financement du dialogue social entre les organisations syndicales représentatives [...]»¹⁶⁸⁹.

Dans un arrêt précité du 16 septembre 2008, la Cour de cassation a refusé qu'un accord collectif accorde l'exercice d'une prérogative aux seuls syndicats affiliés à l'une des cinq grandes confédérations nationales et prive les autres syndicats de la faculté de prouver leur représentativité¹⁶⁹⁰. De même l'arrêt du 22 septembre 2010 énonce que « *ne méconnaît pas le principe constitutionnel d'égalité la disposition d'un accord collectif, plus favorable que la loi, qui subordonne l'octroi d'avantages à des syndicats à une condition de représentativité* »¹⁶⁹¹. Enfin, aux termes d'une décision du 21 septembre 2011, « *les dispositions d'une convention ou d'un accord collectif visant à faciliter la communication des organisations syndicales ne*

¹⁶⁸⁷ Soc, 10 octobre 2007, *Dr. soc.* 2008, p. 106, note G. Borenfreund ; *J.C.P.* éd. E. 2007, n° 50, 2557 ; *S.S.L.* 2007, n° 221.

¹⁶⁸⁸ Article L. 1121-1 du Code du travail nouveau.

¹⁶⁸⁹ Nous soulignons. Par ailleurs, même s'agissant d'une prérogative d'origine conventionnelle, la possibilité pour les interlocuteurs sociaux de réserver l'exercice d'une prérogative à des conditions différentes de la seule qualité représentative ne semble pas si éloignée de celle, pourtant refusée, d'ajouter conventionnellement aux critères de représentativité. Certes, l'objet de la négociation n'est pas de modifier les critères pour être représentatif. Néanmoins, en exigeant des syndicats des conditions supplémentaires, les négociateurs entendent bien accroître la légitimité des représentants des salariés plus que ne le garantit la condition légale de représentativité. L'expression de « représentativité réelle » figurant dans l'accord de branche n'est d'ailleurs pas anodine.

¹⁶⁹⁰ Soc, 16 septembre 2008, *Bull. civ.* n° 162 ; *S.S.L.* 2008, n° 1386 ; L. Pécaut-Rivolier, G. Loiseau, « L'entre-deux de la représentativité syndicale », *S.S.L.* 2010, n° 1438.

¹⁶⁹¹ Soc, 22 septembre 2010, n° 09-60.410, *Bull. civ.* 2010 V, n° 194, *S.S.L.* 2010, n° 1461 ; *J.C.P.* éd. S 2010, p. 1499, obs. B. Gauriau ; *J.C.P.* éd. E 2011, p. 1086, S. Béal et C. Terrenoire ; *Dr. soc.* 2011, n°695, obs. F. Petit.

peuvent, sans porter atteinte au principe d'égalité, être limitées aux seuls syndicats représentatifs et doivent bénéficier à tous les syndicats qui ont constitué une section syndicale », dès lors – est-il ajouté – que les moyens techniques de diffusion de l'information syndicale « *sont liés à la constitution par les organisations syndicales d'une section syndicale, laquelle n'est pas subordonnée à une condition de représentativité* »¹⁶⁹².

Toutes ces décisions renvoient à l'exigence d'égalité entre organisations syndicales. Elles font apparaître deux principes.

932. En premier lieu, l'atteinte au principe d'égalité découle du caractère injustifié et disproportionné de la différence de traitement établie par l'accord. Cela ressort des décisions précitées du 29 mai 2001, du 10 octobre 2007, du 16 septembre 2008, et du 22 septembre 2010. Ces quatre décisions se distinguent cependant par la force du contrôle opéré.

933. Il ressort de l'arrêt *Cégélec* du 29 mai 2001 que la distinction entre syndicats signataires et non signataires d'une convention collective n'est jamais pertinente. Selon la Cour de cassation, un tel critère viole nécessairement le principe d'égalité. Partant, l'accord collectif ou la décision de l'employeur qui repose sur un tel critère de distinction doit être annulé¹⁶⁹³. Il ne s'agit pas de la seule sanction possible. Récemment, le Ministre du travail a

¹⁶⁹² Soc, 21 septembre 2011, n° 10-19.017 et 10-23.247, FS P+B ; *J.C.P.* éd. G 2011, p. 1086, obs. G. Dedessus-Le-Moustier ; *R.J.S.* 11/11, n° 885 ; *Adde.* Soc, 11 janvier 2012, n° 11-14.292 (FS-P+B) ; *R.J.S.* 3/12, n° 274, p. 226.

¹⁶⁹³ Ainsi, les parties à un accord ne peuvent pas subordonner la participation aux négociations futures ou ayant lieu à un niveau décentralisé à la condition d'avoir conclu l'accord collectif initial ou l'accord-cadre : Soc, 2 décembre 1998 ; *Bull. civ.* V, n° 532, p. 399 ; *D.* 1999, p. 177, obs. M.-L. Morin : « *Les accords successifs conclus au niveau de l'entreprise pour mettre en œuvre dans celle-ci les dispositions d'une convention collective sont des accords d'entreprise qui doivent être négociés conformément à l'article L. 132-19 du Code du travail avec toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* » ; Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ.* V, n°155, préc. Rapp. Soc, 17 septembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 240 ; *R.J.S.* 11/03, n° 1297 ; *D.* 2004, p. 388, note I. Odoul-Asorey ; *G.A.D.T.*, Dalloz, 2008, n° 160, p. 729. Toutefois, s'agissant des avenants de révision, si toutes les organisations syndicales représentatives au niveau de conclusion de l'accord doivent être invitées à la négociation, l'article L. 2261-7 prévoit que seuls les syndicats signataires de l'accord initial peuvent être signataires de l'avenant. Cette règle, empreinte d'une logique contractuelle, apparaît d'ailleurs problématique au regard de l'exigence majoritaire, dès lors que l'audience requise par les syndicats signataires est en principe celle obtenue parmi l'ensemble des organisations syndicales de l'entreprise ou parmi l'ensemble des organisations syndicales représentatives au niveau de la branche ou au niveau national interprofessionnel. Cf. M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », *R.D.T.* 2009, p. 14 ; B. Palli, « La révision des conventions collectives à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale », *R.D.T.* 2010, p. 155. Il est cependant possible de se demander si « *l'accord fixant l'objet et la périodicité des discussions dans le cadre de la négociation d'entreprise [...] ne pourrait pas programmer des réunions séparées avec les différents syndicats, pourvu qu'il n'en résulte aucune discrimination à l'égard de l'un d'eux* » (J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *G.A.D.T.*, Dalloz, 2008, p. 737).

refusé d'étendre un avenant conclu dans la branche des acteurs du lien social et familial. Celui-ci avait pour objet la validation des accords d'entreprise conclus en application de l'article L. 2232-22 du Code du travail¹⁶⁹⁴. Il prévoyait que « *la commission paritaire nationale d'interprétation, de conciliation et de validation est constituée d'un nombre égal de représentants désignés par le S.N.A.E.C.S.O. et de représentants désignés par les organisations syndicales représentatives de salariés signataires de la présente convention* ». Or, selon le Ministre, une telle clause est contraire aux dispositions de l'article L. 2232-22 du Code du travail et au principe d'égalité et, partant, doit être exclue de l'arrêt de l'extension¹⁶⁹⁵.

Dans l'arrêt du 10 octobre 2007, et alors que la présomption irréfutable de représentativité n'était pas encore supprimée, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé licite l'accord instaurant une subvention aux syndicats représentatifs dont le montant dépend de la « *représentativité réelle de chaque syndicat* ». Selon les juges, d'une part, la répartition inégalitaire instituée par l'accord « *n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer l'adhésion [...] à une organisation syndicale, aucune organisation syndicale n'en étant exclue* » ; d'autre part, la différence de traitement est justifiée par « *des raisons objectives matériellement vérifiables liées à l'influence de chaque syndicat dans le champ de l'accord* ».

Tout d'abord, les juges relèvent le caractère objectif et matériellement vérifiable des critères de distinction retenus. Il s'agissait en l'occurrence de la composition salariale du secteur et de l'audience obtenue lors des élections prud'homales¹⁶⁹⁶. Ensuite, ils apprécient le caractère pertinent et proportionné au regard du but poursuivi. La Cour de cassation souligne que la différence de traitement est justifiée par des raisons liées à l'influence du syndicat dans le champ d'application de l'accord. La rationalité et la raisonnable de la mesure sont ici mises en avant. Il est rationnel et raisonnable de privilégier les syndicats qui sont les plus légitimes à représenter les salariés s'agissant d'« *une contribution au financement du dialogue* ».

¹⁶⁹⁴ Avenant n° 01-10 du 27 avril 2010 relatif à la validation des accords d'entreprise, modifiant l'article 3 préambule « Commission paritaire nationale d'interprétation et de conciliation », texte attaché à la Convention collective nationale des acteurs du lien social et familial : centres sociaux et socioculturels, associations d'accueil de jeunes enfants, associations de développement social local du 4 juin 1983. Étendue par arrêté du 22 janvier 1987 *J.O.R.F.* 12 février 1987, *I.D.C.C.* n° 1261, brochure, n° 3218.

¹⁶⁹⁵ Arrêté du 26 avril 2011 portant extension d'un avenant à la convention collective nationale des acteurs du lien social et familial : centres sociaux et socioculturels, associations d'accueil de jeunes enfants, associations de développement social local (n° 1261), *J.O.R.F.* n° 0106 du 7 mai 2011, p. 7843, texte n° 53.

¹⁶⁹⁶ Toutefois, la Cour de cassation ne répond pas vraiment à l'argument du pourvoi. Celui-ci reprochait à la cour d'appel d'avoir considéré que les critères retenus n'étaient pas suffisamment précis au regard de la situation particulière de la branche.

social»¹⁶⁹⁷. De plus, les moyens mis en œuvre en vue de renforcer une telle légitimité apparaissent proportionnés : « *aucun syndicat représentatif n’est exclu et [...] cela ne porte pas atteinte à la liberté individuelle de ne pas se syndiquer* ». Selon M. J.-M. Verdier, la solution serait la même si un accord soumettait le bénéfice d’un avantage syndical à la condition, outre d’être un syndicat représentatif, de disposer d’un élu ou d’un délégué syndical¹⁶⁹⁸. Cette condition viserait à garantir une implantation effective des syndicats. L’arrêt du 8 décembre 2004 relatif à la faculté de désigner un représentant syndical au comité de groupe l’admet implicitement¹⁶⁹⁹.

Aucun contrôle de la justification n’apparaît dans les arrêts du 16 septembre 2008 et du 22 septembre 2010. La décision du 22 septembre 2010 relève seulement qu’un accord peut subordonner l’octroi d’un avantage à une condition de représentativité. L’absence de contrôle souligne le caractère à la fois justifié et proportionné du recours à l’exigence de représentativité pour fonder une rupture d’égalité de traitement entre syndicats légalement constitués¹⁷⁰⁰. La représentativité syndicale rend compte de l’aptitude des syndicats à représenter les intérêts des salariés. Ainsi est-il pertinent de soumettre l’exercice de prérogatives reconnues aux syndicats à une telle exigence. De plus, les critères de la représentativité syndicale sont des critères objectifs et matériellement vérifiables. Enfin, l’atteinte portée à la liberté syndicale n’est pas disproportionnée, dès lors qu’elle ne porte pas atteinte à la liberté de constitution et qu’elle ne prive pas les syndicats non-représentatifs de toute faculté d’action.

Dans la décision du 16 septembre 2008, la Cour de cassation refuse que la mesure conventionnelle réserve une prérogative aux seules organisations représentatives affiliées à un

¹⁶⁹⁷ Le fait que la subvention vise le développement de la négociation collective est sans doute de nature à appuyer l’idée que doit être assurée la légitimité des syndicats. Comp. Soc, 14 avril 2010, n°10-40.005 (P+B Q.P.C.), D. 2010, p. 2264, note V. Bernaud, F. Petit. : La Cour de cassation rejette de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité s’agissant de la condition d’audience à laquelle est désormais soumise l’acquisition de la qualité représentative. Elle justifie sa décision en considérant que « *l’exigence d’un seuil raisonnable d’audience subordonnant la représentativité d’une organisation syndicale ne constitue pas une atteinte au principe de la liberté syndicale et à la représentation légitimée par le vote, loin de violer le principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail par l’intermédiaire des syndicats, en assure au contraire l’effectivité* ». Nous soulignons.

¹⁶⁹⁸ J.-M. Verdier, « Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l’épreuve des accords collectifs à l’exercice du droit syndical », *Mélanges en hommage à H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 83.

¹⁶⁹⁹ Soc, 8 décembre 2004, Dr. soc. 2005, p. 353, note J. Savatier, p. 354. La question de droit ne portait pas sur la différence de traitement entre organisations syndicales représentatives. Cela étant, la validité de l’accord ne semble à aucun moment contestée de ce point de vue.

¹⁷⁰⁰ En ce sens, J.-M. Verdier, *ibidem*, p. 82.

syndicat représentatif au niveau national. Elle sanctionne ainsi le caractère disproportionné de la différence de traitement. L'accord ne peut pas priver les autres organisations de leur droit de prouver leur représentativité. L'arrêt, rendu au visa des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946, sanctionne ainsi l'atteinte excessive portée à la liberté syndicale dans sa dimension collective. La Cour de cassation entend également garantir le droit des salariés d'être représentés par des syndicats représentatifs. L'exigence constitutionnelle de représentativité mise en évidence lors des développements précédents réapparaît. Elle implique un droit des organisations syndicales de devenir représentatives et, par voie de conséquence, un droit égal à l'accès aux prérogatives attachées à cette qualité.

934. Là encore, la nullité n'est pas la seule sanction encourue. Le refus d'extension est aussi une conséquence liée à la méconnaissance de l'exigence d'égalité entre organisations syndicales. Le Ministre a refusé d'étendre un avenant du 18 mars 2009 relatif au droit syndical modifiant la convention collective nationale de la mutualité du 31 janvier 2000¹⁷⁰¹. Plus précisément, le refus portait sur les stipulations relatives à l'octroi d'un congé exceptionnel pour représentation syndicale. Ces stipulations prévoyaient que le mandat délivré aux salariés ne pouvait être accordé que par une des cinq organisations syndicales représentatives « *au plan national* »¹⁷⁰². Selon l'arrêté, le nombre de syndicats précisé est « *trop restrictif par rapport aux organisations syndicales qui pourraient être reconnues représentatives dans la branche* ». Or, une telle restriction contrevient au « *principe d'égalité de valeur constitutionnelle résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* »¹⁷⁰³. Le Ministre a donc sanctionné le caractère disproportionné de la condition à laquelle l'octroi de l'avantage était soumis¹⁷⁰⁴.

¹⁷⁰¹ Etendue par arrêté du 17 août 2001 *J.O.R.F.* 28 août 2001 ; Avenant n° 13 du 18 mars 2009 relatif au droit syndical.

¹⁷⁰² Peut-être cette stipulation s'inspirait-elle de l'article L. 3142-7 du Code du travail qui réserve aux organisations syndicales représentatives sur le niveau national la faculté d'organiser des formations économiques et sociales et des formations syndicales.

¹⁷⁰³ Arrêté du 23 décembre 2010 portant extension d'un avenant conclu dans le cadre de la convention collective nationale de la mutualité (n° 2128), *J.O.R.F.* n°0301 du 29 décembre 2010 page 23002, texte n° 139.

¹⁷⁰⁴ Aux termes de l'arrêté, cette disposition contrevient également à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 qui définit, parmi les différents niveaux d'appréciation de la représentativité syndicale, le niveau de la branche professionnelle et le niveau national et interprofessionnel. Autrement dit, elle méconnaît la règle légale de concordance qui commande que la représentativité des syndicats soit appréciée au niveau où la prérogative a vocation à s'exercer.

935. Le caractère conventionnel de l’institution ou de la prérogative conduit, une fois celui-ci constaté, à une plus grande clémence. Ainsi, lorsque les interlocuteurs sociaux se satisfont de la condition de représentativité telle que le législateur la définit¹⁷⁰⁵. L’attention se fait plus grande lorsque l’octroi d’un avantage est soumis, non seulement à une exigence de représentativité, mais encore à une condition supplémentaire. Les juges reconnaissent que le pouvoir de créer une prérogative est indissociable du pouvoir de déterminer les personnes habilitées à les exercer. Depuis longtemps, la Cour de cassation décide que « *les clauses de la convention collective peuvent restreindre les droits qu’elle institue* »¹⁷⁰⁶. Néanmoins, elles ne sauraient affecter les droits fondamentaux.

936. Reste que le caractère légal ou conventionnel de l’institution ou de la prérogative en cause présente une certaine inanité lorsqu’il s’agit d’apprécier l’atteinte portée l’égalité entre les organisations syndicales. Qu’est-ce qui justifie que, dans le cas de la section syndicale nationale en cause dans l’arrêt du 21 septembre 2011, le principe d’égalité ne soit pas atteint, et qu’il le soit lorsqu’un accord entend réserver l’accès à l’intranet de l’entreprise aux seuls syndicats représentatifs ? Dans les deux cas, l’exigence d’égalité entre organisations syndicales peut découler de l’article L. 2141-4 du Code du travail aux termes duquel « *l’exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la Constitution de la République. [...] Les syndicats professionnels peuvent s’organiser librement dans toutes les entreprises* ». Cette disposition n’établit pas de différences entre les droits reconnus aux syndicats selon qu’ils soient d’origine légale ou conventionnelle. Dans les deux cas, la différence de traitement est créée par un accord collectif de travail doté d’un effet *erga omnes*, s’appliquant à l’ensemble des organisations syndicales¹⁷⁰⁷. Pourquoi alors ne pas se

¹⁷⁰⁵ Concernant le pouvoir du législateur de rompre la stricte égalité entre organisations syndicales, Cf. *supra* n° 294. La rupture d’égalité de traitement entre organisations syndicales instituée par le législateur ne méconnaît l’article 11 de la Convention européenne des droits de l’homme et de sauvegarde des libertés fondamentales : C.E.D.H., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, n° 34503/97, *D.* 2007. 410, note J.-F. Renucci et C. Bîrsan et *D.* 2009, p. 739, chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *R.D.T.* 2009. 288, étude N. Hervieu. V. également Soc, 14 avril 2010, *Bull. civ.* 2010, V, n° 100 ; *R.D.T.* 2010, p. 276 obs. J.-M. Béraud ; p. 374, obs. J.-F. Akandji-Kombé.

¹⁷⁰⁶ Soc, 26 avril 1979, *Bull. civ.* V, n° 348 ; Soc, 24 avril 1985, *Bull. civ.* V, n° 499.

¹⁷⁰⁷ Pour rappel, depuis l’arrêt Cégélec de 2001, la Cour de cassation a abandonné la référence à la dimension normative de l’accord collectif pour décider quels étaient les syndicats bénéficiaires. Cependant, cette considération n’est pas entièrement absente du contrôle de l’exigence d’égalité. En effet, c’est parce qu’elle privilégie la dimension normative de l’accord collectif, et donc son effet *erga omnes*, que la Cour de cassation décide que les conditions prévues par l’accord collectif doivent respecter l’égalité entre les organisations syndicales. Cf. *supra* n° 732 s. Comp. Soc, 10 juillet 2001, *Bull. civ.* V, n° 261 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1131, obs. J. Savatier.

contenter de vérifier que la différence de traitement est « *justifiée par des raisons objectives et pertinentes, et que les règles déterminant les conditions d'attribution [d'un] avantage soient préalablement définies et contrôlables* »¹⁷⁰⁸ ? Sans doute l'atteinte faite à l'égalité de traitement entre organisations syndicales n'est pas la seule considération prise en compte par la Cour de cassation. Peut-être aussi entend-t-elle préserver ce qu'elle considère être la compétence du législateur¹⁷⁰⁹.

2. *L'application des conventions collectives face à l'exigence d'égalité entre organisations syndicales*

937. L'interdiction des mesures de l'employeur en faveur ou l'encontre d'une organisation syndicale, codifiée à l'article L. 2141-8 du Code du travail, existe depuis la loi du 27 avril 1956¹⁷¹⁰. Pourtant, dès lors que l'effet relatif des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés et de droit syndical n'était pas remis en cause, deux solutions étaient possibles.

938. Tout d'abord, les juges ont pu nier l'existence d'une rupture d'égalité de traitement entre organisations syndicales : les syndicats signataires et les syndicats non signataires ne sont pas placés dans la même situation. Il n'y a donc pas de rupture d'égalité à appliquer l'accord aux uns et non aux autres. Plusieurs décisions allant en ce sens ont déjà été relevées. La Cour de cassation refusait de considérer que l'accord collectif bénéficiant aux seuls signataires ou adhérents à l'accord avait pour effet de créer une « *discrimination prohibée entre syndicats* »¹⁷¹¹. Et nous avons fait alors remarquer que l'absence de discrimination entre organisations syndicales, ou plus exactement l'absence de rupture d'égalité de traitement entre celles-ci, était la conséquence directe de l'effet relatif conféré à l'accord créant un organisme ou une institution paritaire. Pour justifier l'absence de discrimination, on faisait encore valoir

¹⁷⁰⁸ Formule issue d'un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation : Soc. 12 juillet 2010, *Bull. civ. V*, n° 166.

¹⁷⁰⁹ Cf. *supra* Partie 1 Titre 1 Chapitre 2.

¹⁷¹⁰ Loi n° 56-416 du 27 avril 1956, tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical, *J.O.R.F.* 28 avril 1956, p. 4080.

¹⁷¹¹ La formule est issue de l'arrêt rendu la chambre sociale de la Cour de cassation le 5 mai 1998 (*Bull. civ. V*, n° 219, préc.).

qu’il était toujours possible pour les syndicats non signataires d’adhérer à l’accord ou d’en signer un dont le contenu serait semblable¹⁷¹².

939. Pourtant, il était à craindre que l’employeur, se cachant derrière la liberté conventionnelle, favorise certains syndicats et en évince d’autres en décidant de conclure avec les uns et non avec les autres. Ce risque, la Cour de cassation, l’a reconnu et l’a sanctionné. Ainsi, dans un arrêt du 20 juillet 2001, elle a annulé au visa de l’article 6 du Code civil et de l’article L. 412-2 du Code du travail une convention conclue entre E.D.F. et la Fédération C.F.E.-C.G.C. des industries électriques et gazières. La convention prévoyait le détachement d’un salarié au sein de la fédération pour y exercer les fonctions de délégué territorial sur la région Ile-de-France. Cet accord avait donc bien pour objet de créer une prérogative au profit d’une organisation syndicale et dont les autres organisations syndicales de l’entreprise étaient privées. La solution de la Cour d’appel de Versailles mérite attention. Cette dernière avait débouté le Syndicat du personnel de production transport d’énergie de la région parisienne de sa demande en annulation. Pour elle, « *la convention conclue est une convention individuelle de sorte que doit être écarté le moyen de nullité pris de l’inobservation des procédures définies par le Code du travail pour la conclusion des accords collectifs* ». La chambre sociale casse l’arrêt de la cour d’appel et juge que « *tout syndicat victime d’une mesure prise contrairement aux dispositions des alinéas 1 à 3 de l’article L. 412-2 peut en demander l’annulation* »¹⁷¹³.

940. La solution retenue par cet arrêt renforce l’effectivité de la liberté du syndicat de négocier collectivement¹⁷¹⁴. Elle permet en effet de mieux garantir le droit de chaque syndicat de négocier et de conclure des accords collectifs visant à leur reconnaître de nouvelles prérogatives. Seulement, la Cour de cassation ne résout qu’une partie du problème, à savoir qu’elle prohibe les négociations séparées pouvant aboutir à la conclusion de « *conventions individuelles* ». En effet, l’interdiction pour l’employeur de prendre des mesures discriminatoires à l’égard des syndicats ne recoupe pas nécessairement l’obligation pour lui d’appliquer un accord à l’ensemble des syndicats représentatifs. Cette différence se traduit

¹⁷¹² M.-A. Souriac, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.* 1991, p. 491 et spéc. p. 495.

¹⁷¹³ Soc, 20 juillet 2001, *Bull. civ.* V, n° 261, *D.* 2001. p. 2364 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1035, obs. J.-M. Verdier, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail ».

¹⁷¹⁴ Cf. Déc. n°96-383 D.C. du 8 novembre 1996, préc. ; C.E. 16 décembre 2005, Ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité ; Syndicat national des huissiers de justice. n°259584, préc. Cf. *supra* n° 128.

notamment dans la sanction : alors que la première est sanctionnée par la nullité, la seconde se traduit par un droit égal à bénéficier de l'accord¹⁷¹⁵. Dans sa solution, la Cour de cassation ne confirme ni n'infirme la qualification donnée par la Cour d'appel à la convention litigieuse. Elle ne fait pas non plus référence à l'effet normatif de la convention qui aurait imposé de l'appliquer à l'ensemble des organisations syndicales, signataires ou non. La question se pose donc de savoir si la convention litigieuse aurait pu être valide si aucune autre sorte de discriminations n'avait été constatée ; ou, au contraire, si la conclusion avec un seul syndicat constitue en soi une discrimination prohibée par l'article L. 2141-8 du Code du travail. Dans la mesure où l'effet normatif des accords conclus en matière de représentation des salariés et de droit syndical ne sera véritablement reconnu qu'avec l'arrêt du 30 avril 2003¹⁷¹⁶, un seul moyen existait pour l'employeur d'échapper au grief de discrimination syndicale : conclure un accord avec l'ensemble des organisations syndicales existant dans l'entreprise E.D.F. Cette idée fut reprise récemment par une auteure, à l'occasion d'un arrêt rendu le 18 janvier 2011. Celle-ci se demandait si « *dans le silence du législateur, et en prenant appui sur la valeur constitutionnelle de la liberté syndicale, [on aurait pu] soutenir que les modalités d'exercice du droit syndical dans l'entreprise doivent résulter d'un accord conclu entre l'employeur et toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* »¹⁷¹⁷.

941. En matière électorale, on retrouve la même idée. Avant que l'unanimité ait un fondement légal, deux décisions de la Cour de cassation l'avaient justifiée comme étant frein contre les stratégies patronales créant des ruptures d'égalité entre organisations syndicales. La première décision date du 8 juillet 1976. En l'espèce, un accord avait été conclu avec le seul syndicat F.O. sans que le syndicat C.F.D.T n'ait été invité. Pourtant, ce dernier disposait d'élus et avait demandé à participer aux négociations. Le tribunal a rejeté sa demande d'annulation

¹⁷¹⁵ J.-Verdier, *Syndicats et droit syndical*, in G.-H. Camerlynck (dir.), *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1984, p. 223, n° 148 : « *Il est donc clair qu'un accord de ce genre quels qu'en soient les destinataires a nécessairement pour effet d'ouvrir les mêmes droits à tous les syndicats représentatifs, signataires ou non. En outre, s'il est établi qu'il a été signé pour favoriser tel ou tel syndical, l'annulation pourrait en être demandée pour violation du pluralisme et atteinte à la liberté syndicale* ».

¹⁷¹⁶ Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ. V*, n°155 ; B. Gauriau, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.* 2003, p. 732 ; P. Rodière, « Emergence d'un nouveau cadre de négociation collective : le groupe ? », *S.S.L.* 2003, n° 1125, p. 6 ; J. Grangé et N. El Aougri, « Accords collectifs : la négociation de groupe », *S.S.L.* 2003, n° 1144, p. 5. *Adde*, P. Iriart, « Négociation et effets d'un accord organisant une représentation syndicale de groupe », *D.* 1999, p. 465. Cf. *supra* n° 745.

¹⁷¹⁷ M. Grévy, « Exercice du droit syndical dans l'entreprise : nature juridique des accords sur le droit syndical et licéité de la diffusion de tracts syndicaux », note sous Soc, 18 janvier 2011, *R.D.T.* 2011, p. 190.

des élections. selon le jugement, l’élection dans une entreprise de moins de vingt-cinq salariés a nécessairement lieu dans un collège unique, de sorte que le syndicat C.F.D.T n’avait subi qu’un préjudice moral. La seule conséquence était que le protocole ainsi conclu n’était pas applicable. La Cour de cassation casse le jugement. Selon les juges de la chambre sociale, « *l’employeur ne pouvait conclure un protocole avec le seul syndicat F.O. en refusant à la C.F.D.T., dont la représentativité n’était pas contestée, de participer, comme elle lui avait demandé, de participer à son élaboration par une mesure discriminatoire* ». D’autre part, la Cour de cassation juge que « *le chef d’entreprise ne peut en aucun cas s’abstenir de rechercher un accord avec toutes les organisations syndicales sur la répartition du personnel et des sièges* »¹⁷¹⁸. Le second arrêt, rendu le 27 avril 1978, est tout aussi éloquent. Là encore, un tribunal avait refusé de considérer irrégulier le protocole d’accord conclu avec le seul syndicat adhérent à la fédération nationale des chauffeurs routiers et, par suite, avait refusé d’annuler les élections. Les juges du fonds prétendaient que les élections avaient eu lieu conformément aux dispositions légales. Ils prétendaient encore que le protocole d’accord pouvait être conclu avec un syndicat non représentatif dans la mesure où l’article L. 420-7 faisait seulement référence aux « organisations intéressées ». Ainsi, selon les juges du fonds, le syndicat C.F.D.T ne pouvait pas demander l’annulation des élections, alors même qu’il avait refusé de participer à la négociation. La Cour de cassation casse le jugement après avoir rappelé que « *les élections devant être organisées en conformité des dispositions de la convention collective et celles-ci ne pouvaient être valablement modifiées et d’autres modalités adoptées que par un accord conclu par l’employeur avec toutes les organisations syndicales dans l’entreprise* »¹⁷¹⁹.

942. Ainsi, l’unanimité est d’autant plus justifiée qu’elle fait obstacle à la volonté de l’employeur d’écarter une organisation syndicale de la négociation ou de choisir de négocier avec certaines et non avec d’autres. Dès lors, si l’unanimité peut être considérée comme un frein à la production conventionnelle, elle est en revanche le rempart le plus efficace contre les négociations séparées et les pressions patronales.

¹⁷¹⁸ Soc, 8 juillet 1976, *Bull. civ. V*, n° 442.

¹⁷¹⁹ Soc, 27 avril 1978, *Bull. civ. V*, n° 297. Implicitement, cet arrêt permet également de comprendre l’intérêt qu’il y avait à réserver aux organisations syndicales représentatives la présentation des listes au premier tour de scrutin. Suivant les propos de M. J.-M. Verdier, « *il est en fait impossible d’apporter la preuve qu’une élection a été faussée par des pressions patronales en faveur d’une liste bien vue de la direction ; en revanche, il est relativement plus aisé d’établir la non-représentativité de l’organisation qui l’a présentée ou l’absence de patronage syndical* », « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1991, p. 5 et spéc. p. 9, note 7.

943. En définitive, l'unanimité se justifie de deux manières, qui sont complémentaires, dans la mesure où chacune tend à garantir, d'une certaine manière, la liberté syndicale. D'une part, l'unanimité se comprend rapportée à la liberté d'action des syndicats. Elle garantit à ces derniers qu'aucune obligation ni aucun droits ne leur soit imposée sans leur consentement. D'autre part, l'unanimité est une garantie très efficace contre les discriminations syndicales émanant de l'employeur et assure, en dehors de toute discrimination, l'égalité des syndicats devant la loi.

944. Ces considérations, impérieuses, n'ont pas disparu. Cependant, elles se posent en des termes différents dès lors que les accords relatifs à la représentation des salariés ont un effet normatif. L'égalité de traitement n'est plus tant requise entre les agents participant à la négociation qu'entre les syndicats qui sont sujets de l'accord.

Paragraphe 2 - Les rapports de prévalence en matière de représentation des salariés dans l'entreprise

945. Les normes professionnelles sont susceptibles d'affecter les droits de participation garantis aux salariés de deux manières. En premier lieu, elles jouent un rôle important dans la mise en place d'une représentation élue des salariés dans l'entreprise. Aussi est-il important d'assurer le respect de certaines règles en matière électorale qui se trouvent au fondement de la désignation par les salariés de leurs représentants (A). En second lieu, la garantie des droits de participation passe par la prévalence du principe de l'effet utile qui s'impose aux normes professionnelles, qu'elles soient conventionnelles ou unilatérales (B).

A. La prévalence des règles en matière électorale

946. La loi impose le mode de désignation des représentants des salariés dans l'entreprise¹⁷²⁰. De nombreuses modalités de leur élection sont définies par le protocole d'accord préélectoral. L'obligation d'organiser les élections incombe à l'employeur, qui doit également prendre des mesures pour respecter son obligation. L'exercice d'une liberté publique étant en jeu, normes conventionnelles et unilatérales doivent respecter, d'une part, les exigences légales liées à la définition du corps électoral (1) et, d'autre part, les principes généraux du droit électoral (2).

¹⁷²⁰ Cf. *supra* n° 312 s. et 913 s.

1. *La prévalence des règles relatives au corps électoral*

947. Les élections professionnelles ont lieu par collège. La loi définit les contours des collèges électoraux en fonction de la qualification et de la catégorie professionnelle des salariés. Le premier collège regroupe les ouvriers et les employés et le second collège comprend les ingénieurs, les chefs de service, les techniciens et les agents de maîtrise¹⁷²¹. Par exception, dans les entreprises n’élisant qu’un seul délégué du personnel, n’est constitué qu’un seul collège électoral regroupant l’ensemble du personnel de l’entreprise¹⁷²².

En premier lieu, le protocole préélectoral peut modifier le nombre des collèges. Il peut par exemple prévoir plusieurs collèges pour le personnel de l’encadrement¹⁷²³. Cependant, les interlocuteurs sociaux ne peuvent en aucun cas supprimer le collège regroupant le personnel d’encadrement¹⁷²⁴. Ils ne peuvent non plus déroger à l’application de l’article L. 2314-9 instituant un collège unique lorsqu’un seul délégué du personnel doit être élu¹⁷²⁵.

En second lieu, lorsqu’ils modifient le nombre de collèges électoraux, l’accord préélectoral doit définir la composition des collèges électoraux nouvellement institués¹⁷²⁶. Il doit donc préciser les catégories professionnelles relevant de chaque collège, sachant qu’une fois effectuée la répartition du personnel dans les différents collèges électoraux, aucune catégorie de personnel ne doit être exclue ou sous-représentée. Cela étant, selon un arrêt ancien de la Cour de cassation, les juges du fond ne peuvent modifier le nombre de collèges prévu par un accord du seul fait que, dans un des collèges, le nombre de salariés est inférieur à celui prévu par la loi¹⁷²⁷. Le nombre de collèges électoraux fixé par la loi ne revêt pas un caractère d’ordre public social ; il n’en est pas moins négociable. Les limites apposées au pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux apparaissent moins comme l’existence d’une norme plancher que comme la garantie légale apportée au principe de participation et à au

¹⁷²¹ Art. L. 2314-8 *C. trav* pour les délégués du personnel et Art. L. 2324-11 *C. trav.* pour les représentants au comité d’entreprise.

¹⁷²² Art. L. 2314-19 *C. trav.*

¹⁷²³ Soc, 9 juin 1983, *Bull. civ. V*, n° 321.

¹⁷²⁴ Soc, 9 juin 1983, *Bull. civ. V*, n° 321 ; Soc, 17 avril 1991, *Bull. civ. V* n° 202 ; *R.J.S.* 1991, n° 731 p. 388.

¹⁷²⁵ Soc, 20 décembre 1988, *Bull. civ. V* n° 671 ; *D.* 1990, p. 160, obs. G. Borenfreund.

¹⁷²⁶ Soc, 18 février 1988 ; *Bull. civ. V*, n° 122.

¹⁷²⁷ Soc, 25 février 1970, *Bull. civ. V*, n° 148.

« droit de tous les salariés d'être électeur ou éligible au sein des instances représentatives du personnel de l'entreprise dans laquelle ils travaillent »¹⁷²⁸.

2. Le respect des principes généraux du droit électoral

948. Les dispositions issues du Code du travail sont relativement silencieuses quant à l'organisation des élections. Les règles impératives à l'égard des interlocuteurs sociaux sont peu nombreuses. Les articles L. 2314-21 et suivants relatifs à l'élection des délégués du personnel, et L. 2324-19 et suivants relatifs à celle des représentants au comité d'entreprise prévoient que le scrutin ait lieu sous enveloppe ou par vote électronique, que l'élection des titulaires et des suppléants donne lieu à des votes séparés, ou enfin que le scrutin ait lieu pendant les heures de travail. De plus, suivant les articles L. 2314-23 et L. 2324-21 du Code du travail, l'accord préélectoral respecte les principes généraux du droit électoral. Quels sont-ils ?

949. En premier lieu, la référence aux principes généraux du droit électoral ne signifie pas que les dispositions issues du Code électoral sont directement applicables aux élections professionnelles dans l'entreprise¹⁷²⁹. Ce code régit les élections politiques locales et nationales. Il n'a pas vocation à s'appliquer aux élections professionnelles. Cependant, certaines des règles qui y sont énoncées revêtent un haut de degré de généralité et valent quelle que soit l'élection. De ce fait les juges peuvent s'en inspirer et y découvrir l'expression d'un principe général du droit. "Les principes généraux du droit permettent ainsi d'étendre le champ d'application de règles à des situations juridiques qu'elles n'ont pas en principe vocation à régir¹⁷³⁰. Ce faisant, les juges pallient certains silences de la loi.¹⁷³¹

¹⁷²⁸ Déc. n° 2011-122 Q.P.C. du 29 avril 2011, *J.O.R.F.* du 30 avril 2011, p. 7535.

¹⁷²⁹ F. Petit, « Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *D.* 2005, p. 1815.

¹⁷³⁰ F. Petit, « L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles », *Dr ; soc.* 2000, p. 603 ; M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J. 2009, p. 294.

¹⁷³¹ Selon G. Vedel, les principes généraux du droit « ne sont pas autres chose qu'une synthèse constructive accomplie par le juge à partir des données juridiques que lui fournit un milieu donné », *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-1952, p.167. Cette conception a été développée par la suite dans le manuel de droit administratif de M. Vedel repris par le M. P. Delvolvé, *Droit administratif général*, t. 1, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 12^e éd., 1992, p. 473 et s. Voir aussi, B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 240 s. L'auteur évoque un pouvoir « quasilégislatif » du juge. Voir également, G. Morange, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *R.D.P.* 1977, p.768 ; M. Letourneur, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Études et Documents 1951, p.19 ; P. Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Paris, Economica, 2006, p.207.

950. En deuxième lieu, il convient d’identifier les principes généraux du droit électoral applicables aux élections dans l’entreprise. Selon M. Cohen, « *le droit électoral est fondé sur les principes d’égalité, de neutralité et de citoyenneté que l’on peut transposer aux élections professionnelles : absence de discrimination dans l’électorat ; neutralité de l’employeur ; liberté d’exercice du droit de vote* »¹⁷³². Trois sont particulièrement mobilisés. Ce sont les principes de liberté et de sincérité du scrutin, ainsi que le principe d’égalité.

951. Le principe de liberté du scrutin renvoie à la liberté des électeurs de voter pour la personne de leur choix. Il justifie le droit de rature des salariés, qu’un accord préélectoral ne peut pas supprimer¹⁷³³. Il recouvre également la liberté des candidatures qui est celle des syndicats qui présentent une liste¹⁷³⁴ et des salariés qui sont inscrits sur ces listes¹⁷³⁵.

952. Le principe de sincérité du scrutin, qui prolonge le principe de liberté, tend à garantir les résultats des élections. En droit électoral, la sincérité du scrutin est « *le révélateur de la volonté réelle de l’électeur* », tendant à ce que « *le résultat de l’élection soit l’exact reflet de la volonté, exprimée par la majorité du corps électoral* »¹⁷³⁶. Ces deux principes justifient notamment le secret du vote. Ainsi, lorsque le protocole d’accord préélectoral prévoit d’autres modalités que le vote à bulletin secret, alternatifs comme le vote par correspondance¹⁷³⁷, ou substitutifs, comme le vote électronique, il doit assurer le secret du choix des salariés. Le principe de liberté du scrutin permet également d’apprécier la licéité de clauses relatives au décompte des suffrages. Ainsi, la règle de départage, prévoyant qu’en cas d’égalité des voix

¹⁷³² M. Cohen, *op. cit.* p. 294.

¹⁷³³ Soc, 9 novembre 1983, *Bull. civ. V*, n° 548 ; *J.C.P.* 1984, p. 19.

¹⁷³⁴ Soc, 18 février 1981, *Bull. civ. V*, n° 136. Suivant le principe de sincérité du scrutin, l’affiliation du syndicat qui présente des candidats doit figurer sur les bulletins cf. Soc, 12 avril 2012, n° 11-22.291 (publié au Bulletin) : « *L’affiliation confédérale sous laquelle un syndicat a présenté des candidats au premier tour des élections des membres titulaires du comité d’entreprise constitue un élément essentiel du vote des électeurs ; qu’il s’ensuit qu’une organisation syndicale ne peut revendiquer à son profit, au sein d’une entreprise, le score électoral obtenu par un syndicat qui lui est affilié qu’à la condition que cette affiliation ait été mentionnée sur les bulletins de vote au moyen desquels les électeurs ont exprimé leur choix ou ait été portée à leur connaissance certaine par le syndicat* ».

¹⁷³⁵ Soc, 20 octobre 1993, *Bull. civ. V*, n° 241 ; *Dr. soc.* 1993, p. 970.

¹⁷³⁶ R. Ghévantian, « La notion de sincérité du scrutin », *C.C.C.* 2003, p. 63. Selon cet auteur, la notion de sincérité du scrutin s’articule autour, d’une part, d’un principe d’égalité, entre les candidats et entre les électeurs, et, d’autre part, d’un principe de liberté, qui impose la neutralité et l’objectivité de celui qui organise les élections.

¹⁷³⁷ Soc. 20 octobre 1999, *R.J.S.* 1999, n° 1478, p. 859 ; *D.* 1999, p. 254 ; Soc, 10 mai 2012, n° 11-25.029 (publié au Bulletin) : « *un dispositif d’identification des électeurs dans le cadre du vote par correspondance ne peut figurer sur les bulletins de vote que si le protocole préélectoral l’a prévu et a fixé les garanties appropriées au respect du secret du vote par la mise en œuvre de procédés rendant impossible l’établissement d’un lien entre l’identité de l’électeur et l’expression de son vote* ».

pour les élections internes au comité d'établissement, « *est élu le candidat pour lequel a ou ont voté le ou les élus des listes ayant obtenu le plus grand nombre de suffrages aux élections du comité d'établissement* », était contraire à la règle du secret du scrutin¹⁷³⁸.

953. Le principe d'égalité en matière électorale concerne aussi bien les candidats que les salariés. A l'égard des candidats, l'accord préélectoral ne peut pas créer de différences de traitement entre eux. Il ne saurait par exemple prévoir des bulletins des couleurs différentes ; ceux-ci sont en principe blancs¹⁷³⁹. L'égalité existe aussi au sein du corps électoral. Les conditions pour participer au vote doivent être identiques pour l'ensemble du corps électoral¹⁷⁴⁰. De manière différente, le principe d'égalité en matière électorale impose à l'employeur le respect d'une exigence de neutralité. Cette exigence interdit à l'employeur de favoriser un salarié ou un syndicat, ce qui aurait pour effet d'influencer le vote des électeurs. Ce dernier ne peut donc pas intervenir pendant la campagne électorale¹⁷⁴¹. De plus, l'exigence de neutralité lui interdit de décourager les salariés de voter au premier tour pour encourager la tenue d'un second tour¹⁷⁴².

954. Un arrêt important de la Cour de cassation a jugé que « *les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultat des élections ou depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 si, s'agissant du premier tour, elles ont été déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise, ou du droit pour un candidat d'être désigné délégué syndical* », « *à moins qu'elles soient directement contraires aux principes généraux du droit électoral* »¹⁷⁴³. Dès lors, si le juge constate des irrégularités contraires aux principes généraux du droit électoral, il doit annuler les élections sans

¹⁷³⁸ Soc. 9 juin 1998, 2^{ème} espèce ; *R.J.S.* 1998, p. 569, n° 884.

¹⁷³⁹ Soc, 11 mars 1992, *Bull. civ.* V, n° 174 ; *D.* 1992, p. 105. Dans cet arrêt, les juges se sont fondés directement sur l'article 66 du Code électoral.

¹⁷⁴⁰ Soc, 23 mai 2000, *T.P.S.* 2000, p. 20.

¹⁷⁴¹ Soc, 10 mai 2012, n° 11-14.178 (inédit). En l'espèce, lors de la présentation de ses vœux au personnel, l'employeur avait été ouvertement critique à l'égard des organisations syndicales C.F.E.-C.G.C. et C.F.T.C. ayant constitué une liste commune pour le premier tour des élections. Il avait également diffusé auprès de certains salariés un mémorandum répondant aux questions soulevées par ces organisations, assimilable à un tract prenant position contre la liste commune.

¹⁷⁴² Crim, 20 mars 1979, *Bull. Crim.* n° 114. Il ne peut pas non plus appeler à voter blanc : Soc, 10 mai 1984, n° 83-61.045.

¹⁷⁴³ Soc, 13 janvier 2010, *Bull. Civ.* V, n° 7 ; *R.D.T.* 2010, p. 314, note E. Peskine ; L. Pécaut-Rivolier, *S.S.L.* 2010, n° 1429 ; *J.C.P.* éd. S 2010, p. 1066, obs. B. Gauriau ; *R.J.S.* 3/10, n° 281, p. 237 ; Soc, 10 mars 2010, *Bull. civ.* V, n° 462 ; *R.J.S.* 5/10, n° 451, p. 396 (annulation d'élections consécutive à la réception tardive des votes par correspondance).

« s’interroger plus avant » sur l’influence que ces irrégularités ont sur les résultats ou sur l’appréciation de la représentativité des syndicats. Cette solution concerne toutes les irrégularités qu’elles soient le fait d’une mesure de l’employeur ou qu’elle résulte de l’application du protocole d’accord préélectoral.

B. La prévalence du principe de l’effet utile

955. Le principe de l’effet utile est contenu dans les droits de participation garantis aux salariés. Explicite en droit de l’Union européenne¹⁷⁴⁴, il n’est que sous-jacent en droit constitutionnel¹⁷⁴⁵. Suivant ce principe, l’utilité de l’intervention des représentants des salariés au cours des processus décisionnels est nécessaire à l’effectivité des droits de participation. Au-delà des seules normes qui garantissent les droits de participation, le principe d’effet utile irrigue de nombreuses dispositions légales ou issues du droit de l’Union européenne.

956. Progressivement, le principe "directeur" de l’effet utile a acquis une valeur et une force juridiques certaines¹⁷⁴⁶. Il dispose d’un effet horizontal qui lui permet de s’imposer à l’égard des normes professionnelles et d’en conditionner la licéité. Il intéresse toutes les normes professionnelles, qu’elles aient pour objet la mise en place d’une représentation des salariés (1) ou qu’elles aient pour objet le fonctionnement des institutions chargées de cette représentation (2).

1. L’effet utile d’une représentation des salariés et les accords collectifs relatifs à la mise en place et à la désignation des institutions de représentation des salariés

957. Pour être utiles aux salariés, les institutions de représentation doivent être mises en place au niveau où la communauté de travail se trouve afin qu’elle puisse exprimer ses intérêts face à l’employeur. L’identification des communautés de travail renvoie aux contours des périmètres de représentation, au décompte des effectifs, ainsi qu’aux conditions de désignation des représentants de salariés.

¹⁷⁴⁴ Cf. *supra* n° 164 et 377 s.

¹⁷⁴⁵ Cf. *supra* n° 191s. et 236 s.

¹⁷⁴⁶ La notion de principe « directeur » nous semble ici appropriée. En effet, plus qu’une prescription indiquant ce qu’il faut faire ou ne pas faire, l’impérativité de la règle relative à l’effet utile consiste davantage à exiger un but à atteindre. Autrement dit, l’impératif porte moins sur l’action elle-même que sur la fin que poursuit cette action.

958. Conformément à l'article L. 1111-2 du Code du travail, les effectifs de l'entreprise sont calculés non seulement au regard des salariés titulaires d'un contrat de travail, mais également au regard des travailleurs intégrés de manière étroite et permanente à cette communauté de travail. Le critère de l'intégration à la communauté de travail est issu d'une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation dans laquelle la prise en compte des salariés dans l'effectif avait été définie au regard de leur appartenance à la communauté de travail, caractérisée par une intégration étroite et permanente¹⁷⁴⁷. Dans un arrêt du 28 février 2007, la chambre sociale décide de ne retenir qu'un seul critère, qu'il s'agisse de la computation des effectifs ou de l'appartenance au corps électoral – l'intégration étroite et permanente des salariés à la collectivité de travail : « *sauf dispositions législatives contraires, les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, inclus à ce titre dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 620-10 du Code du travail, sont à ce même titre, électeurs aux élections des membres du comité d'entreprise ou d'établissement et des délégués du personnel dès lors qu'ils remplissent les conditions prévues par les textes susvisés* »¹⁷⁴⁸. Récemment, cette solution a été reprise en matière de représentation syndicale dans l'entreprise et, plus précisément, pour la désignation d'un salarié en qualité de représentant de la section syndicale¹⁷⁴⁹.

959. Pour rappel, ce critère a été repris par le Conseil constitutionnel dans une décision du 28 décembre 2006, sur le fondement du huitième alinéa du Préambule de 1946¹⁷⁵⁰. Ainsi, le

¹⁷⁴⁷ Soc, 21 juillet 1986, *Bull. civ. V*, n° 387 ; *Jurisp. Soc. I.U.M.M.*, p. 16 ; *D.* 1987, p. 201.

¹⁷⁴⁸ Soc, 28 février 2007, *Bull. civ. V*, n° 34 ; *D.* 2007, p. 946 ; *D.* 2007, p. 2270, obs. J. Pélissier ; *R.D.T.* 2007, p. 229 ; *R.J.S.* 2007, p. 469, n° 636 ; *R.D.T.* 2007, p. 229, note M.-L. Morin. Nous soulignons. *Adde*, Soc, 7 novembre 2007, *Bull. civ. V*, n° 185 ; *R.D.T.* 2007, p. 116, note E. Peskine : « *Mais attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt que les employés de la R.A.T.P. et de la S.N.C.F., pendant le temps de leur mise à disposition, sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail constituée par le personnel de la société Systra, laquelle devait être prise en compte dans sa globalité par le comité d'entreprise dans l'exercice de sa mission ; qu'il s'en suit que la cour d'appel [a] décidé à bon droit que la masse salariale servant au calcul de la contribution patronale au budget de fonctionnement du comité d'entreprise doit inclure le montant de leur rémunération, fût-elle payée en tout ou en partie par la S.N.C.F. ou la R.A.T.P.* ». Comme le souligne Mme E. Peskine, cette dernière précision signifie que l'assiette de calcul du budget du comité d'entreprise n'est pas seulement cantonnée à la masse salariale à la charge de l'employeur mais peut également compter les salaires versés par d'autres employeurs qui mettent à disposition leurs salariés au service de l'entreprise.

¹⁷⁴⁹ Soc, 29 février 2012, n° 11-10.904 (FS-P+B+R), *D.* 2012, p. 687 : « *les travailleurs mis à disposition d'une entreprise, qui, intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail, remplissent les conditions pour être inclus dans le calcul des effectifs en application de l'article L. 1111-2-2° du code du travail, peuvent, à ce même titre, en l'absence de dispositions légales y faisant obstacle, être désignés représentants de la section syndicale au sein de cette entreprise* ».

¹⁷⁵⁰ Cf. *supra* n° 192.

droit de participation a « *pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu’elle constitue, même s’ils n’en sont pas les salariés* »¹⁷⁵¹. Comme Mme M.-L. Morin le relève, « *en mettant en évidence le fondement constitutionnel de la [jurisprudence de la Cour de cassation], par-delà des dispositions législatives incomplètes, la décision du Conseil constitutionnel permet à son tour à la Cour de cassation d’unifier sa jurisprudence, en précisant en quoi effectif et électoralat sont indissociables* »¹⁷⁵². En effet, avant la décision du Conseil constitutionnel de 2006, la Cour de cassation n’envisageait pas de manière identique le décompte des effectifs et les conditions d’électorat et d’éligibilité¹⁷⁵³. Elle distinguait même selon l’institution de représentation en cause¹⁷⁵⁴.

960. L’application de cette règle à une convention collective apparaît pour la première fois dans un contentieux relatif à un avenant à la convention collective des entreprises de propreté, conclu le 12 décembre 2008, soit postérieurement à la loi du 20 août 2008. Depuis cette loi, pour l’élection des délégués du personnel, les salariés mis à disposition choisissent l’entreprise dans laquelle ils souhaitent être électeurs ou éligibles : soit l’entreprise qui les emploie, soit celle où ils travaillent¹⁷⁵⁵. S’agissant de l’élection des représentants au comité d’entreprise, L’article L. 2324-17-1 impose aux salariés mis à disposition d’être éligibles dans

¹⁷⁵¹ Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006, considérants 27 à 30, préc. Cependant, la décision du 7 août 2008 reconnaît au législateur le pouvoir de définir les conditions de l’intégration des salariés mis à disposition dans la collectivité de travail. Ainsi, « *le législateur a entendu préciser cette notion d’intégration à la communauté de travail afin de renforcer la sécurité juridique des entreprises et des salariés ; qu’il a prévu, à cet effet, des conditions de présence continue dans les locaux de l’entreprise, fixées respectivement à douze et vingt-quatre mois, pour que les salariés mis à disposition puissent être électeurs ou éligibles dans l’entreprise où ils travaillent* ».

¹⁷⁵² M.-L. Morin, note sous Soc, 28 février 2007, art. préc., p. 229.

¹⁷⁵³ Seul l’arrêt de l’Assemblée plénière du 6 juillet 1990 avait déduit de l’intégration des démonstrateurs à la communauté de travail des Grands magasins du B.H.V., en se référant à la disposition relative au décompte des effectifs, pour décider qu’ils pouvaient être électeurs et éligibles dans le collège « employés ».

¹⁷⁵⁴ S’agissant du décompte des effectifs : Cf. Soc, 1^{er} mars 1984, *Bull. civ. V*, n° 88 : « *si l’existence d’une communauté de travail entre salariés d’entreprises différentes qui ont notamment à négocier avec l’employeur les accords collectifs portant sur les conditions générales de travail, doit s’exercer dans le cadre de l’entreprise ou de l’établissement dont, en conséquence seuls les salariés doivent être pris en compte pour la détermination du nombre des délégués syndicaux* ». Dans le même sens, s’agissant des conditions de désignation des délégués syndicaux : Soc, 9 octobre 1991, n° 90-60.456 ; *D.* 1992, p 298, obs. G. Borenfreund. S’agissant des conditions d’électorat, on peut comparer, pour l’élection des délégués du personnel, Soc, 22 juin 2005, n°03-60.417 et, pour l’élection des membres au comité d’entreprise, Soc, 17 juin 1992, *Bull. civ. V*, n° 405 ; *R.J.S.* 8-9/92, p. 1013.

¹⁷⁵⁵ Art. L. 2314-18-1 pour l’élection des délégués du personnel.

l'entreprise qui les emploie mais ils peuvent choisir celle dans laquelle ils sont électeurs. Or, l'avenant litigieux excluait du corps électoral de l'entreprise utilisatrice le personnel de nettoyage employé par une autre entreprise, quelle que soit l'élection. Le 9 février 2010, le Tribunal de grande instance de Paris annule l'avenant¹⁷⁵⁶. Selon le tribunal, la clause litigieuse a pour effet de priver le salarié du choix ouvert par la loi. Le juge relève en outre que la clause n'est pas plus favorable au salarié que la loi.

Le juge administratif a également retenu l'identité du critère utilisé pour le décompte des effectifs et les conditions d'électorat, dans un arrêt du 23 décembre 2010¹⁷⁵⁷. Ainsi, a-t-il jugé que le refus du Ministre d'étendre une disposition conventionnelle était justifié, dès lors que celle-ci excluait, en toute hypothèse, du corps électoral de l'entreprise utilisatrice le personnel de nettoyage employé par une autre entreprise. Selon le juge administratif, la convention collective prive les salariés intégrés de manière étroite et permanente dans l'entreprise dans laquelle ils sont mis à disposition, du droit de choisir l'entreprise dans laquelle ils souhaitent être électeurs. Une telle clause est contraire à la disposition d'ordre public contenue dans l'article L. 1111-2 du Code du travail, relative au décompte des effectifs.

961. Ainsi, le Conseil d'État relaie à son tour la solution du Conseil constitutionnel. Toutefois, à la différence de ce dernier, il ne voit pas dans le choix du salarié une limite légitime apportée au droit protégé par le huitième alinéa du Préambule de 1946 mais un droit des salariés mis à disposition. Pour concilier ces deux lectures, il faut certainement considérer que l'impérativité de l'article L. 1111-2 du Code du travail permet de cantonner le nombre des limites apportées à ce droit constitutionnel à celles prévues par la loi.

L'obligation pour les salariés mis à disposition de choisir l'entreprise dans laquelle ils souhaitent être électeurs et éligibles s'analyse donc comme un droit d'option. Un accord collectif ne peut donc ni le supprimer ni le restreindre. A cet égard, il convient de relever que, selon un arrêt du 28 septembre 2011, le droit d'option ouvert par la loi au titre des élections des délégués du personnel est distinct de celui qui existe au titre de l'élection des représentants au comité d'entreprise. Par suite, un salarié peut choisir de participer aux élections des délégués du personnel dans l'entreprise utilisatrice et à celles des représentants

¹⁷⁵⁶ T.G.I. Paris 9 février 2010, n°09-15138, C.N.T. c/ C.G.T.

¹⁷⁵⁷ C.E., 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 23 décembre 2010 ; *Rec.* n° 332493 ; *Dr. ouv.* 2011, p. 336, obs. M. Grévy.

du comité d’entreprise dans l’entreprise qui l’emploie¹⁷⁵⁸. La question se pose cependant – et le jugement du Tribunal de grande instance de Paris y invite – de savoir si cette règle est d’ordre public social ou bien si elle est d’ordre public absolu. Un jugement de valeur conduit certainement à croire plus favorable un accord collectif qui prévoit que les salariés sont électeurs et éligibles à la fois dans l’entreprise qui les emploie et dans celle dans laquelle ils travaillent. Seulement, en admettant que la règle est d’ordre public social, une difficulté surgit dans l’hypothèse où la convention collective applicable à l’entreprise utilisatrice ne contient pas de clause identique à celle applicable à l’entreprise qui emploie le salarié. Dans ce cas, ni le chef d’entreprise de l’entreprise utilisatrice, ni les parties au protocole d’accord préélectoral, ne sont soumis à l’accord collectif qui permet à un salarié mis à disposition de participer aux élections dans l’entreprise qui l’emploie et dans celle où il travaille.

962. Par ailleurs, l’avenant litigieux violait deux règles : celle qui pose le critère de l’intégration étroite et permanente à la communauté de travail et celle qui pose un droit d’option. Le critère de l’intégration étroite et permanente des salariés qui permet de définir la communauté de travail s’impose aux interlocuteurs sociaux. Il est d’ordre public absolu. L’écarter signifie méconnaître le droit de participation qui bénéficie, sinon à la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins à tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu’elle constitue, même s’ils n’en sont pas les salariés. Quant à la règle qui ouvre un droit d’option aux salariés mis à disposition, à défaut de disposition légale exigeant des clauses réciproques, elle doit aussi être interprétée comme une règle d’ordre public absolu. Cette solution apparaîtra d’autant plus justifiée que les juges analyseront la volonté du législateur d’ « éviter ou restreindre les situations de double vote » comme un impératif de sécurité juridique des entreprises et des salariés¹⁷⁵⁹.

963. Au-delà des seules conditions d’appartenance au corps électoral, l’exigence de prendre en compte tous les travailleurs intégrés à communauté de travail vaut pour toutes les clauses qui intéressent la mise en place et les conditions de désignation des institutions de

¹⁷⁵⁸ Soc, 28 septembre 2011, n°10-27.374 (FS-PB) ; *R.J.S.* 12/11, n° 1001.

¹⁷⁵⁹ Déc. n° 2008-5687 D.C. du 7 août 2008, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*, considérant 6, *Rec.* p. 352 ; V. Bernaud, « De quelques apports "estivaux" du droit constitutionnel au droit du travail », *Dr. soc.* 2009, p. 147 ; M.-L. Dussard, « Précaution, rigueur, équilibre : le Conseil constitutionnel aux prises avec une législation sociale "conservatrice" (décision n° 2008-568 D.C. du 7 août 2008) », *R.F.D.C.* 2009, p. 317 ; *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, p. 80.

représentation des salariés. On songe notamment à celles qui définissent le nombre et la composition des collèges électoraux, qui décident de la répartition des salariés à l'intérieur de ces collèges.

On songe encore aux accords qui définissent les cadres de mise en place des institutions de représentation des salariés. La définition d'établissement distinct ou celle d'unité économique et sociale. La première, qui se définit indépendamment de l'institution en cause, apparaît par la réunion d'une unité économique, entre plusieurs personnes juridiques distinctes exerçant des activités économiques complémentaires ou connexes et dirigées par les mêmes personnes¹⁷⁶⁰, et une unité sociale, reflétant l'existence d'une communauté de travail¹⁷⁶¹. La notion d'établissement est au contraire une notion fonctionnelle qui reçoit une définition différente selon l'institution de représentation devant être mise en place¹⁷⁶². Ainsi, l'établissement distinct au sens des délégués du personnel est celui qui regroupe au moins onze salariés constituant une communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des réclamations communes et spécifiques sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations¹⁷⁶³. S'agissant des délégués syndicaux, l'établissement distinct se caractérise par un regroupement sous la direction d'un représentant de l'employeur d'au moins cinquante salariés constitué en communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques sous la direction d'un représentant de l'employeur, peu important

¹⁷⁶⁰ L'unité économique suppose un haut degré d'intégration des activités économiques des différentes sociétés regroupées au sein de l'unité économique et sociale, faisant apparaître entre les dirigeants l'existence d'une communauté d'intérêts ; cf. Soc, 7 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 150 ; *D.* 2002, p. 3119 ; *Dr. Soc.* 2002, p. 715, obs. J. Savatier ; p. 720, note P.-H. Antonmattéi. Cf. également A. Supiot, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *R.T.D. com* 1985, p. 628.

¹⁷⁶¹ Soc, 12 décembre 1990, *Bull. civ. V*, n° 664 ; Soc, 13 juillet 2004, *Bull. civ.* n° 218 ; *S.S.L.*, n° 1181, p. 11. Ainsi les juges s'attachent à rechercher une unité dans le statut collectif, se référant aux conventions collectives et aux normes patronales applicables aux salariés. D'autres indices sont recherchés tels que la permutabilité des salariés d'une société à l'autre, le maintien des avantages acquis ; la soumission à un même pouvoir de direction.

¹⁷⁶² Soc, 9 mai 1989, *Bull. civ. V*, n° 345 : « *L'établissement distinct à prendre en considération pour la désignation d'un délégué syndical ne s'identifie pas nécessairement à celui dans lequel est constitué un comité d'établissement* » ; v. aussi, à propos des délégués du personnel, Soc, 7 février 1990, *Bull. civ. V*, n° 54 et Soc, 6 juillet 2005, *R.J.S.* 10/2005, n° 1000.

¹⁷⁶³ Soc, 29 janvier 2003, *Bull. civ. V*, n° 30 ; *Dr. Soc.* 2003, p. 453, obs. J. Savatier ; *R.J.S.*, 2003, p. 327, n° 479 ; Soc, 13 juillet 2004, *Bull. civ. V*, n° 214 ; *Dr. Soc.* 2004, p. 1155, obs. J. Savatier ; *R.J.S.* 2004, p. 728, n° 1061.

que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications¹⁷⁶⁴. S’agissant du comité d’établissement, celui-ci est mis en place dès lors que l’autorité administrative constate l’existence d’une entité, quel que soit son effectif¹⁷⁶⁵, disposant d’une implantation géographique distincte, d’une stabilité et d’une autonomie de gestion suffisante¹⁷⁶⁶. Toutes ces définitions sont traversées par l’idée que les représentants des salariés doivent être institués à un niveau pertinent, c’est-à-dire là où une collectivité de travail existe. Depuis l’adoption de la loi du 20 août 2008 toutefois, la Cour de cassation a tempéré la prise en compte de l’effet utile. En l’absence d’accord collectif, le périmètre de désignation des délégués syndicaux est le même que celui retenu pour la mise en place du comité d’entreprise ou d’établissement, ce dont il ressort une mise en adéquation de la notion d’établissement distinct au sens du comité d’établissement et au sens du délégué syndical¹⁷⁶⁷. La prévalence de l’effet utile empêche de reconnaître la supplétivité des définitions prétoriennes des notions d’unité économique et sociale et celles d’établissement distinct au sens des délégués syndicaux et des délégués du personnel¹⁷⁶⁸.

2. *L’effet utile de la participation des salariés au processus décisionnel et les accords collectifs relatifs au fonctionnement et aux pouvoirs des comités d’entreprise*

964. La teneur de l’effet utile des procédures de participation des salariés rappelée (a), il conviendra d’en apprécier l’autorité (b).

¹⁷⁶⁴ Soc, 24 avril 2003, *Bull. civ.* V, n° 141 ; *R.J.S.* 2003, p. 602, n° 908 ; *D.* 2004, p. 99, obs. J. Desbarats ; Soc, 15 décembre 2004, *Bull. civ.* V, n° 338 ; *Dr. Soc.* 2005, p. 346, obs. J. Savatier.

¹⁷⁶⁵ C.E. 15 mai 1991, *D.* 1991, p. 168 ; *J.C.P.* éd. E 1991, p. 202 ; *Dr. Soc.* 1992, p. 39, obs. J. Savatier ; *R.J.S.* 1991, p. 553, note X. Prétot et D. Chelle ; *Adde.* C.E. 26 juillet 1996, *Fédération construction C.G.T.*, n° 152444 et 153952, inédit.

¹⁷⁶⁶ C.E. 6 mars 2002, *R.J.S.* 2002, p. 647, n° 834. On rappellera que depuis l’ordonnance n° 2005-1478 du 1^{er} décembre 2005, la juge administratif est compétent s’agissant du contentieux de la reconnaissance par l’inspection du travail des établissements distincts au sens des comités d’établissement et au sens des délégués du personnel, tandis que le juge judiciaire n’est compétent plus que s’agissant de la reconnaissance d’un établissement au sens des délégués syndicaux.

¹⁷⁶⁷ Soc, 18 mai 2011, *Bull. civ à paraître* ; *R.D.T.* 2001, p. 419, note G. Borenfreund ; V. également, Soc, 10 novembre 2010, *R.D.T.* 2011, p. 24, note G. Borenfreund.

¹⁷⁶⁸ C. Wolmark, *La définition prétorienne, étude en droit du travail*, Dalloz 2007, p. 428.

a) La teneur du principe de l'effet utile des procédures de participation des salariés

965. Le principe de l'effet utile repose sur la convention que l'information et la consultation des représentants des salariés peut influencer le processus décisionnel.

966. La jurisprudence du Conseil constitutionnel prévoit ainsi en vertu du principe de participation que les représentants au comité d'entreprise doivent disposer d'un degré suffisant d'information¹⁷⁶⁹.

967. Le droit de l'Union européenne est à cet égard plus exigeant. Suivant l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales* ». La directive 2002/14 qui établit un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs. Ce cadre a pour but de fixer des prescriptions minimales pour le droit à l'information et à la consultation des travailleurs. Celles-ci consistent notamment dans la manière de définir l'information et la consultation. La première est la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner. La seconde est l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur. Ces deux définitions contiennent l'idée d'un effet utile. Celui-ci est apprécié au regard des enjeux de la décision prise par l'employeur dont dépendra l'obligation d'entamer la procédure de consultation¹⁷⁷⁰. De même, aux termes du paragraphe 14 du préambule de la directive du 6 mai 2009 relative à la mise en place du comité d'entreprise européen, « *Les modalités d'information et de consultation des travailleurs doivent être définies et mises en œuvre de façon à assurer un effet utile aux dispositions de la présente directive* ». L'effet utile d'une directive consiste à assurer l'effectivité de l'objectif qu'elle prévoit¹⁷⁷¹. Ici, il s'agit d'assurer une représentation des travailleurs dans les entreprises de dimension communautaire. Là encore, les notions d'information et de consultation sont définies en considération de l'utilité que celles-ci doivent présenter pour les salariés et leurs

¹⁷⁶⁹ Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006, préc.

¹⁷⁷⁰ C.J.C.E. 10 septembre 2010, C-44/08, *Akavan* ; *S.S.L.* 2010, n° 1444, p. 15, obs. S. Laulom ; *Laisons sociales Europe* du 17 au 30 septembre 2009, n° 233, obs. H. Tissandier.

¹⁷⁷¹ C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn c/ Home Office*, affaire 41/74, *Rec.* 1974, p. 01337.

représentants. Selon l’article L. 2341-6¹⁷⁷², la consultation « *consiste, pour le chef de l’entreprise ou de l’entreprise dominante du groupe d’entreprises de dimension communautaire ou tout autre niveau de direction plus approprié, à organiser un échange de vues et à établir un dialogue avec les représentants des salariés à un moment, d’une façon et avec un contenu qui permettent à ceux-ci d’exprimer, sur la base des informations fournies et dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures faisant l’objet de la consultation, qui peut être pris en compte au sein de l’entreprise ou du groupe d’entreprises de dimension communautaire, sans préjudice des responsabilités de l’employeur* ». L’article L. 2141-7 définit l’obligation « *pour le chef de l’entreprise ou de l’entreprise dominante du groupe d’entreprises de dimension communautaire ou tout autre niveau de direction plus approprié, de transmettre des données aux représentants des salariés afin de permettre à ceux-ci de prendre connaissance du sujet traité et de l’examiner* ». Cette disposition précise en outre que « *l’information s’effectue à un moment, d’une façon et avec un contenu appropriés, qui permettent notamment aux représentants des salariés de procéder à une évaluation en profondeur de l’incidence éventuelle de ces données et de préparer, le cas échéant, des consultations avec le chef de l’entreprise ou de l’entreprise dominante du groupe d’entreprises de dimension communautaire ou tout autre niveau de direction plus approprié* ». Enfin, selon l’article 1.3 de la directive du 6 mai 2009, « *l’information et la consultation des travailleurs s’effectuent au niveau pertinent de direction et de représentation, en fonction du sujet traité* ». Cela exige que le comité d’entreprise européen soit informé de toute question à caractère transnational¹⁷⁷³.

968. Les dispositions du Code du travail applicables aux comités d’entreprise et de groupe régis par le droit français sont également empreintes de cet esprit. Ainsi, l’utilité de la procédure devant le comité d’entreprise s’exprime à travers l’exigence du caractère préalable

¹⁷⁷² L’ordonnance du 20 octobre 2011 a réalisé la transposition de cette directive en droit français. Ord. n° 2011-1328 du 20 octobre 2011, portant transposition de la directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l’institution d’un comité d’entreprise européen ou d’une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d’entreprises de dimension communautaire en vue d’informer et de consulter les travailleurs, *J.O.R.F.* du 21 octobre 2011, p. 17832.

¹⁷⁷³ Art. L. 2341-8 C. trav. - *La compétence du comité d’entreprise européen ou la procédure mentionnée à l’article L. 2341-4 porte sur les questions transnationales. Sont considérées comme telles les questions qui concernent l’ensemble de l’entreprise ou du groupe d’entreprises de dimension communautaire ou au moins deux entreprises ou établissements de l’entreprise ou du groupe situés dans deux États membres.*

de la consultation¹⁷⁷⁴ ou celle du caractère précis des informations transmises par l'employeur du délai d'examen suffisant laissé au comité d'entreprise¹⁷⁷⁵. Le terme « *utile* » est parfois employé, notamment aux articles L. 2323-5 qui prévoit l'accès à « *l'information utile détenue par les administrations publiques* », ou encore à l'article L. 2323-15 qui dispose que « *le comité d'entreprise est saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs* ».

969. L'ensemble de ces dispositions fait apparaître quelques-unes des caractéristiques permettant d'apprécier la teneur de l'effet utile de la participation des salariés au processus décisionnel. Pour être utile, la procédure d'information et de consultation doit respecter certaines conditions. Celles-ci portent tout d'abord sur ce qui fait l'objet de l'information et/ou de la consultation. Il importe une certaine qualité de l'information, liée notamment à la précision des données transmises par l'employeur. Eventuellement, il conviendra de mettre à disposition certains moyens pour que les représentants se saisissent "utilement" de ces données. Le principe de l'effet utile suppose ensuite de s'assurer de la pertinence du moment et du "lieu" où les représentants des salariés interviennent. Le caractère préalable des informations-consultations par rapport à la décision de l'employeur, leur périodicité, l'existence d'un interlocuteur disposant d'un pouvoir de décision, sont autant de conditions qui garantissent l'utilité de l'information et de la consultation des représentants des salariés. Le principe de l'effet utile commande enfin une articulation des différents niveaux où existe une représentation des salariés.

b) La prévalence du principe de l'effet utile

970. Toute décision qui intéresse la collectivité des salariés doit être soumise à l'examen des représentants des salariés, quel qu'en soit l'auteur¹⁷⁷⁶.

¹⁷⁷⁴ Art. L. 2323-2 *C. trav.*

¹⁷⁷⁵ Art. L. 2323-4 *C. trav.*

¹⁷⁷⁶ Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219 ; M. Cohen, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », *R.J.S.* 6/98, p. 435 ; P.-H. Antonmattéi, « Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe », *R.J.S.* 8-9/98, p. 612 ; J.-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1998, p. 583 ; P.-Y. Verkindt, « De la consultation à la négociation », *Dr. soc.* 1998, p. 324 ; D. Boulmier, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », *Dr. ouv.* 1998, p. 350 ; B. Boubli, « La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif », *S.S.L.* du 26 juin 1998, p. 893 ; B. Teyssié, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *T.P.S.* 1998, p. 6 ;

971. Le premier à être soumis à l’exigence de l’effet utile est le chef d’entreprise. Les interlocuteurs sociaux sont aussi concernés. Non seulement ceux-ci sont habilités à déroger aux dispositions légales relatives aux modalités d’information et de consultation du comité d’entreprise à travers la conclusion d’accords de méthode. Mais encore ils sont appelés, en priorité, à mettre en place un comité d’entreprise européen dans les entreprises de dimension communautaire ou à prévoir l’implication des salariés dans la société européenne.

972. Des dispositions spécifiques imposent de respecter le caractère préalable de l’information-consultation ou encore la précision des informations à transmettre au comité d’entreprise¹⁷⁷⁷. Le caractère d’ordre public de ces dispositions est explicitement affirmé. Les accords de méthode, en particulier ceux conclus sur le fondement de l’article L. 1233-21 du Code du travail, doivent respecter l’article L. 2323-2 relatif au caractère préalable de la consultation, l’article L. 2324-4 imposant de respecter un délai suffisant au comité d’entreprise pour examiner les informations avant qu’il formule un avis motivé, et l’article L. 2323-5 relatif à l’accès du comité d’entreprise aux informations utiles auprès des administrations publiques. Une chose est donc sûre : les accords de méthode ne sont pas émancipés de toute contrainte liée à l’ordre public.

973. Le respect du principe de l’effet utile s’apprécie au regard de la mission du comité d’entreprise, « *assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l’évolution économique et financière de l’entreprise, à l’organisation du travail, à la formation professionnelles et aux technologiques de production* »¹⁷⁷⁸. Elle s’apprécie encore au regard des définitions communautaires d’information et de consultation prévues par la directive 2002/14 du 11 mars 2002. Suivant l’article 5, les États membres peuvent autoriser la conclusion d’accords dérogeant aux modalités d’information et de consultation normalement applicables.

T. Aubert-Monpeyssen, note sous arrêt, *J.C.P.* éd. E, 1998, p. 1407 ; *G.A.D.T.*, Dalloz, 4^{ème} édition, n° 159 : « *il résulte de la combinaison des articles L. 431-5 et L. 432-1 du Code du travail que la décision du chef d’entreprise doit être précédée par la consultation du comité d’entreprise quand elle porte sur l’une des questions ou mesures visées par le second de ces textes, sans qu’il y ait lieu de distinguer selon que la décision en cause est une décision unilatérale ou prend la forme de la négociation d’un accord collectif d’entreprise portant sur l’un des objets soumis légalement à l’avis du comité d’entreprise* ». Du côté du droit de l’Union européenne, la directive, comme l’ordonnance, prévoit que le comité d’entreprise européen soit informé et consulté sur « les questions transnationales », sans considération des auteurs des décisions ou des projets qui relèvent de telles questions.

¹⁷⁷⁷ Art. L. 1233-22, L. 2242-15, et L. 2323-61 *C. trav.*

¹⁷⁷⁸ Cf. Art. L. 2323-1 *C. trav.*

Cette disposition valide également les accords conclus avant la date limite de transposition. Or, « *ces accords [...] peuvent prévoir, dans le respect des principes énoncés à l'article 1er et dans des conditions et limites fixées par les États membres, des dispositions différentes de celles visées à l'article 4 [relatif aux modalités d'information et de consultation]* »¹⁷⁷⁹. Ainsi, la dérogation conventionnelle demeure encadrée par les principes et l'objectif de la directive dont fait partie le principe de l'effet utile. Enfin, la prévalence de l'effet utile s'apprécie à l'égard des accords mettant en place une procédure d'information et de consultation dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire.

Le juge français a, en dehors de toutes règles particulières, interprété les dispositions de l'ancienne directive 94/45 du 22 septembre 1994 et les clauses d'un accord organisant l'information et la consultation d'un comité d'entreprise européen à la lumière du principe de l'effet utile. Dans un arrêt du 16 janvier 2008, la Cour de cassation juge ainsi que « *[le délai suffisant prévu par l'accord] devait permettre aux intéressés de donner un avis au cours du processus devant aboutir à la décision, avant la tenue du conseil d'administration devant arrêter le projet de fusion qui est irréversible* »¹⁷⁸⁰. Elle ajoute, concernant l'articulation des consultations aux niveaux national et communautaire, que « *les procédures de consultation du comité d'entreprise et du comité européen d'entreprise n'ayant pas le même objet, ni le même champ d'application, les renseignements fournis lors de la réunion du comité d'entreprise n'assurent pas nécessairement une complète information du comité d'entreprise européen* ». La prévalence du principe de l'effet utile sur l'accord est ici d'autant plus remarquable que les dispositions légales prévues par le Code du travail sont supplétives et que, sous l'empire de la directive de 1994, les notions d'information et de consultation n'étaient pas légalement définies, laissant *a priori* libre cours aux interlocuteurs sociaux.

974. La directive du 6 mai 2009 et sa transposition en droit français y ont remédié. La lecture des articles L. 2341-6 et suivants laisse penser que les définitions légales de ces notions sont impératives, donnant aux juges un fondement textuel. Aux termes de l'article 6.2 c), « *l'accord prévoit les attributions et la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise européen ainsi que les modalités d'articulation entre l'information et la*

¹⁷⁷⁹ Art. 5 Dir. 2002/14 CE du 11 mars 2002, préc. Nous soulignons.

¹⁷⁸⁰ Soc, 16 janvier 2008, *Bull. civ. V*, n° 6 ; *R.D.T.* 2008, p. 191, note H. Tissandier ; *R.J.S.* 2008, n° 453. Nous soulignons. *Adde.* C.A. Paris 21 novembre 2006. En effet, l'expression d'effet utile était présente dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris.

consultation du comité d’entreprise européen et des instances nationales de représentation des travailleurs dans le respect des principes énoncés à l’article 1^{er}, paragraphe 3». Or, selon cette disposition, « *l’information et la consultation des travailleurs s’effectuent au niveau pertinent de direction et de représentation* ». Dans le même sens, l’article L. 2341-9, issu de l’ordonnance de transposition, dispose que « *l’information et la consultation du comité d’entreprise européen sont articulées avec celles des autres institutions représentatives du personnel mentionnées au présent livre et celles mises en place en application du droit de l’État membre sur le territoire duquel est implanté l’entreprise ou l’établissement, en fonction de leurs compétences et domaines d’intervention respectifs* ». L’accord doit respecter le champ de compétence du comité d’entreprise européen, limité aux seules questions transnationales, ainsi que les prérogatives des instances de représentation mises en place en application des législations nationales. Outre la pertinence du niveau de la procédure de l’information-consultation, l’articulation prévue par l’accord devra être respectueuse de la temporalité de chacune des procédures¹⁷⁸¹.

975. Toutefois, la prévalence du principe de l’effet utile sur l’accord dépend beaucoup de la manière dont celui-ci est rédigé. Un auteur a récemment remarqué que certaines clauses brillent par leur mutisme, d’autres par leur prudence, d’autres enfin par leur audace¹⁷⁸². Ainsi, l’accord *Lafarge* se contente d’indiquer que l’information et la consultation du comité d’entreprise européen ne devra pas porter atteinte aux instances nationales ; plus précis, l’accord *Véolia* prévoit la concomitance et l’indépendance des consultations¹⁷⁸³ ; plus contraignant se veut l’accord du groupe *Transdev* : la réunion du comité d’entreprise européen se tiendra, en cas de circonstances exceptionnelles, « *après que les instances nationales aient [sic] été informées du projet* »¹⁷⁸⁴. Enfin, au sein du groupe *Thalès*, la consultation du comité d’entreprise européen sera « *effectuée avant le terme des procédures d’information/consultation des instances nationales* »¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸¹ Cf. S. Laulom, art. préc., p. 5 et spéc. p. 9.

¹⁷⁸² B. Krief, « L’articulation du comité d’entreprise européen et des instances nationales de représentation du personnel », *J.C.P.* éd. S 2012, p. 1116.

¹⁷⁸³ Accord du comité de groupe *Veolia Environnement* 13 octobre 2010, art. 4.4 [http://www.epsu.org/IMG/pdf/Accord_FR_CGE_VE_final211010-1.pdf].

¹⁷⁸⁴ Accord du groupe européen *Transdev* du avenant n° 3, 9 février 2006, art. 13. [www.euroce.org/download/agreements/fr/transdev.pdf]

¹⁷⁸⁵ Accord relatif au comité d’entreprise européen du groupe *Thalès* du 18 décembre 2007, art. 2.2.

976. Ces deux dernières clauses sont discutables au regard du principe de l'effet utile. Pour mémoire, le jugement du 1^{er} août 2003 rendu par le Tribunal de grande instance de Nanterre jugeait que « *l'intérêt chronologique d'une concertation première à l'échelle du comité européen s'impose logiquement dans la recherche de solution globale et elle est de nature à influencer sur le projet présenté à la consultation nationale* »¹⁷⁸⁶. Le 10 octobre 2003, le Tribunal de grande instance de Paris avait décidé que « *la procédure de consultation du comité d'entreprise européen doit aller à son terme laquelle est susceptible d'apporter des modifications ou des aménagements du projet, avant que ne soit engagée celle du comité central d'entreprise de manière à permettre à celui-ci d'émettre un avis en parfaite connaissance de cause* »¹⁷⁸⁷.

977. Un jugement du Tribunal de grande instance de Paris rendu le 26 avril 2011 a eu recours à un principe de pertinence pour décider de l'articulation des procédures de consultations : « *eu égard au caractère transnational du projet, la cohérence de la consultation des institutions représentatives du personnel et la recherche d'un effet utile à l'ensemble des consultations justifiait la consultation préalable du comité d'entreprise européen eu égard à la vision d'ensemble dont seule cette institution représentative du personnel dispose* »¹⁷⁸⁸.

978. La directive du 6 mai 2009 a ainsi renforcé l'autorité du principe de l'effet utile à l'égard des interlocuteurs sociaux à l'origine de l'accord et sans doute à l'égard de l'employeur qui le met en œuvre. L'apparition d'une logique de prévalence à cet endroit est d'autant plus remarquable que la mise en place d'un comité d'entreprise européen relève en principe du pouvoir des interlocuteurs sociaux et que les règles légales sont en principe supplétives. Et il convient certainement d'étendre ce principe plus largement, et en particulier aux accords organisant la participation des salariés dans la société européenne.

¹⁷⁸⁶ T.G.I. Nanterre, réf. 1^{er} août 2003, n° 03/02164 ; *Dr. ouv.* 2004, p. 390, note M. Bonnechère ; *R.J.S.* 2004, n° 323 ; *S.S.L.* n°1150, p. 11.

¹⁷⁸⁷ T.G.I. Paris, 10 octobre 2003, n° 03/59933 ; *D.* 2004, p. 379 ; note T. Sachs.

¹⁷⁸⁸ T.G.I. Paris, 26 avril 2011, n° 11/00433 ; *Liaisons sociales Europe* 2011, n° 279, p. 4 ; cité par B. Krief, art. préc.

Conclusion du Chapitre 2nd

979. L’ordre public absolu se caractérise par une bivalence de ses mécanismes. Il est à la fois un mécanisme d’habilitation et un mécanisme d’éviction.

980. D’un côté, l’ordre public absolu indique une compétence exclusive de la loi, à l’exclusion de celle des interlocuteurs sociaux. Deux corps de règles ont été identifiés. Un premier regroupe les règles se rapportant aux fonctions régaliennes de l’État, à savoir la matière pénale et la définition de la compétence des autorités publiques. Un second traduit plus nettement la volonté de ce dernier d’encadrer les relations collectives de travail en déterminant les acteurs reconnus pour représenter les intérêts des salariés. De ce point de vue, l’ordre public absolu peut être qualifié de mécanisme d’habilitation.

981. D’un autre côté, même compétents pour régir les relations collectives de travail, les normes édictées par l’employeur ou par les interlocuteurs sociaux ne peuvent priver les salariés de leurs droits fondamentaux. L’impérativité des règles fait naître des rapports de prévalence entre les normes. Cette prévalence se traduit par l’éviction de la norme inférieure contraire à la norme impérative. L’ordre public absolu constitue alors un mécanisme d’éviction¹⁷⁸⁹.

982. Ces deux visages de l’ordre public absolu reflètent deux manières pour l’État de garantir aux salariés une représentation collective. La volonté du législateur de protéger les représentants des salariés au moyen du droit pénal ou de l’intervention d’une autorité publique ou celle de conserver un monopole dans la réglementation des rapports collectifs de travail constitue, croit-on, des modes classiques par lesquels l’État se veut le garant des droits et des libertés. Ce premier visage de l’ordre public absolu laisse voir l’autorité de l’État et un mode de réglementation où la loi est l’expression tout à la fois de l’intérêt général et d’intérêts particuliers. Bref, il aurait les sens d’organisation et d’injonction, correspondant à deux fonctions traditionnelles confiées à l’État¹⁷⁹⁰.

983. Le second visage de l’ordre public absolu allie la prévalence de règles et de principes à l’égard de l’employeur et des interlocuteurs sociaux et le maintien de leur pouvoir normatif. Il

¹⁷⁸⁹ M. Mekki, *L’intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J. 2004, pp. 205 s.

¹⁷⁹⁰ Sur ces deux sens de l’ordre public, cf. P. Bernard, *La notion d’ordre public en droit administratif*, Th. Montpellier, 1959, p. 252.

laisse apparaître une vision, sinon nouvelle, du moins renouvelée de l'ordre public en droit du travail et, plus largement, en droit privé.

L'essor des droits fondamentaux en droit du travail bouleverse l'appréhension classique du rapport entre les sources du droit du travail¹⁷⁹¹. Celui-ci se voit affecté, d'une part, par l'horizontalité des droits fondamentaux, qui leur permet de s'appliquer directement dans les rapports entre salariés et employeurs. D'autre part, il est perturbé par l'impérativité des droits fondamentaux qui, bien que nécessaire à leur prévalence, semble plonger la loi dans l'ombre.

L'essor d'une logique en termes de droits fondamentaux apparaît certainement s'agissant de la faculté pour les interlocuteurs sociaux de créer des prérogatives au profit des organisations syndicales. L'ordre public exige le respect d'une égalité de traitement et interdit toute discrimination. Suivant cette exigence il est possible de subordonner l'exercice d'une prérogative à une condition de représentativité. Mais il n'est pas interdit d'être plus exigeant et d'ajouter des conditions supplémentaires. Par suite, la loi n'est pas plus seule admise à limiter la liberté syndicale et à créer des différences de traitement entre organisations syndicales. Un tel essor est également apparu s'agissant du principe de l'effet utile des procédures de participation des salariés. Sa consécration par les normes constitutionnelles et européennes tend à ériger ce principe comme un élément essentiel des droits de participation, tout en contenant l'idée d'une conciliation avec les impératifs économiques de l'entreprise. De ce fait, le principe de l'effet utile parvient à s'imposer avec plus de force aussi bien à l'égard de l'employeur qu'à l'égard des interlocuteurs sociaux mais requiert une appréciation chaque fois singulière à l'opposé de toute pétition de principe.

Ces exemples font apparaître un autre aspect lié aux rapports entre les sources de la représentation des salariés : bien que l'articulation des normes réponde toujours à un rapport hiérarchique, elle ne répond plus à des règles de conflit que l'on pourrait dire catégoriques. La licéité de la norme contrôlée dépend d'une appréciation de la justification et de la proportionnalité des atteintes apportées à un droit fondamental. Le contrôle de conformité est

¹⁷⁹¹ Sur l'essor des droits fondamentaux en droit du travail, I. Vacarie, A. Lyon-Caen, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2000, p. 240 ; I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, A.N.R.T. 2004 ; T. Aubert-Montpeyssen, « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », in *Mélanges en l'honneur du Président Michel Despax*, 2000, p. 295 ; A. Lyon-Caen, P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, Thème et commentaire 2004.

donc plus fuyant. Non seulement, la pluralité des ordres de valeurs permet d’avancer des justifications multiples, mais encore, la malléabilité de l’exigence de proportionnalité accentue les incertitudes sur la conformité d’une norme par rapport à celle qui prévaut.

Certainement des deux visages de l’ordre public absolu, le premier semble s’éclipser tant le second prend de l’importance. Il ne pouvait en aller autrement alors que les normes professionnelles, et en particulier la négociation collective, sont promues comme des sources de la représentation des salariés. Une telle promotion conduit à s’émanciper de la loi. C’est pourquoi il est si important de conserver une impérativité des droits fondamentaux des salariés.

Conclusion du Titre I^{er}

984. Rapport d’amélioration, rapport d’exclusion et rapport de prévalence tendent tous vers une même fin : la garantie apportée au droit des salariés d’être représentés. En revanche, la finalité assignée aux sources de la représentation des salariés ne détermine pas *a priori* le rapport qu’elles entretiennent les unes avec les autres. Seule une étude minutieuse des énoncés législatifs et des décisions de justice a permis de rendre compte des différents rapports normatifs qui, une fois établis, se sont avérés traversés par une rationalité commune, la protection du droit des salariés d’être représentés.

985. Par ailleurs, les rapports entre les normes dessinent ensemble l’espace laissé aux salariés et aux employeurs pour organiser eux-mêmes leurs relations. Cela étant, l’étude de ces rapports montre aussi comment cet espace se dessine. Alors qu’un certain recul de la loi d’ordre public absolu s’observe, les droits fondamentaux revêtent une impérativité, déployant leurs effets directement dans les rapports entre salariés et employeur. Or, ceux-ci ne sont pas garantis seulement par les normes constitutionnelles, mais également par les normes européennes et internationales. Par suite, l’État lui-même se voit contraint dans la manière d’articuler les sources de la représentation des salariés.

986. Enfin, la loi étatique se voit en partie éclipsée par les exigences du droit de l’Union européenne. Sans se méprendre sur la portée des lois de transposition, il résulte des directives en matière d’information et de consultation une préférence faite à l’application de règles négociées et, pour une grande part, un encadrement du pouvoir des interlocuteurs sociaux par les directives elles-mêmes. En réalité, à travers l’articulation des sources de la représentation le droit de l’Union européenne poursuit une autre visée orientée vers la production des normes sociales.

Titre 2 – La production normative : finalité renouvelée de l’articulation des sources

987. Le droit du travail est traversé par un phénomène de décentralisation et contractualisation de la production normative. L’entreprise n’est plus seulement le foyer d’application des normes ; elle est de plus en plus l’espace de leur production. Ce phénomène bouleverse l’articulation des sources du droit du travail. L’État abandonne l’édiction des règles régissant les relations de travail au profit de l’autonomie collective. La représentation des salariés n’échappe pas à ces phénomènes. Cette tendance est justifiée par la réalisation de la démocratie sociale. La démocratie sociale serait une « *contre-démocratie* »¹⁷⁹², c’est-à-dire un contre-pouvoir, faisant face à la démocratie politique. La distinction entre démocratie sociale et démocratie politique renvoie à une autre distinction, celle qui oppose l’État et la société civile. En réalité, deux aspects sont compris dans la notion de démocratie sociale. La démocratie sociale renvoie tantôt à une modalité d’exercice du pouvoir politique qui garantit une participation des interlocuteurs sociaux – évoque une forme de néo-corporatisme¹⁷⁹³ – tantôt à l’encadrement des sphères de pouvoir privé, telles que l’entreprise.

988. Suivant cette seconde acception, la démocratie sociale peut constituer une réponse à la question de la légitimité de la production normative en droit du travail¹⁷⁹⁴ : la norme serait plus légitime à mesure que ses auteurs sont proches de ses destinataires. Pourtant, cette

¹⁷⁹² P. Rosanvallon, *La contre-démocratie*, Seuil, 2006, p. 16 : La contre-démocratie « *n’est pas le contraire de la démocratie, c’est plutôt la forme de démocratie qui contrarie l’autre, la démocratie des pouvoirs indirects disséminés dans le corps social, la démocratie de la défiance organisée face à la démocratie de la légitimité électorale* ».

¹⁷⁹³ Le néo-corporatisme désigne l’émergence de groupements représentant des intérêts catégoriels qui sous l’égide de l’État et avec son aval participent à la définition de l’intérêt général. A. Supiot, « Actualité de Durkheim : notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et société* 1987, p. 175 ; *Homo juridicus*, *op. cit.* p. 235 : « *la définition de l’intérêt général n’est plus l’apanage de l’État, mais devient le produit des rapports de force entre intérêts particuliers. L’État n’est plus alors un tiers, mais une partie prenante du « dialogue social »*. Adde J. Goetschy, « Néo-corporatisme et relations professionnelles dans divers pays européens », *R.F.A.S.* 1983, p. 65 ; S. Yannakourou, *op. cit.* p. 210.

¹⁷⁹⁴ L. Bonnard-Plancke, *Droit et démocratie sociale. Contribution à l’étude des rapports entre démocratie sociale et organisations syndicales*, Thèse Lille, 2004 ; C. Fourcade, *L’autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, L.G.D.J. 2006 ; M. Le Friant, « Démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards* 2001, p. 48 ; M. Le Friant, A. Jemmaud, « Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théoriques », *in* M.-A. Moreau, *La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 15.

« *légitimité de proximité* »¹⁷⁹⁵ n'est pas à elle seule une garantie suffisante. Deux autres facteurs de légitimation sont requis tels que l'adhésion des destinataires à la norme ou la loyauté de la procédure normative. L'existence et les conditions dans lesquelles les salariés sont représentés sont essentielles à réaliser ce dessein.

989. Etudier ces phénomènes à propos de règles relatives à la représentation collective des salariés conduit à se demander s'il est légitime que les représentants des salariés définissent eux-mêmes ce que sera leur pouvoir de représentation. Autrement dit l'autolégitimation est-elle compatible avec l'idée de démocratie sociale ? Cette question fondamentale se trouve au cœur de l'articulation des sources de la représentation des salariés. Pour ne pas dévoyer l'idée de démocratie sociale, il est impérieux que la procédure d'édiction des normes ayant pour objet la représentation des salariés soit légitime (Chapitre 1^{er}). De manière plus prosaïque, l'articulation des sources de la représentation des salariés invite à réfléchir à la manière d'encadrer les processus décisionnels lorsqu'eux-mêmes régissent l'intervention des représentants des salariés dans les processus décisionnels. L'articulation des sources de la représentation des salariés est alors mise en service du déploiement des espaces de production normative (Chapitre 2nd).

¹⁷⁹⁵ P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité et proximité*, Seuil 2008, spéc. pp. 267 s.

Chapitre 1^{er} – L’articulation des légitimités

990. L’idée de légitimité ne se confond pas avec celle de légalité¹⁷⁹⁶. Si les deux notions impliquent le constat d’une conformité à une règle, celle-ci n’est pas de même nature. La légitimité ne serait pas affaire de droit mais affaire de morale voire de politique. Seule la légalité préoccupe le juriste qui cherche à savoir si une norme est valide ou ne l’est pas.

991. Pourtant, sans tomber dans « *l’illusion procédurale* »¹⁷⁹⁷, certaines règles qui régissent la validité des normes assurent l’adhésion ou du moins l’acceptation des destinataires. D’autres règles encore, qui elles aussi conditionnent la validité des normes, cherchent à garantir une prise en compte loyale des intérêts qui sont en jeu. Dans les deux cas, la procédure d’édiction de la norme détermine sa validité tout en étant gage de sa légitimité¹⁷⁹⁸.

992. Les règles relatives à la représentation des salariés ont pour destinataires, outre la collectivité des salariés représentée, les représentants des salariés qu’ils soient élus par les salariés ou désignés par les organisations syndicales. La recherche d’un consensus est plus compliquée car les intérêts en jeu ne se recoupent pas entièrement, voire peuvent se trouver en concurrence (Section 1).

993. La recherche d’une procédure loyale est aussi très prégnante en matière de représentation des salariés, même si, là encore, il n’est pas toujours aisé de prendre en compte l’intérêt de toutes les parties intéressées (Section 2).

¹⁷⁹⁶ Sur cette distinction, V. notamment, G. Burdeau, « La légalité », *Encyclopædia Universalis* [en ligne].

¹⁷⁹⁷ P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable*, Gallimard, folio, 1998, p. 437.

¹⁷⁹⁸ Ces règles qui ont pour objet d’encadrer la production d’autres normes en vue d’assurer à celle-ci une certaine légitimité sont qualifiées de règles procédurales. Les règles procédurales se distingueraient des règles substantielles d’ordre public. D’un côté, à la différence de ces dernières, les règles procédurales n’imposeraient aucun contenu particulier aux normes qu’elles régissent. Elles ne feraient qu’« [agencer] des procédures de prise de décision ou d’édiction d’autres règles » : A. Jammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J. - Droit et société, Recherche et travaux, 1998, p. 47. D’un autre côté, les règles procédurales doivent être également différenciées des règles qui n’exigent que le respect d’un formalisme. A la différence du formalisme, la procédure se donne pour but de conférer une légitimité à la décision qu’elle régit. Sur l’idée de légitimité procédurale, cf. E. Lafuma, *Des procédures internes. Contribution à l’étude de la décision de l’employeur*. L.G.D.J. 2008 ; P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, L.G.D.J. 2004 ; M. Mekki, *L’intérêt général et le contrat*, op. cit., p. 759 s.

Section 1 : La légitimité de l'auteur de la norme

994. La légitimité d'une norme peut s'apprécier au regard de l'adhésion de ses destinataires. Cette adhésion peut s'apprécier au regard de la représentativité de l'auteur de la norme dans la mesure où précisément la représentativité est un titre qui garantit la capacité et la légitimité d'une personne à exprimer la volonté d'autres personnes et, en particulier, la capacité et la légitimité des représentants des salariés à représenter les intérêts des salariés¹⁷⁹⁹. Elle peut aussi s'apprécier au regard du consensus sur les choix de l'auteur de la norme. Or, une distance s'observe souvent pour ne pas dire toujours entre la volonté de l'auteur de la norme et celle des destinataires de cette norme¹⁸⁰⁰.

995. Plus tôt, le déclin des normes issues du pouvoir normatif de l'employeur comme source de la représentation des salariés a été compris comme le résultat d'un déficit de légitimité procédurale. Progressivement il est apparu moins acceptable que les salariés et leurs représentants se voient imposés des décisions prises par l'employeur alors que celui-ci n'avait finalement aucun titre pour régir le droit des salariés à être représentés¹⁸⁰¹. De ce déclin s'en

¹⁷⁹⁹ Cf. *supra* n° 196. Ainsi, la représentativité syndicale vise à garantir la légitimité des syndicats agents d'exercice du droit des salariés à la négociation collective. Elle est un titre qui permet notamment aux syndicats « *d'exprimer la volonté d'une collectivité professionnelle dont elle ne regroupe pas tous les membres* ». A. Supiot, Critique du droit du travail, op. cit. p. 143 ; *Adde.* J. Savatier, « La notion de représentativité des syndicats », *Etudes juridiques en l'honneur de Marie-Louis Beaulieu*, Université de Laval 1968, p. 473. Le choix a été fait de ne pas aborder l'exigence de représentativité et de se concentrer sur l'exigence majoritaire. Plusieurs arguments ont justifié un tel choix. En premier lieu, les raisons qui ont conduit à exiger des syndicats qu'ils soient représentatifs ne résidaient pas originellement dans la volonté d'assurer la légitimité des syndicats à l'égard des salariés. Comme Mme S. Yannakourou l'a montré, la représentativité syndicale fut d'abord un titre délivré par l'État aux organisations syndicales leur donnant l'autorité suffisante pour engager la collectivité des salariés dans la négociation collective. La représentativité s'inscrivait peut-être plus dans une conception où le pouvoir normatif des interlocuteurs sociaux était un pouvoir délégué par l'État. En revanche, l'idée de représentation était comme absente du concept de représentativité (S. Yannakourou, *op. cit.* p. 303) dans la mesure où jusqu'à la loi du 20 août 2008, la présomption de représentativité écartait toute appréciation de la représentativité "réelle" des syndicats. En deuxième lieu, la représentativité syndicale ne consiste pas seulement à garantir la légitimité des syndicats en tant qu'autorité normative. Elle vise plus largement à établir une « *relation étroite entre la capacité reconnue et la fonction ou le pouvoir à exercer* ». Or, la variété des fonctions données aux syndicats conduit « *à poser la question d'une diversification des représentativités exigées selon les fonctions attribuées aux syndicats, autrement dit de briser le bloc du droit de la représentativité* » (J.-M. Verdier, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991, p. 5 et p. 7).

¹⁸⁰⁰ L'adhésion des destinataires de la norme ne semble pleinement acquise que lorsque l'auteur se confond avec le destinataire de la norme.

¹⁸⁰¹ Sur la difficulté à organiser l'autoréglementation autour de l'idée d'autoréglementation patronale, cf. A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 195 et spéc. p. 196.

est suivi un essor corrélatif de la négociation collective. Cet essor fut d'autant plus grand qu'au même moment la loi encourageait la dérogation à la loi. Il importait alors, à mesure que les accords collectifs de travail se sont imposés comme une source privilégiée de la représentation des salariés, que leur légitimité procédurale soit assurée.

Un tel contexte invite à porter une attention plus grande aux règles procédurales qui tendent à garantir un consensus autour des normes conventionnelles.

996. L'étude a montré par ailleurs le passage d'une conception contractuelle et patrimoniale à une conception normative et statutaire de l'accord collectif sur la représentation des salariés¹⁸⁰². Alors que dans la première conception, les syndicats négocient d'abord en leur nom et pour leur compte, ils apparaissent dans la seconde davantage comme les agents d'exercice d'un droit qui appartient aux salariés. Dans le premier cas, l'adhésion recherchée sera celle des syndicats ; dans le second cas, l'adhésion recherchée sera celle de la collectivité des salariés. La différence ne porte pas seulement sur le destinataire. Elle concerne également la procédure qui garantira l'acceptabilité de la norme. La conception contractuelle renvoie au consentement comme condition de la soumission à la règle contractuelle. La conception statutaire renvoie quant à elle à l'idée que la norme est l'expression d'un intérêt supérieur qui transcende l'intérêt des personnes qui y sont soumises.

997. Ces deux conceptions continuent de coexister en droit positif. Tantôt les habilitations de négocier en matière de représentation des salariés exigent la conclusion d'un accord unanime entre les organisations syndicales intéressées (Paragraphe 1^{er}). Tantôt les habilitations de négocier en matière de représentation des salariés exigent la conclusion d'un accord "majoritaire" à l'égard de la collectivité des salariés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1^{er} – La recherche du consensus par l'accord unanime des syndicats

998. Bien qu'en constant recul, l'unanimité conditionne encore l'entrée en vigueur de certains accords en matière de représentation des salariés. Elle consiste à soumettre la validité de l'accord, ou plus souvent son applicabilité, au consentement de l'ensemble des syndicats intéressés par l'exercice de la prérogative qui fait l'objet de l'accord. Longtemps caractéristique de la négociation préélectorale, l'exigence d'un accord unanime a néanmoins été requise dans d'autres matières de la représentation des salariés (A). Requise au-delà de la seule négociation

¹⁸⁰² Cf. *supra* Partie 1 Titre 2 Chapitre 2.

préélectorale, une telle exigence s'explique, elle aussi, au-delà du processus électoral, à savoir dans la conception originellement contractuelle et patrimoniale de la négociation collective en matière de représentation des salariés (B).

A. L'absence de spécificité de la négociation préélectorale au regard de l'exigence d'unanimité

999. La conclusion d'un accord unanime concerne surtout la négociation préélectorale. La plupart des auteurs s'accordent à reconnaître à cette dernière une singularité dont l'une des expressions seraient le régime juridique de conclusion des accords préélectoraux. Ce trait caractéristique a même été renforcé depuis la loi du 28 octobre 1982 qui, dans plusieurs dispositions légales relatives à l'élection des délégués du personnel et des représentants élus au comité d'entreprise, fait référence à la conclusion d'un accord préélectoral « *conclu entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales représentatives* »¹⁸⁰³.

1000. Pourtant, cette spécificité n'a pas existé *ab initio*. Elle est le résultat de la construction du droit de la négociation collective¹⁸⁰⁴. Tandis que le droit commun de la négociation collective soumettait à ses règles la plupart des accords relatifs à la représentation des salariés et au droit syndical, des règles propres ont subsisté en matière électorale, au premier chef desquelles figure l'exigence d'unanimité (1). De surcroît, d'autres accords collectifs relatifs à la représentation des salariés ou au droit syndical demeurent soumis à la conclusion d'un accord unanime, alors même qu'ils ne concernent pas, à proprement parler, le processus électoral (2).

1. L'unanimité en matière électorale

1001. La genèse de l'exigence d'unanimité en matière électorale et son évolution permettent de comprendre comment elle est devenue caractéristique de la négociation préélectorale. L'exigence d'unanimité des syndicats signataires est apparue en matière de représentation élue des salariés sous l'empire des lois des 16 avril et 16 mai 1946 (a). Elle fut reprise et généralisée par la loi du 28 octobre 1982 (b). Dès fin des années 1990, on constate un recul de cette exigence. La Cour de cassation l'exigeait seulement si une disposition expresse la requérait. Cette tendance se confirme depuis la loi du 20 août 2008 : sans être supprimée, l'unanimité n'est requise qu'à titre exceptionnel (c).

¹⁸⁰³ Soc, 6 mai 1985, *Bull. civ.* n° 276 ; *Jurisp. Soc. I.U.M.M.* 1985, p. 438 ; Soc, 11 décembre 1985, *Bull. civ.* V, n° 604 ; *D.* 1986, p. 385, obs. S. Frossard.

¹⁸⁰⁴ Cf. *supra* n° 633 s.

- a) L’apparition de l’unanimité des accords préélectoraux sous l’empire des lois des 16 avril et 16 mai 1946

1002. Dès les premières lois de 1946 sur les délégués du personnel et sur le comité d’entreprise, la loi autorisait la conclusion d’accords collectifs en matière préélectorale¹⁸⁰⁵.

L’article 5 de la loi du 16 avril 1946 relative aux délégués du personnel prévoyait la faculté de modifier le nombre et la composition des collèges électoraux par « *accord passé entre les organisations patronales et ouvrières* ». L’alinéa second du même article disposait que « *la répartition du personnel dans les collèges électoraux et la répartition des sièges entre les différentes catégories feront l’objet d’un accord entre le chef d’entreprise et les organisations syndicales intéressées* ». L’article 6 de la loi du 16 mai 1946 relative à l’institution du comité d’entreprise prévoyait également la conclusion d’un accord relatif à la répartition du personnel et des sièges entre les différents collèges. En revanche, la modification du nombre et de la composition des collèges ne sera permise qu’à la suite de la loi du 18 juin 1966.

1003. Avant la loi du 18 juin 1966, les énoncés législatifs ne faisaient nullement référence à une exigence d’unanimité. La référence à un accord avec « *les organisations syndicales intéressées* » pouvait laisser suggérer une telle exigence. Le recours à un « *pluriel global* » peut indiquer la nécessité d’un accord de tous¹⁸⁰⁶.

1004. Une première décision, rendue par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 15 juin 1961, avait jugé qu’« *aux termes de l’article 5 de la loi du 16 avril 1946, le nombre et la composition des collèges électoraux peuvent être modifiés par les conventions collectives existant ou par des accords passés entre organisations patronales et ouvrières, de tels accords indépendants de ceux prévus par le Code du travail et notamment par l’article 31A et l’article 31 N [...], ne peuvent être conclus sans qu’aient été appelés à y participer toutes les organisations ouvrières, ledit article n’édicte aucune exclusion* »¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰⁵ Pour rappel, avant la Seconde guerre mondiale, sous l’empire de la loi de 1936, l’ensemble du régime des délégués du personnel était conventionnel, les dispositions légales se contentant d’une habilitation à négocier au profit des négociateurs de branche.

¹⁸⁰⁶ Sur cette expression, cf. notamment, Y. Chalaron, *op. cit.*, n° 119, p. 102.

¹⁸⁰⁷ 2^{ème} civ. 15 juin 1961, *Bull civ.* II, n° 454 ; *Dr. soc.* 1961, p. 613, obs. J. Savatier.

1005. La Cour de cassation n'exige pas encore la conclusion d'un accord unanime ; seule figure la participation de toutes les organisations syndicales à la négociation portant sur la modification du nombre et de la composition des collèges électoraux.

1006. Pour rappel, l'article 31 N du Code du travail, issu de la loi du 11 février 1950, régissait la conclusion des accords d'établissement. Il subordonnait leur entrée en vigueur, non seulement à la conclusion par au moins un syndicat représentatif dans l'entreprise, mais encore à l'existence d'une convention collective applicable dans l'entreprise.

Le caractère indépendant affirmé du protocole d'accord à l'égard des articles 31 A et 31 N du Code du travail peut signifier deux choses. Soit, le protocole préélectoral prévu à l'article 5 de la loi du 16 avril 1946 est un accord d'établissement qui n'est pas soumis à la disposition de l'article 31 N selon laquelle *à défaut de conventions collectives nationales, régionales, ou locales, les accords d'établissement ne peuvent porter que sur les salaires et des accessoires de salaires* ¹⁸⁰⁸. Soit, comme le relève d'ailleurs M. J. Savatier, l'accord préélectoral doit être négocié par toutes les organisations syndicales, qu'elles soient ou non représentatives ¹⁸⁰⁹.

Cette différence de régime s'explique, elle aussi, de deux manières. D'un côté, l'article 5 fait référence à un accord *« passé entre organisations patronales et ouvrières »*, sans préciser que ces dernières doivent être représentatives. Or, cette condition apparaît encore exceptionnelle. De l'autre, le régime de conclusion des accords d'établissement aurait été commandé par l'effet normatif que la loi du 11 février 1950 leur reconnaît ¹⁸¹⁰. En particulier, un tel effet expliquerait la règle de l'unicité de signature par au moins un syndicat représentatif ¹⁸¹¹. A l'inverse, l'accord régissant le processus électoral n'est pas régi par l'article

¹⁸⁰⁸ Cf. art. 31 N al. 4 *C. trav.* en vigueur. Sur cette interprétation, cf. J. Savatier, art. préc., p. 613.

¹⁸⁰⁹ Art. préc., *Dr. soc.* p. 613.

¹⁸¹⁰ Aux termes de l'article 31E, un tel effet naît de la soumission de l'employeur à l'accord : *« Lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats conclus avec lui »*. Cette disposition s'applique aux accords d'établissement en raison d'un renvoi exprès qui y est fait par l'article 31N.

¹⁸¹¹ Il existait cependant un doute sur ce point. L'énoncé prévoyait que les accords d'établissement devaient être conclus *« par les représentants des syndicats les plus représentatifs du personnel de l'établissement ou des établissements intéressés »*. Selon M. Despax, *« malgré l'utilisation du pluriel dans l'article 31 N qui aurait pu faire penser que l'accord de toutes les organisations représentatives de l'établissement était nécessaire, une telle interprétation doit être écartée. Alors que l'article 31 E prévoit que le chef d'entreprise lié par une Convention collective doit automatiquement en faire application à ses salariés syndiqués ou non, il serait singulier que l'accord de l'employeur et d'une des organisations représentatives du personnel soit insuffisant pour fonder la valeur contraignante de l'accord »*.

31 E du Code du travail ; il ne dispose donc pas d’effet normatif. Dès lors, il ne peut être conclu par un seul syndicat représentatif.

Ces deux explications peuvent être à l’origine de la solution de l’arrêt du 15 juin 1961. Bien que la solution ne porte pas sur les conditions de conclusion de l’accord, la motivation de la Cour de cassation laisse supposer l’exigence d’un accord unanime.

1007. Un arrêt du 9 juin 1966 affirmera plus clairement la nécessité, tirée de l’article 5 de la loi du 16 avril 1946, de conclure un accord unanime. « *Si l’article 5 de la loi du 16 avril 1946, après avoir édicté que les délégués du personnel sont élus par deux collèges dont il fixe la composition, autorise une modification du nombre et de la composition de ces collèges par les conventions collectives existant ou par des accords passés entre organisations patronales et ouvrières, de telles modifications, même lorsqu’elles sont prévues par une convention collective, sont subordonnées à la participation ou à l’adhésion à ladite convention, directement ou en tant que membre d’un groupement syndical, de toutes les organisations ouvrières de l’entreprise ayant un caractère représentatif* »¹⁸¹².

Il n’est pas anodin de relever la date de cette décision relative à l’élection des délégués du personnel. Elle est rendue quelques jours avant l’adoption de la loi du 18 juin 1966, qui autorise la modification du nombre et de la composition des collèges aux élections des membres du comité d’entreprise à la conclusion d’un accord unanime.

Par ailleurs, à la différence de l’arrêt du 15 juin 1961, la Cour de cassation précise que les syndicats doivent être représentatifs. En effet, l’accord doit être conclu avec les organisations syndicales intéressées au processus électoral. Or, seules les organisations syndicales représentatives sont intéressées au processus électoral.

1008. Par la suite, l’exigence d’unanimité sera réaffirmée, au moment de la conclusion de l’accord, mais aussi à celui de sa reconduction. Ainsi, l’absence de reconduction tacite par un syndicat équivaut à une dénonciation de l’accord¹⁸¹³.

1009. Au demeurant, la Cour de cassation distinguait selon que la modification du nombre et de la composition des collèges soit le fait d’un protocole d’accord préélectoral ou d’une convention collective. Dans un premier temps, l’exigence d’unanimité était écartée si la

considéré », *Conventions collectives*, in G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1966, p. 419.

¹⁸¹² 2^{ème} civ. 9 juin 1966, *Bull. civ. II*, n° 654. Nous soulignons.

¹⁸¹³ Soc, 5 décembre 1973, *Bull. civ. V*, n° 627.

convention collective était étendue¹⁸¹⁴. Dans un second temps, elle distinguait entre le protocole préélectoral, conclu au niveau de l'entreprise, et la convention collective, conclue à l'extérieur de celle-ci, seul le premier étant soumis à l'unanimité des signatures¹⁸¹⁵.

b) L'exigence d'unanimité renforcée dans la loi du 28 octobre 1982

1010. La loi du 28 octobre 1982 généralisera l'exigence d'unanimité comme condition d'entrée en vigueur du protocole d'accord préélectoral qu'elle institue avec plus de précision qu'il ne l'était auparavant¹⁸¹⁶. Qu'elle soit prévue par un protocole d'accord préélectoral ou par une convention collective, la modification conventionnelle du nombre et de la composition des collèges électoraux est subordonnée à un accord unanime. Le législateur revient ainsi sur la jurisprudence de la Cour de cassation issue des arrêts précités de 1981¹⁸¹⁷.

1011. Au-delà de la seule question du nombre et de la composition des collèges électoraux, l'unanimité devient la règle de conclusion des protocoles d'accords préélectoraux. La circulaire d'application de la loi du 28 octobre 1982 précisera que l'accord préélectoral « *doit engager, outre l'employeur, toutes les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise* »¹⁸¹⁸. La Cour de cassation confirmera cette interprétation. L'accord préélectoral est un accord conclu à l'unanimité¹⁸¹⁹.

¹⁸¹⁴ Soc, 27 avril 1978, *Bull. civ. V*, n° 297.

¹⁸¹⁵ Soc, 19 février 1981, *Bull. civ. V*, n° 151 : « *l'efficacité d'une convention collective de travail ordinaire, modifiant le nombre légal de collège électoral, n'est pas subordonnée à la signature de tous les syndicats représentatifs, ni à un arrêté d'extension, et que l'employeur est engagé par cette convention, même à l'égard de ceux qui ne l'ont pas signée* ». *Adde* Soc, 9 juillet 1981, *Bull. civ. V*, n° 692. En revanche, l'unanimité restait requise pour le protocole préélectoral : Soc, 22 octobre 1981, *Bull. civ. V*, n° 820 : « *l'accord préélectoral, qui avait réduit à 2 le nombre de collèges pour les élections litigieuses, n'avait pu modifier valablement sur ce point les dispositions de la convention collective, faute en tout cas d'avoir été signé par le S.N.B. dont la représentativité n'était pas contestée* ».

¹⁸¹⁶ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 *J.O.R.F.* du 29 octobre 1982, p. 3255.

¹⁸¹⁷ En réalité, il faudra attendre la loi n° 84-575 du 9 juillet 1984 pour que la Cour de cassation abandonne définitivement sa jurisprudence (Loi n° 84-575 du 9 juillet 1984 portant diverses dispositions d'ordre social, *J.O.R.F.* 10 juillet 1984, p. 22171). Cf. Soc, 12 janvier 1984, *Bull. civ. V*, n° 22. Dans cet arrêt, elle admettait encore que le nombre de collèges prévu par une convention collective était applicable dès lors qu'aucun accord préélectoral n'avait été conclu.

¹⁸¹⁸ Circ. du 25 octobre 1983, relative à l'application de la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, *J.O.R.F.* du 20 décembre 1983, p. 11201 et spéc. p. 11204. Elle précise également que « *l'objet du protocole d'accord est élargi* », [...] « *la négociation [devant] porter sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales* ».

¹⁸¹⁹ Soc, 6 mai 1985, *Bull. civ. V*, n° 276 ; *D.* 1985, p. 349 ; cf. également, Soc, 25 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 206 ; Soc, 23 juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 302 ; *D.* 1999, I.R. 191 ; *R.J.S.* 1999, p. 688, n° 1098 : « *les*

La généralisation de l'exigence d'unanimité en matière préélectorale marquera pour longtemps la spécificité de la négociation préélectorale¹⁸²⁰.

c) L'exigence d'unanimité depuis la loi du 20 août 2008

1012. Depuis la loi du 20 août 2008, l'exigence d'unanimité est maintenue de manière exceptionnelle¹⁸²¹. Trois dispositions en particulier exigent la conclusion d'un accord unanime.

1013. Tout d'abord, la détermination du nombre et de la composition des collèges électoraux demeurent subordonnée à la conclusion d'un accord unanime. Ceux-ci ne peuvent être modifiés que par un accord « *signé par toutes les organisations syndicales représentatives existant dans l'entreprise* »¹⁸²².

Plus précisément, il est admis de modifier le nombre de ces collèges¹⁸²³. En second lieu, lorsqu'ils modifient le nombre de collèges électoraux, l'accord préélectoral doit définir la composition des collèges électoraux nouvellement institués¹⁸²⁴. Il doit préciser les catégories professionnelles relevant de chaque collège, sachant qu'aucune catégorie de personnel ne doit être exclue ou sous-représentée¹⁸²⁵. En effet, cette définition est indispensable à la répartition du personnel dans les différents collèges électoraux.

1014. Ensuite, l'unanimité de l'accord a été maintenue pour décider que le scrutin aura lieu en dehors du temps de travail, notamment en cas de travail continu¹⁸²⁶.

dispositions de nature électorale ne s'imposent au juge et aux parties qu'en cas d'accord préélectoral unanime ».

¹⁸²⁰ Sur l'autonomisation de la négociation préélectorale par rapport au droit commun de la négociation collective, cf. *supra* n° 632.

¹⁸²¹ Soc, 6 octobre 2011, *Bull. civ.* n° 228 ; *R.J.S.* 12/11, n°1004. Cf. également, chronique Y. Struillou, « Organisation et déroulement des opérations électorales : quelle condition de majorité ? », *R.J.S.* 1/12, p. 9.

¹⁸²² Art. L. 2314-10 ; Art. L. 2324-12 *C. trav.*

¹⁸²³ Soc, 9 juin 1983, *Bull. civ.* V, n° 321.

¹⁸²⁴ Soc, 18 février 1988 ; *Bull. civ.* V, n°122.

¹⁸²⁵ La loi définit les contours des collèges électoraux en fonction de la qualification et de la catégorie professionnelle des salariés. Ainsi, le premier collège regroupe les ouvriers et les employés tandis que le second collège comprend les ingénieurs, les chefs de service, les techniciens et les agents de maîtrise. Cf. Art. L. 2314-8 *C. trav.* pour les délégués du personnel et Art. L. 2324-11 *C. trav.* pour les représentants au comité d'entreprise. Par exception, dans les entreprises n'élisant qu'un seul délégué du personnel, n'est constitué qu'un seul collège électoral regroupant l'ensemble du personnel de l'entreprise. Art. L. 2314-19 *C. trav.*

¹⁸²⁶ Art. L. 2314-22 *C. trav.* Pour l'élection des délégués du personnel ; Art. L. 2324-20 *C. trav.* Pour l'élection des représentants au comité d'entreprise.

1015. Dans ces deux hypothèses, l'unanimité requise est celle des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et non celle des organisations syndicales appelées à participer au scrutin. On peut se demander s'il s'agit d'une inadvertance de la part du législateur. Celui-ci aurait entendu maintenir l'unanimité, mais aurait néanmoins oublié de substituer à l'adjectif "représentatives" l'adjectif "intéressées". Comme le remarquait M. A. Supiot, « *c'est [...] l'implantation dans l'entreprise par l'élection qui permet en toute hypothèse de savoir si [l'organisation] est ou non intéressée à l'accord, et donc si son consentement à cet accord est obligatoire* »¹⁸²⁷. Partant, il est possible de se demander si la différence de traitement entre les organisations syndicales intéressées au processus électoral est justifiée. Il n'est pas certain que l'enjeu de la négociation justifie la mise à l'écart des syndicats non-représentatifs.

2. *L'unanimité par-delà la négociation préélectorale*

1016. Sans nier leur particularité, qui s'est affirmée au fil des réformes du droit de la négociation collective, les accords préélectoraux ne sont pas les seuls accords dont la conclusion est subordonnée à l'unanimité des signatures. D'autres accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés (a) ou de droit syndical (b) doivent être conclus unanimement.

a) En matière de représentation élue des salariés

1017. Avant l'adoption de la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation avait exigé la conclusion d'accords unanimes sur des questions qui, si elles n'étaient pas entièrement étrangères aux élections, ne concernaient pas le processus électoral en tant que tel. Plusieurs exemples le confirment.

1018. L'unanimité était requise lorsqu'un accord avait pour objet la composition du comité d'entreprise¹⁸²⁸ ou du comité de groupe¹⁸²⁹. A défaut d'accord unanime, le juge d'instance déterminait le nombre de représentants au comité de groupe¹⁸³⁰.

¹⁸²⁷ A. Supiot, « Les accords préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115 et spéc. p. 121.

¹⁸²⁸ Soc, 19 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 411. S'agissant de la délégation unique du personnel et de l'augmentation conventionnelle du nombre de délégués du personnel composant la délégation par un accord unanime : Soc, 26 juin 1996, *D.* 1996, p. 182.

¹⁸²⁹ Soc, 16 avril 1986, *Bull. civ.* V, n° 134.

¹⁸³⁰ Soc, 21 novembre 1989, *Bull. civ.* V, n° 671.

1019. Ensuite, l’unanimité était exigée lorsque l’accord avait pour objet d’attribuer au comité central d’entreprise la gestion d’activités sociales et culturelles communes à l’ensemble de l’entreprise¹⁸³¹.

1020. Enfin, elle était requise en matière de réduction ou de prorogation des mandats en cas de modification de la situation juridique de l’employeur au sens de l’article L. 1224-1 du Code du travail¹⁸³².

1021. Depuis l’adoption de la loi du 20 août 2008, en dehors du processus électoral, seule la suppression conventionnelle du comité d’entreprise, lorsque l’entreprise compte moins de cinquante salariés, exige explicitement la conclusion d’un accord unanime¹⁸³³.

b) En matière de représentation syndicale

1022. L’article L. 2232-17 du Code du travail dispose que « *chaque organisation peut compléter sa délégation par des salariés de l’entreprise dont le nombre est fixé par accord entre l’employeur et l’ensemble des organisations [représentatives parties à des négociations dans l’entreprise]* ». Il s’agit donc d’une prérogative purement syndicale, entièrement étrangère au processus électoral, et pour laquelle la loi exige malgré tout un accord unanime. Cette disposition est issue de la loi de l’article 4 de la loi du 14 novembre 1982. Un arrêt du 5 janvier 2011 a rappelé la nécessité d’un accord unanime : « *chaque organisation peut compléter sa délégation par des salariés de l’entreprise, dont le nombre est fixé par accord entre l’employeur et l’ensemble de ces organisations ; [...] à défaut d’accord, le nombre de salariés qui complètent la délégation est au plus égal, par délégation, à celui des délégués syndicaux de la délégation* ». Et de conclure, « *il en résulte qu’en cas de pluralité de délégués syndicaux, et sauf accord plus favorable conclu entre l’employeur et l’ensemble des organisations participant à la négociation, la délégation de chaque organisation est légalement composée de deux d’entre eux, et éventuellement complétée par un nombre égal de salariés* »¹⁸³⁴.

¹⁸³¹ Soc, 30 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 191 ; *Dr. soc.* 1993, p. 754, Rapp. P. Waquet ; *R.J.S.* 1993, p. 496, concl. Chauvy ; *C.S.B.* 1993, p. 231, A51 ; *Adde.* J. Savatier, « Les accords collectifs relatifs aux pouvoirs et au fonctionnement des comités d’entreprise », *Dr. soc.* 1993, p. 870.

¹⁸³² Art. L. 2314-28 al 2 *C. trav.* pour les mandats des délégués du personnel Art. L. 2324-6 al. 3 *C. trav.* pour les mandats des représentants au comité d’entreprise.

¹⁸³³ Art. L. 2322-7 *C. trav.*

¹⁸³⁴ Soc, 5 janvier 2011, *Bull. Civ.* V, n° 6. Nous soulignons.

1023. Par le seul fait qu'elle existe, une telle disposition met en cause ce qui fonde depuis plusieurs années la spécificité de la négociation préélectorale. Si l'on souhaite expliquer les raisons de soumettre un tel accord à une exigence d'unanimité, il est donc nécessaire d'aller par-delà la matière électorale et de rechercher quel rôle le syndicat est appelé à jouer lorsqu'il négocie un tel accord.

B. L'unanimité et la conception contractuelle des accords collectifs en matière de représentation des salariés

1024. Le caractère dérogoire de l'unanimité par rapport aux règles du droit commun de la négociation collective a conduit les auteurs à s'interroger sur les raisons pour lesquelles le législateur a requis cette condition (1). Ces justifications, traditionnelles, et pour pertinentes qu'elles soient, demeurent insatisfaisantes pour comprendre pourquoi cette exigence est aujourd'hui en recul. Or, l'expression du consentement de l'ensemble des syndicats intéressés prend place dans une certaine conception du syndicat et de la liberté syndicale, qui longtemps a prévalu dans l'analyse des accords collectifs en matière de représentation des salariés. Dans cette conception, le consentement est un attribut de la personnalité morale du syndicat (2), tout comme la condition de la soumission de ce dernier aux obligations conventionnelles (3).

1. Les justifications traditionnelles apportées au soutien de l'exigence d'unanimité

1025. Les justifications apportées au soutien de l'unanimité ont surtout été développées à propos de la négociation préélectorale¹⁸³⁵. Dans les autres domaines relatifs à la représentation des salariés et au droit syndical, la question était davantage discutée. Selon l'article L. 2132-2, « *tout accord ou convention visant les conditions collectives du travail est conclu dans les conditions déterminées par le livre II* ». Autrement dit, les accords se rapportant au droit

¹⁸³⁵ A. Supiot, « Les accords préélectorales », *Dr. soc.* 1988, p. 115 ; G. Borenfreund, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offerts à J. Péliissier*, Dalloz, 2004, p. 93 et spéc ; p. 96 : « *Ce particularisme a paru trouver une traduction dans une exigence bien singulière : les normes électorales devaient être issues d'un accord conclu par tous les syndicats représentatifs* » ; J. Savatier, « Les accords collectifs relatifs à l'organisation des élections des représentants du personnel », *Dr. soc.* 1961, p. 608. Selon l'auteur, « *les problèmes que posent ces accords n'ont pas été suffisamment étudiés. Nous voudrions examiner ici quelques difficultés que posent ceux d'entre eux qui ont trait à l'organisation des élections des représentants du personnel* », en particulier sur les « *relations qui existent entre la législation générale sur les conventions collectives et les accords collectifs relatifs à la représentation du personnel* ». Plus loin, il affirme que « *le particularisme des accords collectifs [relatifs] à la représentation du personnel peut s'étendre à d'autres domaines* », *Ibidem*, p. 612.

syndical et à la représentation des salariés dans l’entreprise ne dérogent pas au droit commun des conventions et accords collectifs.

1026. La doctrine est cependant plus nuancée et s’écarte d’une lecture purement littérale de cet article. Tout dépendrait du degré d’analogie possible avec la négociation préélectorale¹⁸³⁶. Certains accords seraient soumis à une exigence d’unanimité, tandis que d’autres resteraient soumis au droit commun des accords collectifs.

A elle seule, cette explication est insuffisante. Elle essentialise la distinction entre négociation préélectorale et négociation collective de droit commun. Or, une telle distinction n’est pas originaire. De plus, sans nier son existence, il est difficile de connaître les matières qui sont soumises au régime des protocoles d’accords préélectoraux et celles qui font l’objet d’un accord collectif de droit commun. Il paraît donc hasardeux de déduire le régime juridique applicable de la similarité de l’objet de négociation avec celui du protocole d’accord préélectoral.

Une autre explication est parfois avancée : l’unanimité aurait été exigée en contrepartie de la faculté de déroger à la loi¹⁸³⁷.

1027. Pour d’autres auteurs, les accords collectifs bénéficiant aux syndicats devraient, pareillement aux protocoles d’accords préélectoraux, être conclus de manière unanime. A l’occasion d’un arrêt du 20 mars 2001, M. J. Savatier estimait qu’« *aujourd’hui, l’extension à des salariés, non élus comme délégués du personnel, de la vocation à être désignés comme délégués syndicaux ne peut résulter que d’un accord conclu dans l’entreprise avec l’ensemble des organisations représentatives. Cette règle d’unanimité qui s’applique, de manière générale aux accords préélectoraux, paraît d’autant plus nécessairement que la question à résoudre oppose moins les organisations syndicales à l’employeur que ces organisations entre elles* »¹⁸³⁸.

¹⁸³⁶ Y. Chalaron, *op. cit.* pp. 108-110, n° 124 s.

¹⁸³⁷ Cf. M.-A. Souriac, Th. préc., pp. 634-636 : « *Très rigoureuse, la règle est justifiée par la nécessité de garantir l’authenticité des élections alors même qu’une part d’autonomie est laissée aux volontés privées. [...] Autorisant avec prudence mais plus largement que par le passé la dérogation à la loi, le législateur l’entoure de garanties exceptionnelles destinées à protéger les salariés* » ; J. Savatier, « Les accords collectifs relatifs aux pouvoirs et au fonctionnement des comités d’entreprise », *Dr. soc.* 1993, p. 870 et spéc. p. 875.

¹⁸³⁸ J. Savatier, note sous 20 mars 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 568 et spéc. p. 569. Selon cet auteur, l’exigence d’unanimité n’est requise qu’au niveau de l’entreprise et non au niveau de la branche. Cependant, sa position a évolué. S’agissant de l’accord reconnaissant l’unité économique et sociale, il craignait qu’un syndicat minoritaire puisse faire obstacle à la reconnaissance d’une unité économique et sociale dont les

L'argument tient essentiellement à la similarité des objets de négociation et des enjeux qui y sont attachés : les accords relatifs au droit syndical ou à la représentation des salariés dans l'entreprise, comme les accords préélectoraux, affectent le pouvoir de représentation confié aux organisations syndicales. Il est donc important que tous les syndicats intéressés aient donné leur consentement¹⁸³⁹.

1028. Cette justification est sans doute celle qui revient le plus souvent : l'unanimité serait une garantie apportée aux syndicats dont le pouvoir de représentation peut être affecté par l'accord¹⁸⁴⁰. L'unanimité résulterait du droit de toute organisation syndicale présente dans l'entreprise de définir, ensemble, les règles du jeu, celui de la lutte pour la représentation des salariés¹⁸⁴¹. De manière quelque peu différente, l'unanimité serait un gage apporté à l'exercice de libertés publiques, que ce soit le droit de suffrage ou que ce soit le droit syndical¹⁸⁴².

Une nouvelle fois, ce constat invite à se départir de l'idée que l'unanimité est spécifique à la matière préélectorale et à relativiser sa singularité par rapport aux autres accords se rapportant à la représentation des salariés. Sans nier la pertinence des raisons avancées, il faut reconnaître le recul de l'exigence d'unanimité. Pourtant, les raisons et les enjeux qui ont justifié sa reconnaissance n'ont pas disparu. Ce recul marque une évolution et

contours avaient été choisis par les autres syndicats, sous-entendus majoritaires : obs. sous, Soc, 26 mai 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 915 et spéc. p. 918.

¹⁸³⁹ J. Savatier, note sous 20 mars 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 568 ; Dans le même sens, M. Grévy, « Exercice du droit syndical dans l'entreprise : nature juridique des accords sur le droit syndical et licéité de la diffusion de tracts syndicaux », note sous Soc, 18 janvier 2011, *R.D.T.* 2011, p. 190 ; Comp. D. Fabre, J.-M. Mir et M. Morand., art. préc., *S.S.L.* 2006, n°1263, p. 23 et spéc. p. 24 ; *Contra*. G. Borenfreund, « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation des salariés », *Dr. soc.* 1992, p. 893 et spéc. note 33, p. 898.

¹⁸⁴⁰ A. Supiot, « Les accords préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115 ; M.-A. Souriac, *Thèse préc.*, p. 775 s ; Comp. Y. Chalaron, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990, p. 102, n° 119 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *G.A.D.T.* 2008 p. 498 : « *il serait impropre à cet objet qu'une organisation syndicale puisse, avec le concours de l'employeur, faire prévaloir son point de vue sur celui des autres organisations représentatives* » ; P. Iriart, note sous T.G.I Paris, 1^{er} décembre 1998, *D.* 1999, p. 465. Selon ce dernier auteur, l'unanimité permettrait également d'assurer l'équilibre entre représentation élue et représentation syndicale.

¹⁸⁴¹ A. Supiot, « Les accords préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115 ; M.-A. Souriac, *Th. préc.*, p. 634. Selon cette dernière, l'unanimité garantit « *l'authenticité des élections, alors même qu'une part d'autonomie est laissée aux volontés privées* » ; Comp. Y. Chalaron, *op. cit.* p. 102, n° 119 : « *Le fondement est non pas, à notre avis, de protéger l'équilibre des intérêts électoraux de toutes les organisations syndicales, mais de garantir dans l'intérêt de la collectivité des salariés, la plus grande légitimité de l'institution* ».

¹⁸⁴² A. Supiot, « les accords préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115 ; G. Borenfreund, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Etudes offerts à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 93.

fait apparaître pourtant un changement de conception. Précisément, l’exigence d’unanimité, et certaines des justifications qui lui sont apportées, prennent place dans une conception contractuelle et patrimoniale de la négociation relative à la représentation des salariés et au droit syndical qui tend progressivement à s’effacer.

2. *Le consentement : un attribut de la personnalité morale du syndicat*

1029. Les arguments en faveur de l’unanimité reposent sur une certaine manière d’envisager le syndicat et le droit syndical. Ils mettent en avant la personne morale du syndicat plutôt que sa vocation à représenter la collectivité des salariés. L’idée est la suivante : partant de la pleine capacité juridique reconnue aux syndicats, chaque syndicat doit conserver un pouvoir sur ses prérogatives et sur la manière dont est grevé son patrimoine, en positif comme en négatif¹⁸⁴³. L’idée sous-jacente est encore que les accords sur la représentation des salariés régissent les rapports entre groupements. Tel est le cas lorsque l’incidence des accords sur les conditions de la confrontation entre organisations syndicales est rappelée. Etudiant le régime juridique des protocoles d’accords préélectoraux, M. A. Supiot affirmait : « *l’exigence d’unanimité répond à cette idée simple que les règles électorales influent nécessairement sur la composition et l’équilibre des instances représentatives. Il serait dès lors étrange qu’une partie – serait-elle majoritaire – puisse imposer aux autres les règles du jeu de leur confrontation* »¹⁸⁴⁴.

La même idée resurgit sous la plume de M. J. Savatier¹⁸⁴⁵ ou encore sous celle de M. P. Iriart¹⁸⁴⁶, le premier au sujet des accords prévoyant l’augmentation du nombre de

¹⁸⁴³ La personnalité juridique du syndicat a été reconnue officiellement par la loi du 12 mars 1920. Cette règle figure désormais à l’article L. 2132-1 du Code du travail : « *les syndicats professionnels sont dotés de la personnalité civile* ». Dès la loi du 21 mars 1884, le législateur reconnaît aux organisations syndicales les principaux attributs de la personnalité morale. Deux prérogatives en particulier leur sont ainsi reconnues : le pouvoir d’ester en justice [Art. L. 2132-3 *C. trav.*] et le pouvoir de contracter [Art. L. 2132-2 *C. trav.*].

¹⁸⁴⁴ A. Supiot, « Les accords préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, pp. 115 ; Dans le même sens, G. Borenfreund, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », *Etudes offertes à J. Pélissier, Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 93 ; Comp. A. Cœuret, « La négociation préélectorale entre unanimité et majorité », *R.J.S.* 2007, p. 211 ; contra. Y. Chalaron, *op. cit.*, n°117, p. 100 : « *l’éviction totale du droit de la négociation collective repose sur l’idée inexacte que le protocole électoral n’a d’effet qu’entre les organisations signataires et que pour cette raison, il n’a pas l’effet normatif qui serait nécessaire à la qualification d’un véritable accord collectif* ».

¹⁸⁴⁵ J. Savatier, « Les transformations de la fonction représentative du syndicat », in *Mélanges en l’honneur du Gérard Lyon-Caen*, 1989, p. 179 et spéc. p. 185 : « *Il y a donc une tendance du législateur à exiger un accord de toutes les organisations représentatives intéressées pour tout ce qui touche à l’organisation des institutions représentatives élues. C’est qu’en réalité, il ne s’agit pas alors de stipuler des avantages au profit des travailleurs, ce qui peut être accompli par une organisation représentative, même si les autres jugent ces avantages insuffisants, mais de régler les rapports entre syndicats eux-*

délégués du personnel, le second évoquant un accord créant une représentation syndicale au niveau du groupe.

1030. La liberté syndicale est alors perçue comme la liberté du syndicat et le droit syndical concerne l'ensemble des droits « *des organisations que les individus forment ainsi entre eux, et à ceux qui représentent ces organisations* »¹⁸⁴⁷. Or, l'expression du consentement du syndicat est une manifestation de la liberté syndicale. Dès lors que l'accord est susceptible d'affecter son patrimoine ou sa liberté d'action, le consentement du syndicat semble être requis.

Cette approche de la liberté syndicale et du droit syndical, rivée sur la personne morale du syndicat, justifie également que les accords conclus en ce domaine soient davantage empreints de synallagmatisme¹⁸⁴⁸ : les syndicats disposeraient d'un pouvoir de renonciation plus grand à l'égard de droits ils seraient les titulaires et non simplement les agents d'exercice. Finalement, dans une conception patrimoniale, la négociation ayant pour objet le droit syndical et la représentation des salariés s'apparente plus à une négociation multilatérale régie par les principes du droit civil.

3. Le consentement : une condition de l'effet obligatoire des accords

1031. En droit des contrats, le consentement est la condition de la soumission à une obligation. Le critère de la volonté, formulé notamment par M. J. Ghestin, permet de distinguer les parties des tiers au contrat. Dans un premier temps, l'auteur a défini les parties au contrat comme « *toutes personnes, qu'elles aient ou non conclu le contrat, dès l'instant qu'elles étaient liées par les effets obligatoires du contrat en vertu d'une manifestation de volonté effective* ». Dans un second temps, il a précisé qu'il s'agissait des personnes « *dont la situation est suffisamment semblable aux parties contractantes elles-mêmes pour qu'elles*

mêmes, pour la constitution et le fonctionnement d'institutions représentatives élues » ; Adde du même auteur, note sous 20 mars 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 568 et spéc. p. 569.

¹⁸⁴⁶ P. Iriart, « Négociation et effets d'un accord organisant une représentation syndicale de groupe », *D.* 1999, p. 465.

¹⁸⁴⁷ A. Supiot, *Critique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 141. L'attribution de la personnalité juridique a été la conséquence de la reconnaissance par l'État de la faculté de s'organiser syndicalement. Inversement, la personnalité juridique est une garantie de la liberté syndicale dans sa dimension collective. Elle est une condition de possibilité de la liberté d'action des syndicats : en tant que personne morale, les syndicats sont libres d'agir dans la limite de l'objet défini dans leurs statuts.

¹⁸⁴⁸ Sur le synallagmatisme des accords relatifs au droit syndical, cf. G. Auzero, *Les accords d'entreprise relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel*, Thèse de Doctorat, Univ. Bordeaux IV, 1997, pp. 231 s., n° 307 à 315.

puissent être considérées comme assimilées ou substituées à ces dernières et qu'elles disposent en leur nom propre des mêmes prérogatives que les parties contractantes à l'égard du contrat »¹⁸⁴⁹.

1032. Ce principe du droit des contrats permet de comprendre quel régime de conclusion des accords collectifs qui a pu prévaloir : en tant que personne morale, le syndicat avait la possibilité de contracter en son nom et pour son compte pour acquérir des nouveaux droits, éventuellement en contrepartie de concessions. A la corrélation précédemment décrite entre le contenu obligationnel et l'effet obligatoire de l'accord¹⁸⁵⁰, il faut donc ajouter la nécessité que le syndicat a d'y consentir : ces accords collectifs ont un temps été jugés comme dépourvus d'effet normatif ; l'expression d'un consentement était nécessaire pour leur conférer un effet obligatoire. Par suite, le consentement de l'ensemble des syndicats était une condition indispensable pour qu'il dispose d'un effet obligatoire à l'égard de tous.

1033. M. J. Ghestin insiste sur la nécessité de distinguer entre l'effet obligatoire du contrat et son opposabilité. En effet, le contrat est opposable aux tiers. En revanche, il ne crée pas d'obligations à leur égard¹⁸⁵¹. Cette distinction n'est pas toujours faite par les juges qui usent parfois de la notion d'opposabilité pour, en réalité, signifier que le syndicat est lié par l'accord.

Un arrêt du 16 avril 1986 est éclairant de ce point de vue. Les faits concernaient la conclusion d'un accord relatif à la mise en place et au fonctionnement d'un comité de groupe. Selon le pourvoi, la loi du 28 octobre 1982 ne prévoyait pas la conclusion d'un accord unanime. Au contraire, la chambre sociale de la Cour de cassation juge que « *le tribunal a exactement décidé qu'un accord modifiant la composition d'un comité de groupe et dont l'objet est, en particulier, de répartir les sièges à pourvoir entre les organisations syndicales,*

¹⁸⁴⁹ J. Ghestin, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *R.T.D. civ.* 1994, p. 777 ; Adde, J. Ghestin, « La distinction des parties et des tiers », *J.C.P.* 1999. 3628 ; Comp. J.-L. Aubert, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *R.T.D. civ.* 1993, p. 263 ; C. Guelfucci-Thibierge, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *R.T.D. civ.* 1994, p. 275.

¹⁸⁵⁰ Cf. *supra* n° 679 s. Brièvement, le dualisme de la convention collective a longtemps été interprété comme la coexistence d'une partie normative et d'une partie obligatoire au sein de la convention collective. La partie normative était composée de l'ensemble des matières intéressant les relations individuelles de travail alors que la partie obligatoire renvoyait aux clauses régissant les rapports entre les signataires de la convention collective.

¹⁸⁵¹ J. Ghestin, art. préc., *R.T.D. civ.* 1994, p. 777.

selon des règles autres que les règles légales, ne pouvait être imposé à un syndicat qui avait refusé de le signer »¹⁸⁵².

La même idée figurait dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la conclusion du protocole d'accord préélectoral. Suivant un arrêt du 9 juillet 1974, la condition d'unanimité vise à rendre opposable l'accord à l'ensemble des organisations syndicales appelées à participer aux élections¹⁸⁵³.

L'expression du consentement du syndicat figure bien comme la condition de l'existence d'une obligation à la charge des syndicats.

1034. La conception contractuelle liée à l'exigence d'unanimité apparaît également lorsque celle-ci fait défaut. Depuis un arrêt du 10 juin 1997, la Cour de cassation écarte la sanction de la nullité en cas d'absence d'unanimité. Les syndicats non signataires, ayant émis des réserves au plus tard avant la date de dépôt des listes, sont recevables à demander au juge d'instance de fixer les modalités d'organisation et de déroulement du scrutin¹⁸⁵⁴. S'il n'a pas émis de réserves, il est irrecevable à agir. Un commentateur faisait récemment valoir que l'irrecevabilité se justifie, car les syndicats non-signataires qui n'ont émis aucune réserve sont réputés avoir adhéré au protocole¹⁸⁵⁵. Pour rappel, un syndicat non signataire peut être néanmoins lié par l'accord s'il y adhère postérieurement à la conclusion. Le consentement du syndicat serait donc présumé. A tout le moins, il résulterait d'une adhésion tacite déduite du comportement du syndicat. Loin de la démentir, cette jurisprudence renforce l'analyse proposée : la constatation du consentement des syndicats non-signataires, tacite ou présumé, est nécessaire pour que l'accord s'impose à eux. Bien qu'elle fasse défaut au moment de la conclusion de l'accord, l'unanimité réapparaît au moment de l'exécution de l'accord. On retrouve ici la proposition de M. J. Ghestin qui définit les personnes parties à l'accord, entendues comme les personnes liées par celui-ci, comme celles ayant contracté *ab initio* ou qui y ont consenti au stade de l'exécution¹⁸⁵⁶.

1035. Que ce soit en matière électorale ou que ce soit dans d'autres matières relatives à la représentation des salariés, l'unanimité repose sur l'idée que l'accord est un engagement entre

¹⁸⁵² Soc, 16 avril 1986, *Bull. Civ. V*, n° 134.

¹⁸⁵³ Soc, 9 juillet 1974, *Bull. civ. V*, n° 425.

¹⁸⁵⁴ Soc, 10 juin 1997, *R.J.S. 7/97*, n° 843, obs. C. Barberot, p. 815 ; *Adde* Soc, 12 juillet 2006, *R.J.S. 11/06*, n° 1205.

¹⁸⁵⁵ Note sous Soc, 6 octobre 2011, *Bull. civ. V*, n° 228, *R.J.S. 12/11*, n° 1004.

¹⁸⁵⁶ Art. préc., p. 777, et spéc. p. 790.

groupements. Suivant une telle conception, sans consentement de la part des syndicats, il est impossible de faire naître des obligations à leur charge. Seule l'unanimité permet alors de dépasser l'absence d'effet normatif conféré à ces accords.

1036. Par suite, le recul actuel de l'unanimité peut être lu comme la conséquence de l'effacement de la conception contractuelle et patrimoniale au profit d'une conception normative et statutaire des accords collectifs conclus dans ce domaine. Autrement dit, il traduit un changement de rationalité procédurale. L'avènement d'une conception normative et statutaire des accords collectifs sur la représentation des salariés se veut au service de l'intérêt collectif des salariés. La rationalité procédurale n'est plus celle de l'unanimité mais cède le pas à celle de la majorité¹⁸⁵⁷.

Paragraphe 2 – La recherche du consensus par l'accord "majoritaire" des syndicats

1037. Depuis la loi du 4 mai 2004, l'exigence majoritaire est devenue un principe général applicable à l'entrée en vigueur des accords collectifs de travail. Elle suppose que les auteurs de la norme. L'idée n'est pas neuve. A cet égard, Mme L. Bonnard-Plancke a rappelé utilement les écrits de Pirou et de Rouast¹⁸⁵⁸.

1038. Eclipsée pendant plusieurs décennies, l'idée majoritaire est réapparue et a été promue comme une condition nécessaire à l'entrée en vigueur des conventions et des accords collectifs de travail.

1039. Les accords qui ont pour objet la représentation des salariés ne font pas exception (A). Peut-être l'impression de diffusion de cette exigence est davantage perceptible dans ce domaine, où la dimension normative et statutaire des accords collectifs est en plein essor (B).

¹⁸⁵⁷ La formule mérite d'être nuancée. Le critère de la majorité n'est pas en effet le seul qui soit garant d'un intérêt collectif transcendant les intérêts particuliers. Le rapport entre intérêt général et majorité s'est progressivement imposé dans la pensée démocratique. Des auteurs tels qu'A. de Tocqueville ou E. Sieyès ont en effet soutenu que l'intérêt général est l'intérêt de la majorité (A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Flammarion, 1981, spéc. vol. 1, p. 343 ; E. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers-état ?* introduction E. Champion, Société de la révolution française, 1988, spéc. p. 74. J.-J. Rousseau défendait pour sa part l'idée d'unanimité bien qu'il admît que sa réalisation était impossible (J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Présentation P. Burgelin, G.F. Flammarion, 1992, spéc. Livre IV Chapitre II, pp. 147 s.). Sur le rapport entre la persistance de l'unanimité et l'invention de la majorité, P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique, op. cit.*, p. 40 et p. 47.

¹⁸⁵⁸ L. Bonnard-Plancke, « Convention collective et collectivité de travail. Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective », *Dr. soc.* 2005, p. 866.

A. La diffusion de l'exigence majoritaire

1040. La diffusion de l'exigence majoritaire en matière de représentation des salariés passe par deux biais. D'une part, l'exigence majoritaire est apparue avec la réforme du droit commun de la négociation collective auquel étaient soumis de nombreux accords conclus dans ce domaine (1). D'autre part, elle fut spécialement prévue pour la conclusion d'accords collectifs propres à la représentation des salariés, connaissant ainsi des déclinaisons particulières (2).

1. Les accords collectifs relatifs à la représentation des salariés soumis au droit commun de la négociation collective

1041. Un rappel préalable des règles d'entrée en vigueur des accords collectifs de travail permet d'apprécier l'importance prise par l'exigence majoritaire (a). Partant, elle sera requise toutes les fois où la loi permet la conclusion d'un accord collectif de travail en matière de représentation des salariés.

a) Les règles d'entrée en vigueur des accords collectifs de travail de droit commun

1042. L'exigence majoritaire fut introduite en 1982, au moment de la reconnaissance des premiers accords dérogatoires à la loi, sous la forme d'une absence d'opposition de la part des syndicats majoritaires¹⁸⁵⁹. Elle fut généralisée, dans son principe, par la loi du 4 mai 2004, à l'ensemble des accords collectifs, quel que soit leur niveau de conclusion¹⁸⁶⁰.

1043. Le principe alors choisi consistait alors à soumettre l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord à l'absence d'opposition des syndicats non signataires. L'opposition

¹⁸⁵⁹ Art. L. 132-26 C. trav. anc. – « Dans un délai de huit jours à compter de la signature d'une convention ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement, ou d'un avenant ou d'une annexe, comportant des clauses qui dérogent soit à des dispositions législatives ou réglementaires, lorsque lesdites dispositions l'autorisent, soit, conformément à l'article L. 132-24, à des dispositions salariales conclues au niveau professionnel ou interprofessionnel, la ou les organisations syndicales qui n'ont pas signé l'un des textes en question peuvent s'opposer à son entrée en vigueur, à condition d'avoir recueilli les voix de plus de la moitié des électeurs inscrits lors des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ». Cette règle était également requise en cas de révision d'un accord collectif.

¹⁸⁶⁰ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *J.O.R.F.* 5 mai 2004, p. 7983. Voir J.-E. Ray, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590 ; G. Borenfreund, « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon du 4 mai 2004 », art. préc., p. 7. Il convient de rappeler que la loi du 4 mai 2004 s'est inspirée sur ce point de la position commune du 16 juillet 2001 *sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective* préconisant cette mesure au paragraphe 1.2.

était exprimée soit par la majorité des syndicats, s'agissant des accords nationaux interprofessionnels et les accords de branche, soit par les syndicats majoritaires, s'agissant des accords d'entreprise, d'établissement ou de groupe. Par ailleurs, la loi du 4 mai 2004 habilitait les interlocuteurs sociaux de la branche à "basculer" vers une majorité d'approbation. Lorsqu'ils le décidaient, la validité des accords de branche et/ou les accords d'entreprise était subordonnée à leur conclusion par des syndicats majoritaires¹⁸⁶¹.

1044. Avec la loi du 20 août 2008, « *l'idée majoritaire prend du muscle avec l'instauration d'une double condition de validité* »¹⁸⁶². Négocié par l'ensemble des organisations syndicales représentatives¹⁸⁶³, la convention ou l'accord collectif de travail doit être conclu par celles d'entre elles qui représentent au moins trente pourcents des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise¹⁸⁶⁴. De plus, l'entrée en vigueur de l'accord est subordonnée à l'absence d'opposition de la part des syndicats représentatifs non signataires de l'accord ayant recueilli au moins cinquante pourcents des suffrages exprimés à ces mêmes élections¹⁸⁶⁵. Cette règle constitue la règle de droit commun régissant la conclusion des conventions et des accords collectifs de travail. Elle exprime l'exigence majoritaire à laquelle

¹⁸⁶¹ Art. L. 2232-6 et anc. Art. L. 2232-12 s. *C. trav.* Jusqu'à la première mesure dans l'audience dans les branches professionnelles, les dispositions issues de la loi applicables continuent de régir la conclusion des accords collectifs de branche. Cette première mesure de l'audience doit avoir lieu en principe au plus tard le 21 août 2013. Cf. art. 12.I de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

¹⁸⁶² M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective », *R.D.T.* 2009, p. 14.

¹⁸⁶³ Désormais, pour être représentatif, un syndicat doit avoir recueilli une certaine audience au premier tour des élections professionnelles dans l'entreprise. Le seuil d'audience requis est de 10 % au niveau de l'entreprise (Art. L. 2122-1 *C. trav.*) et de 8 % aux niveaux professionnel et national interprofessionnel (Art. L. 2122-5 et L. 2122-9 *C. trav.*). En outre, au niveau de l'entreprise, le délégué syndical habilité à négocier et conclure les accords d'entreprise doit, en principe, avoir été candidat et avoir obtenu personnellement 10 % de suffrages exprimés (art. L. 2143-3 *C. trav.*).

¹⁸⁶⁴ Art. L. 2232-2 relatif à la conclusion des accords nationaux interprofessionnels ; Art. L. 2232-6 relatif à la conclusion de la convention de branche ou des accords professionnels ; Art. L. 2232-12 relatif à la conclusion des accords d'entreprise. Les pourcentages ne sont toutefois pas calculés de la même manière au niveau de l'entreprise d'une part, et au niveau de la branche et national interprofessionnel d'autre part. Au niveau de l'entreprise, le seuil d'audience est calculé parmi l'ensemble des syndicats ayant présenté des candidats aux élections professionnelles dans l'entreprise. Au niveau de la branche professionnelle et au niveau national interprofessionnel, il est calculé parmi les seuls syndicats représentatifs au niveau où la convention ou l'accord est conclu.

¹⁸⁶⁵ L'opposition est un acte écrit et motivé dans lequel les syndicats représentatifs, non signataires, et majoritaires, déclarent s'opposer à l'entrée en vigueur et justifient leur opposition (Art. L. 2231-8 *C. trav.*). Pour les accords d'entreprise, l'opposition doit être notifiée aux parties signataires dans un délai de huit jours à compter du jour où l'accord leur a été notifié (L. 2232-12 *C. trav.*). Pour les accords nationaux interprofessionnels et les accords de branche et professionnels, ce délai est de quinze jours (Art. L. 2232-2 al. 3 et L. 2232-6 al. 2 *C. trav.*). En cas d'opposition, l'accord est réputé non écrit (art. L. 2231-9 *C. trav.*).

l'entrée en vigueur des accords collectifs de travail est désormais soumise. A défaut d'être conclu par des syndicats ayant recueilli trente pourcents des suffrages exprimés ou en cas d'opposition majoritaire, l'accord est réputé non écrit.

1045. Par ailleurs, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, des accords collectifs de travail peuvent être conclus avec les représentants élus au comité d'entreprise, à défaut avec les délégués du personnel, ou à défaut avec un ou plusieurs salariés mandatés¹⁸⁶⁶. Ces agents alternatifs de négociation sont habilités à conclure des accords collectifs dans les domaines où la loi prévoit explicitement une telle conclusion. Seuls sont exclus les accords de méthode fixant les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise dans le cadre de la procédure des grands licenciements pour motif économique. L'entrée en vigueur des accords collectifs ainsi conclus est également soumise au respect d'une exigence majoritaire. Les accords conclus par les représentants élus des salariés le sont « *par des membres titulaires élus au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel titulaires représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles* »¹⁸⁶⁷. La conclusion d'accords par un salarié mandaté doit être suivie quant à elle par l'approbation de la majorité des salariés¹⁸⁶⁸.

b) Les accords collectifs relatifs à la représentation des salariés soumis au droit commun de la négociation collective

1046. L'article L. 2132-2 du Code du travail dispose que « *tout accord visant les conditions collectives de travail est conclu dans les conditions déterminées par le livre II* ». Comme l'affirmait M. Despax, « *ce renvoi explicite au chapitre du Code consacré aux Conventions collectives du travail, l'utilisation des termes extrêmement larges "tout contrat ou convention" montrent à l'évidence que le législateur a entendu par ce texte écarter la possibilité pour les syndicats de conclure des accords portant sur les conditions collectives de travail par des moyens autres que ceux prévus expressément par la loi* »¹⁸⁶⁹.

1047. Certains auteurs ont pu soutenir une position inverse. Privilégiant une conception contractuelle et patrimoniale des accords conclus dans ce domaine, ils estiment nécessaire la

¹⁸⁶⁶ Art. L. 2232-21 s. *C. trav.*

¹⁸⁶⁷ Art. L. 2232-22 *C. trav.*

¹⁸⁶⁸ Art. L. 2232-27 *C. trav.*

¹⁸⁶⁹ M. Despax, *Conventions collectives, op. cit.* n° 64, p. 91.

conclusion d’un accord unanime¹⁸⁷⁰. Cette position trouvait un prolongement dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui un temps a exigé l’unanimité en dehors même de la matière électorale.

1048. L’application du droit commun de la négociation et de la conclusion des accords collectifs de travail peut résulter de deux facteurs. Tout d’abord, elle est déduite de l’appartenance aujourd’hui acquise de la représentation des salariés au champ de la négociation collective. Ces accords doivent être conclus « *dans les conditions déterminées par le livre II* ». Ensuite, elle découle de l’absence de dispositions spéciales prévoyant des règles de conclusion spécifiques. Les articles L. 2141-10, L. 2312-6 et L. 2324-5 autorisent la conclusion d’accords collectifs plus favorables à la loi, respectivement en matière de droit syndical, en matière de désignation et d’attributions des délégués du personnel, en matière de fonctionnement et des pouvoirs du comité d’entreprise. Or, il ne fait plus de doutes aujourd’hui que ces accords sont des accords collectifs de droit commun.

1049. Par ailleurs, plusieurs dispositions récentes indiquent le sens suivi par le droit positif. L’accord ayant pour objet l’attribution des activités sociales et culturelles au comité central d’entreprise est un exemple. Auparavant la chambre sociale de la Cour de cassation exigeait la conclusion d’un accord unanime¹⁸⁷¹. Désormais, depuis la loi du 20 août 2008, l’article L. 2327-16 du Code du travail dispose : « *un accord entre l’employeur et une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans l’entreprise conclu dans les conditions prévues à l’article L. 2232-12, peut définir les compétences respectives du comité central et des comités d’établissement* ». Il est clair que le législateur prend ses distances avec la solution retenue dans l’arrêt du 30 juin 1993.

¹⁸⁷⁰ Cf. *supra* n°1016. *Adde.* J. Savatier, « Les accords collectifs relatifs aux pouvoirs et au fonctionnement du comité d’entreprise », *Dr. soc.* 1993, p. 870 et spéc. p. 875 : « *Il est sans doute souhaitable que certains accords collectifs concernant le comité d’entreprise soient conclus avec l’ensemble des organisations représentatives dans l’entreprise. C’est ce qu’exige le législateur pour les accords relatifs à la gestion d’œuvres communes par le comité central d’entreprise* » ; du même auteur à propos des accords sur le droit syndical, note sous Soc, 20 mars 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 568 M. Grévy, « Exercice du droit syndical dans l’entreprise : nature juridique des accords sur le droit syndical et licéité de la diffusion de tracts syndicaux », note sous Soc, 18 janvier 2011, *R.D.T.* 2011, p. 190.

¹⁸⁷¹ Soc, 30 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 191, préc.

Un autre exemple relatif aux institutions de représentation élue peut être trouvé dans les accords de méthode relatifs aux modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise¹⁸⁷².

1050. La préférence donnée au droit commun des accords collectifs de travail apparaît aussi en matière de droit syndical. L'arrêt précité du 30 avril 2003 précise que l'application de l'accord à l'ensemble des syndicats, signataires ou non, ne requiert pas l'unanimité des organisations syndicales¹⁸⁷³. Autrement, il s'agit d'un accord collectif de droit commun. Plus récemment, le 18 janvier 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation jugeait qu'« *un accord sur l'exercice des droits syndicaux conclu entre un employeur et des organisations syndicales de salariés représentatives dans l'entreprise est un accord collectif de travail et qu'en conséquence sa validité est soumise aux conditions prévues au titre troisième du livre deuxième de la partie du Code du travail traitant des relations collectives de travail* »¹⁸⁷⁴.

1051. De manière plus surprenante, le législateur recourt au droit commun de la négociation collective s'agissant d'objets de négociation pourtant liés au processus électoral. Ceci participe sans nul doute au phénomène d'attraction du droit de la négociation collective. Certains sujets de négociation, tels que les heures de délégation données aux candidats, peuvent se rattacher aux élections sans que ce lien ne soit nécessaire¹⁸⁷⁵. D'autres clauses encore, étrangères au processus électoral, peuvent avoir une influence sur les conditions de son déroulement. Par exemple, les clauses relatives aux conditions d'électorat ou d'éligibilité modifient l'importance et la composition du corps électoral. Pourtant elles peuvent être prévues par un accord collectif de droit commun¹⁸⁷⁶.

Cette tendance vers un élargissement du droit commun de la négociation collective de droit commun semble se confirmer. Depuis la loi du 2 août 2005, la durée légale des mandats, fixée à quatre ans¹⁸⁷⁷, peut être réduite par accord jusqu'à deux ans¹⁸⁷⁸. Cet accord peut être

¹⁸⁷² Cf. Art. L. 1233-21 ; L. 2242-15 ; L. 2323-61 *C. trav.*

¹⁸⁷³ Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ. V*, n° 155.

¹⁸⁷⁴ Soc, 18 janvier 2011, n° 09-12.240 (inédit) ; *R.D.T.* 2011, p. 190, obs. M. Grévy.

¹⁸⁷⁵ Soc, 23 juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 302, préc.

¹⁸⁷⁶ Soc, 18 octobre 1972, *Bull. Civ. V*, n° 553 ; Soc, 26 mai 1977, *Bull. civ. V*, n° 352 ; Soc, 25 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 208.

¹⁸⁷⁷ Art. L. 2314-26 *C. trav.* pour les délégués du personnel ; Art. L. 2324-24 *C. trav.* pour les représentants élus au comité d'entreprise ; L. 2333-3 *C. trav.* pour les représentants désignés au comité de groupe.

conclu au niveau de la branche, du groupe ou de l'entreprise¹⁸⁷⁹. L'exigence d'un accord collectif conclu dans les conditions de droit commun vaut également s'agissant du recours au vote électronique¹⁸⁸⁰. Un arrêt du 28 septembre 2011 l'a précisé : « *si le protocole d'accord préélectoral fixant les modalités de mise en œuvre du vote électronique doit, pour être valable, satisfaire aux conditions de majorité prévues aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-3-1 du code du travail, l'accord d'entreprise autorisant le recours au vote électronique est soumis aux seules conditions de validité prévues à l'article L. 2232-12 du code du travail* »¹⁸⁸¹.

1052. Pourtant, compte tenu des objets de négociation, il aurait pu être jugé opportun que l'ensemble des syndicats appelés à participer aux élections dans l'entreprise décident de la périodicité des élections ou du recours au vote électronique.

En effet, la conclusion d'un accord collectif de droit commun n'est ouverte qu'aux seuls syndicats représentatifs alors que la participation aux élections est désormais également ouverte à certains syndicats non-représentatifs. De surcroît, l'élection ne permet plus seulement la désignation des représentants élus dans l'entreprise mais elle détermine également la représentativité des syndicats.

Partant, il aurait été plus respectueux de la liberté syndicale si les syndicats représentatifs n'avaient pas pu imposer à l'ensemble des syndicats présents dans l'entreprise les conditions de leur future confrontation.

Cette remarque vaut particulièrement pour la détermination de la durée des mandats. Disposer de la qualité de syndicat représentatif est désormais chose inconstante. La satisfaction d'un seuil d'audience est désormais indispensable. Dès lors, l'acquisition de la représentativité syndicale devient contingente et se voit rythmée par les échéances électorales. Les "petits" syndicats ont alors intérêt à ce que des élections soient organisées à brèves échéances pour espérer devenir ou redevenir représentatifs plus rapidement. Au contraire, les "gros" syndicats,

¹⁸⁷⁸ Art. L. 2314-27 *C. trav.* pour les délégués du personnel ; Art. L. 2324-25 *C. trav.* pour les représentants au comité d'entreprise ; Art. L. 2333-3 al. 2 *C. trav.* pour les représentants désignés au comité de groupe.

¹⁸⁷⁹ Soc, 24 mai 2006, *Bull. Civ. V*, n° 187 ; *R.D.T.* 2006, p. 403, obs. S. Nadal ; *J.C.P.* éd. S 2006, p. 1646, obs. J.-F. Césaro ; F. Vélot, « Dérogation à la durée des mandats : rappel à la loi », *S.S.L.* 12 juin 2006, n° 1266, p. 14 : « *un protocole préélectoral ne peut prévoir une dérogation à la durée légale des mandats fixée à quatre ans par les articles L. 433-12 et L. 423-16 du code du travail dans leur rédaction issue de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, dans des conditions autres que celles prévues à l'article 96, alinéa 4, de cette même loi* ».

¹⁸⁸⁰ Art. L. 1233-21 ; L. 2314-21 ; L. 2324-19 *C. trav.*

¹⁸⁸¹ Soc, 28 septembre 2011, n° 10-27.370 (publié au Bulletin) ; *R.J.S.* 11/12, n° 1005, p. 874.

qui sont sûrs de le rester, ont davantage intérêt à ce que la périodicité des élections soit faible pour limiter la variation de leur audience et le risque de sa diminution.

1053. S'agissant du recours au vote électronique, le risque pour la liberté syndicale est peut-être moins grand. Certes, les syndicats représentatifs décident seuls de recourir au vote électronique. Néanmoins, les syndicats non-représentatifs qui participent aux élections pourront influencer certains choix lorsque, dans le cadre de la négociation préélectorale, il s'agira de fixer les modalités de mise en œuvre du vote électronique.

1054. Si la logique statutaire est davantage perceptible dans l'accord conclu par les seuls syndicats représentatifs, elle n'est pas absente dans le protocole d'accord préélectoral. Egaleme nt soumis à une exigence majoritaire, celui-ci n'est plus traversé uniquement par une logique de confrontation entre organisations syndicales.

2. La déclinaison de l'exigence majoritaire et les accords spéciaux en matière de représentation des salariés

L'exigence majoritaire régit la conclusion de deux accords collectifs dont l'objet est propre à la représentation des salariés. Elle est requise, d'une part, pour la conclusion du protocole d'accord préélectoral (a) et, d'autre part, pour celle des accords mettant en place une représentation des salariés dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire et dans la société européenne (b).

a) La déclinaison de l'exigence majoritaire en matière électorale

1055. Auparavant soumise à la signature de l'ensemble des organisations syndicales invitées à le négocier¹⁸⁸², la conclusion du protocole d'accord préélectoral est aujourd'hui subordonnée à une double exigence majoritaire (i). Cette règle est devenue le droit commun de la négociation préélectorale (ii). Malgré tout, des doutes persistent à propos des cadres de représentation (iii).

¹⁸⁸² Soc, 6 mai 1985, *Bull. civ. V*, n° 276 ; *D.* 1985, p. 349 ; Soc, 23 juin 1999, *Bull. civ. V*, n° 302 ; *D.* 1999, p. 191 ; *R.J.S.* 1999, p. 688, n° 1098 : « *les dispositions de nature électorale ne s'imposent au juge et aux parties qu'en cas d'accord préélectoral unanime* ».

i. La règle de la double exigence majoritaire

1056. Depuis l’adoption de la loi du 20 août 2008, la négociation préélectorale n’est plus réservée aux seuls syndicats représentatifs¹⁸⁸³. Ceci résulte de la possibilité ouverte aux syndicats non-représentatifs de présenter des listes au premier tour des élections professionnelles dans l’entreprise¹⁸⁸⁴ ; et, plus loin dans la chaîne des causalités, cela tient à la centralité acquise par le critère de l’audience électorale en matière de représentativité syndicale¹⁸⁸⁵.

1057. En vertu des articles L. 2314-3-1 pour l’élection des délégués du personnel et L. 2324-4-1 pour celle du comité d’entreprise, le protocole d’accord préélectoral est conclu, d’une part, par la majorité des syndicats ayant participé à sa négociation et d’autre part, par les syndicats représentatifs ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections. Toutefois, lorsque ces résultats ne sont pas disponibles, seule la majorité des syndicats représentatifs dans l’entreprise est requise.

1058. En premier lieu, l’accord doit être conclu par une majorité en nombre de syndicats. Cette majorité est celle des syndicats qui ont participé à la négociation préélectorale et non de tous ceux qui ont reçu une invitation¹⁸⁸⁶. Cette condition prend davantage en compte l’intérêt des syndicats, personnes morales, intéressés à la tenue des élections.

1059. En second lieu, les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 conditionnent l’entrée en vigueur du protocole d’accord préélectoral à sa signature par des syndicats représentatifs ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections. Ce sont les résultats des dernières élections qui seront pris en compte, c’est-à-dire ceux des élections

¹⁸⁸³ Auparavant, le Code du travail réservait cette invitation aux « *organisations syndicales intéressées* », c’est-à-dire à celles qui avaient vocation à présenter des candidats au premier tour. Or seules les syndicats représentatifs dans l’entreprise étaient habilités à le faire. Néanmoins, cette prérogative reste réservée aux syndicats professionnels. Une personne morale qui n’a pas la qualité de syndicat ne peut prétendre présenter une liste de candidats : Soc, 27 janvier 2010, *Bull. civ. V*, n° 21.

¹⁸⁸⁴ Art. L. 2314-8 et L. 2324-11 *C. trav.* cf. L. Pécaut-Rivolier, « Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008 : révolution ou statu quo ? », *Dr. soc.* 2011, p. 82.

¹⁸⁸⁵ Art. L. 2121-1 - 5° *C. trav.*

¹⁸⁸⁶ Sont invités à négocier, soit par courrier soit par voie d’affichage, les syndicats représentatifs dans l’entreprise, les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel, les syndicats ayant constitué une section syndicale dans l’entreprise, ainsi que les syndicats, dont le champ professionnel et géographique couvre l’entreprise, répondant aux critères de l’indépendance, du respect des valeurs républicaines et de l’ancienneté de deux ans. Pour cette dernière catégorie de syndicats, cf. Soc, 22 septembre 2010, *Bull. civ. V*, n° 185.

vieilles de quatre années. Ce second pan de l'exigence majoritaire garantit l'intérêt collectif de la collectivité des salariés de l'entreprise représentée par les syndicats représentatifs à ce niveau.

1060. L'apparition de nouveaux syndicats intéressés à la négociation préélectorale a conduit à une déclinaison particulière de l'exigence majoritaire. Une telle déclinaison n'a pas tant pour effet de mettre en lumière la spécificité de la négociation préélectorale. Le passage de l'unanimité à une exigence majoritaire poursuit en réalité le rapprochement de cette négociation vers le droit commun de la négociation collective. Elle se voit appliquer les mêmes principes, quoiqu'ils aient été adaptés¹⁸⁸⁷. La même inspiration inspire la négociation collective de droit commun et la négociation préélectorale. Progressivement s'efface l'idée que le protocole préélectoral est un « *pacte entre organisations syndicales rivales* »¹⁸⁸⁸.

ii. La double exigence majoritaire : droit commun de la négociation préélectorale

1061. Certaines dispositions prévoient la conclusion d'un accord préélectoral. Elles précisent alors que l'accord doit être « *conclu dans les conditions prévues par l'article L. 2314-3-1 du code du travail [ou par l'article L. 2324-4-1 s'il s'agit de l'élection des représentants au comité d'entreprise]* ». Il en va ainsi des clauses purement électorales telles que les clauses de répartition du personnel de l'entreprise dans les différents collèges électoraux ainsi que celle des sièges entre chaque collège¹⁸⁸⁹. D'autres clauses, qui ne sont pas liées directement ou exclusivement à l'organisation des élections, y sont également soumises. Ainsi, en vertu de l'article L. 2324-14, l'augmentation du nombre de représentants élus au comité d'entreprise doit être prévue par un accord conclu dans les mêmes conditions que le protocole d'accord préélectoral¹⁸⁹⁰. La conclusion d'un accord préélectoral est également obligatoire pour fixer les

¹⁸⁸⁷ P. Lokiec, *Droit du travail*, Tome 2, P.U.F., Thémis, 2011.

¹⁸⁸⁸ A. Supiot, « Les accords préélectorales », *Dr. soc.* 1988, p. 115, spéc. p. 115.

¹⁸⁸⁹ Avant l'adoption de la loi du 20 août 2008, la Cour de cassation avait écarté l'exigence d'unanimité : Soc, 12 juin 2002, *Bull. civ. V*, n°203, préc. Voir également Soc, 8 novembre 2006, *Bull. civ. V*, n° 333, préc. : dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que les clauses contenues dans des accords non unanimes s'imposent aux juges du fond qui doivent en faire application. Toutefois, en 2008, le législateur s'écarte de cette solution prévoyant expressément que cette répartition doit être prévue par un accord conclu dans les conditions des articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail c'est-à-dire répondant à l'exigence de la double majorité.

¹⁸⁹⁰ La loi reste en revanche silencieuse s'agissant de l'augmentation du nombre de délégués du personnel.

conditions de l'élection du délégué de site si celle-ci est décidée par l'inspecteur du travail¹⁸⁹¹. Enfin, suivant les articles L. 2322-5 et L. 2314-31, le protocole d'accord préélectoral prévoit la division de l'entreprise en établissements distincts¹⁸⁹².

Parallèlement à ces dispositions expresses qui renvoient de manière certaine à la négociation préélectorale, il demeure des sujets relatifs aux élections sur lesquels la loi invite simplement, ou rend possible, la négociation : les voies et moyens en vue d'atteindre une représentation équilibrée des femmes et des hommes sur les listes de candidatures¹⁸⁹³ ; les moyens de faciliter, s'il y a lieu, la représentation des salariés travaillant en équipes successives ou dans des conditions qui les isolent des autres salariés¹⁸⁹⁴ ; la répartition des sièges des représentants du personnel dans les entreprises de travail temporaire en vue d'assurer une représentation équitable du personnel permanent et du personnel temporaire¹⁸⁹⁵, etc.

1062. Lors de l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, l'étendue de la double exigence majoritaire prévue par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail était incertaine. Certaines dispositions n'ont pas été modifiées par la loi du 20 août 2008, de sorte que la référence à un accord conclu « *entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées* » pouvait être diversement interprétée. Il en fut ainsi par exemple des articles L. 2314-23 et L. 2324-20 du Code du travail qui prévoient la conclusion d'un accord sur les modalités d'organisation et de déroulement des opérations électorales. Les auteurs se sont interrogés. Certains sont demeurés dubitatifs¹⁸⁹⁶. D'autres ont interprété l'abstention du législateur comme maintenant la condition d'unanimité¹⁸⁹⁷. D'autres encore ont considéré

¹⁸⁹¹ Art. L. 2312-5 *C. trav.* Dans les établissements de moins de onze salariés et dont l'activité s'exerce sur un même site où sont employés durablement cinquante salariés et plus, l'inspecteur du travail peut en effet imposer l'élection d'un délégué de site lorsque la nature et l'importance des problèmes communs aux entreprises du site le justifient.

¹⁸⁹² V. également l'article L. 2327-7 *C. trav.*

¹⁸⁹³ Art. R. 2314-4 et L. 2324-6 *C. trav.*

¹⁸⁹⁴ Art. L. 2314-12 *C. trav.*

¹⁸⁹⁵ Art. L. 2314-13 et L. 2324-7 *C. trav.*

¹⁸⁹⁶ L. Pécaut-Rivolier. « La représentation du personnel dans l'entreprise », *R.D.T.* 2009, p. 490 ; M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le guide des élections professionnelles*, Dalloz, 2009.

¹⁸⁹⁷ F. Petit, « Les représentants du personnel - les élections », *Rép. Droit du travail*, Dalloz, mai 2009, n° 85 ; P.-Y. Verkindt, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 2009 p. 648, et spéc. p. 654 : « *Compte tenu de la lettre des articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail (« la validité du protocole d'accord préélectoral conclu entre l'employeur et les organisations syndicales intéressées... »), il était permis de penser que la règle de la double majorité trouverait à s'appliquer dans toutes les hypothèses. Or, la combinaison des textes montre qu'il n'en est rien. Le nouveau mécanisme de validation des accords préélectoraux n'est applicable que dans les situations où le texte renvoie explicitement aux articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail* ».

qu'il convenait désormais de faire application des règles régissant la conclusion du protocole d'accord préélectoral¹⁸⁹⁸.

1063. La Cour de cassation a mis fin à l'interrogation et a tranché en faveur de cette dernière lecture. Dans un arrêt du 2 mars 2011, elle a jugé que les articles L. 2314-4-1 et L. 2324-4-1 du Code du travail, qui subordonnent l'entrée en vigueur du protocole d'accord préélectoral, au respect d'une double exigence de majorité, constituaient « *les conditions de droit commun de validité du protocole préélectoral* »¹⁸⁹⁹. Plus clairement, un arrêt du 6 octobre 2011 décide : « *sauf disposition légale différente, les clauses du protocole préélectoral sont soumises aux conditions de validité définies par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail* »¹⁹⁰⁰. Le principe est l'exigence de la double majorité ; l'unanimité est une règle d'exception, qui ne vaut que si un texte la prévoit. Et pour dissiper définitivement toute hésitation, la Cour de cassation l'a également affirmée à propos de la révision d'un protocole préélectoral : tout avenant, y compris lorsqu'elles portent sur le calendrier, sont soumis à la double exigence majoritaire¹⁹⁰¹.

Enfin, dans un arrêt du 26 septembre 2012, la Cour de cassation a précisé la portée de cette exigence. Lorsque le protocole d'accord préélectoral ne saistait pas aux conditions de majorité, la saisine de l'administration pour déterminer le nombre d'établissements distincts, répartir les sièges et les électeurs dans les différents collèges, suspend le processus électoral et proroge les mandats en cours jusqu'aux résultats du premier tour du scrutin¹⁹⁰².

iii. Les doutes persistants entourant la détermination conventionnelle des cadres de représentation

1064. En dépit de la solution apportée par la Cour de cassation, deux questions liées à la détermination conventionnelle demeurent en suspens : la reconnaissance conventionnelle de l'unité économique et sociale et la configuration conventionnelle du groupe en vue de la constitution d'un comité de groupe.

¹⁸⁹⁸ M. Cohen, *op. cit.* p. 292.

¹⁸⁹⁹ Soc, 2 mars 2011, n°09-60.419 (FS-PB); *R.J.S.* 1/12, p. 17.

¹⁹⁰⁰ Soc, 6 octobre 2011, n° 11-60.035 (FS-PBR); *R.J.S.* 12/11, n°1004. Cf. également, chronique Y. Struillou, « Organisation et déroulement des opérations électorales : quelle condition de majorité ? », *R.J.S.* 1/12, p. 9.

¹⁹⁰¹ Soc, 26 octobre 2011, n° 10-27.134 ; *R.J.S.* 1/12, n° 63.

¹⁹⁰² Soc, 26 septembre 2012, n° 11-60.231, *J.C.P.* éd. S 2012.1420, rapp. L. Pécaut-Rivolier.

1065. Suivant l’article L. 2322-4 du Code du travail, « *lorsqu’une unité économique et sociale regroupant cinquante salariés ou plus est reconnue par convention ou par décision de justice entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d’un comité d’entreprise commun est obligatoire* ».

1066. A supposer que la reconnaissance de l’unité économique et sociale relève bien du champ de la négociation préélectorale¹⁹⁰³, le régime de conclusion de l’accord demeure incertain : l’accord est-il un accord unanime ou est-il soumis « *aux conditions de validité définies par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail*? »

1067. Pour certains auteurs, un accord unanime reste requis. Il s’agirait d’une position de prudence¹⁹⁰⁴. En premier lieu, la loi du 20 août 2008 n’a pas modifié la disposition de l’article L. 2322-4. Le législateur n’aurait donc pas souhaité revenir sur la jurisprudence antérieure à cette loi. La Cour de cassation elle-même a maintenu l’exigence d’un accord unanime après l’entrée en vigueur de cette loi¹⁹⁰⁵. En second lieu, la reconnaissance de l’unité économique et sociale a une influence sur la composition des collèges électoraux et plus généralement sur la structure du corps électoral¹⁹⁰⁶. Or cette question ne peut faire l’objet d’un accord que s’il est unanime.

1068. Pourtant, l’exigence d’un accord unanime est discutable et des auteurs estiment au contraire que l’unanimité « *n’est plus guère requise* »¹⁹⁰⁷. Tout d’abord, si les trois arrêts précités ont été rendus postérieurement à l’entrée en vigueur à la loi du 20 août 2008, ils concernent des accords conclus sous l’empire des anciennes dispositions. Ces décisions ne

¹⁹⁰³ Cette disposition soulève une première question précédemment traitée, celle de savoir si cet objet de négociation relève du droit commun de la négociation collective ou s’il est régi par les règles spéciales de la négociation préélectorale. Brièvement et pour rappel, l’unité économique et sociale n’est pas seulement le cadre d’organisation des élections. Elle est un cadre d’implantation de toutes les institutions de représentation des salariés dans l’entreprise. L’unité économique et sociale peut être reconnue avant la mise en place des institutions représentatives.

¹⁹⁰⁴ S. Béal, M.-N. Rouspide, « Le casse-tête du protocole d’accord préélectoral », *S.S.L.* 2010, n° 1439 supplément.

¹⁹⁰⁵ Soc, 31 mars 2009, *Bull. civ. V*, n° 96 : « *le périmètre de l’unité économique et sociale dans lequel [doit] être organisées les élections au comité d’entreprise [fait] l’objet [soit] d’un protocole d’accord préélectoral unanime [soit] d’une décision de justice préalablement aux élections* » ; Soc, 10 mars 2010, n° 09-60.225 (inédit). Cité par M. Grévy, « syndicats professionnels (I – Droit syndical dans l’entreprise) », *Rép. Droit du travail* Dalloz, octobre 2010, mise à jour janvier 2012), n° 237 ; Soc, 10 novembre 2010, *Bull. civ. V*, n° 256 (1^{er} moyen).

¹⁹⁰⁶ M. Cohen, *Le droit des comités d’entreprise*, L.G.D.J., 8^{ème} édition, p. 91.

¹⁹⁰⁷ P.-Y. Verkindt, « Les élections professionnelles dans l’entreprise », *Dr. soc.* 2009, p. 648 et s., spéc. p. 651.

préjugent pas de la position de la Cour de cassation depuis la loi du 20 août 2008. Ensuite, cette dernière décide désormais que « *sauf disposition légale différente, les clauses du protocole préélectoral sont soumises aux conditions de validité définies par les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail* »¹⁹⁰⁸. L'unanimité ne constitue donc plus le principe régissant la validité du protocole d'accord préélectoral. Dans la mesure où elle ne figure pas explicitement dans l'énoncé de l'article L. 2322-4 du Code du travail, l'unanimité ne dispose plus d'aucun fondement légal ; la double exigence de majorité serait alors de mise. Enfin, et de manière plus fondamentale, « *le législateur a voulu que, dans l'hypothèse où plusieurs personnes juridiquement distinctes forment une U.E.S., ce soit sur la base de cette entreprise unique que soient mises en place les institutions représentatives du personnel. Pour tenir compte de la réalité de cette entreprise unique, il faut éviter qu'un syndicat minoritaire puisse s'opposer à cette mise en place, acceptée par les autres organisations* »¹⁹⁰⁹.

1069. Les mêmes débats et les mêmes hésitations traversent la configuration du groupe, cadre de mise en place du comité de groupe et incompatible avec l'unité économique et sociale¹⁹¹⁰.

En vertu de l'article L. 2333-5 du Code du travail, un comité de groupe est constitué au sein du groupe dont la configuration est définie « *à la suite d'un accord des parties intéressées, soit à défaut, par une décision de justice* ». A dire vrai, les incertitudes concernent, outre les clauses sur la mise en place du comité de groupe, celles qui ont trait à leur fonctionnement et à leur composition.

1070. Une question préalable se pose alors. Il s'agit de savoir si l'accord de configuration du groupe, dont la conclusion est prévue par la loi, se distingue des accords se rapportant à la

¹⁹⁰⁸ Soc, 6 octobre 2011, *Bull. civ. V*, n° 228 ; *R.J.S.* 12/11, n°1004. Cf. également, chronique Y. Struillou, « Organisation et déroulement des opérations électorales : quelle condition de majorité ? », *R.J.S.* 1/12, p. 9.

¹⁹⁰⁹ J. Savatier, note sous Soc, 26 mai 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 917 et spéc. p. 918. Nous soulignons.

¹⁹¹⁰ Soc, 20 octobre 1999, *Bull. civ. V*, n° 391 ; *T.P.S.* 1999 n° 430 ; *JCP* éd. E 2000 p. 944 obs. F. Bousez ; *J.C.P.* éd. E 2000 p. 980, note C. Morin ; *D.* 2000, p. 385, obs. A. Arseguel ; *R.J.S.* 1/00 n° 65 et 68 ; Soc, 25 janvier 2006, *Bull. civ. V*, n° 34 ; *J.C.P.* éd. S 2006, p. 34, obs. R. Vatinet ; *Dr. soc.* 2006, p. 468, obs. J. Savatier ; *R.F.* 2007, p. 144 ; *Adde*, M. Cohen, « Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale », *R.J.S.* 3/01, p. 183. En revanche, un groupe peut être composé d'une unité économique et sociale : Soc, 30 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 191 ; *Dr. soc.* 2001 p 1129, note J. Savatier ; *Dr. ouv.* 2001 p. 383 note P. Bouaziz.

composition et au fonctionnement du comité de groupe, qui, pour leur part, ne sont pas explicitement prévus par le Code du travail¹⁹¹¹.

1071. L’idée d’une distinction est défendue notamment par M. Cohen et M. L. Millet¹⁹¹². Pourtant, dans un arrêt du 4 mai 1994, la Cour de cassation a jugé que les syndicats disposant d’élus aux comités d’entreprise ou d’établissement au sein du groupe pouvaient négocier aussi bien l’accord de configuration du groupe que l’accord sur le fonctionnement du comité de groupe¹⁹¹³. Un arrêt du 30 mars 2010 semble retenir la même solution : le droit commun des accords de groupe issu des lois des 4 mai 2004 et 20 août 2008, n’est applicable ni aux accords de configuration du groupe ni aux accords relatifs au fonctionnement du comité de groupe¹⁹¹⁴. Cependant, la mise à l’écart des dispositions de la loi du 4 mai 2004 ne permet pas vraiment d’affirmer si, depuis la loi du 20 août 2008, un régime de conclusion unique s’applique aux accords de configuration du groupe et à ceux qui régissent le fonctionnement et la composition du comité de groupe. La seule certitude apportée par l’arrêt rendu le 30 mars 2010 est la suivante : « *les dispositions de la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relatives aux accords conclus au sein d’un groupe [...] n’ont pas modifié les accords relatifs au comité de groupe lesquels n’exigent pas une représentativité dans l’ensemble du groupe ou dans l’ensemble des entreprises concernées* »¹⁹¹⁵.

1072. Depuis la loi du 20 août 2008, l’enjeu d’une distinction entre ces deux sortes d’accord est double. Il ne s’agit plus seulement de savoir quelles sont les parties à la négociation. Il s’agit encore de déterminer si ces accords peuvent répondre à des régimes de conclusion différents. Unanimité, double exigence majoritaire ou simple exigence majoritaire ?

¹⁹¹¹ A moins de considérer que l’article L. 2325-4 concerne également l’institution du comité de groupe. Selon l’article L. 2325-4 du Code du travail, « *Les dispositions du présent titre ne font pas obstacle aux dispositions plus favorables relatives au fonctionnement ou aux pouvoirs du comité d’entreprise résultant d’accords collectifs de travail ou d’usages* ».

¹⁹¹² M. Cohen, L. Millet, *Le droit des comités d’entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J. 2009, pp. 183 s.

¹⁹¹³ Soc, 4 mai 1994, *Bull. civ. V*, n° 164 ; *Dr. soc.* 1994, p. 694, obs. G. Borenfreund ; R.J.S. 1994, n° 875 et Rapp. P. Waquet, p. 690 ; *Dr. ouv.* 1995, p. 23.

¹⁹¹⁴ Soc, 30 mars 2010, *Bull. Civ. V*, n° 82 ; *L.S.Q.* n° 15594, p. 1 ; E. Jeansen, « Négociation des accords relatifs au fonctionnement du groupe », *J.C.P.* éd. S, 2010, p. 1206. Ce dernier s’interroge sur une possible distinction entre accord de configuration du groupe et accord sur le fonctionnement du comité de groupe en concluant cependant sur la fragilité des arguments qui soutiendraient une telle distinction.

¹⁹¹⁵ Soc, 30 mars 2010, *Bull. Civ. V*, n° 82 préc.

1073. Certains auteurs, favorables à l'idée d'une distinction entre ces deux objets de négociation, ont soutenu que le droit commun de la négociation collective est applicable aux accords relatifs à la configuration du groupe¹⁹¹⁶. En revanche, l'unanimité serait requise, non seulement pour modifier le nombre et la composition des collèges électoraux et la répartition des sièges entre les collèges et entre les organisations syndicales, mais encore pour fixer le nombre de représentants au comité de groupe¹⁹¹⁷. Pour les autres, l'unanimité serait la seule règle de conclusion des accords relatifs au comité de groupe. Telle est la position défendue notamment M. P. Lokiec¹⁹¹⁸ ou encore par M. R. De Quenaudon¹⁹¹⁹.

1074. La question d'une distinction entre accord de configuration du groupe et accord sur la mise en place et le fonctionnement du comité de groupe a reçu une réponse négative de la part de la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt rendu le 30 mars 2010¹⁹²⁰. Partant, elle annule l'accord sur le comité de groupe du groupe *Total*¹⁹²¹. Les syndicats l'invitaient pourtant à distinguer entre les clauses plus favorables à la loi, conclues conformément au droit commun de la négociation collective, et les clauses fondées sur l'article L. 2233-5 du Code du travail relatives à la reconnaissance du groupe et à la constitution du comité de groupe. Selon la Cour d'appel de Versailles, cela « *supposerait qu'au cours d'une même négociation, les partenaires et parties intéressées puissent varier et qu'en conséquence de cette variation, certains soient invités à quitter la table des négociations* ». Elle s'y refuse. Selon elle, « *les moyens d'un comité de groupe sont conséquents de sa mise en place* », de sorte que « *les parties intéressées à la*

¹⁹¹⁶ M. Cohen, L. Millet, *op. cit.* p. 183 : « *les parties intéressées sont les employeurs et une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives des entreprises du groupe. [...]. L'accord des parties intéressées sur la configuration du groupe, visé à l'article L. 2333-5, est l'accord négocié et signé par une ou plusieurs organisations de salariés représentatives des entreprises du groupe, conformément au droit des conventions collectives* ». Adde. P. Langlois, « Articulation du comité de groupe avec les autres instances représentatives », *S.S.L.* 1985, supplément n° 266, p. XIV.

¹⁹¹⁷ M. Cohen, L. Millet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J. 2009, p. 183 et p. 186.

¹⁹¹⁸ P. Lokiec, *Traité de droit du travail, Tome 2 – Les relations collectives*, P.U.F. 2011, p. 126, n° 1393 : « *la liste des entreprises composant le groupe résulte en effet en principe d'un accord unanime entre toutes les parties intéressées, à savoir d'un côté les chefs de l'ensemble des entreprises du groupe (sociétés dominante et filiales), de l'autre, les syndicats ayant obtenu des élus dans l'un au moins des comités d'entreprise ou d'établissement des entreprises composant le groupe* ».

¹⁹¹⁹ R. de Quenaudon, « Comité d'entreprise (mise en place, composition, fonctionnement) », *Rép. Droit du travail* Dalloz, 2004, mise à jour janvier 2012.

¹⁹²⁰ Soc, 30 mars 2010, *Bull. civ.* V, n° 82, préc.

¹⁹²¹ C.A. Versailles, ch. 14, 1 juin 2011, n° 10/03813.

négociation sur le fonctionnement du comité de groupe sont les mêmes que celles qui sont appelées à négocier la reconnaissance du groupe et la constitution du comité de groupe »¹⁹²².

1075. Reste encore à savoir si, depuis la loi du 20 août 2008, les accords relatifs au comité de groupe sont soumis à une exigence d'unanimité ou si, au contraire, ils répondent à la double exigence majoritaire. Les auteurs semblent favorables au maintien de l'unanimité¹⁹²³.

Pourtant, cette solution ne relève d'aucune évidence. La loi est silencieuse ; aucune disposition expresse ne prévoit la conclusion d'un accord unanime. La seule certitude tient à ce que le droit commun de la négociation collective n'est pas applicable « *aux accords relatifs au comité de groupe* ». Le regard se tourne assez naturellement vers les « *conditions de droit commun de validité du protocole préélectoral* », applicable sauf disposition légale différente¹⁹²⁴. Elles consistent à subordonner la conclusion d'accords à une double exigence majoritaire ; la première est calculée en nombre de syndicats ayant participé à la négociation, la seconde est calculée en audience recueillie par les syndicats représentatifs. L'application de ces règles ne peut être admise sans quelques précautions. L'ensemble des clauses contenues dans les « *accords relatifs au comité de groupe* » ne relève pas de la négociation préélectorale, ni même de la représentation élue. On pense en particulier aux clauses qui prévoient la désignation d'un représentant syndical au sein du comité de groupe.

1076. Le silence des textes autorise à emprunter une troisième voie. Ne convient-il pas de pousser plus loin l'analogie avec les règles applicables au comité d'entreprise ? Ces dernières constitueraient un droit commun des comités d'entreprise et de groupe. Sur le modèle de l'élection des membres du comité d'entreprise, les juges pourraient exiger l'unanimité concernant la modification du nombre et la composition des collèges électoraux¹⁹²⁵ et

¹⁹²² Nous soulignons.

¹⁹²³ P. Lokiec, *Traité de droit du travail, Tome 2 – Les relations collectives*, P.U.F. 2011, p. 126, n° 1393 ; R. de Quenaudon, « Comité d'entreprise (mise en place, composition, fonctionnement) », *Rép. Droit du travail*, Dalloz, 2004, mise à jour janvier 2012 ; M. Cohen, L. Millet, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J. 2009, p. 183 et p. 186.

¹⁹²⁴ Soc, 2 mars 2011, n°09-60.419 (FS-PB); *R.J.S.* 1/ 12, p. 17 et Soc, 6 octobre 2011, *Bull. civ.* V, n° 228 ; *R.J.S.* 12/11, n° 1004. Cf. également, chronique Y. Struillou, « Organisation et déroulement des opérations électorales : quelle condition de majorité ? », *R.J.S.* 1/12, p. 9.

¹⁹²⁵ Cf. Art. L. 2324-12 *C. trav.*

l'exigence d'une double majorité pour les autres objets de négociation¹⁹²⁶, y compris le nombre de représentants au comité de groupe¹⁹²⁷.

1077. Au demeurant, il faut l'admettre : écarter l'unanimité pour préférer la double exigence majoritaire peut s'avérer un véritable « casse-tête ». Un problème, très prosaïque, surgit. Comment calculer l'audience électorale au regard des résultats électoraux des différentes entités composant l'unité économique et sociale¹⁹²⁸ ou des différentes sociétés du groupe ? S'agissant de la reconnaissance conventionnelle unité économique et sociale, il y a lieu de se demander si l'audience s'apprécie dans chaque entité de la future unité économique et sociale ou si les résultats peuvent être consolidés à ce dernier niveau. La réponse dépend certainement de savoir si des élections ont eu lieu dans toutes les entités de l'unité économique et sociale. En l'absence de résultats disponibles, seule la majorité des syndicats représentatifs pourra être prise en compte. S'agissant des accords de configuration du groupe, des résultats électoraux seront en principe disponibles dans la mesure où les syndicats appelés à négocier sont ceux qui disposent d'un élu au moins au sein d'un comité d'entreprise ou d'un comité d'établissement dans les entreprises ou les établissements composant le groupe. Reste enfin le mode de consolidation des résultats obtenus qui peut consister soit en moyenne arithmétique soit en une moyenne pondérée en fonction du nombre de salariés dans les différentes entités¹⁹²⁹. Quoiqu'il en soit, pour les syndicats implantés dans certaines entreprises du groupe ou dans certaines entités de l'unité économique et sociale, il sera toujours plus défavorable que si un accord unanime était toujours requis.

- b) L'exigence majoritaire et les accords instituant une représentation des salariés prévus par le droit de l'Union européenne

1078. Il est difficile, s'agissant du régime des accords instituant une représentation des salariés, de déterminer si et dans quelle mesure le droit de l'Union européenne inspire les

¹⁹²⁶ Cf. Art. L. 2324-4-1 *C. trav.*

¹⁹²⁷ Cf. Art. L. 2324-1 al. 3 *C. trav.*

¹⁹²⁸ De surcroît, une telle difficulté se présentera à chaque scrutin, dans la mesure où, selon la Cour de cassation, « *il appartient aux parties de définir lors de chaque scrutin la composition et le périmètre de l'unité économique et sociale* » (Soc, 31 mars 2009, *Bull. civ. V*, n° 96, préc.). Nous soulignons.

¹⁹²⁹ Cette difficulté se présentait déjà aux négociateurs lorsqu'ils devaient répartir les sièges entre les syndicats implantés dans le groupe en fonction de leur importance au sein des différentes sociétés du groupe.

droit nationaux ou s’il s’en est lui-même inspiré¹⁹³⁰. Cela suppose de rechercher un modèle et de mettre à jour les moyens de sa diffusion¹⁹³¹. Cette perspective, qui consiste à comprendre les mécanismes de réalisation du droit de l’Union européenne, n’est pas celle choisie ici¹⁹³².

1079. Cependant, l’avoir à l’esprit conduit à interroger les rapprochements formels entre le droit communautaire et le droit national et à tenter de les interpréter. Or, il n’est pas impossible que l’exigence majoritaire qui régit la conclusion des accords de mise en place du comité d’entreprise européen a pu encourager par la suite son introduction en droit français

1080. L’accord de mise en place du comité d’entreprise européen est conclu, du côté salarial, par un groupe spécial de négociation¹⁹³³. Il ne s’agit pas d’une institution pérenne ; il est créé uniquement en vue de négocier et de conclure un accord qui a pour objet la mise en place d’un comité d’entreprise européen¹⁹³⁴. Au cours de la première réunion, en accord avec le chef d’entreprise, le groupe spécial de négociation décide à la majorité des membres de conclure un accord ou, au contraire, à la majorité qualifiée des deux tiers de mettre fin aux négociations¹⁹³⁵. Si la décision est prise de ne pas ouvrir les négociations ou d’y mettre un terme, le groupe spécial de négociation disparaît¹⁹³⁶. En revanche, si les parties sont d’accord pour négocier, il sera maintenu le temps de la négociation¹⁹³⁷. Le groupe spécial de négociation prend ses décisions à la majorité de ses membres¹⁹³⁸. Celui-ci ayant délibéré, l’accord existe dès lors que la direction a également exprimé son consentement.

1081. Dans le cadre de la directive relative à la société européenne, l’article L. 2352-9 du Code du travail prévoit que les dirigeants des sociétés participant à la création de la société

¹⁹³⁰ Sur l’influence des droits nationaux sur le droit communautaire : C. Dufour et U. Rehfeldt, « Existe-il un modèle européen de représentation des salariés dans l’entreprise », *Travail et emploi*, 1991, p. 14 ; Sur l’influence du droit de l’Union européenne sur les droit nationaux : P. Rodière, « Le comité d’entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d’entreprise », *Dr. soc.* 2007, p. 1015 ; S. Laulom, « Le rôle de l’Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l’expérience comparée (Royaume-Uni, Italie, France) », *op. cit.*, p. 133.

¹⁹³¹ Cf. Y. Ferkane, *La convention collective de travail : Etude sur la diffusion d’un modèle*, Th. en cours, P.O.N.D.

¹⁹³² J. Porta, *La réalisation du droit communautaire*, L.G.D.J. Fondation Varenne, 2008.

¹⁹³³ Art. L. 2342-1 s. *C. trav.*

¹⁹³⁴ Ou une procédure d’information et de consultation des travailleurs équivalente.

¹⁹³⁵ Art. L. 2342-8 *C. trav.* L’article L. 2346-1 du Code du travail prévoit également une sanction pénale pour délit d’entrave.

¹⁹³⁶ Une période de deux ans s’ouvre alors, sans qu’un groupe spécial de négociation puisse se reconstituer : Art. L. 2342-8 al. 2 *C. trav.* Toutefois, les parties peuvent décider d’un délai plus court.

¹⁹³⁷ A défaut, à l’issue d’un délai de trois ans à compter de l’initiative de la direction ou de la demande des salariés d’ouvrir des négociations : Art. L. 2343-1 *C. trav.*

¹⁹³⁸ Art. L. 2342-8 *C. trav.*

européenne invitent et convoquent le groupe spécial de négociation¹⁹³⁹. Lors de la première réunion, la décision de conclure un accord est prise à la majorité des membres, laquelle doit représenter la majorité des salariés concernés. Il peut aussi être décidé de mettre fin aux négociations, par une majorité des deux tiers, représentant au moins deux tiers des salariés concernés¹⁹⁴⁰. Le groupe spécial de négociation a donc la faculté « *de ne pas entamer les négociations ou de clore des négociations déjà entamées, et d'appliquer la réglementation relative à l'information et à la consultation dans les États membres où la société européenne emploie des salariés* »¹⁹⁴¹. Dans ce cas, il disparaît. Toutefois, l'article L. 2354-3 prévoit qu'il devra être convoqué après une période de deux¹⁹⁴². Et si, pour la seconde fois, les négociations échouent, le second alinéa du même article précise que les dispositions légales de référence ne sont pas applicables. Suivant l'article L. 2353-2 du Code du travail, la conséquence plus lointaine est l'absence d'immatriculation de la société. Au contraire, si la décision d'ouvrir les négociations est prise, les négociateurs ont six mois pour conclure un accord¹⁹⁴³. En vertu de l'article L. 2352-2 du Code du travail, « *le groupe spécial de négociation détermine avec les dirigeants des sociétés participant à la création de la société européenne, par accord écrit, les modalités de l'implication des salariés au sein des sociétés européennes* ». Il délibère à la majorité absolue de ses membres, laquelle doit représenter la majorité absolue des salariés employés dans les sociétés participantes¹⁹⁴⁴.

1082. Dans ces deux hypothèses, le droit de l'Union européenne subordonne la conclusion par la partie salariale à une exigence majoritaire. Dans le cas de l'accord relatif à l'implication des salariés dans la société européenne, il s'agit même d'une double exigence majoritaire, calculée en nombre de représentants et en fonction de leurs résultats électoraux. Le groupe spécial de négociation est une instance collégiale. Partant, c'est la délibération de cette instance, qui constitue l'expression du consentement de la partie salariale, qui est soumise à

¹⁹³⁹ Art. L. 2352-9 *C. trav.*

¹⁹⁴⁰ Art. L. 2352-13 *C. trav.*

¹⁹⁴¹ Art. L. 2352-13 *C. trav.* Cette faculté n'est toutefois pas ouverte aux groupes spéciaux de négociation dans le cas d'une société européenne constituée par transformation et dont la société devant être transformée dispose d'un système de participation.

¹⁹⁴² Les parties peuvent décider de rouvrir les négociations plus tôt.

¹⁹⁴³ L'existence d'un délai si court évite que la société ne puisse pas être immatriculée pendant une durée trop longue. Mais les parties peuvent décider d'un délai plus long. Pour une raison identique, l'article L. 2353-2 prévoit que si, à l'issue du délai, aucun accord n'est conclu, « *l'immatriculation de la société européenne ne peut intervenir [...] que si les dirigeants des sociétés participantes s'engagent à faire application [des dispositions de référence]* ».

¹⁹⁴⁴ Art. L. 2352-13 al. 1^{er} *C. trav.*

une exigence majoritaire. Autrement dit, la procédure de conclusion de l’accord est constituée d’une phase délibérative commandée par un principe majoritaire.

1083. Un tel accord s’apparente aux accords conclus au sein du comité d’entreprise¹⁹⁴⁵. Toutefois, une différence importante les distingue : l’employeur est extérieur au groupe spécial de négociation alors qu’il est le président de droit du comité d’entreprise.

1084. Cette déclinaison de l’exigence majoritaire efface le syndicat, aussi bien comme personne morale, que comme agent d’exercice du droit de négociation collective. Il n’apparaît plus véritablement en tant que tel. Pour autant, une telle procédure est peut-être de nature à mieux garantir l’équilibre des parties dans la négociation. Elle se rapproche de la procédure imaginée par G. Lyon-Caen qui faisait intervenir une « *délégation syndicale unifiée, délibérant à la majorité* »¹⁹⁴⁶. L’auteur cherchait des moyens de rétablir les conditions d’une réelle négociation entre salariés et patronat dans un contexte de faible syndicalisation et de division du mouvement syndical. L’institution du groupe spécial de négociation réalise en partie ce projet : en prenant une décision qui exprime l’intérêt collectif des salariés, le groupe spécial de négociation est porteur d’un consensus. Il peut ainsi, au moment de la négociation avec la partie patronale, peser plus fortement. Cette dernière peut moins tirer parti des divisions syndicales¹⁹⁴⁷.

1085. Il est possible de regretter que le rôle du syndicat n’ait pas été préservé notamment en ce qu’il est porteur d’intérêts plus larges que les seuls intérêts des salariés de l’entreprise, fût-elle transnationale. Sur le modèle italien, n’aurait-il pas été opportun d’offrir aux syndicats le

¹⁹⁴⁵ Art. L. 2232-22 C. trav. – *La validité des accords d’entreprise ou d’établissement négociés et conclus conformément à l’article L. 2232-21 est subordonnée à leur conclusion par des membres titulaires élus au comité d’entreprise [...] représentant la majorité des suffrages exprimés lors des dernières élections professionnelles [...]*». Il convient encore d’évoquer les accords d’intéressement et de participation : cf. pour les accords d’intéressement, Art. L. 3312-5 3° C. trav et pour les accords de participation, Art. L. 3322-6 3° C. trav. On rappellera d’ailleurs les auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si les accords d’intéressement et les accords de participation, en particulier lorsqu’ils étaient conclus au sein du comité d’entreprise ou à la suite d’une ratification par le personnel, constituaient des accords collectifs de travail et relevaient du droit de la négociation collective. cf. J. Savatier, « Les accords collectifs d’intéressement et de participation », *Dr. soc.* 1988, p. 89.

¹⁹⁴⁶ G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.* 1979, p. 350 et spéc. p. 354. L’auteur proposait en outre une ratification par le personnel.

¹⁹⁴⁷ Sur la différence de logique entre la négociation et la délibération, cf. J. Caillousse, « L’adoption de la loi : négociation et délibération », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 133.

droit de désigner des représentants¹⁹⁴⁸ ? Des exemples existent en ce sens. Certains accords récents relatifs à la mise en place d'un comité d'entreprise européen ont été conclus en intégrant les fédérations syndicales situées au niveau européen sectoriel. Dans le groupe *Michelin*, l'accord révisant l'accord fondateur du comité d'entreprise européen a été conclu non seulement par le groupe spécial de négociation mais également par la Fédération européenne des travailleurs des mines, de la chimie et de l'énergie (*Emcef*). Dans le groupe Saint-Gobain, l'accord a été conclu le 23 septembre 2009 entre la direction, la convention de saint-Gobain – équivalent du comité d'entreprise européen – et les syndicats européens Feccia et Emcef¹⁹⁴⁹. Dans le groupe américain *International Paper*, l'accord mettant en place le comité d'entreprise européen n'a été conclu qu'avec les seuls syndicats affiliés à cette dernière fédération¹⁹⁵⁰.

Au demeurant l'apparition de ces accords pose la question de l'impérativité des règles de conclusion des accords de mise en place du comité d'entreprise européen ou du comité d'entreprise de la société européenne, et en particulier des règles liées à l'exigence majoritaire. Sans doute n'est-il pas interdit de conclure avec une fédération syndicale internationale ou européenne un accord mettant en place une instance de représentation des salariés au niveau transnational. Toutefois, il n'est pas certain que cet accord revêt une dimension normative et statutaire.

B. L'exigence majoritaire et la conception statutaire et normative des accords collectifs sur la représentation des salariés

1086. Que poursuit « l'idée majoritaire dans la négociation collective » ? Sa finalité est de garantir que les syndicats représentatifs exercent leur pouvoir normatif en « *conformité avec les aspirations de ceux au nom desquels ils agissent* », à savoir les salariés¹⁹⁵¹. C'est donc bien en considération de l'effet normatif des accords collectifs que l'idée majoritaire est née.

¹⁹⁴⁸ En droit du travail italien, la représentation syndicale unitaire (R.S.U.) est une instance d'origine conventionnelle créée par un protocole d'accord signé en juillet 1993. Elle est un organe doté d'un pouvoir de négociation dans l'entreprise dans laquelle elle est constituée. Elle est composée pour les deux-tiers de représentants élus par les salariés sur des listes présentées par les syndicats et pour un tiers par les syndicats signataires du protocole à l'origine de l'institution. Cf. U. Rehfeldt, « La réforme du système de représentation des salariés dans l'établissement », *I.R.E.S.* 1994, p. 22.

¹⁹⁴⁹ Accord sur l'instance de dialogue social européen, *L.S. Quotidien 2009*, n° 15456 du 7 octobre 2009.

¹⁹⁵⁰ L'accord a été conclu par l'*Emcef* le 12 mars 2010.

¹⁹⁵¹ G. Borenfreund, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges offerts à Michel Despax*, P.U.S.S., 2000, p. 429. *Adde.* Du même auteur, « La représentation des salariés et l'idée de

1087. L’idée majoritaire apparaît très tôt sous la plume d’auteurs comme A. Rouast ou G. Pirou. Selon le premier, le syndicat est certes « *l’intermédiaire nécessaire chargé de s’aboucher avec la contrepartie pour conclure la convention* ». Néanmoins, il ajoute : « *Mais il ne le fait que parce qu’il se sent soutenu par la volonté conforme de la majorité des individus intéressés* »¹⁹⁵². Pour A Rouast cependant, *il n’y a donc pas de doute, les auteurs du contrat [collectif] sont les individus de la majorité de la collectivité (...) [le syndicat] n’a un rôle de premier plan qu’en apparence (...)*. Ainsi, l’impérativité de la convention collective exige le consentement de la majorité des salarié : « *la collectivité entière n’est pas le sujet du contrat : ce sujet est la majorité seule. Mais la collectivité entière est tenue, liée par le contrat comme si celui-ci était son œuvre, parce que le droit collectif l’exige, et que la solution doit être la même pour tous ceux qui se trouvent dans la même situation de nécessité solidaire* »¹⁹⁵³. Selon G. Pirou « *les ouvriers seront liés du jour où les groupements dont ils font partie auront à la majorité consenti la convention, même s’ils peuvent prouver (au cas de vote nominal par exemple) qu’ils appartiennent à la minorité* »¹⁹⁵⁴. Il s’interrogerait néanmoins sur la même méthode : « *quelle est la majorité nécessaire pour engager le groupe et dans quelles conditions se forme-t-elle ? (...) Le vote à la majorité interviendra-t-il avant la conclusion du contrat par les représentants du groupe (...) ou à la suite de cette conclusion* »¹⁹⁵⁵ ?

représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 685 et spéc. pp. 691 s ; « Les syndicats et l’exigence majoritaire dans la loi Fillon du 4 mai 2004 », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l’heure des révisions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 7. V. aussi, A. Supiot, « Parité, égalité et majorité dans les relations collectives de travail », in *Mélanges H. Sinay*, P. Lang, 1994, p. 59 ; P. Rémy, « Représentation dans la négociation collective. Les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.* 1999, p. 269 ; F. Saramito, « A la recherche d’une majorité dans la négociation collective », *Dr. ouv.* 2000, p. 428 ; M.-L. Morin, « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. soc.* 2000, p. 1083 ; J. Péliissier, « Droit des conventions collectives. Evolution ou transformation », in *Mélanges J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 95 ; L. Bonnard-Plancke, « Convention collective et collectivité de travail. Aux origines de l’idée majoritaire en matière de négociation collective », *Dr. soc.* 2005, p. 866.

¹⁹⁵² A. Rouast, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Thèse de doctorat, Lyon 1909, Paris, Rousseau 1909, pp. 348-349. Comp. P. Cuche, « La législation du travail et les transformations du droit », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, n° 4, p. 185. Pour cet auteur, le syndicat est « *l’organe représentatif de la profession, soit à l’égard des ouvriers non syndiqués, soit à l’égard des employeurs, soit enfin à l’égard des pouvoirs publics. Intermédiaire officiel pour toute communication envers la main-d’œuvre, mandataire légal de tous les ouvriers syndiqués ou non, le syndicat peut, si l’on veut, se passer des ouvriers, mais les ouvriers ne peuvent se passer des syndicats* ».

¹⁹⁵³ *Op. cit.* p. 112.

¹⁹⁵⁴ G. Pirou, *Les capacités juridiques successives du contrat collectif de travail en France*, Th. Rennes, 1909, p. 195.

¹⁹⁵⁵ G. Pirou, *op. cit.*, p. 196.

1088. Pourtant, en droit français, l'effet normatif des conventions collectives fut reconnu en droit français sans être corrélé au respect d'une exigence majoritaire. Les raisons sont diverses. Certainement parmi les plus importantes, il faut certainement tenir compte de la relation qui s'est nouée en droit du travail français entre la convention collective et la loi¹⁹⁵⁶. Le caractère d'ordre public de cette dernière et l'idée que la fonction de complément donnée à la convention collective à l'égard de la norme légale expliquent la reconnaissance d'un effet normatif à cette dernière. Il faut certainement également compter sur la conception essentialiste du mouvement syndical français¹⁹⁵⁷ et dont le droit s'est fait l'écho¹⁹⁵⁸. Le mouvement ouvrier français s'est construit avec la volonté d'incarner la classe ouvrière prise dans son universalité et non dans la singularité des individus qui la composent. Les acquis du syndicalisme se devait alors d'être les acquis de la classe ouvrière dans son entier et non pas seulement ceux des adhérents du syndicat. Le concept juridique de la profession correspond en partie à cette représentation de la « *besogne* » du syndicalisme. C'est parce que le syndicat représente l'intérêt collectif de la profession, intérêt transcendant, qu'il est en mesure d'édicter des normes qui s'imposent à l'ensemble des personnes qui composent la profession¹⁹⁵⁹.

Cependant, il existait un fort déficit de légitimité des syndicats de salariés lié au mécanisme de présomption irréfragable de représentativité et à la règle d'unicité de signature¹⁹⁶⁰. La conjugaison de ces deux règles permettait d'engager la collectivité des salariés

¹⁹⁵⁶ Sur le rapport entre effet normatif des convention collective et le rapport des normes conventionnelles avec les normes légales, P. Rémy, *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droits français et allemand de la négociation collective*, thèse Paris X Nanterre, 1998, pp. 385-386 : « On peut en effet se demander [...] si, sans faire fonction de décret d'application de la loi [...], la convention collective n'est pas généralement placée dans une position subordonnée par rapport à des normes étatiques, légales ou réglementaires, qu'elle ne peut alors que compléter ».

¹⁹⁵⁷ P. Rosanvallon, *La question syndicale*, Calman-lévy, 1988 p. 177 ; du même auteur, *Le peuple introuvable*, Gallimard, Folio, 1998, spéc. pp. 287 s.

¹⁹⁵⁸ Il est possible de se rappeler des termes employés par le Conseil constitutionnel. Ce dernier avait estimé dans la décision du 8 novembre 1996 que les organisations syndicales avaient une « vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de la négociation collective, la défense des droits et intérêts des travailleurs ». (Déc. n° 96-383 D.C. du 8 novembre 1996, préc., considérant 8).

¹⁹⁵⁹ S. Yannakourou, *op. cit.* p. 77 et p. 112. L'auteur explique toutefois la nécessité de conférer un titre supplémentaire aux syndicats pour que ces derniers soient en mesure d'engager l'ensemble de la collectivité des salariés par leur signature : la représentativité.

¹⁹⁶⁰ Les auteurs ont été nombreux qui ont émis des critiques face aux conséquences néfastes de la conjugaison de ces deux mécanismes. G. Borenfreund, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988 p. 476 ; « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1007 ; « L'idée majoritaire dans la négociation collective », in *Mélanges offerts à Michel Despax*, P.U.S.S., 2000,

par la signature d’un seul syndicat, dès lors qu’il était représentatif, fût-il minoritaire. Tant que l’accord collectif avait vocation à améliorer les avantages légaux et à conférer de nouveaux droits aux salariés, le manque de légitimité des syndicats n’était pas un problème. Il en est devenu un quand la négociation dérogatoire à la loi est apparue. La négociation "donnant-donnant" apparaissait et les salariés risquaient d’être privés des droits qu’ils tenaient de la loi.

1089. Dans la configuration historique du droit du travail français, l’idée majoritaire a pu apparaître comme un correctif apporté à l’effet normatif des accords collectifs susceptibles d’emporter une renonciation des droits des salariés¹⁹⁶¹. Moins qu’un correctif, elle doit davantage être appréhendée comme le pendant nécessaire de l’effet normatif de l’accord collectif, et ce même indépendamment de l’émergence de la négociation collective dérogatoire¹⁹⁶². Si la démocratie politique et la démocratie sociale ne doivent pas être confondues, l’une et l’autre trouvent dans le principe majoritaire une condition nécessaire d’assujettissement des individus à une norme¹⁹⁶³.

1090. De ce point de vue, l’application de l’exigence majoritaire aux accords relatifs à la représentation des salariés prend un sens particulier. Il traduit l’essor de leur dimension normative et statutaire et l’effacement corrélatif de leur dimension originellement contractuelle et patrimoniale. Mais l’exigence majoritaire n’est pas seulement un révélateur. Son apparition pose aussi une question fondamentale liée aux garanties apportées aux droits et

p. 429 ; J. Savatier, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *in Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 179 ; A. Arseguel, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *in Mélanges dédiées au Président M. Despax*, Toulouse, P.U.S.S., 2001, p. 414.

¹⁹⁶¹ G. Borenfreund, « L’idée majoritaire dans la négociation collective », *in Mélanges offerts à Michel Despax*, P.U.S.S., 2000, p. 429 : « À l’heure où la négociation collective revêt de plus en plus souvent un caractère donnant-donnant et dérogatoire à la loi, de nombreuses voix s’élèvent pour préconiser une réforme en profondeur des règles de conclusion des conventions collectives de travail. Eu égard au cours nouveau de la négociation collective, le temps serait ainsi venu pour la norme juridique de mieux garantir que les représentants des salariés exercent leur pouvoir en conformité avec les aspirations de ceux au nom desquels ils agissent ». Si l’auteur relève ce lien, il n’en est pas moins critique. *Adde.* S. Yannakourou, *L’État, l’autonomie collective et le travailleur*, *op. cit.* pp. 334 s. ; Y. Robineau, *Loi et négociation collective, Rapport au ministre du travail*, La documentation française, 1997, p. 25.

¹⁹⁶² G. Borenfreund, « L’idée majoritaire dans la négociation collective », *in Mélanges offerts à Michel Despax*, P.U.S.S., 2000, p. 429 et spéc. p. 489 et pp. 492 s. ; F. Petit, *Th. préc.*, p. 472.

¹⁹⁶³ G. Borenfreund, « La représentation des salariés et l’idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 685 ; F. Petit, *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, L.G.D.J. 2000. *Comp.* Dans une perspective politiste, C. Le Digol, C. Voillot, « Hors champ. L’analyse politique et les élections professionnelles », *in* O. Leclerc, A. Lyon-Caen (dir.), *L’essor du vote dans les relations professionnelles*, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2011, p. 41 et spéc. p. 48. ; P. Rosanvallon *Le peuple introuvable*, *op. cit.* pp. 302 s.

aux libertés des syndicats minoritaires et non-signataires de l'accord¹⁹⁶⁴. La liberté du syndicat et des personnes appelées à le représenter peut en effet se trouver compromise par un accord qu'ils n'auraient pas souhaité. Une telle garantie peut certes passer par la prévalence de règles substantielles. Elle peut aussi recourir à des règles d'ordre procédural assurant une prise en compte de l'intérêt des groupements. La déclinaison particulière de l'exigence majoritaire applicable aux protocoles d'accords préélectoraux, combinant syndicats majoritaires et majorité des syndicats se veut peut-être être le reflet de cette préoccupation.

1091. Une autre exigence procédurale garantit la liberté des syndicats. Il s'agit de l'exigence de loyauté qui régit la procédure de négociation.

Section 2 : Une procédure loyale

1092. L'adhésion à la norme passe par une autre exigence d'ordre procédural : l'exigence de loyauté.

1093. Couramment, la loyauté s'entend comme la soumission à une règle de conduite ou de probité. Comme la légitimité, la loyauté suppose de se conformer à une règle dont la nature ne serait pas juridique¹⁹⁶⁵. Ainsi renverrait-elle davantage à l'existence d'une éthique¹⁹⁶⁶, au mieux d'une déontologie¹⁹⁶⁷.

1094. A l'idée que la loyauté est une « *règle de juste conduite* », il peut être préférée la référence à un principe de discussion qui serait au fondement de l'élaboration des normes¹⁹⁶⁸.

¹⁹⁶⁴ Cette question est générale. A l'égard des salariés pris individuellement, l'apparition de l'exigence majoritaire a conduit à s'interroger sur la résistance du salarié face à la norme collective grâce notamment à son contrat de travail. P. Langlois, « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975, p. 285 ; P.-H. Antonmattéi, « Accord collectif et contrat de travail : liaisons dangereuses », *Dr. soc.* 1997, p. 37 ; P. Waquet, « Le renouveau du contrat de travail », *R.J.S.* 5/99, p. 383 ; G. Borenfreund, « La résistance du salarié à l'accord collectif : l'exemple des accords dérogoratoires », *Dr. soc.* 1990, p. 626 ; « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouv.* 1997, p. 514.

¹⁹⁶⁵ L'étymologie variée de l'adjectif loyal mérite d'être rappelée. Loyal serait aussi dérivé du latin *legalis*, entendu comme droit, normal, usuel. Vers 1100, le terme *leial* signifiait qui « *avait de l'honneur et de la probité* ». En anglais, l'adjectif *loyal* signifie « *fidèle à un engagement* ». Cette signification aurait été introduite plus tardivement en France. A partir de 1827, la loyauté prend également le sens de fidélité au roi et plus largement, à l'autorité légitime. V° « Loyal », *T.L.F.i.* [www.cntrl.org]. Adde. F. Bourricaud, « Loyauté », *Encyclopaedia Universalis*, 1990, p. 1195.

¹⁹⁶⁶ L'éthique se définit comme l'ensemble des normes d'action et de conduite morale.

¹⁹⁶⁷ La déontologie renvoie à un ensemble de règles qui régissent l'activité d'un groupe social ou d'une profession.

¹⁹⁶⁸ Sur la notion de règle de juste conduite, cf. F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, P.U.F. 2007. Penseur de la dérégulation, l'auteur croyait dans un ajustement spontané des rapports sociaux. Sur le

En ce sens, et dans une perspective juridique, l’exigence de loyauté est une exigence d’ordre procédural.

1095. En matière contractuelle, l’exigence de loyauté se confond souvent avec l’obligation de bonne foi, peut-être plus couramment usitée¹⁹⁶⁹ : « *la bonne foi apparaît comme la consécration générale d’une exigence loyauté* »¹⁹⁷⁰.

La notion de loyauté est certainement plus large et permet d’appréhender, outre la bonne foi, l’abus¹⁹⁷¹, la fraude, etc. Elle serait un concept englobant des notions juridiques issues de la langue du droit qui ont une visée commune¹⁹⁷². Elle concerne toutes les règles qui imposent une certaine cohérence de comportement et interdisent la duplicité¹⁹⁷³. De manière différente, la loyauté constitue un moyen de renforcer la sécurité juridique et d’assurer une certaine prévisibilité dans les rapports précontractuels et contractuels¹⁹⁷⁴. Pour rendre compte de ses variations, certains auteurs aiment à distinguer entre loyauté contractuelle et loyauté des contractants¹⁹⁷⁵ ou encore à différencier le principe de sincérité du principe de fidélité¹⁹⁷⁶.

1096. En droit du travail, les raisons d’une distinction avec l’obligation de bonne foi se situent ailleurs : préférer la notion de loyauté c’est refuser la notion de bonne foi. Celle-ci supposerait une réciprocité, peu adaptée à la relation de travail caractérisée par le déséquilibre

principe de discussion, cf. J. Habermas, *Morale et communication*, Cerf 1986 ; *De l’éthique de la discussion*, Cerf, 1992. Fondant le principe d’universalisation (U), le principe de discussion (D) dispose qu’ « *une norme ne peut prétendre à la validité que si toutes les personnes qui peuvent être concernées sont d’accord (ou pourraient l’être) en tant que participants à une discussion pratique sur la validité de cette norme* » (*Morale et communication*, op. cit. p. 86).

¹⁹⁶⁹ A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 2010 ; D. Corrigan-Carsin, « Loyauté et droit du travail », *Mélanges en l’honneur de H. Blaise*, p. 125 ; B. Bossu, « La loyauté », in B. Teyssié (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, L.G.D.J. éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 185 et spéc. p. 188.

¹⁹⁷⁰ J. Ghestin, *Traité de droit civil Tome II*, 1980, n° 186 ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique Association H. Capitant*, op. cit. V° Loyauté, p. 490 : La loyauté est définie ainsi : « *Droiture ; désigne plus spécialement soit la sincérité contractuelle (dans la formation du contrat), soit la bonne foi contractuelle (dans l’exécution du contrat)* ».

¹⁹⁷¹ Cf. P. Stoffel-Munck, *L’abus dans le contrat, essai d’une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000. L’auteur voit notamment dans l’abus un manquement à l’obligation de loyauté.

¹⁹⁷² M. Mekki, *L’intérêt général et le contrat*, op. cit. n° 1209, p. 762.

¹⁹⁷³ L. Aynès, « L’obligation de loyauté », *Arch. Phil. Dr.* 2000, p. 195 ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001.

¹⁹⁷⁴ D. Mazeaud, « Loyauté, solidarités, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L’avenir du droit, Mélanges en l’honneur de F. Terré*, Editions législatives – Dalloz – P.U.F. 1999, p. 603.

¹⁹⁷⁵ P. Stoffel-Munck, *L’abus dans le contrat, essai d’une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 84, p. 83.

¹⁹⁷⁶ M. Mekki, *L’intérêt général et le contrat*, op. cit. n° 1230 à 1232, p. 775 s.

entre les parties¹⁹⁷⁷. Au contraire, la loyauté exigerait de la partie forte de ne pas abuser de son pouvoir contre la partie faible. Dans les mains des juges, l'exigence de loyauté serait un instrument d'encadrement du pouvoir de l'employeur. En matière de négociation collective plus spécialement, la notion de loyauté s'accorderait mieux avec le caractère unilatéral du droit des salariés à la négociation collective, en s'imposant principalement à l'employeur¹⁹⁷⁸.

Sans ouvrir une nouvelle fois le débat, on s'accordera avec M. M. Miné pour dire qu' « *il apparaît que la notion de loyauté est préférée des travaillistes, pour une raison textuelle puisque le Code du travail fait une référence à la loyauté mais ignore le terme de bonne foi* »¹⁹⁷⁹.

1097. L'exigence de loyauté serait ainsi un principe général du droit du travail et aurait notamment vocation à encadrer les processus décisionnels, qu'ils soient négociés, unilatéraux ou bigarrés de négociations et de décisions unilatérales¹⁹⁸⁰.

¹⁹⁷⁷ M.-A. Souriac, Th. préc., pp. 517 s. C. Vigneau, « L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 2004, p. 706. L'auteur montre que la bonne foi a d'abord servi à accroître la sujétion du salarié. De manière plus récente, la bonne foi sert à encadrer le pouvoir de l'employeur.

¹⁹⁷⁸ M.-A. Souriac, Th. préc., pp. 517 s. ; « Le droit à la négociation et sa sanction », *Dr. soc.* 1982, p. 729 ; « Les incertitudes juridiques de la négociation », *Dr. soc.* 1988, p. 737 ; J. Péliissier, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouv.* 1997, p. 496 et spéc. p. 497. Contra. B. Teyssié, « aspects juridiques de la négociation collective d'entreprise », *J.C.P.* éd. E 1985. 17 ; Y. Chalaron, « La conduite de la négociation », *Dr. soc.* 1990, p. 584. Du moins l'exigence de loyauté a-t-elle pris une importance dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour sa part, le Conseil d'État reste réticent. Cf. C.E. 1er juillet 2009, *S.A. Les marronniers*, pourvoi n° 309796 (paru au *Lebon*), *R.D.T.* 2009, p. 665, obs. C. Nicod ; *S.S.L.* 31 août 2009, n° 1410, note P. Waquet : « *Dans le cadre de la vérification de la conformité d'un tel accord [de réduction du temps de travail], il appartenait seulement à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de s'assurer que l'accord avait été précédé d'une négociation, et non de porter une appréciation sur la qualité de celle-ci* ».

¹⁹⁷⁹ M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi* 2000, p. 47 et spéc. p. 49.

¹⁹⁸⁰ Il est possible de soutenir que la loyauté est un principe général du droit privé en ce qu'elle est un principe-règle. Plus modestement et sans viser une norme de l'ordre juridique, la loyauté serait un principe-idée. Elle permet en effet de décrire et de rendre intelligibles des règles éparses qui, ensemble, imposent à l'auteur d'une norme une cohérence, une sincérité et une fidélité qui s'apprécient au regard de l'objectif poursuivi et du comportement adopté. L'idée de principe général renvoie à ce que M. M. Mekki appelle « *un principe fédérateur* ». cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, op. cit. n° 1226, p. 771 et n° 1229, p. 774. Sur la distinction entre principe-règle et principe-idée, cf. A. Jeammaud., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115. Sur la notion de principe général en droit privé, A.-A. Al-Sanhoury, « Le standard juridique », in *Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Etudes F. Gény*, Tome II, E. Duchemin, 1977, p. 144 ; Pour une critique de la notion de principe général en droit privé, M. de Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, P.U.A.M. 1998. Sur la notion de principe général en droit du travail, G. Lyon-Caen, « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain, études offertes à G.H. Camerlynck*, Dalloz 1977, p. 35.

1098. Pour en rendre compte, deux aspects peuvent être distingués : la participation au processus décisionnel (Paragraphe 1) et la temporalité de celui-ci (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Loyauté et participation au processus décisionnel

1099. L’exigence de loyauté garantit à l’ensemble des parties intéressées au processus décisionnel leur participation. Cette exigence s’est essentiellement déployée en matière de négociation collective. Aussi paraît-il justifié de se concentrer sur la seule question de la participation à la négociation.

1100. La loyauté dans la négociation se traduit par deux obligations à la charge de l’employeur. D’une part, il doit inviter l’ensemble des parties intéressées à la négociation (A). D’autre part, il lui est interdit de mener des négociations séparées et d’écarter certains interlocuteurs de la discussion (B).

A. L’invitation à négocier

1101. Une convention ou un accord collectif ne peut pas être conclu sans que l’ensemble des parties intéressées n’ait été invité à le négocier. Après avoir précisé ce principe général du droit de la négociation collective (1), il conviendra d’en apprécier quelques-uns de ses déclinaisons lorsque la négociation collective porte sur la représentation des salariés (2).

1. L’invitation de l’ensemble des parties intéressées à la négociation collective : un principe général de la négociation collective

1102. Cette règle est requise depuis très longtemps en matière de négociation préélectorale. La Cour de cassation avait jugé dans un arrêt précité du 15 juin 1961 qu’« *aux termes de l’article 5 de la loi du 16 avril 1946, le nombre et la composition des collèges électoraux peuvent être modifiés par les conventions collectives existant ou par des accords passés entre organisations patronales et ouvrières, de tels accords indépendants de ceux prévus par le Code du travail et notamment par l’article 31 a et l’article 31 n [...], ne peuvent être conclus sans qu’aient été appelés à y participer toutes les organisations ouvrières, ledit article n’édicte aucune exclusion* »¹⁹⁸¹.

¹⁹⁸¹ 2^{ème} Civ. 15 juin 1961, *Bull civ.* II, n° 454 ; *Dr. soc.* 1961, p. 613, obs. J. Savatier.

1103. L'idée sous-tendue est la suivante : toutes les organisations syndicales intéressées à l'exercice d'une prérogative doivent être invitées à la négociation collective qui s'y rapporte. La règle apparaît donc comme une conséquence du pluralisme syndical et de l'égalité des prérogatives reconnues aux syndicats.

1104. La teneur de la règle va s'enrichir à la suite de la loi du 28 novembre 1982 instaurant une obligation de négocier dans l'entreprise. Codifiée à l'article L. 132-19, aujourd'hui à l'article L. 2242-1 du Code du travail, l'obligation de négocier impose à l'employeur d'engager chaque année une négociation au sujet de certaines matières définies dans le Code du travail. Selon la Cour de cassation, le respect de cette obligation imposait de l'employeur de convier à la première réunion de négociation l'ensemble des organisations syndicales représentatives ayant constitué une section syndicale¹⁹⁸².

1105. Cette obligation reste la conséquence de l'interdiction faite à l'employeur de créer des différences de traitement entre organisations syndicales. Elle assure aussi l'effectivité du droit des salariés à la négociation collective. Elle garantit la loyauté des négociations en permettant aux organisations qui les représentent d'exprimer et de défendre leurs intérêts¹⁹⁸³. De plus, cette règle dispose d'un ancrage constitutionnel. L'arrêt du 17 septembre 2003 est rendu au visa, non seulement des articles L. 131-1 et L. 131-7 du Code du travail [Art. L. 2232-1 et Art. L. 2261-7 *C. trav.*], mais également des alinéas 6 et 8 du Préambule de la Constitution de 1946. Partant, « *c'est le droit constitutionnel de tous les salariés à la négociation collective qui implique nécessairement le droit, pour chaque organisation syndicale représentative, d'être partie prenante à la négociation, initialement et ultérieurement, lors de révisions éventuelles* »¹⁹⁸⁴. La sanction du manquement à cette obligation devait alors constituer dans la nullité de l'accord, sanction la plus grave et dont on estime qu'elle est à la mesure de la gravité des atteintes¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁸² Soc. 13 juillet 1988, *Bull. civ.* V n°454 ; *D.* 1989 p. 202, obs. J. Goineau ; Y. Chalaron « La conduite de la négociation », *Dr. soc.* 1990 p. 594.

¹⁹⁸³ J. Péliissier, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouv.* 1997, p. 469 ; Y. Chalaron, « La conduite de la négociation », *Dr. soc.* 1990, p. 584 ; M. Miné, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi*, 2000, p. 47.

¹⁹⁸⁴ *Action juridique C.F.D.T.*, n°165 mars 2004, p. 19, spéc. p. 20 ; *Adde.* I. Odoul-Asorey, *Th. préc.*, pp. 475-476.

¹⁹⁸⁵ Soc, 1^{er} juin 1994, *Dr. soc.* 1994 p. 715, obs. A. Lyon-Caen ; *C.S.B.P.* n° 63, p. 237 ; Soc, 10 mai 1995, *R.J.S.* 6/95, n° 676.

1106. Cantonnée d’abord à la négociation obligatoire, cette règle va peu à peu devenir un principe général de la négociation collective¹⁹⁸⁶. Elle sera appliquée à toute sorte de négociations, obligatoires comme facultatives¹⁹⁸⁷, d’un accord initial comme d’avenant de révision¹⁹⁸⁸, de branche ou d’entreprise¹⁹⁸⁹.

2. *L’invitation des parties intéressées aux négociations sur la représentation des salariés*

1107. Ce principe connaît des déclinaisons particulières. Première forme de négociation obligatoire, la négociation préélectorale fut d’ailleurs précurseur comme l’indique l’arrêt précité du 15 juin 1961¹⁹⁹⁰. Désormais, l’obligation d’inviter l’ensemble des syndicats intéressés

¹⁹⁸⁶ Là encore, l’emploi de la notion de principe général du droit doit être précisé. Ici, l’obligation d’inviter l’ensemble des syndicats appelés à négocier un accord collectif est un principe général du droit de la négociation collective car il existe un principe-règle issu du droit de la négociation collective qui est doté d’une autorité et d’un haut degré de généralité. Ce principe-règle s’applique à un ensemble indéfini d’hypothèses. Il recouvre un ensemble de règles qui sont en réalité ses déclinaisons. Partant de ses déclinaisons et par induction amplifiante, une règle générale peut être formulée. Selon le philosophe F. Grégoire, l’induction « *vise le raisonnement par lequel à partir d’une ou plus propositions singulières on établit une proposition singulières* ». L’induction est dite amplifiante lorsque « *la proposition universelle constituant la conclusion dépasse en extension et de façon illimitée, indéfiniment susceptible d’accroissement, le ou les cas individuels qui fournissent les matières d’une des prémisses* » (F. Grégoire, « L’induction », *Rev. Phil. de Louvain*, 1964, p. 108). Sur la distinction entre principe-règle et principe-idée, cf. A. Jeammaud., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115.

¹⁹⁸⁷ Elle a notamment été rappelée à propos de la négociation obligatoire consécutive d’une dénonciation (Art. L. 2261-10) : Soc, 9 février 2000. *Bull. civ.* V n° 59 ; *D.* 2000, p. 82, obs. J. Pélissier ; *R.J.S.* 3/00 n° 306 ; *S.S.L.* n° 970 p. 11 ; *D.* 2001, p. 740, obs. I. Odoul-Asorey.

¹⁹⁸⁸ Soc, 26 mars 2002, *Bull. civ.* V, n° 107 ; *D.* 2002, p. 3231, note F. Petit ; *R.J.S.* 2002, p. 553, n° 704 ; *Dr. soc.* 2002, p. 620, note M.-L. Morin ; *J.C.P.* éd. E 2002, p. 1764, obs. Darmaisin ; *J.S. Lamy*, 2002, n°100-5. *Adde.* J. Pélissier, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouv.* 1997, p. 496 ; N. Colin « Les parties à la révision des conventions et accords collectifs », *R.J.S.* 1/01 p. 5 ; Soc. 17 septembre 2003. *Bull. civ.* V, n° 240 ; *R.J.S.* 11/2003 n° 1297 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd. 2008, n° 160, obs. p. 729. *D.* 2004, p. 388, obs. I. Odoul-Asorey. Pour rappel, la révision d’un accord collectif n’est ouverte qu’aux syndicats signataires de l’accord initial. Cette circonstance pouvait justifier que seuls les syndicats habilités à conclure l’avenant de révision devaient être invités à la négociation. Cela n’a pas été la solution retenue par la Cour de cassation. *Adde.* Soc, 13 novembre 2008, *Bull. civ.* 224 ; *R.J.S.* 02/09, n° 199 : « *lorsque l’accord initial ne prévoit pas les modalités de sa révision, il résulte de l’article L. 2261-7 du Code du travail que [...] le consentement unanime des signataires est nécessairement pour engager la procédure de révision* ».

¹⁹⁸⁹ Soc. 17 septembre 2003. *Bull. civ.* V, n° 240 ; *R.J.S.* 11/2003 n° 1297 ; J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, , 4^{ème} éd. 2008, n° 160, obs. p. 729 ; *D.* 2004, p. 388, obs. I. Odoul-Asorey.

¹⁹⁹⁰ 2^{ème} civ. 15 juin 1961, *Bull. civ.* II, n° 454 ; *Dr. soc.* 1961, p. 613, obs. J. Savatier. ; Soc. 9 avril 1987 *Bull. civ.* V, n° 219.

à la négociation électorale constitue une déclinaison d'un principe général de la négociation collective.

Avant l'adoption de la loi du 20 août 2008, l'employeur devait convier tous les syndicats représentatifs dont les statuts leur permettaient de présenter des candidats dans l'entreprise. Ce n'était donc pas nécessairement des syndicats implantés dans l'entreprise¹⁹⁹¹. L'adoption de la loi du 20 août 2008 a conduit à une nouvelle déclinaison de la règle obligeant l'employeur à inviter l'ensemble des organisations syndicales intéressées par l'objet de la négociation. L'employeur doit inviter tous les syndicats intéressés au processus électoral : les syndicats représentatifs dans l'entreprise, les syndicats affiliés à une organisation syndicale représentative au niveau national interprofessionnel, ainsi que les syndicats indépendants, respectant les valeurs républicaines et disposant de deux ans d'ancienneté. Tous ces syndicats sont désormais appelés à négocier le protocole préélectoral soit qu'ils en aient été informés par voie d'affichage, soit qu'ils aient reçu une invitation de la part de l'employeur¹⁹⁹².

En revanche, la sanction du manquement de l'employeur est la même : l'annulation du protocole préélectoral¹⁹⁹³. De manière cohérente, l'irrégularité de l'accord pour cette raison entraînera l'annulation des élections¹⁹⁹⁴.

1108. L'obligation d'inviter l'ensemble des organisations syndicales intéressées par l'objet de négociation apparaît également, sous une déclinaison particulière, à propos de la négociation sur les cadres de représentation. Les interlocuteurs sociaux sont notamment appelés à définir les entités composant, soit l'unité économique et sociale, soit les sociétés composant le groupe de sociétés. L'unité économique et sociale est le cadre d'implantation des institutions de

¹⁹⁹¹ Cette règle avait une autre conséquence : la personne habilitée à représenter le syndicat à la négociation n'était pas nécessairement le délégué syndical et pouvait être une personne extérieure à l'entreprise : Soc, 21 juillet 1986, *Bull. Civ. V*, n° 412 ; *D.* 1987, p. 203, obs. M.-A. Souriac. Depuis un arrêt du 12 février 2003, il n'est plus nécessaire néanmoins que le syndicat donne un mandat spécial à la personne qui le représente lors de la négociation électorale. Conformément au droit commun, « *le délégué syndical dans l'entreprise, qui représente le syndicat auprès du chef d'entreprise, n'a pas à justifier d'un mandat spécial de son organisation pour conclure le protocole préélectoral* » (Soc, 12 février 2003, *Bull. Civ. V*, n° 52.).

¹⁹⁹² Art. L. 2314-3 *C. trav.* Pour l'élection des délégués du personnel ; Art. L. 2324-4 *C. trav.* pour l'élection des représentants au comité d'entreprise.

¹⁹⁹³ Soc, 16 janvier 2008, *Bull. civ. V*, n° 9 ; *R.D.T.* 2008, p. 250, note M. Grévy.

¹⁹⁹⁴ Soc, 19 juin 1987, *Bull. civ. V*, n° 406 ; *D.* 1988, p. 94, obs. J.-M. Béraud ; Soc, 1^{er} avril 1988, *Bull. civ. V*, n° 195 ; *D.* 1988, p. 121 ; *Dr. soc.* 1988, p. 724, note. G. Couturier ; *R.J.S.* 1988, p. 397, n° 616 ; Soc, 29 octobre 1996, *R.J.S.* 1996, p. 830, n° 1289.

représentation des salariés pouvant mise en place normalement dans l’entreprise¹⁹⁹⁵. Le groupe est le cadre de mise en place du seul comité de groupe¹⁹⁹⁶. Par définition, ces cadres de représentation regroupent des entités juridiquement autonomes. Cependant, compte tenu de la structure de leur capital, celles-ci nouent des liens étroits faisant naître des intérêts communs entre les salariés, ce qui justifie la mise en place d’institutions capables de représenter ces intérêts communs¹⁹⁹⁷.

La négociation a pour but de fixer les limites dans lesquelles les institutions de représentation des salariés seront mises en place. Or, selon les juges, l’ensemble des organisations syndicales intéressées doit être invité à la négociation. Dans le cas de la reconnaissance de l’unité économique et sociale, ce sont les organisations syndicales présentes dans les différentes entités de l’unité économique et sociales¹⁹⁹⁸. Dans le cas du groupe, ce sont celles qui ont obtenu des élus dans un des comités d’entreprise d’une entreprise appartenant au groupe¹⁹⁹⁹.

1109. L’idée n’est pas non plus absente lorsque la négociation porte sur la mise en place d’une représentation des salariés dans les entreprises de dimension communautaire ou dans les sociétés européennes²⁰⁰⁰. L’ouverture d’une telle négociation, obligatoire, oblige le chef

¹⁹⁹⁵ G. Blanc-Jouvanc, « L’unité économique et sociale et la notion d’entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 68 ; B. Boubli, « L’unité économique et sociale à l’époque des vœux », *S.S.L.* 2005 n° 1156 et 1157 ; J. Savatier, « Le dynamisme de l’unité économique et sociale pour l’organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. soc.* 2004, p. 944 ; D. Jourdan, « L’unité économique et sociale », *T.P.S.* 2001 n° 8. R. de Lestang, « La notion d’unité économique et sociale d’entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.* 1979, p. 5.

¹⁹⁹⁶ Bien que la loi du 4 mai 2004 ait reconnu la négociation collective de groupe, elle n’a pas créé d’agents de négociation pérennes. Les coordonnateurs syndicaux prévus par l’article L. 2232-32 du Code du travail ne sont désignés que pour une négociation particulière. De plus, l’accord de groupe déterminant lui-même son champ d’application, constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe, rien n’interdit que le groupe soit redéfini de manière différente à l’occasion de chaque négociation.

¹⁹⁹⁷ Cependant, les notions de groupe et d’unité économique et sociale sont incompatibles. Soc, 20 octobre 1999, *Bull. civ. V*, n° 391 ; *T.P.S.* 1999 n° 430 ; *J.C.P.* éd. E 2000 p. 944 obs. F. Bousez ; *J.C.P.* éd. E 2000 p. 980, note C. Morin ; *D.* 2000 p. 385 obs. A. Arseguel ; *R.J.S.* 1/00 n° 65 et 68 ; Soc, 25 janvier 2006, *Bull. civ. V*, n° 34, *J.C.P.* éd. S 2006, p. 34, obs. R. Vatinet ; *Dr. soc.* 2006, p. 468, obs. J. Savatier ; *R.F.* 2007, p. 144 ; *Adde*, M. Cohen, « Les confusions relatives au périmètre de l’unité économique et sociale », *R.J.S.* 3/01, p. 183. En revanche, un groupe peut être composé d’une unité économique et sociale : Soc, 30 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 191 ; *Dr. soc.* 2001 p 1129, note J. Savatier ; *Dr. ouv.* 2001 p. 383 note P. Bouaziz.

¹⁹⁹⁸ Soc, 10 novembre 2010, *Bull. civ. V*, n° 256, 1^{er} moyen.

¹⁹⁹⁹ Soc, 30 mars 2010, *Bull. civ. V*, n° 82 ; *R.J.S.* 2010. 459, n° 528 ; *Dr. soc.* 2010. 865, obs. F. Petit ; *J.C.P.* éd. S 2010. 1206, obs. E. Jeansen.

²⁰⁰⁰ Au demeurant, l’origine communautaire de ces accords invite à rechercher le fondement d’une exigence. Cette exigence découlerait, d’une part, du droit des travailleurs à l’information et à la

d'entreprise à constituer un groupe spécial de négociation²⁰⁰¹. Celui-ci est composé de représentants des salariés de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire ou de la société européenne. Or, les règles sur la composition de cette instance assurent une représentation proportionnelle des salariés en fonction des effectifs des différentes entreprises ou des différents établissements mais également une représentation des salariés travaillant dans les différents États membres de l'Union européenne. Suivant la directive du 6 mai 2009, « *les membres du groupe spécial de négociation sont élus ou désignés en proportion du nombre de travailleurs employés dans chaque État membre par l'entreprise de dimension communautaire ou le groupe d'entreprises de dimension communautaire, en allouant à chaque État membre un siège par tranche de travailleurs employés dans cet État membre qui représente 10 % du nombre de travailleurs employé dans l'ensemble des États membres, ou une fraction de ladite tranche* ». Une règle similaire existe s'agissant de la représentation des salariés dans la société européenne. En vertu de l'article L. 2352-3, « *les sièges au sein du groupe spécial de négociation sont répartis entre les États membres en proportion du nombre de salariés employés dans chacun de ces États par rapport aux effectifs des sociétés participantes et des filiales ou établissements concernés dans l'ensemble des États membres* »²⁰⁰².

1110. Ces règles ne visent pas seulement à ce que toutes les parties intéressées puissent participer à la négociation. Elles visent encore une représentation proportionnelle des salariés au regard de leur importance dans l'entreprise²⁰⁰³. De ce point de vue, l'obligation de l'employeur de constituer un groupe spécial de négociation et de négocier avec ses membres se justifie seulement au regard du droit des travailleurs à l'information et à la consultation dans

consultation dans l'entreprise, dans la mesure où ce droit est l'objet de l'accord. Elle résulterait, d'autre part, du droit de négociation collective qui n'est pas absent du principe d'autonomie des parties auquel fait référence la directive sur le comité d'entreprise européen.

²⁰⁰¹ Art. L. 2342-1 ; Art. L. 2352-1 *C. trav.*

²⁰⁰² Art. L. 2352-4 *C. trav.* De plus, des membres supplémentaires sont désignés pour représenter les salariés employés par une société qui a perdu sa personnalité juridique à la suite de la fusion qui a abouti à la création de la société européenne.

²⁰⁰³ Concernant les modalités de désignation des membres du groupe spécial de négociation, la directive a préféré recourir à la méthode de coordination. Elle renvoie donc aux États membres le choix du mode de désignation. Il consiste soit en une élection par les salariés soit en une désignation par les organisations syndicales. En droit français, les membres représentant les salariés employés en France sont désignés par les organisations syndicales parmi leurs élus aux comités d'entreprise ou d'établissement ou leurs représentants syndicaux dans l'entreprise ou le groupe. L'élection par les salariés n'est retenue qu'en l'absence d'organisations syndicales présentes dans l'entreprise (cf. Art. L. 2344-5 *C. trav.*).

l'entreprise. Elle est sans lien avec le respect de la liberté syndicale et le droit de négociation collective²⁰⁰⁴.

1111. Il s'agit là d'une différence importante avec le droit français de la négociation collective. L'obligation de l'employeur d'inviter l'ensemble des organisations syndicales existe d'abord en considération du pluralisme syndical et du droit des salariés à la négociation collective. Il n'apparaît pas cependant que l'objet particulier de la représentation des salariés comme objet de négociation ait une quelconque influence de ce point de vue.

1112. Les différentes déclinaisons de l'invitation à négocier soulignent la diversité de ce que peuvent être les parties intéressées à la négociation collective. Selon l'objet de la négociation, et le plus souvent, il peut s'agir des seules organisations représentatives. Parfois, par exception, les parties intéressées dépassent le cercle restreint des syndicats représentatifs. Ainsi, les syndicats qui ont droit de participer aux élections sont informés de leur tenue et mis en mesure de négocier les conditions de leur organisation. De la même manière, les syndicats qui existent au sein de la future unité économique et sociale participent aux négociations en vue d'aboutir à sa reconnaissance. Ou enfin, les salariés d'une entreprise de dimension communautaire doivent pouvoir, par l'intermédiaire de leurs représentants, participer à la mise en place de l'institution appelée à les représenter à ce niveau.

1113. L'idée d'une discussion loyale va généralement de pair avec le respect d'une égalité de traitement entre les parties à la négociation. Cela étant, une règle d'égalité de traitement n'est pas mise en œuvre lorsque les négociateurs sont regroupés dans une instance collégiale. L'exemple du groupe de spécial de négociation le montre. L'égale participation est alors assurée par reconnaissance d'un droit de siéger dans l'instance reconnu à chacun. Lorsque la négociation collective est menée par les organisations syndicales, loyauté et égalité de traitement se combinent étroitement. Dans cette hypothèse, l'espace et l'objet de la négociation définissent alors le cercle des égaux. Ce cercle est le même lors des négociations qui ne peuvent être menées de manière séparée.

²⁰⁰⁴ D'ailleurs, les organisations de travailleurs ne sont pas en tant que telles appelées à négocier. Malgré cela, le Préambule de la directive du 6 mai 2009 reconnaît l'intervention des organisations syndicales en leur donnant un droit d'être informées de l'ouverture des négociations et d'intervenir dans le cadre des négociations en appui des représentants des salariés (Paragraphe 27). De plus, l'article 5.4 autorise le groupe spécial de négociation à se faire assister d'experts parmi lesquels peuvent figurer des représentants des organisations syndicales. Ces experts et ces représentants des organisations syndicales peuvent participer aux négociations avec voix consultative.

B. L'interdiction des négociations séparées

1114. L'exigence de loyauté interdit également les discriminations entre organisations syndicales et les négociations séparées.

1115. Une nouvelle fois, l'instauration d'une négociation annuelle obligatoire et l'encadrement légal de la procédure de négociation dans cette hypothèse ont facilité l'interdiction de certaines pratiques patronales qui avaient cours pendant les négociations. Ainsi-a-t-il été décidé que le juge pouvait mettre fin à la discrimination dont était victime un syndicat dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire. A cette fin, il pouvait enjoindre l'employeur de convoquer ledit syndicat à la négociation, lui transmettre le calendrier des négociations et lui communiquer toutes les informations en lien avec l'objet de la négociation²⁰⁰⁵. Plus tard, dans un arrêt du 9 juillet 1996, la Cour de cassation avait jugé que des syndicats qui avaient participé à la négociation d'un accord collectif étaient recevables à en demander la nullité²⁰⁰⁶. *A contrario* l'accord ne pouvait être annulé dès lors que « *la négociation avait été menée jusqu'à son terme par l'employeur avec toutes les organisations syndicales qui avaient pu constamment exprimer leurs propositions, motiver leur refus, formuler des contre-propositions dont certaines ont été retenues* ».

1116. Cependant, ces décisions demeurent relativement isolées. D'autres décisions ont fait montre d'une moins grande sévérité jusqu'à admettre, pour la chambre criminelle, le droit de l'employeur à une attitude passive lors des négociations²⁰⁰⁷.

1117. Des arrêts plus récents montrent que les juges imposent moins désormais une procédure à suivre et se contentent de sanctionner les négociations séparées. La Cour de cassation a formulé cette interdiction dans deux arrêts des 12 octobre 2006 et 10 octobre 2007. Dans la première décision, les négociations séparées ne sont sanctionnées que si les modifications apportées après la dernière réunion de négociation ont été contestées avant l'expiration du délai de signature et que la réouverture des négociations a été sollicitée²⁰⁰⁸. Dans la seconde décision, la solution diverge. L'accord encourt l'annulation « *si l'existence de*

²⁰⁰⁵ Soc, 13 juillet 1988, *Bull. civ. V*, n° 454 ; *D.* 1989, p. 202.

²⁰⁰⁶ Soc, 9 juillet 1996, *Bull. civ. V*, n° 189 ; *D.* 1998, p. 258, obs. M.-A. Souriac, *R.J.S.* 1996, n° 953.

²⁰⁰⁷ Crim, 4 octobre 1989, *Dr. soc.* 1990, p. 212, obs. J. Savatier ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 363, obs. A. Lyon-Caen.

²⁰⁰⁸ Soc, 12 octobre 2006, *R.D.T.* 2006, p. 2006, p. 187, obs. M.-A. Souriac, « Loyauté dans la négociation collective : le juge se désengage » ; *R.J.S.* 2006, n° 1298.

négociations séparées est établie ou encore si [toutes les organisations syndicales] n'ont pas été mises à même de discuter les termes du projet soumis à la signature en demandant le cas échéant la poursuite des négociations jusqu'à la procédure prévue pour celle-ci»²⁰⁰⁹. En l'espèce, l'accord est annulé : alors qu'aucune procédure de signature n'était prévue, l'accord signé par deux organisations syndicales était différent de celui discuté lors de la dernière réunion de négociation.

1118. La confrontation de ces deux arrêts montre que la Cour de cassation est attentive à deux choses. En premier lieu, elle vérifie que les syndicats ont été mis en mesure de connaître les termes de l'accord soumis à la conclusion. Dans cette perspective, l'existence d'une procédure de conclusion ou, plus simplement, d'un délai pendant lequel l'accord peut être conclu, permet aux syndicats de prendre connaissance des modifications *in extremis* apportées à l'accord²⁰¹⁰. La modification apportée en dehors de la négociation n'est donc pas interdite, même lorsqu'elle est unilatérale. Cette solution peut faire craindre que la négociation se résume alors à une simple adhésion d'un texte préalablement arrêté²⁰¹¹.

En second lieu, elle s'oppose à la pratique des négociations séparées. Dans ce cas, l'accord doit être annulé. La difficulté tient alors essentiellement à rapporter la preuve. Il s'agit de sanctionner une pratique patronale déloyale qui consiste à jouer des divisions syndicales et à écarter les organisations syndicales jugées hostiles ou trop critiques à l'égard de l'employeur. Une nouvelle fois, la pratique déloyale se confond avec une différence de traitement entre organisations syndicales contraire à l'article L. 2141-7 du Code du travail²⁰¹².

1119. L'exigence de loyauté, à travers l'interdiction des négociations séparées, joue une fonction analogue à celle qui était attribuée à l'exigence d'unanimité. Certes, l'unanimité a d'abord vocation à assurer l'adhésion et l'engagement du syndicat. Mais elle fut aussi un

²⁰⁰⁹ Soc, 10 octobre 2007, *Bull. civ.* V, n° 156 ; *R.D.T.* 2008, p. 188, obs. M.-A. Souriac, « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? ».

²⁰¹⁰ L'existence d'une procédure de conclusion de l'accord n'est pas obligatoire en principe. Elle est cependant davantage encadrée au niveau de la branche professionnelle dans la mesure où l'extension de la convention ou de l'accord de branche ne peut avoir lieu que si la conclusion a lieu lors d'une réunion de la commission paritaire (C.E. 28 octobre 1988, *Fédération nationale de la Chimie C.G.T.*, *Dr. soc.* 1989, p. 237 ; *Dr. ouv.* 1989, p. 228).

²⁰¹¹ Sur cette critique, cf. M.-A. Souriac, note. préc. *Adde* J. Péliissier, « La loyauté dans la négociation collective », art. préc. p. 496 et spéc. p. 499 ; J. Barthélémy, « La négociation collective d'entreprise : consensualisme ou formalisme », *Dr. soc.* 1988, p. 401 et spéc. p. 402.

²⁰¹² Art. L. 2141-7 C. trav. – *Il est interdit à l'employeur ou à ses représentants d'employer un moyen quelconque de pression en faveur ou à l'encontre d'une organisation syndicale.*

rempart efficace contre les pratiques patronales discriminatoires. L'unanimité fait nécessairement obstacle à la velléité de l'employeur d'écarter de la négociation une organisation syndicale ou au souhait de négocier avec certaines seulement. D'ailleurs, avant que l'unanimité ne soit généralisée par la loi de 1982, la Cour de cassation l'avait parfois requise en matière électorale pour contrer les négociations séparées et les pratiques discriminatoires²⁰¹³.

1120. L'absence d'unanimité au stade de la conclusion de l'accord ne rend que plus nécessaire l'assurance d'une égalité de traitement entre syndicats au stade de la négociation. Elle est le seul moyen de garantir une expression *fidèle et sincère* des intérêts des salariés.

1121. En matière de représentation des salariés, cette exigence paraît d'autant plus impérieuse pour deux raisons au moins. Tout d'abord, les syndicats sont à la fois les auteurs et les sujets de l'accord. Il ne s'agit donc pas seulement d'exprimer diversement l'intérêt des salariés ; il s'agit également pour les syndicats d'exprimer leur intérêt en tant que personne morale. Il serait déloyal, et partant illégitime, qu'un syndicat se voit imposer des obligations alors qu'il n'a pas été en mesure de les négocier au même titre que les autres syndicats. Ensuite, la négociation collective ayant pour objet la représentation des salariés s'inscrit de plus en plus comme une première étape dans la construction d'un processus décisionnel négocié. Il est donc important que toutes les parties intéressées, qu'elles fassent partie des futurs processus décisionnels ou qu'elles y soient soumises, aient pu participer à la négociation sans en être écartées. Autrement dit, la loyauté de la négociation sur la représentation des salariés détermine la légitimité de l'ensemble du processus décisionnel qu'elle met en place pour l'avenir.

²⁰¹³ Soc, 8 juillet 1976, *Bull. civ. V*, n° 442. : « *l'employeur ne pouvait conclure un protocole avec le seul syndicat F.O. en refusant à la C.F.D.T., dont la représentativité n'était pas contestée, de participer, comme elle lui avait demandé, de participer à son élaboration par une mesure discriminatoire* » ; Soc, 27 avril 1978, *Bull. civ. V*, n° 297 : « *les élections devant être organisées en conformité des dispositions de la convention collective et celles-ci ne pouvaient être valablement modifiées et d'autres modalités adoptées que par un accord conclu par l'employeur avec toutes les organisations syndicales dans l'entreprise* ». Implicitement, cet arrêt permet également de comprendre l'intérêt qu'il y avait à réserver aux organisations syndicales représentatives la présentation des listes au premier tour de scrutin. Suivant les propos de M. J.-M. Verdier, « *il est en fait impossible d'apporter la preuve qu'une élection a été faussée par des pressions patronales en faveur d'une liste bien vue de la direction ; en revanche, il est relativement plus aisé d'établir la non-représentativité de l'organisation qui l'a présentée ou l'absence de patronage syndical* », « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1991, p. 5 et spéc. p. 9, note 7.

Apparaît ici une autre dimension liée à l’exigence de loyauté : la prise en compte du temps dans la production normative.

Paragraphe 2 – Loyauté et temporalité du processus décisionnel

1122. L’exigence de loyauté ne garantit pas seulement la participation des parties intéressées à l’édiction des normes. Elle impose encore le respect d’une temporalité qui donne aux processus décisionnels leur régularité²⁰¹⁴. La norme serait d’une meilleure qualité si son auteur a pris le temps nécessaire à son élaboration. Cette maturation tend à éviter les pratiques vexatoires et le fait accompli et à laisser le temps à chacun de s’informer, d’exprimer son avis, ses objections voire ses contre-propositions²⁰¹⁵.

1123. Trois obligations en particulier imposent une temporalité dans la prise de décision. Ce sont, d’une part, les obligations d’informer et de consulter (A) et, d’autre part, les obligations de négocier (B).

A. Les obligations d’informer et de consulter

1124. L’obligation d’informer contraint une personne à communiquer certaines données à son interlocuteur. En droit du travail, le débiteur des obligations d’informer est le plus souvent l’employeur alors que les créanciers peuvent être soit le salarié individuellement²⁰¹⁶ soit les représentants de la collectivité des salariés.

1125. L’obligation de consulter impose quant à elle de recueillir l’avis d’une personne sur une question et lui donner la possibilité d’exprimer son point de vue. L’avis peut être simple, c’est-à-dire qu’il ne lie pas la personne qu’il a demandée. Il peut être conforme ; dans ce cas, la décision prise ne peut aller à l’encontre de ce que préconise l’avis. En droit du travail, cette obligation de consulter concerne les comités d’entreprise. Suivant l’article L. 2323-2 du Code du travail, *les décisions de l’employeur sont précédées de la consultation du comité*

²⁰¹⁴ Le terme de régularité a d’ailleurs un double sens. Il renvoie non seulement à ce qui est conforme à une règle, mais encore, en parlant du temps, à ce qui est constant, régulier et prévisible.

²⁰¹⁵ En ce sens, P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d’une légitimité procédurale », in S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 95 et spéc. p. 105 : « *Les premières [types de règles] ont pour objet la concertation préalable à la décision et visent à lui conférer une certaine acceptabilité. [...] La seconde série de règles consiste dans l’organisation d’un véritable processus de décision : c’est le temps dans la prise de décision qui est pris en compte* ».

²⁰¹⁶ Sur cette question, cf. B. Dabosville, *L’information du salarié : contribution à l’étude de l’obligation d’informer*, Thèse U-P.O.N.D. 2011.

d'entreprise » et suivant l'article L. 23236-6, « *le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* ».

1126. Les obligations d'information et de consultation sont d'abord orientées vers le pouvoir de l'employeur. Elles atténuent l'unilatéralisme du pouvoir de l'employeur ; elles l'encadrent en obligeant ce dernier à exposer les raisons de son action et à prendre en compte l'intérêt des salariés²⁰¹⁷. Ainsi évoque-t-on l'idée d'une rationalisation du pouvoir de l'employeur qui passerait par une explicitation de ses raisons d'agir. Ce faisant, elles rendent plus acceptable le pouvoir de l'employeur auquel sont soumis les salariés.

1127. Depuis un arrêt du 5 mai 1998, l'information et la consultation du comité d'entreprise est également obligatoire lorsque le processus décisionnel consiste principalement dans la négociation d'un accord collectif. Dans ce cas, le comité d'entreprise doit être informé et consulté de façon concomitante à l'ouverture de la négociation ou avoir lieu au plus tard avant la signature de l'accord²⁰¹⁸.

Cette jurisprudence mérite d'être saluée en dépit du risque possible de concurrence entre représentation élue et représentation syndicale. Dans le cadre d'une négociation collective facultative, l'obligation d'informer et de consulter le comité d'entreprise pallie l'absence d'informations obligatoires délivrées aux négociateurs. L'établissement d'une « *navette* » entre représentants des salariés offre des moyens supplémentaires à ces derniers. Le

²⁰¹⁷ E. Lafuma, *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur*, L.G.D.J. 2008, p. 76.

²⁰¹⁸ Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219 ; M. Cohen, « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », *R.J.S.* 6/98, p. 435 ; P.-H. Antonmattéi, « Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe », *R.J.S.* 8-9/98, p. 612 ; J.-Y. Frouin, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1998, p. 583 ; P.-Y. Verkindt, « De la consultation à la négociation », *Dr. soc.* 1998, p. 324 ; D. Boulmier, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », *Dr. ouv.* 1998, p. 350 ; B. Boubli, « La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif », *S.S.L.* du 26 juin 1998, p. 893 ; B. Teyssié, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *T.P.S.* 1998, p. 6 ; T. Aubert-Monpeyssen, note sous arrêt, *J.C.P.* éd. E, 1998, p. 1407 ; *G.A.D.T.*, Dalloz, 4^{ème} édition, n° 159.

dialogue entre représentants doit davantage être perçu comme un facteur de complémentarité de nature à vivifier le processus de négociation²⁰¹⁹.

L'obligation découverte par la Cour de cassation permet d'accroître les prérogatives du comité d'entreprise en même temps qu'elle renforce la loyauté dans la négociation collective. Pour autant, le premier aspect semble avoir été privilégié. En effet et de manière regrettable, le défaut d'information et de consultation du comité d'entreprise n'est sanctionné ni par l'annulation de l'accord²⁰²⁰ ni même par sa suspension²⁰²¹. Partant, les juges n'ont pas véritablement fait de l'obligation d'information et de consultation une étape de la procédure de négociation collective d'entreprise.

Cependant, l'information et la consultation des représentants des salariés ne visent ni à atténuer l'unilatéralisme ni à forcer l'employeur à une transparence sur ses objectifs et sur la stratégie de l'entreprise. L'extériorisation des raisons d'agir ne porte pas seulement sur les raisons du seul employeur mais sur celles qu'il partage avec les syndicats.

1128. Il faut alors penser l'obligation d'informer et de consulter au-delà du pouvoir de l'employeur et l'inscrire plus largement dans la construction des processus décisionnels rationnels dans l'entreprise²⁰²². L'information et la consultation constituent des étapes de processus décisionnels dont l'aboutissement peut être soit une décision unilatérale de l'employeur soit un accord collectif de travail.

1129. Cette imbrication est également très présente dans le droit de l'Union européenne. Ainsi, en vertu de la directive 2002/14-CE établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs, l'information est définie par la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de leur permettre de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner. La consultation consiste quant à elle dans l'échange de vues et l'établissement d'un dialogue entre les représentants des travailleurs et l'employeur. L'article 4 de la directive précise néanmoins que, sur les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de

²⁰¹⁹ D. Boulmier, « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », *Dr. ouv.* 1998, p. 350 ; G. Borenfreund, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1014.

²⁰²⁰ Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219, préc.

²⁰²¹ Soc, 19 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 105 ; *Dr. soc.* 2003, p. 252, obs. G. Couturier.

²⁰²² P.-Y. Verkindt, « De la consultation à la négociation : question de procédure », *Dr. soc.* 1998, p. 324 et spéc. p. 328. L'auteur voit notamment dans la rationalité et la complétude des informations une garantie apportée à la qualité et à la rationalité de la décision.

travail, la consultation a lieu « *en vue de parvenir à un accord* ». Selon les directives relatives au comité d'entreprise européen ou au comité dans la société européenne, l'information permet de « *préparer, le cas échéant, des consultations* »²⁰²³ et la consultation consiste « *à organiser un échange de vues et à établir un dialogue avec les représentants des salariés* »²⁰²⁴. Il arrive que l'obligation de consultation aille de pair avec une obligation de négociation²⁰²⁵. A tout le moins, elle « *implique [...] un dialogue entre représentants des salariés et direction au terme duquel un avis sera émis, avis qui exprime la position des salariés à travers leurs représentants. L'employeur n'est certes pas tenu de suivre cet avis dans la décision, mais il doit le prendre en considération et il doit au moins écouter l'argumentation des représentants ce qui explique qu'il doive parfois donner une réponse motivée à l'avis* »²⁰²⁶.

1130. La même inspiration guide les règles sur la négociation de l'accord sur la mise en place du comité d'entreprise européen et du comité de la société européenne. En vue de cette négociation, l'employeur doit mettre à disposition des représentants des salariés les informations relatives à l'effectif de l'entreprise ou du groupe de dimension communautaire ou de la société européenne²⁰²⁷. Selon la C.J.C.E., « *un tel droit à l'information constitue un préalable nécessaire à la détermination de l'existence d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises de dimension communautaire, elle-même condition préalable à l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information et de consultation transnationale des travailleurs* »²⁰²⁸. Or, « *l'information et la consultation des travailleurs sont*

²⁰²³ Pour le comité d'entreprise européen, Art. L. 2341-7 *C. trav.* ; pour le comité dans la société européenne, Art. L. 2351-4 *C. trav.*

²⁰²⁴ Pour le comité d'entreprise européen, Art. L. 2341-6 s. *C. trav.* ; pour le comité dans la société européenne, Art. L. 2351-5 *C. trav.*

²⁰²⁵ C.J.C.E., 27 janvier 2005, C-188/03, *Junk* (§ 42-43).

²⁰²⁶ S. Laulom (dir.), *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Université de Saint-Etienne, 2005, p. 37.

²⁰²⁷ Pour le comité d'entreprise européen, Art. L. 2342-3 *C. trav.* ; pour le comité dans la société européenne, Art. L. 2352-9 *C. trav.* Concernant cette dernière, le groupe spécial de négociation doit également être régulièrement informé du processus de sa création. Art. L. 2352-9 *C. trav. in fine*. *Adde* C.J.C.E. 29 mars 2001, Aff. C-62/99, *Bofrost*, point 36 : « *le droit à l'information impose à une entreprise faisant partie d'un groupe d'entreprises l'obligation de fournir des informations aux organes internes de représentation des travailleurs, même s'il n'est pas encore établi que la direction à laquelle les travailleurs s'adressent est celle d'une entreprise exerçant le contrôle au sein d'un groupe* ».

²⁰²⁸ C.J.C.E. 29 mars 2001, Aff. C-62/99, *Bofrost*, point 33 ; C.J.C.E. 13 janvier 2004, Aff. C-440/00, *Khüne et Nagel*, point 46 ; C.J.C.E. 15 juillet 2004, Aff. C-349/01, *A.D.S. Anker GmbH, R.J.S.* 1/05, p. 2, obs. N. Moizard, point 50.

assurées pour l’essentiel par un système de négociation »²⁰²⁹ d’où la nécessité d’un droit d’accéder aux informations « *indispensables à l’ouverture des négociations* »²⁰³⁰.

1131. Si l’effet utile de la directive justifie la reconnaissance de ce droit à l’information préalable à l’ouverture des négociations²⁰³¹, l’arrêt *Khüne et Nagel* justifie également cette reconnaissance par l’esprit de coopération qui doit guider les négociations²⁰³².

1132. Partant, l’obligation d’informer et de consulter n’est plus corrélée à l’exercice du pouvoir normatif de l’employeur. Elle est liée à l’existence d’une décision dont l’élaboration suit une procédure composée de moments où les salariés doivent être informés et consultés.

1133. Evidemment, ces règles assurent aux droits de participation une plus grande effectivité²⁰³³. Passant du juste à l’utile, et de manière plus médiante, elles organisent le processus décisionnel, elles le rendent plus sûr, si ce n’est plus efficace²⁰³⁴. L’information et la consultation participent à l’existence d’une décision concertée. L’exigence de loyauté rencontre alors l’exigence du contradictoire. La mise en place d’une procédure contradictoire ne semble plus requise lorsque l’avis se mut en accord²⁰³⁵.

²⁰²⁹ C.J.C.E. 29 mars 2001, Aff. C-62/99, *Bofrost*, point 29 ; C.J.C.E. 13 janvier 2004, Aff. C-440/00, *Khüne et Nagel*, point 40 ; C.J.C.E. 15 juillet 2004, Aff. C-349/01, *A.D.S. Anker GmbH*, point 46.

²⁰³⁰ C.J.C.E. 13 janvier 2004, Aff. C-440/00, *Khüne et Nagel*, point 49 ; C.J.C.E. 15 juillet 2004, Aff. C-349/01, *A.D.S. Anker GmbH*, point 51.

²⁰³¹ C.J.C.E. 15 juillet 2004, Aff. C-349/01, *A.D.S. Anker GmbH*, point 57.

²⁰³² C.J.C.E. 29 mars 2001, Aff. C-62/99, *Bofrost*, point 32 ; C.J.C.E. 13 janvier 2004, Aff. C-440/00, *Khüne et Nagel*, point 44.

²⁰³³ Cf. *infra* Partie 2 Titre 1.

²⁰³⁴ Le rapport du juste et de l’utile ne renvoie pas ici à la pensée utilitariste développée notamment par Mill ou Bentham. Selon ce courant de pensée, la légitimité de la norme s’apprécie par sa capacité à réaliser le bien-être. L’utilitarisme vise ici plus modestement la démarche conséquentialiste de cette école de pensée. L’utile est alors la recherche des moyens les plus efficaces pour atteindre un but dans une perspective stratégique. Sur le rapport entre loyauté et sécurité juridique, M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003, spéc. pp. 457-459. Ou encore sur les rapports entre loyauté et prévisibilité, D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », art. préc. p. 303 et spéc. p. 624. Sur le rapport entre loyauté et efficacité, en droit civil, cf. J.-P. Chazal, « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99 et spéc. p. 116 ; en droit du travail, R. Haddas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales, Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 2006.

²⁰³⁵ P. Lokiec, art. préc., p. 95 et spéc. p. 105.

B. L'obligation de négocier

1134. L'exigence de loyauté commanderait parfois une obligation de négocier. Cette négociation peut porter sur la "méthode" que les parties à un processus décisionnel long et/ou complexe décident de se donner *a priori*. Cette négociation serait une négociation préparatoire. L'obligation de négocier tirée de l'exigence de loyauté peut aussi exister au stade de l'exécution d'une convention. De manière différente, l'exigence de loyauté justifierait la réouverture de négociations en cours d'exécution du contrat ou de mise en œuvre d'une décision²⁰³⁶.

1135. Il ne s'agit donc pas ici d'envisager la négociation comme une source du droit du travail. Elle est ici appréhendée comme une étape, une séquence d'un processus décisionnel, aboutissant dans certains cas à mener tantôt une négociation dans la négociation tantôt une négociation sur la négociation.

1136. Il s'agit parfois de négociations préparatoires. Suivant l'article L. 2232-17, le nombre de salariés composant la délégation de chaque organisation syndicale fait l'objet d'un accord entre l'employeur et l'ensemble des organisations syndicales. Ou encore l'article L. 2232-20 du Code du travail dispose que « *l'objet et la périodicité ainsi que les informations nécessaires à remettre préalablement aux délégués syndicaux de l'entreprise ou de l'établissement sont fixés par accord entre l'employeur et les organisations syndicales* »²⁰³⁷.

1137. Dans un autre domaine, plus connu, le processus électoral repose essentiellement sur une obligation de négocier. Le protocole préélectoral est la première étape d'un processus long qu'il a vocation à encadrer. L'objet de cet accord est la base de toute une série de décisions prises par l'employeur qui établit les listes électorales, par le bureau de vote, éventuellement par l'inspecteur du travail ou par le juge d'instance.

²⁰³⁶ A la suite d'un arrêt de la 1^{ère} chambre civile, un auteur s'est demandé si, sur le fondement de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, la Cour de cassation n'avait pas reconnu une obligation de renégociation en cas de modification imprévue des circonstances économiques (1^{ère} civ. 16 mars 2004, *R.D.C.* 2004. 642, obs. D. Mazeaud contra J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p. 2239. Par ailleurs, l'avant-projet du Code civil dont la dernière version est datée de mai 2009 prévoit à l'article 101 que : « *si un changement de circonstances imprévisible rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut procéder à l'adaptation du contrat si les parties en sont d'accord, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

²⁰³⁷ Nous soulignons.

1138. Enfin convient-il de rappeler les obligations de négocier prévues par les règles communautaires en matière de représentation des salariés. De ce point de vue, le droit de l’Union européenne est sans doute celui qui va le plus loin dans la recherche d’une négociation continue et d’un encadrement négocié de la participation des salariés dans les processus décisionnels de l’entreprise²⁰³⁸. Pour rappel, selon la C.J.C.E., il ressort de la directive sur le comité d’entreprise européen que « *l’information et la consultation des travailleurs sont assurées, pour l’essentiel, par un système de négociation* »²⁰³⁹.

1139. Il s’agit alors d’une obligation de négocier en amont de tout processus décisionnel. L’objet de la négociation est précisément de mettre en place et d’organiser l’information et/ou la consultation des salariés dans les entreprises de dimension communautaire ou dans la société européenne.

1140. La législation communautaire instaure aussi des obligations de négocier en aval des processus décisionnels, du moins au cours de ceux-ci. Un arrêt de la C.J.C.E., rendu le 27 janvier 2005, a ainsi jugé que l’obligation de consultation « *en vue de parvenir à un accord* », prévue par la directive 98/59/C.E. du 20 juillet 1998 sur le rapprochement des législations sur les licenciements collectifs, « *impose une obligation de négociation* »²⁰⁴⁰.

Un auteur s’est demandé si l’obligation de coopérer prévue par la directive sur le comité d’entreprise européen n’était pas en mesure de fonder une obligation de négocier. Dans la mesure où, selon la directive instaurant un cadre général, l’information et la consultation des représentants des salariés doivent être menées en vue de parvenir à un accord, « *on doit se demander si la volonté de rechercher un accord ne constitue pas un élément intégrant de l’esprit de coopération* »²⁰⁴¹.

²⁰³⁸ B. Krief, *Essai sur l’émergence d’un droit européen de la représentation collective*, Ed. Panthéon-Assas, 2011 ; B. Teyssié, « Le contrat dans le droit des instances européennes de représentation du personnel », *Mélanges Béguin*, Litec 2005, p. 743.

²⁰³⁹ C.J.C.E. 29 mars 2001, Aff. C-62/99, *Bofrost*, point 29 ; C.J.C.E. 13 janvier 2004, Aff. C-440/00, *Khüne et Nagel*, point 40 ; C.J.C.E. 15 juillet 2004, Aff. C-349/01, *A.D.S. Anker GmbH*, point 46. Nous soulignons.

²⁰⁴⁰ C.J.C.E. 27 janvier 2005, C-188/03, *Junk*, points 42 et 43. Toutefois, suivant un arrêt de la C.J.C.E. du 8 juin 1994, il faut distinguer entre une simple procédure de consultation et une procédure de consultation en vue de parvenir à un accord (C.J.C.E. 8 juin 1994, C-382/92 et C-383/92, *Commission c/ Royaume-Uni*). Seule cette dernière consiste en une obligation de négocier.

²⁰⁴¹ P. Rodière, « Le comité d’entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d’entreprise », *Dr. soc.* 2007, p. 1015 et spéc. p. 1023.

1141. D'après l'arrêt précité du 27 janvier 2005, la directive elle-même prévoit que la consultation doit être menée en vue de parvenir à un accord. Or, tel n'est pas le cas de la directive sur le comité d'entreprise européen. Pour autant, les propos de cet auteur mettent en lumière un éventuel lien entre l'exigence de loyauté, présentée sous la forme d'une obligation de coopération, et l'obligation de négocier.

1142. La négociation occupe alors une fonction organisationnelle et l'accord se veut de type relationnel²⁰⁴². L'instauration d'une procédure négociée permet de se mettre d'accord sur les "règles du jeu", voire de s'accorder sur le périmètre du "terrain de jeu"²⁰⁴³. La négociation rend le processus décisionnel à la fois légitime et prévisible pour les personnes qui y participent ou qui sont concernées. Or, légitimité et prévisibilité sont précisément les deux éléments qui se rencontrent dans l'idée de loyauté²⁰⁴⁴.

²⁰⁴² Sur la notion de négociation collective organisationnelle, cf. G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.* 1979, pp. 351 et 352 ; cf. également, J. Barthélémy, « La négociation collective outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, pp. 580 s. ; G. Vachet, « La fonction organisationnelle de la convention collective », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 559. ; I. Kappopoulos, *Un nouveau droit de la négociation collective – Essai sur la négociation organisationnelle*, Th. Lille II, 2010. Sur l'idée de contrat relationnel, Y.-M. Laithier, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003 : « *La relation s'inscrit dans la durée, de sorte que les parties sont amenées à se connaître, à s'impliquer, à collaborer. La confiance réciproque croît au fur et à mesure que les liens se renforcent, ce qui peut plus facilement conduire l'un des cocontractants à se placer dans la dépendance de l'autre. Surtout, au-delà de l'échange effectué, c'est la relation qui est valorisée en elle-même. Les parties sont dès lors invitées à la préserver, au besoin, en complétant le contrat ou en l'adaptant aux circonstances futures.* ». Sur le lien entre fonction organisationnelle et contrat relationnel, cf. M. Mekki, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 323 et spéc. p. 331.

²⁰⁴³ Sur la théorie ludique du droit, cf. F. Ost, M. Van de Kerchove, *Le droit ou le paradoxe du jeu*, P.U.F. 1992. *Adde.* des mêmes auteurs, « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridiques ? », *Rev. Interdisciplinaire d'études juridiques*, 1993, p. 191. Les auteurs étudient en particulier le rôle du droit pour encadrer les conflits ; le droit déterminerait les conditions, les lieux et les temps de la confrontation entre les acteurs. Assurément cette confrontation entre salariés et employeur se trouve au cœur des relations de travail.

²⁰⁴⁴ Cf. *supra* n° 1093.

Conclusion du Chapitre 1^{er}

1143. Mettre en évidence les conditions auxquelles est soumise l’entrée en vigueur des normes professionnelles sur la représentation des salariés rend compte d’un rapport dynamique entre les normes. A dire vrai, l’existence de normes d’habilitation qui déterminent les conditions d’élaboration d’autres normes n’est pas une nouveauté. Tout ordre juridique se compose de normes qui ont pour objet la création d’autres normes. Normes de structure pour les uns²⁰⁴⁵, normes secondaires pour les autres²⁰⁴⁶, normes d’habilitation pour d’autres encore²⁰⁴⁷, Toutes permettent de comprendre comment, au sein d’un ordre juridique, les normes juridiques s’élaborent.

1144. D’autres enseignements peuvent être tirés de ces développements. En premier lieu, ceux-ci ont permis de mettre en lumière une certaine correspondance entre le mode d’élaboration des accords collectifs et leur force normative. Alors que l’unanimité participe d’une conception plutôt contractuelle et patrimoniale de la négociation sur la représentation des salariés, l’exigence majoritaire révèle une conception normative et statutaire. Autrement dit, l’érection de la négociation collective comme source de la représentation est allée de pair avec une évolution des règles de conclusion des accords collectifs conclus en ce domaine.

1145. En second lieu, les règles étudiées montrent les difficultés à reconnaître un pouvoir normatif aux représentants des salariés appliqué à leur propre pouvoir de représentation. D’un côté, elles tendent à asseoir davantage un pouvoir de représentation des salariés. De l’autre, elles tentent de réduire la distance qui sépare les représentants des représentés en s’assurant que l’action des premiers reste fidèle aux aspirations des seconds. Cette tension apparaît notamment dans le choix des règles d’entrée en vigueur des accords collectifs ou de la manière d’articuler l’intervention de la représentation élue avec celle de la représentation syndicale. La légitimation résulterait d’ailleurs de la prise en compte d’une telle distance qu’il conviendrait de limiter sans tomber dans l’illusion de l’auto-fondation.

²⁰⁴⁵ Sur la distinction entre norme de structure et norme de conduite, cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit* 2^{ème} éd. trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962 ; N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, op. cit. ; D. de Béchillon, *Qu’est-ce qu’une règle de droit*, O. Jacob, 1997, p. 55.

²⁰⁴⁶ Sur la distinction entre normes primaires et normes secondaires, cf. H.-L. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, F.U.S.L. 1976.

²⁰⁴⁷ G. Tusseau, *Les normes d’habilitation*, op. cit.

1146. La recherche d'un consensus et d'une procédure loyale dénote certainement une tension plus fondamentale en démocratie entre le fait majoritaire et l'idéal d'unanimité. Cette tension se décline de deux manières. D'un côté, la reconnaissance de la légitimité des conflits entre en contradiction avec l'aspiration au consensus. D'un autre côté, le principe réaliste de décision (majorité) s'oppose au principe nécessairement plus exigeant de justification (l'unanimité).

1147. En fin de compte, cette tension se résout, d'une part, par une assimilation de la majorité à l'unanimité²⁰⁴⁸ et, d'autre part, par le respect d'une procédure loyale où *tous* les intéressés doivent pouvoir participer. La négociation collective se voit ainsi appliquée les canons de la délibération publique²⁰⁴⁹. Cela est évident d'agissant de l'exigence majoritaire. S'agissant de la loyauté, celle-ci inscrit la négociation collective dans temporalité plus longue qui lui donne au passage une image beaucoup plus éclatée : celle-ci est séquencée en plusieurs étapes d'invitation, de discussion, d'information, de consultation, de décision. Loyauté et temporalité sont les conditions d'une norme légitime et de qualité et où les sources de la représentation collective des salariés concourraient à l'élaboration d'un « *droit dialogique* » : « *Appréhendé à l'échelle du processus [la règle de droit] apparaît en réalité avant tout comme le résultat d'une vaste délibération continue, agrégeant en son sein des procédures délibératives et contractuelles* »²⁰⁵⁰.

1148. Toutefois, à l'issue de ce chapitre, il reste difficile de voir en quoi la visée de l'articulation des sources de la représentation des salariés serait renouvelée. En réalité, la légitimation des procédures d'édition des règles sur la représentation des salariés prend véritablement sens une fois rapprochée du constat d'un déploiement des espaces de production normative situés à des niveaux plus décentralisés.

²⁰⁴⁸ *Ibidem*, p. 28.

²⁰⁴⁹ A rapprocher des débats sur la loi négociée. Cf. J. Caillosse, « L'adoption de la loi : négociation et délibération », in S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, op. cit. p. 133 ; P. Idoux, « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », in *Contrats publics, mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Université Montpellier I, tome 2, 2009 p. 547.

²⁰⁵⁰ P. Idoux, « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », art. préc., spéc. p. 575.

Chapitre 2nd – L'articulation des espaces de production normative

1149. « *Il est devenu banal d'observer que la période ouverte à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale conduit, dans l'ordre des sources du droit, à une remise en cause générale du système établi par les révolutions bourgeoises, caractérisées par la domination de la loi, la primauté du cadre national et l'articulation pyramidale des sources formelles de règles juridiques. La pression croissante des revendications individuelles et catégorielles, jointe au renforcement continu des objets et des niveaux de relations et d'échanges, emporte une multiplication sans précédent des pôles d'édition du droit, au sein des États comme au-dessus de ceux-ci* »²⁰⁵¹.

1150. Cette multiplication n'est cependant pas spontanée. Elle est encouragée et impulsée par l'État. Le déploiement des espaces de production normative serait le reflet d'une transformation de l'État et marquerait le passage d'un État propulsif à un État réflexif. L'État propulsif, qui caractérise l'État social national, intervient en imposant la réalisation de projets et d'objectifs dans la sphère économique et sociale²⁰⁵². Moins autoritaire, l'État réflexif interviendrait dans les rapports sociaux de manière consensuelle en incitant les acteurs à adopter tel ou tel comportement. Selon M. M-A. Morand, « *L'État réflexif est un État propulsif assoupli [...] qui tient compte des réactions des destinataires de ses commandements ou qui cherche à s'adapter à la logique des systèmes qu'il tente d'influencer* »²⁰⁵³. Pour évoquer cet assouplissement de l'autorité étatique, l'idée d'État négociateur, de l'entremise, a parfois été préférée : « *L'État allait de plus en plus se borner à favoriser la négociation entre partenaires sociaux, se contentant de leur indiquer l'objectif qu'il serait souhaitable d'atteindre et tentant une certaine mise en concordance des compromis négociés au sein des divers secteurs sociaux* »²⁰⁵⁴.

²⁰⁵¹ T. Revet, « Droit législatif, droit réglementaire et droit néo-corporatif du contrat », *R.D.C.* 2004, p. 607.

²⁰⁵² C.-A. Morand, *L'État propulsif, Contribution à l'étude des instruments d'action d'État.*, Publisud, 1991 ; *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J. 1999.

²⁰⁵³ C.-A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, *op. cit.*, p. 127.

²⁰⁵⁴ F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* p. 152. Selon ces auteurs, « *L'étape (ultime ?) de ce désengagement de la puissance publique est atteinte lorsque l'État se contente d'un rôle incitateur, renonçant à l'usage de la norme et de la contrainte et lui préférant la recommandation appuyée sur des campagnes d'opinion* », *op. cit.* p. 153. Les auteurs soulignent. Sur la notion d'État incitateur, cf. C.-A. Morand, *op. cit.* p. 159.

1151. Une telle perspective conduit à appréhender autrement les sources de la représentation des salariés. Ce n'est plus *rationae materiae* mais *rationae loci* qu'il est possible de rendre compte des sources de la représentation des salariés dans un contexte de « *dispersion des compétences et [de] mise en réseau* »²⁰⁵⁵.

1152. La dispersion des compétences résulte d'une multiplication des espaces décentralisés de production normative. De ce point de vue, les politiques de décentralisation traversent le droit public comme le droit privé.

1153. Cela étant, l'évocation d'espaces décentralisés de production normative ne signifie pas que la décentralisation soit l'unique logique à l'œuvre. Il en existe une seconde : à côté de la logique de décentralisation persiste une logique de déconcentration. En droit administratif, « *la décentralisation se traduit par le transfert d'attribution de l'État à des institutions (territoriales ou non) juridiquement distinctes et bénéficiant, sous la surveillance de l'État, d'une certaine autonomie de gestion* »²⁰⁵⁶. De manière différente, « *il y a déconcentration lorsque le pouvoir de décision détenu par les autorités les plus élevées est transféré à des autorités moins élevées dans la hiérarchie interne de l'institution* »²⁰⁵⁷. La première tend à créer des démocraties locales et des espaces d'autonomie de gestion en dehors de la sphère étatique qui se voit ainsi affectée par l'émergence de ces nouvelles sphères. La seconde est une technique d'organisation de l'administration qui permet un rapprochement entre administration et administrés sans affecter ni la sphère de compétence ni le pouvoir hiérarchique de l'État.

1154. Ces notions de droit administratif permettent de mettre en avant deux logiques différentes²⁰⁵⁸. D'un côté, la recherche d'une proximité entre les destinataires de la norme et leurs auteurs se voit conciliée avec l'intervention de l'État. De l'autre côté, il s'agit de créer un espace normatif autonome, mais dont l'État s'est assuré que les détenteurs du pouvoir normatif étaient légitimes et l'exerceraient en respectant des exigences démocratiques.

²⁰⁵⁵ M.- Delmas-Marty, *La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007, p. 82.

²⁰⁵⁶ R. Chapus, *Droit administratif*, Montchrestien, Domat, 15^{ème} édition, 2001 n°553, p. 403.

²⁰⁵⁷ R. Chapus, *op. cit.* n° 539, p. 391.

²⁰⁵⁸ Sur la portée respective de la décentralisation et la déconcentration en droit administratif, C. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, L.G.D.J. 1948 ; F.-X. Aubry *La décentralisation contre l'Etat*, L.G.D.J., 1992 ; Y. Gaudemet, *Droit administratif*, L.G.D.J. 19^{ème} édition 2010, p. 211.

1155. Ces deux logiques se rencontrent à propos de l’articulation des sources de la représentation des salariés. À travers la logique de déconcentration se laisse voir la fondation des espaces normatifs (Section 1). La logique de décentralisation met plutôt en évidence les enjeux liés à leur coordination (Section 2).

Section 1 : Logique de déconcentration et fondation des espaces de production normative

1156. L’appel aux interlocuteurs sociaux à mettre en œuvre la loi ou à réaliser les objectifs de l’Union européenne entre dans une logique de déconcentration de la production normative. Celle-ci invite à rechercher le niveau d’édiction le plus à même d’assurer l’effectivité et l’efficacité de la norme dans un souci de proximité avec les destinataires. Or, ceci n’est pas sans rappeler les principes de subsidiarité et de proportionnalité issus du droit de l’Union européenne. La bonne gouvernance commanderait en effet de vérifier qu’« *une intervention des pouvoirs publics est réellement nécessaire* », que « *les mesures choisies sont proportionnées aux objectifs* » et, s’agissant de l’Union européenne que « *le niveau européen est plus adéquat* »²⁰⁵⁹. Plus sûrement encore, la logique de déconcentration répond ici au principe d’autonomie des parties énoncé dans la directive sur le comité d’entreprise européen²⁰⁶⁰.

Le droit français est également animé par cette logique même si les raisons sont moins explicites. L’Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 et la Position commune du 16 juillet 2001 exposent quelques-unes des raisons qui auraient donné l’impulsion des dernières réformes en matière de représentation des salariés, de droit syndical ou de négociation collective. À cet égard, l’influence de la conception communautaire est remarquable : selon les interlocuteurs sociaux, ce sont les enjeux économiques et sociaux, liés à l’essor d’une économie mondialisée qui imposeraient de réformer en particulier le droit de négociation collective.

1157. En quoi cela relève-t-il d’une logique de déconcentration ? Que ce soit le droit français ou le droit de l’Union européenne, le développement de la négociation collective et le

²⁰⁵⁹ Commission des Communautés européennes, *Gouvernance européenne un Livre blanc*, COM (2001) 428 final, p. 13. La référence au Livre Blanc sur la Gouvernance européenne plutôt qu’au Traité est volontaire. Il ne s’agit pas en effet de faire application du principe de subsidiarité prévu par l’article 5 du Traité sur l’Union européenne.

²⁰⁶⁰ Cf. *supra* n° 556 s.

renforcement de l'autonomie du niveau de l'entreprise ne consistent pas à "laisser faire". La réglementation étatique et communautaire distribue des rôles et assigne des fonctions aux acteurs sociaux, dissimulant ainsi « *son visage interventionniste* ». À travers la logique de déconcentration, il s'agit de souligner que, « *quelle que soit la forme qu' [l'État] emprunte, la persistance du recours de la loi à l'accord collectif n'est pas une marque de la faiblesse de l'État, comme on pourrait bien le croire, mais "un mode d'élaboration du droit étatique"* »²⁰⁶¹.

1158. La logique de déconcentration renvoie également à l'idée de complémentarité voire d'auxiliarité. Le complément est l'élément nécessaire qui doit être intégré à un ensemble pour former un tout complet, de manière que rien d'essentiel ou d'utile ne lui manque²⁰⁶². De plus, la complémentarité entre deux entités postule leur insuffisance, ou plus exactement, renvoie à leur incomplétude respective²⁰⁶³. L'accord collectif devient alors le complément de la loi qui, seule, demeure insuffisante. Les interlocuteurs sociaux sont ainsi appelés à mettre en œuvre la loi²⁰⁶⁴ ou, selon la formule du Conseil constitutionnel, à déterminer les modalités concrètes de mise en œuvre des dispositions légales²⁰⁶⁵. L'accord collectif a alors une fonction réglementaire. Si l'on se réfère à la terminologie de C. Eisenmann, l'accord collectif devient un acte de « *réalisation de la norme légale* »²⁰⁶⁶.

1159. Niveau longtemps privilégié par les pouvoirs publics, la branche professionnelle demeure l'espace où la logique de déconcentration reste le plus perceptible (Paragraphe 1). En parallèle, la déconcentration de la production normative se développe en direction de l'entreprise (Paragraphe 2).

²⁰⁶¹ S. Yannakourou, *op. cit.* p. 191 citant à cette occasion les propos d'A. Lyon-Caen, « Changement politique et changement du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 6.

²⁰⁶² Cf. La définition de « Complément », in *cnrtl.fr*

²⁰⁶³ Cf. La définition de « incomplétude », in *cnrtl.fr* : « *État de ce qui n'est pas complet, de ce qui n'est pas achevé* ».

²⁰⁶⁴ Manuelle Grévy, « Syndicats professionnels », *Rép. droit du travail*, Dalloz, 2010, n° 743 s.

²⁰⁶⁵ Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, *D. 1997*, p. 152, obs. B. Mathieu ; G. Lyon-Caen, « La Constitution française et la négociation collective », *Dr. ouv.* 1996, p. 479 ; X. Prétot, « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *T.P.S.* 1997, p. 4 ; M.-L. Morin, « Le Conseil constitutionnel et la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25.

²⁰⁶⁶ C. Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.* 1957, p. 25 ; *Cours de droit administratif*, t. 1, L.G.D.J., 1982, p. 463.

Paragraphe 1 – La déconcentration vers la branche

1160. L’Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995 constitue le moment où la logique de déconcentration se transforme en volonté politique. Abordant la question de l’articulation des niveaux de négociation, les interlocuteurs sociaux n’en appellent pas à une redéfinition des fonctions des différents niveaux de négociation. Autrement dit, cherchant à établir une articulation fonctionnelle des niveaux de négociation, les interlocuteurs sociaux sont amenés à établir une spécialisation fonctionnelle de chacun d’eux. La branche est appelée à occuper, outre « *son rôle normatif habituel* », celui de « *régulateur* » de l’entreprise, jouant un rôle d’encadrement de la négociation d’entreprise, « *insufflant des dynamiques d’ensemble au sein de la branche* », « *[ouvrant] des espaces d’expérimentation sociale aux entreprises* »²⁰⁶⁷.

Ce rôle de régulateur, l’accord entend le voir naître rapidement, suggérant que la branche encadre la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux²⁰⁶⁸.

1161. La Position commune du 16 mai 2001 poursuivra en ce sens : « *la branche joue un rôle structurant de solidarité, d’encadrement et d’impulsion de la négociation d’entreprise à travers l’existence de règles communes à la profession* ». La Position commune propose de confier aux accords professionnels l’articulation des accords collectifs²⁰⁶⁹, la définition de l’exigence majoritaire²⁰⁷⁰, ou encore la négociation avec des représentants élus ou les salariés mandatés²⁰⁷¹.

²⁰⁶⁷ M.-L. Morin, « L’articulation des niveaux de négociation dans l’accord national interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 11 ; H. Tissandier, « L’articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. soc.* 1997, p. 1045.

²⁰⁶⁸ Article 2.3 - *il apparaît donc nécessaire de rechercher et de mettre au point conventionnellement des mécanismes qui permettent aux entreprises, et à leurs salariés, dépourvues de délégués syndicaux [...] d’accéder à la négociation sans remettre en cause à cette occasion le rôle [...] que la loi donne aux organisations syndicales représentatives en matière de négociation.*

²⁰⁶⁹ La Position commune du 16 juillet 2001, sur *Les voies et les moyens de l’approfondissement de la négociation collective*, a été conclue par l’ensemble des organisations syndicales et patronales, à l’exception de la C.G.T. Cf. *Dr. soc.* 2003, p. 92. Cf. I. 1.

²⁰⁷⁰ *Ibidem*, I. 2.

²⁰⁷¹ I. 3.

1162. À la suite des lois des 12 novembre 1996 et 4 mai 2004, inspirées par les propositions des interlocuteurs sociaux, l'accord de branche se voit confier des fonctions de « *gestion et d'organisation des relations professionnelles* »²⁰⁷².

1163. Ces fonctions impliquent pour les négociateurs de branche de s'occuper de « *la gérance* » et de « *la conduite* »²⁰⁷³ des relations professionnelles.

1164. La loi du 20 août 2008 ne dément pas entièrement cette tendance. Il convient toutefois de remarquer que les dispositions légales ont retrouvé une autorité et parfois un monopole qu'elles avaient perdus avec la loi du 4 mai 2004 au profit de l'accord de branche. En particulier, ce dernier ne participe plus à la définition de l'exigence majoritaire à laquelle l'entrée en vigueur des accords collectifs de travail est soumise²⁰⁷⁴. Plus précisément, le législateur avait autorisé qu'une convention collective de branche étendue déroge aux conditions d'entrée en vigueur des accords de branche et d'entreprise, en basculant d'une exigence majoritaire d'opposition à une exigence majoritaire d'approbation²⁰⁷⁵.

1165. Récemment encore, un rapport préconisait de repenser la branche. La « *branche nouvelle* » serait une instance paritaire chargée de la « *gouvernance de la négociation collective dans la branche sans être elle-même une instance de négociation [en veillant] à une organisation des pouvoirs qui favorisent les coordinations, veille aux cohérences et aux règles de légitimité des négociations* »²⁰⁷⁶

1166. Les fonctions de gestion et d'organisation des relations professionnelles confiées à la branche trouvent deux illustrations éloquentes dans la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux (A) et dans l'articulation des normes conventionnelles (B).

²⁰⁷² S. Nadal, « Le destin de la négociation de branche », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 59 et spéc. pp. 74 s.

²⁰⁷³ S. Nadal, art. préc. p. 74.

²⁰⁷⁴ Cf. Les articles L. 2232-6 et L. 2232-12 issus de la loi du 4 mai 2004.

²⁰⁷⁵ Cf. *supra* n° 1044. Sur ce dispositif prévu par la loi du 4 mai 2004, cf. J.-E. Ray, « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590 ; G. Borenfreund, « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon du 4 mai 2004 », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 7.

²⁰⁷⁶ F. Poisson, *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelles*, La documentation française, 2009. S. Nadal, « La fabrique des branches : à propos du rapport « Poisson », *R.D.T.* 2009, p. 596.

A. L’encadrement par l’accord de branche de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux

1167. La loi du 4 mai 2004 a confirmé certaines expérimentations de la loi du 12 novembre 1996, renvoyant aux négociateurs de branche le soin d’organiser la négociation dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux²⁰⁷⁷. La loi du 20 août 2008 est revenue en partie sur le rôle confié aux négociateurs de branche. Désormais, la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux n’a plus à être autorisée par la convention collective de branche. Ce sont les dispositions légales elles-mêmes qui habilite les agents alternatifs de négociation – à savoir les représentants élus au comité d’entreprise, les délégués du personnel, les salariés mandatés ou le représentant de la section syndicale - à négocier des accords collectifs d’entreprise²⁰⁷⁸. Reste que les interlocuteurs sociaux de branche doivent encore être informés préalablement par l’employeur de sa volonté d’ouvrir des négociations. De plus, ils ont le pouvoir de "validation" des accords collectifs conclus par les représentants élus des salariés, en contrôlant qu’ils n’enfreignent pas les dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles applicables²⁰⁷⁹.

1168. Si, pour la plupart, les accords de branche cantonnent les commissions de validation²⁰⁸⁰ à un contrôle de la licéité des accords d’entreprise²⁰⁸¹, quelques-uns prévoient un contrôle d’opportunité au regard de la politique de la branche²⁰⁸².

²⁰⁷⁷ G. Borenfreund, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2004, p. 606.

²⁰⁷⁸ Art. L. 2232-21 s. *C. trav.* Pour les accords conclus avec les représentants élus au comité d’entreprise ou à défaut avec les délégués du personnel ; Art. L. 2232-24 s. *C. trav.* pour les accords conclus avec les salariés mandatés par une organisation syndicale représentative de la branche.

²⁰⁷⁹ Art. L. 2232-22 *C. trav.*

²⁰⁸⁰ Art. L. 2232-21 *C. trav.* Ces dernières se sont beaucoup développées ces dernières années En 2010, la D.A.R.E.S. dénombrait 35 accords de branche dont l’objet portait sur la mise en place de ces commissions de validation entre la fin de l’année 2009 et la fin de l’année 2010. Le rapport annuel relatif à la négociation collective pour l’année 2010 relève une augmentation due à l’entrée en vigueur des dispositions de la loi du 20 août 2008 le 31 décembre 2009 : *La négociation collective en 2010*, Ministère du travail, de l’emploi et de la santé, 2011, p. 254 : « *La thématique qui a connu la plus forte progression en 2010 est celle relative aux conditions de conclusion des accords (108 accords). En effet, la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale généralise la possibilité pour les entreprises de négocier avec des élus, dans certaines conditions, depuis le 1er janvier 2010* » ; et pp. 400 s. pour un aperçu de la négociation sur les commissions paritaires de validation.

²⁰⁸¹ Selon le rapport annuel sur la négociation collective de 2010, vingt accords précisent que la commission n’a pas ce pouvoir. Cf. pour un exemple, accord national du 26 avril 2010 sur les voies et moyens du dialogue social dans la métallurgie. Article 10 al 5 – *Conformément à l’article L. 2232-22 du Code du travail, le contrôle de la commission ne peut pas porter sur l’opportunité de l’accord*. L’accord conclu dans la branche du commerce et réparation des tracteurs et matériels agricoles va jusqu’à refuser

L'intervention de ces commissions est légalement obligatoire ; leur assentiment, qui peut être tacite passé un délai de quatre mois suivant la transmission de l'accord²⁰⁸³, est une condition nécessaire de l'entrée en vigueur des accords d'entreprise conclus avec les représentants élus des salariés. En cas de refus de validation, l'accord est réputé non écrit²⁰⁸⁴.

L'accord de branche définit la procédure de négociation devant permettre la conclusion de l'accord d'entreprise, de l'information de l'employeur qui veut ouvrir des négociations jusqu'à la décision de la commission paritaire. Les accords de branche sont généralement très détaillés. Ils précisent les formes dans lesquelles l'employeur doit informer la commission et demander la validation de l'accord. Ils indiquent les délais à respecter, aussi bien pour les négociateurs de l'entreprise que pour les membres siégeant dans la commission. Ils précisent également les conditions de recevabilité des demandes de validation et les conséquences liées à une décision d'irrecevabilité. Si la loi pose le principe et énonce quelques règles générales, la procédure mise en place par la convention collective de branche est indispensable pour savoir comment conclure un accord collectif avec les représentants élus des salariés. Il en va en effet de la validité de l'accord conclu.

1169. À titre d'exemple, l'article 2 de l'accord de branche de la coiffure prévoit à la charge de l'employeur une obligation de négocier « *un accord de méthode* »²⁰⁸⁵. À défaut, l'employeur doit remettre les informations nécessaires à la négociation au moins huit jours avant la première réunion de négociation et il fixe, en concertation avec la représentation élue du personnel concernée, le calendrier prévisionnel des négociations.

1170. À la lecture d'une telle clause, il y a lieu de se demander quelle serait la sanction du manquement de cette obligation conventionnelle de négocier. Un arrêt récent du 19 juin 2012

de contrôler que l'accord a été conclu par les représentants des salariés représentent la majorité des suffrages exprimés aux élections professionnelles.

²⁰⁸² Avenant 21 septembre 2010 à la convention collective de la coiffure et professions connexes, I.D.C.C. n° 2596, art. 4.1 - *Le contrôle effectué par la commission paritaire nationale de validation est un contrôle de validité et porte, d'une part, sur la conformité de l'accord d'entreprise vis-à-vis des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles applicables et, d'autre part, sur un contrôle d'opportunité au regard de la politique de la branche.* Nous soulignons.

²⁰⁸³ Art. L. 2233-21 al. 3 *C. trav.*

²⁰⁸⁴ Art. L. 2232-22 al. 2 *C. trav.*

²⁰⁸⁵ Avenant 21 septembre 2010 à la convention collective de la coiffure et professions connexes, I.D.C.C. n° 2596. Art. 2 : « *Un accord de méthode conclu à la majorité des membres élus du comité d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, à la majorité des délégués du personnel, définira les moyens particuliers mis à disposition des représentants élus du personnel pour le déroulement loyal de cette négociation* ».

juge qu’une obligation conventionnelle de négocier ne peut être sanctionnée pénalement²⁰⁸⁶. À tout le moins, l’employeur lié par l’accord engage sa responsabilité contractuelle. Est-il possible d’aller plus loin et de considérer qu’un tel manquement affecte la validité de l’accord d’entreprise soumis à la validation de la commission ? Premièrement, suivant l’accord de branche, l’accord de méthode vise à garantir l’existence d’une négociation loyale. Deuxièmement, la conclusion d’un accord avec l’employeur sur les informations à fournir est prévue par l’article L. 2232-27-1 du Code du travail. Troisièmement et enfin, la validation de l’accord d’entreprise est subordonnée au respect des obligations conventionnelles, ce qui ne serait pas le cas si l’employeur manquait à son obligation de négocier.

B. L’encadrement par la branche de l’articulation des normes conventionnelles

1171. Depuis la loi du 4 mai 2004, l’article L. 2353-3 du Code du travail dispose que « *la convention ou l’accord d’entreprise ou d’établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou partie à celles applicables en vertu d’une convention ou d’un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord en dispose autrement* »²⁰⁸⁷. Cette règle légale pose le principe de la supplétivité de la convention collective de branche par rapport à l’accord conclu au niveau d’entreprise. Suivant l’article L. 2253-2, quatre matières font exceptions et pour lesquelles la convention de branche conserve son autorité : les classifications, les salaires minima, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l’article L. 912-1 du Code de sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle. De plus, l’article L. 2253-3 autorise que la convention collective de branche à l’égard des accords d’entreprise prévoit des clauses dites de fermeture²⁰⁸⁸. Elles ont pour objet d’interdire aux négociateurs d’entreprise de déroger aux stipulations conventionnelles contenues dans la convention collective de branche.

²⁰⁸⁶ Crim, 19 juin 2012, n° 11-84.884. Sur la question de la sanction pénale des dispositions conventionnelles, cf. *supra* n° 890 s.

²⁰⁸⁷ M.-A. Souriac, « L’articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p. 579 ; « Quelle autonomie pour la négociation collective d’entreprise ? », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac, I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l’heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 89 ; H. Tissandier, « L’articulation des niveaux de négociation : des principes en mutation », *S.S.L.* 2004, n° 1183 ; F. Debord et J.-F. Paulin, « La singularisation conventionnelle de l’entreprise face à la branche », in *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006 ; P. Morvan, « L’articulation des normes sociales à travers la branche », *Dr. soc.* 2009, p. 679 ; G. Vachet, « L’articulation accord d’entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité, ou primauté ? », *Dr. soc.* 2009, p. 896.

²⁰⁸⁸ J.-Y. Kerbourc’h, « Les clauses d’interdiction de déroger d’entreprise à une convention plus large », *Dr. soc.* 2008, p. 834.

Autrement dit, la supplétivité de la convention collective de branche est elle-même une règle supplétive à l'égard des négociateurs de branche. Lorsqu'une telle clause existe, l'accord d'entreprise intervient dans les conditions fixées par l'accord de branche et, à défaut de stipulations particulières, dans un sens plus favorable aux salariés, conformément à l'article L. 2253-1 du Code du travail.

1172. Le principe de supplétivité vaut également entre accords professionnels. En vertu de l'article L. 2252-1 du Code du travail, l'accord professionnel dont le champ géographique ou professionnel est le moins large s'applique au détriment de celle dont le champ est le plus large, à moins que celle-ci s'y oppose.

1173. En revanche, s'agissant de l'articulation des accords de branche et de groupe, la loi a maintenu l'impérativité des premiers, libres aux négociateurs de branche d'autoriser la dérogation par les seconds²⁰⁸⁹.

1174. Il apparaît ainsi que la loi a "déconcentré" – en ce sens particulier que le législateur distribue des rôles et assigne des fonctions aux interlocuteurs sociaux – vers la branche professionnelle la décision de décentraliser la production normative vers l'entreprise. Cette fonction aboutit à un résultat paradoxal. D'un côté, les clauses de fermeture ou d'ouverture prévues par la convention de branche « *ont surtout pour objet et pour effet d'assujettir l'accord d'entreprise aux conditions posées par la convention couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* »²⁰⁹⁰. De l'autre, la loi « *confie aux parties à la négociation de branche le pouvoir de décider de l'efficacité de ce qu'elles négocient pour appauvrir l'autorité de ce qu'elles font* »²⁰⁹¹.

1175. Au demeurant, il convient de relever que ces dispositions sont applicables à la plupart des accords collectifs conclus en matière de droit syndical et de représentation des salariés. L'articulation des accords collectifs relatifs à l'exercice du droit syndical, aux délégués du personnel ou au comité d'entreprise conclus respectivement en application des articles L. 2141-10, L. 2312-6 ou L. 2325-4 du Code du travail sont soumis au principe de supplétivité de

²⁰⁸⁹ Art. L. 2232-35 *C. trav.*

²⁰⁹⁰ J.-Y. Kerbourc'h, « Les clauses d'interdiction de déroger par accord d'entreprise à une convention plus large », *Dr. soc.* 2008, p. 834 et spéc. p. 842.

²⁰⁹¹ S. Nadal, « Le destin de la négociation de branche », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie, *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 56, et spéc. p. 78. Comp. C. Neau-Leduc, « Relations loi/branche : le rôle de la "loi professionnelle" de la branche renforcée », *S.S.L.* 2008, n° 1361, p. 65.

l’accord de branche. En effet, ces accords ne relèvent pas des matières énumérées à l’article L. 2253-2 du Code du travail. Seule une clause de fermeture permet d’assurer à la convention collective de branche son impérativité.

À titre d’illustration, la convention collective *des vins cidres jus de fruits spiritueux* contient une clause fermeture générale concernant les dispositions relatives au droit syndical et à la représentation des salariés dans l’entreprise²⁰⁹². Ce n’est que point par point que les négociateurs de branche ont admis la conclusion d’accords d’entreprise dérogatoires. Tel est le cas par exemple de la durée des mandats²⁰⁹³ ou bien encore des clauses de nature électorale²⁰⁹⁴. La convention collective *des entreprises artistiques et culturelles* prévoit pour sa part que les accords d’entreprise conclus avec les représentants élus des salariés dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux ne pourront déroger aux dispositions de la convention collective relatives aux institutions représentatives du personnel²⁰⁹⁵.

1176. Cette déconcentration vers la branche de la fixation des règles sur l’articulation des niveaux de négociation semble toutefois connaître des exceptions. La loi privilégie parfois, de manière impérative, la conclusion d’un accord d’entreprise ou son application au détriment de l’accord de branche.

1177. L’articulation du protocole d’accord préélectoral et des clauses électorales contenues dans la convention collective de branche déroge au droit commun de la négociation collective. Une règle d’articulation spécifique apparaissait déjà dans l’arrêt précité du 15 juin 1961. Les accords préélectoraux, « *indépendants de ceux prévus par le Code du travail* », dérogeaient

²⁰⁹² Avenant n° 46 du 20 octobre 2010 relatif au dialogue social et aux institutions représentatives du personnel, attaché à la Convention collective nationale des vins, cidres, jus de fruits, sirops, spiritueux et liqueurs de France du 13 février 1969. Étendue par arrêté du 1er juin 1973 J.O.N.C. 2 septembre 1973, I.D.C.C. 493, n° brochure n° 3029, Art. 2 modifiant l’article 7 de la convention collective : « *Les accords d’entreprise, d’établissement et de groupe ne peuvent déroger aux dispositions des articles 7 à 18 que dans un sens plus favorable aux salariés* ». Nous soulignons.

²⁰⁹³ Art. 12.3 – *La durée des mandats des délégués du personnel, des membres du comité d’entreprise, des membres de la délégation unique du personnel, des membres du comité central d’entreprise et des membres du comité de groupe est fixée à 4 ans, sauf accord d’entreprise ou de groupe prévoyant une durée inférieure, dans la limite de 2 ans*. Nous soulignons.

²⁰⁹⁴ Art. 12.1- *Le personnel de l’établissement, sauf accord intervenu dans les conditions légales entre les parties sur le nombre et la composition des collèges électoraux, est réparti en 2 collèges. Pour l’élection des délégués du personnel, un seul collège sera constitué dans les établissements ne dépassant pas 25 salariés et élitant 1 délégué du personnel titulaire et 1 suppléant*. Nous soulignons.

²⁰⁹⁵ Accord du 22 février 2010 relatif au dialogue social attaché à la convention collective nationale des entreprises artistiques et culturelles du 26 janvier 1984, I.D.C.C. 1285. Art. 1.5.2 *in fine* : « *ils [les représentants élus et les salariés mandatés] ne pourront déroger aux dispositions de la convention collective relatives aux institutions représentatives du personnel* ».

notamment à l'article 31 N du Code du travail. Or, suivant cet article issu de la loi du 11 février 1950, un accord d'établissement ou d'entreprise ne pouvait être conclu qu'à la condition qu'une convention collective de branche soit applicable à l'entreprise. Ainsi, échappant à cette disposition, la matière électorale a toujours été pensée comme une négociation d'entreprise. Cette solution fut reprise par le législateur de 1982. Selon la circulaire d'interprétation, « *si [l'unanimité du protocole d'accord préélectoral] ne peut être obtenue, c'est l'accord de branche qui s'applique* ». *A contrario*, si l'accord préélectoral est unanime, il a vocation à s'appliquer, à l'exclusion des dispositions de la convention collective de branche.

1178. Pendant un temps, la supplétivité de la convention collective de branche a questionné les auteurs. Rendu avant l'adoption de la loi de 1982 à propos des clauses relatives aux délais prévus entre l'annonce et la date du scrutin ou aux dates d'affichage des listes, un arrêt avait jugé un protocole d'accord préélectoral applicable parce qu'il était plus favorable que la convention collective²⁰⁹⁶. La même solution a été retenue dans un arrêt du 14 février 1984, postérieur donc à la loi de 1982. Selon cet arrêt, « *un accord préélectoral peut toujours édicter des dispositions plus favorables aux salariés que celles contenues dans une convention collective* »²⁰⁹⁷. La référence à la règle de faveur invitait alors à se demander si le principe fondamental du droit du travail selon lequel « *en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable qui doit recevoir application* » s'appliquait²⁰⁹⁸. Sans doute pas²⁰⁹⁹. Affirmer que le protocole peut être plus favorable que la convention collective de branche ne signifie pas que son application est subordonnée à son caractère plus favorable. En outre, sous l'empire de la loi du 28 octobre 1982, la convention de branche s'appliquait seulement en l'absence d'accord préélectoral unanime et lorsque tous les syndicats représentatifs dans l'entreprise étaient adhérents aux organisations syndicales signataires de la convention de branche²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁶ Soc, 24 février 1977, *Bull. civ. V*, n° 148.

²⁰⁹⁷ Soc, 14 février 1984, *Bull. civ. V*, n° 65.

²⁰⁹⁸ Soc, 17 juillet 1996, *Bull. civ. V*, n° 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier ; *J.C.P.* éd. E 117, p. 22798, note J. Chorin. *Adde.* A.P. 18 mars 1988, *Bull. A.P.* n° 3 ; *D.* 1989, note J.-P. Chauchard ; *Dr. ouv.* 1988, p. 518, note S. Ballet ; Soc, 8 octobre 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1046, note J. Savatier.

²⁰⁹⁹ Comp A. Supiot, « Les accords préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115 ; G. Borenfreund, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », *in Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p. 93.

²¹⁰⁰ Soc, 10 décembre 1984, *Bull. civ. V*, n° 473 ; Soc, 29 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 186 ; *R.J.S.* 10/2001, n° 1160, concl. I. Duplat.

L’unanimité déterminait non seulement l’entrée en vigueur des protocoles d’accords préélectoraux, mais également l’application des dispositions conventionnelles.

1179. Depuis la loi du 20 août 2008, le caractère spécifique des règles de conclusion des protocoles préélectoraux par rapport à celles applicables aux conventions de branche existe toujours. Pour rappel, selon les articles L. 2313-3-1 et 2324-4-1 du Code du travail, le protocole d’accord préélectoral est soumis à une double exigence majoritaire : il requiert les signatures de la moitié des syndicats intéressés pouvant participer aux élections dont celles des syndicats représentatifs dans l’entreprise ayant recueilli la moitié des suffrages exprimés dans l’entreprise. En outre, plusieurs dispositions légales renvoient explicitement à la conclusion d’un tel accord. La convention de branche semble ainsi ne plus avoir vocation à intervenir dans ces matières où la conclusion d’un accord préélectoral est requise. Il paraît regrettable cependant que l’application de la convention de branche n’ait pas été explicitement prévue de manière supplétive, du moins lorsqu’elle est étendue et qu’elle est plus favorable que la loi.

1180. Mais alors si la logique de déconcentration ne joue plus en faveur de la branche professionnelle, c’est qu’elle s’oriente vers l’entreprise.

Paragraphe 2 – La déconcentration vers l’entreprise

1181. Le renvoi au niveau de la négociation d’entreprise est justifié par la nécessité d’adapter les règles à chaque entreprise compte tenu de ses caractéristiques propres et de ses besoins (A). Le choix d’une déconcentration vers l’entreprise pose une première question : la négociation d’entreprise exclut-elle la négociation de branche ? (B).

A. Une déconcentration justifiée par les spécificités de l’entreprise

1182. Le législateur a imposé l’instauration d’une représentation élue des salariés dans l’entreprise. Cependant, il ne l’a jamais complètement régie et plusieurs exemples, en particulier le protocole d’accord préélectoral, montrent le rapport de complémentarité que la loi entretient avec certains accords collectifs.

1183. La matière électorale n’est cependant pas la seule hypothèse où la loi privilégie la conclusion d’un accord d’entreprise. En vertu de l’article L. 2327-16, « *un accord entre l’employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans l’entreprise conclu dans les conditions prévues à l’article L. 2232-12, peut définir les compétences*

respectives du comité central d'entreprise et des comités d'établissement » sur la gestion des œuvres sociales et culturelles.

1184. La logique de déconcentration existe aussi en matière de droit syndical. La loi prévoit ainsi de passer un accord avec l'employeur sur certaines modalités d'exercice du droit syndical ou de déroulement des négociations²¹⁰¹.

1185. L'article L. 2142-6 du Code du travail va plus loin semble-t-il. Selon cette disposition, « *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'entreprise* ».

Il ne s'agit pas seulement de prévoir les modalités d'exercice d'un droit, mais de conditionner son existence à la conclusion d'un accord collectif. Autrement dit, ce dernier, en même temps qu'il en organise l'exercice, fait naître le droit des organisations syndicales à utiliser l'intranet de l'entreprise ou à envoyer des messages électroniques aux salariés²¹⁰². La portée normative de cette disposition légale semble inexistante. Le législateur ne reconnaît pas un nouveau droit aux syndicats. Il fixe les limites d'un droit d'essence conventionnelle²¹⁰³. L'article L. 2142-6 du Code du travail précise encore que la diffusion de communications syndicales sous forme électronique « *doit être compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau informatique de l'entreprise et ne doit pas entraver l'accomplissement du travail* » ; « *l'accord d'entreprise définit 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 message* ». Même silencieux, l'accord collectif sera appliqué de sorte à être « *compatible avec les exigences de bon fonctionnement du réseau*

²¹⁰¹ Cf. Art. L. 2142-3 pour l'affichage et la diffusion des communications syndicales ; Art. L. 2142-9 s'agissant des modalités d'aménagement et d'utilisation du local syndical ; Art. L. 2142-10 *C. trav.* s'agissant des réunions syndicales.

²¹⁰² Encore faut-il que le message soit qualifié de diffusion au sens de l'article L. 2142-6 du Code du travail. Comp. Soc, 10 janvier 2012, n° 10-18.558 ; *R.D.T.* 2012, p. 167, obs. I. Odoul-Asorey ; *D.* 2012, p. 223, obs. F. Petit. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation casse un arrêt de cour d'appel pour avoir débouté un délégué syndical de sa demande d'annulation d'un avertissement. La cour d'appel avait jugé l'avertissement fondé en considérant que l'envoi d'un tract sur les messageries électronique était fautif dès qu'il n'existait pas d'accord collectif l'autorisant. La Cour de cassation estime pour sa part qu'il ne s'agit pas d'une diffusion au sens de l'article L. 2142-6.

²¹⁰³ Cependant, pour rappel, la Cour de cassation interprète l'accord comme améliorant les prérogatives de la section syndicale. Par suite, il ne peut pas écarter les syndicats admis à créer une section syndicale du bénéfice de l'accord, en réservant cet accès aux seuls syndicats représentatifs dans l'entreprise.

informatique de l’entreprise » et l’« *accomplissement [normal] du travail* » - ce que les juges nomment l’intérêt de l’entreprise – ainsi qu’avec l’intérêt individuel des salariés²¹⁰⁴. En soumettant ainsi le droit de communication syndicale sur le réseau informatique de l’entreprise à la conclusion d’un accord collectif, le législateur et le juge consentent à une forme de contrôle sur le contenu des diffusions syndicales. Aux termes d’un arrêt du 22 janvier 2008, la diffusion de messages électroniques par un représentant syndical sans lien entre le contenu et la situation sociale dans l’entreprise constitue une faute disciplinaire²¹⁰⁵. En l’espèce, l’accord collectif subordonnait la faculté d’envoyer aux salariés des messages électroniques à la condition expresse qu’ils aient un rapport avec la situation sociale de l’entreprise²¹⁰⁶. La Cour de cassation ne se fonde que sur l’accord collectif admettant par là même que l’employeur se fasse juge de la violation d’une disposition conventionnelle. Cette solution indique donc bien que l’accord est la source principale de ce droit accordé au syndicat. La déconcentration normative connaît, à travers cet exemple, une étape supplémentaire : la définition du droit des syndicats de recourir aux technologies de l’informatique et de la communication est essentiellement confiée à la négociation d’entreprise – niveau le plus décentralisé de la négociation collective – et dont les contours et les limites dépendent essentiellement de l’intérêt de l’entreprise et des personnes qui y travaillent. On regrettera qu’au demeurant la solidarité entre travailleurs qu’est censé incarner le syndicalisme se voie largement occulter²¹⁰⁷.

1186. Pour finir, il convient d’évoquer le cas le plus typique de déconcentration de la production normative et de la logique de complémentarité. Il s’agit de la mise en place d’un comité d’entreprise européen dans les groupes et les entreprises de dimension communautaire et de la réalisation de l’implication des salariés dans la société européenne. L’habilitation à négocier une représentation collective dans les entreprises de dimension communautaire ou

²¹⁰⁴ Rapp. Soc, 22 janvier 2008, *R.D.T.* 2008, p. 324, note G. Borenfreund ; *Dr. soc.* 2008, p. 505, obs. P.-Y. Verkindt.

²¹⁰⁵ Il peut d’ailleurs paraître contestable que l’employeur puisse exercer son pouvoir disciplinaire à l’encontre d’un représentant syndical. L’employeur dispose d’un pouvoir disciplinaire en raison de la subordination juridique. Or le salarié investi d’un pouvoir de représentation ne saurait être considéré subordonné à l’employeur. Ce dernier agit alors dans l’entreprise moins comme salarié que comme mandataire d’un syndicat. Partant, la violation de l’accord ne devrait engager la responsabilité que du seul syndicat qui a mandaté le salarié.

²¹⁰⁶ Soc, 22 janvier 2008, *Bull. civ.* 2008, V, n° 14 ; *R.D.T.* 2008, p. 324, note. G. Borenfreund.

²¹⁰⁷ Cela est particulièrement perceptible dans l’arrêt préc. dans lequel l’accord limitait l’objet des communications syndicales aux seules questions intéressant l’entreprise.

dans les sociétés européennes offre deux possibilités aux négociateurs. Ou bien ils décident de mettre en place un comité d'entreprise²¹⁰⁸. Ou bien les négociateurs instituent une procédure d'information et de consultation, sans nécessairement créer une institution de représentation²¹⁰⁹.

1187. Le droit de l'Union européenne de la représentation collective est un droit en quête d'accord²¹¹⁰. La norme conventionnelle donne aux directives leur effet utile. Ce n'est qu'en cas de refus de négocier, d'échec des négociations, que les normes étatiques de référence s'appliquent. La logique de complémentarité ne s'établit pas tant entre l'accord et les normes de référence qu'entre l'accord et les règles imposant une obligation de négocier et précisant quelques-unes des clauses devant figurer dans l'accord.

1188. Les directives sur le comité d'entreprise européen ou sur l'implication des travailleurs dans la société européenne se donnent pour objet d'améliorer les droits de participation des travailleurs. Pour autant, l'objet de l'harmonisation ne porte que la procédure de négociation qu'elle définit d'ailleurs avec une telle précision que l'autorité de transposition n'a qu'une marge d'appréciation réduite. Les directives déterminent le cadre, les parties, le contenu et la temporalité de la négociation. Mais le résultat attendu de la directive dépend de la négociation au niveau de l'entreprise.

1189. Les institutions du comité d'entreprise européen et du comité de la société européenne sont l'œuvre des interlocuteurs sociaux, mais médiatement et aussi, celle du droit de l'Union européenne. La procédure mise en place conduit à une appropriation de l'institution par les acteurs sociaux qu'ils la redéfinissent. Son rôle peut être appelé à évoluer. En effet, « *le comité d'entreprise européen, en créant une représentation transnationale des travailleurs permet de construire des stratégies d'action et même de négociation qui concernent le groupe de dimension communautaire* »²¹¹¹. Voué à être une instance d'information et de consultation des

²¹⁰⁸ S'agissant du comité d'entreprise européen, le contenu de l'accord est défini par les dispositions de l'article L. 2342-9 du Code du travail. Dans le cadre de la société européenne, la direction centrale et le groupe spécial de négociation peuvent décider d'appliquer volontairement les dispositions de référence prévues aux articles L. 2353-3 et suivants.

²¹⁰⁹ Pour le comité d'entreprise européen, les dispositions de l'article L. 2342-11 déterminent ce que doit contenir l'accord. Pour le comité de la société européenne, en vertu de l'article L. 2352-2, l'accord fixe « *les modalités de l'implication des salariés au sein des sociétés européennes* ».

²¹¹⁰ B. Krief, *Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective*, Th. Paris II, préf. B. Teyssié, Ed. Panthéon-Assas, 2011.

²¹¹¹ M.-A. Moreau, « Les usages syndicaux du droit communautaire », in G. Borenfreund et M.-A. Souriac (dir.), *Syndicats et droit du travail*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 73 et spéc.

travailleurs, il se fait de plus en plus « *instigateur* » et « *facilitateur* » de la négociation collective transnationale²¹¹².

1190. Dans ces différentes hypothèses, la référence à un accord d’entreprise pose la question du rôle qu’est encore appelé à jouer l’accord de branche.

B. La négociation d’entreprise exclut-elle la négociation de branche ?

1191. Si la loi prévoit explicitement que l’accord est un accord d’entreprise, entend-elle exclure par la même la négociation de branche ? Cette question ne semble pas recevoir une réponse univoque.

1192. Dans certains cas, l’exclusion de la négociation de branche découle de l’impossibilité de réunir au niveau de la branche les conditions d’entrée vigueur de l’accord fixées par la loi. Certaines conditions concernent la procédure de négociation ; d’autres sont relatives aux acteurs de la négociation qui existent seulement au niveau de l’entreprise. La négociation portant sur la mise en place du comité d’entreprise européen semble entrer dans ce cas.

1193. Ainsi ne fait-il aucun doute que l’accord qui met en place le comité d’entreprise européen ne peut être qu’un accord conclu avec le groupe spécial de négociation au niveau des entreprises de dimension communautaire.

1194. Il est parfois permis d’hésiter. Il est possible de rappeler l’épisode jurisprudentiel où la Cour de cassation persistait à admettre l’application des dispositions de la convention de branche quoiqu’elles ne respectent pas l’exigence d’unanimité. Depuis la loi du 20 août 2008, la question réapparaît et il est possible de se demander si un accord de branche peut toujours intervenir en matière électorale alors que les conditions de conclusion du protocole préélectoral ne peuvent être remplies qu’au niveau de l’entreprise.

p. 81. Dans une perspective sociologique, E. Bouthoux, *Entreprises multinationales et représentation des salariés en Europe – L’expérience des comités d’entreprise européens*, Thèse Paris X, 2006 ; « Les comités d’entreprise européens, en quête de légitimité », *Travail et emploi*, 2004, p. 21 ; *Les négociations transnationales d’entreprise en Europe*, Europe et société, 2008, p. 19.

²¹¹² R.-C. Drouin, « Les accords-cadres internationaux. Enjeux et portée d’une négociation collective transnationale », *Les cahiers du droit*, 2006, p. 703 et spéc. p. 713. *Adde.* R. Brihi, « Les usages syndicaux du droit communautaire », in G. Borenfreund et M.-A. Souriac (dir.), *Syndicats et droit du travail*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 73 et spéc. p. 93. Ce dernier suggère à cette fin de créer un délégué syndical européen.

1195. Un autre exemple apparaît dans l'article L. 2327-16 relatif à l'accord sur la répartition des compétences en matière d'activités sociales et culturelles entre les comités d'établissement et le comité d'entreprise.

Littéralement, les accords de branche ou de groupe sont exclus dans la mesure où l'article L. 2232-12 du Code du travail définit les conditions d'entrée en vigueur des accords collectifs d'entreprise et où l'énoncé évoque bien un accord conclu avec l'employeur et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

Pourtant, selon l'article L. 2261-22 II 2°, pour que la convention ou l'accord soit étendu, les négociateurs de branche doivent prévoir des dispositions relatives aux « *comités d'entreprise et [au] financement des activités sociales et culturelles gérées par ces comités* ». Les conventions de branche ne semblent donc pas empêchées de prévoir la répartition des compétences entre les comités d'établissement et le comité central d'entreprise. Par ailleurs, la mention de l'article L. 2232-12 du Code du travail fait écho à l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1993, qui avait exigé la conclusion d'un accord unanime²¹¹³. Par suite, l'énoncé signifierait simplement au juge que, désormais, un accord unanime n'est plus requis. En revanche, la convention de branche resterait admise au moins à titre supplétif.

1196. Il est encore possible d'évoquer les articles L. 2314-21 ou L. 2324-19 du Code du travail, relatifs à la mise en œuvre du vote électronique, qui là encore n'évoquent que la possibilité de conclure un « *accord d'entreprise* », ce qui exclut à la fois la convention de branche et l'accord d'établissement.

1197. Ces différents exemples et les hésitations sur la manière d'interpréter ces dispositions montrent des degrés possibles dans la logique de déconcentration vers l'entreprise. Celle-ci peut aller jusqu'à interdire aux négociateurs de branche d'intervenir. Plus modestement, il peut s'agir de privilégier l'application de l'accord d'entreprise de préférence par rapport à l'accord de branche. La loi du 20 août 2008 dans son versant temps de travail a été un exemple remarqué d'une supplétivité imposée. Sur de nombreux points, les dispositions du 20 août 2008 ont autorisé en priorité la conclusion d'accords dérogatoires d'entreprise et n'ont appelé

²¹¹³ Soc, 30 juin 1993, *Bull. civ.* V, n° 191 ; *Dr. soc.* 1993, p. 754, Rapp. P. Waquet ; *R.J.S.* 1993, p. 496, concl. Chauvy ; *C.S.B.* 1993, p. 231 A 51. L'article L. 2232-12 se distingue de cette solution sur un autre point. La loi ne pose plus aucune limite : il n'est plus fait référence à l'interdiction de priver les comités d'établissement la gestion des activités sociales et culturelles propres à l'établissement et du droit de percevoir directement de l'employeur la subvention destinée à les financer et calculée sur la masse salariale de l'établissement.

l'accord de branche à s'appliquer qu' « à défaut » d'accords d'entreprise. Ces dispositions, marquant leur « inimitié »²¹¹⁴ à l'égard de l'accord de branche, instituent « une subsidiarité généralisée »²¹¹⁵. Certes, la volonté du législateur n'est pas si clairement exprimée dans les dispositions précitées sur la représentation des salariés. Néanmoins, la référence au seul accord d'entreprise autorise une déconcentration exclusive vers l'entreprise et une marginalisation de l'accord de branche.

1198. Ce mode d'élaboration du droit étatique, qui repose sur une logique de déconcentration, pose alors les bases d'une autoréglementation de la sphère professionnelle et en particulier de l'entreprise. Finalement, logique de déconcentration et logique de décentralisation se combinent : la première constitue l'étape préalable qui rend possible la seconde.

Section 2 : Logique de décentralisation et coordination des espaces de production normative

1199. La logique de décentralisation vise à émanciper les sphères professionnelles de la tutelle des pouvoirs publics. Deux finalités seraient à l'origine de cette politique de décentralisation menée en droit du travail : l'essor d'une démocratie sociale et l'amélioration de l'efficacité économique. La décentralisation entretient un lien fort avec l'idée d'autoréglementation dans la mesure où la première aurait pour but de réaliser la seconde, à savoir de permettre aux espaces normatifs décentralisés d'être régis par des règles édictées exclusivement en leur sein²¹¹⁶.

1200. Cette décentralisation s'est traduite en France par l'essor ininterrompu de la négociation dérogatoire à la loi qui permet à l'accord collectif d'écarter l'application de la loi sans considération de son caractère plus favorable pour les salariés. Il aurait été certes possible de s'en remettre au pouvoir normatif patronal. Sans qu'il soit nécessaire d'insister davantage sur son déclin comme source de la représentation des salariés, il est possible, à la suite de

²¹¹⁴ M.-A. Souriac, « Les réformes de la négociation collective (1) », *R.D.T.* 2009, p. 14.

²¹¹⁵ M. Véricel, « La loi du 20 août 2008 : une loi de revanche ? », *R.D.T.* 2008, p. 574. *Adde* M. Morand, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », *R.J.S.* 12/08, p. 955 ; F. Favennec-Héry, « Réforme du temps de travail », *J.C.P.* éd. S 2008, p. 1461.

²¹¹⁶ Il convient de remarquer que la notion équivalente en allemand et en anglais se traduit par "auto-détermination". Le concept allemand est *Selbstverwaltung* et le concept anglais, *self-government*.

M. A. Supiot, de considérer qu'il aurait été « *politiquement difficile de prétendre réorganiser le droit du travail autour de l'idée d'autoréglementation patronale* »²¹¹⁷.

1201. Si la déconcentration appelle un rapport de complémentarité entre normes étatiques et normes professionnelles, la logique de décentralisation appelle pour sa part un rapport d'exclusion où les normes les plus décentralisées sont appelées à se substituer à celles qui le sont moins. Pour réaliser l'autoréglementation, opérer une clôture de la sphère professionnelle et la dissocier de l'État, il ne suffit pas qu'une autorité normative dispose d'un pouvoir décisionnel. Il faut encore que ce pouvoir décisionnel soit encadré par des règles elles-mêmes issues de cette sphère. Or, tel est le rôle des accords de procédure qui se sont développés lorsque la représentation des salariés, le droit syndical et la négociation collective ont été ouverts à la négociation dérogatoire. Il a été alors possible pour les interlocuteurs sociaux de construire les cadres des futures discussions entre employeurs ou salariés.

1202. Selon la catégorisation dualiste des normes élaborée par Hart, les accords de procédure seraient des normes secondaires, déterminant comment les normes primaires sont édictées, modifiées et articulées, mais sans considération pour ce qu'elles prescrivent²¹¹⁸. Selon celle établie par Keslen, les accords de procédure appartiendraient aux normes de structure par opposition aux normes de conduite. Ou pour le dire simplement ce sont des normes qui organisent la production d'autres normes.

1203. Cependant, le phénomène de décentralisation en droit du travail est double. Se voient encouragées à la fois l'autonomie collective et l'autonomie de l'entreprise. Or, il y a lieu de se demander si l'une et l'autre sont conciliables. Un auteur relevait à cet égard que « *les parties à l'accord ont l'ambition d'encadrer la négociation à un niveau inférieur, comme si l'autonomie des partenaires sociaux par rapport à la loi devait être compensée par une discipline accrue dans les négociations se développant à l'intérieur des branches* »²¹¹⁹. Or, l'existence d'une

²¹¹⁷ A. Supiot, art. préc., *Dr. soc.* 1989, p. 195 et spéc. p. 196.

²¹¹⁸ H.L.A Hart, *Le Concept de droit*, *op. cit.* p. 119 : Les normes secondaires « *déterminent la façon dont les règles primaires peuvent être identifiées, édictées, abrogées ou modifiées, et le fait de leur violation définitivement établi* ». De cette définition, trois sortes de règles secondaires peuvent être identifiées : des normes de reconnaissance, permettant d'identifier d'autres normes, des normes de changement qui habilite un acteur à modifier l'ordonnancement juridique, des normes de décision qui habilite un acteur à décider de la violation d'une règle primaire ;

²¹¹⁹ S. Frossard, « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions collectives de champ plus large », *Dr. soc.* 2000, p. 617.

discipline imposée à l'entreprise par les négociateurs de branche contredit le projet de faire de l'entreprise un espace autoréglementé.

1204. De plus, les enjeux liés à l'autonomie collective et à l'autoréglementation de l'entreprise sont différents²¹²⁰. L'autoréglementation interagit avec la question du pouvoir dans l'entreprise. Si celle-ci constitue un espace normatif au même titre que la branche professionnelle, elle est aussi et en même temps une organisation de type hiérarchique construite autour d'un centre de pouvoir détenu par le chef d'entreprise.

1205. Ces deux raisons au moins justifient d'aborder distinctement l'encadrement de la négociation collective par les interlocuteurs sociaux (Paragraphe 1) et celui des processus décisionnels dans l'entreprise (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L'encadrement de la négociation collective par les interlocuteurs sociaux : à la recherche de l'autonomie collective

1206. Depuis la loi du 4 mai 2004, il ne fait plus de doute que l'articulation des normes conventionnelles peut être régie par des normes négociées. Il ressort des articles L. 2252-1 et L. 2253-3 que les accords collectifs professionnels conclus aux niveaux les moins décentralisés décident des dérogations pouvant leur être apportées par les accords conclus à des niveaux plus décentralisés. Cet « *agencement vertical* »²¹²¹ s'effectue au moyen de « *clauses dites de fermeture* »²¹²². Cela étant, les dispositions légales n'ont pas envisagé toutes les formes d'articulation. Elles ont notamment laissé en suspens l'articulation de l'accord de groupe et de l'accord d'entreprise, de même que celle de l'accord d'entreprise et des accords d'établissement. Des exemples montrent que les interlocuteurs sociaux se sont employés à définir l'articulation des normes conventionnelles.

²¹²⁰ A. Supiot, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 195

²¹²¹ P. Rodière, *La convention collective en droit international*, Th. Paris I 1985, p. 152.

²¹²² G. Bélier, « La hiérarchie des normes entre la branche et l'entreprise : saine articulation ou désarticulation du droit de la négociation collective », *S.S.L.* 2004, n° 1183, p. 53 ; M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p. 579 ; G. Vachet, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité, ou primauté ? », *Dr. soc.* 2009, p. 896. Adde S. Frossard, « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.* 2000, p. 617.

1207. Au-delà de la seule question de la licéité des accords de procédure encadrant l'articulation des normes conventionnelles se pose la question de leur efficacité juridique : ces accords sont-ils en mesure de s'imposer aux niveaux de négociation qu'ils prétendent régir ?

1208. Les oppositions doctrinales sur cette question, qui existent depuis longtemps, restent vives. Elles portent sur trois questions très imbriquées les unes aux autres. L'articulation des niveaux de négociation par voie conventionnelle invite tout d'abord à se demander quelle est l'impérativité de la règle énoncée à l'article L. 2254-1 selon laquelle « *lorsque l'employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables* ». Elle interroge ensuite la portée de la règle de faveur qui veut qu'« *en cas de conflit de normes, ce soit la plus favorable qui doit recevoir application* »²¹²³. Enfin et de manière plus fondamentale, la question est de savoir si et dans quelle mesure le droit des salariés à la négociation collective garantit une autonomie des niveaux de négociation ou si au contraire il n'exclut pas l'existence d'une hiérarchie entre les niveaux de négociation.

1209. La réponse apportée à ces trois questions révèle en réalité des conceptions différentes de ce que l'autonomie collective est ou devrait être.

1210. Ces débats ont resurgi en particulier à l'occasion de la reconnaissance de la négociation collective de groupe. Le législateur qui les a consacrés est resté muet quant à la manière dont l'accord de groupe et l'accord d'entreprise devaient s'articuler. Ce silence de la loi peut avoir plusieurs significations. Soit le législateur n'a pas entendu remettre en cause la résolution des concours de normes en droit du travail par l'application de la règle de faveur²¹²⁴. Soit par une interprétation très extensive de l'article L. 2252-1 du Code du travail, le législateur aurait écarté cette règle qui ne serait plus applicable aux rapports entre normes conventionnelles. Partant, l'accord d'entreprise, de niveau inférieur, pourrait déroger à l'accord de groupe sauf clause de fermeture. Soit enfin, l'accord de groupe pourrait se substituer à l'accord d'entreprise : « *si l'employeur dominant représente légalement les employeurs dominés et signe en leur nom, il conclut par là même un accord liant ces derniers. Produisant les effets*

²¹²³ Soc, 17 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n° 1996, p. 1049, concl. P. Lyon-Caen, note J. Savatier ; *J.C.P.* éd. E 117, p. 22798, note J. Chorin. *Adde.* A.P. 18 mars 1988, *Bull. A.P.* n° 3 ; *D.* 1989, note J.-P. Chauchard ; *Dr. ouv.* 1988, p. 518, note S. Ballet ; Soc, 8 octobre 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1046, note J. Savatier.

²¹²⁴ M.-A. Souriac, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p. 579 ; « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ? », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 89.

d’accords d’entreprise, l’accord vaut à leur égard accord d’entreprise, par substitution de l’accord de groupe ». Et de conclure « *une distribution des tâches s’annoncerait donc entre négociation de groupe et négociation d’entreprise. Certaines questions sont à négocier au niveau du groupe, d’autres restent du ressort de la négociation d’entreprise [...] Ce qui se négocie au niveau du groupe ne se renégocie pas dans l’entreprise* »²¹²⁵. Reste à savoir si cette distribution des tâches entre groupe et entreprise est susceptible d’aménagement par voie conventionnelle.

1211. L’adhésion à l’une ou à l’autre de ces interprétations ne dépend pas seulement de l’attachement à la règle de faveur. Elle dépend aussi de la manière d’envisager le droit des salariés à la négociation collective.

1212. Selon une première conception, le droit des salariés à la négociation collective est garanti globalement. À supposer que ce soit des accords de niveaux distincts²¹²⁶, l’accord de groupe, de niveau supérieur peut limiter, même fortement, la négociation au niveau des entreprises, situées à un niveau inférieur. L’accord de groupe pourrait ainsi instaurer une hiérarchie ou une répartition matérielle entre les accords de groupe et les accords d’entreprise.

1213. Selon une seconde conception, le droit des salariés à la négociation collective appartient à chaque collectivité de salariés considérée, de sorte que la liberté conventionnelle doit être garantie à chaque niveau de négociation. Ainsi, la possibilité de mettre en place une hiérarchie conventionnelle aurait pour principale limite le droit des interlocuteurs sociaux de l’entreprise de négocier, qu’ils tiennent de la loi. La conclusion d’accords « *parfaits* » semble devoir écarter, mais il est possible que les négociateurs de groupe puissent aménager et

²¹²⁵ P. Rodière, « La branche professionnelle, l’entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social », *S.S.L.* 15 décembre 2003, n° 1148, spéc. n°23. Cela étant, l’auteur relève justement que la loi reconnaît les conventions de groupe, lesquelles peuvent avoir « *un objet d’ensemble* », *Ibidem*, n° 18. Dans le même sens P.-H. Antonmattéi, « La consécration législative de la convention et de l’accord de groupe : satisfactions et interrogations », *Dr. soc.* 2004, p. 601.

²¹²⁶ Sur cette notion de niveau de négociation Cf. J.-P. Chauchard, « Conventions et accords collectifs (Régime juridique : conclusion, application, sanctions) », *Rep. Trav.*, Dalloz, avril 1997, mise à jour septembre 2011, n° 3 : les niveaux de négociation sont définis par l’auteur comme « *le cadre à la fois territorial et économique dans lequel une convention ou un accord collectif est négocié et conclu. Ainsi les conventions collectives de branche et les accords professionnels ou interprofessionnels sont-ils soumis à un régime juridique qui n’est pas celui des conventions et accords collectifs d’entreprise, même si certaines dispositions leur sont communes* ». *Adde.* S. Frossard, « L’encadrement des conventions collectives d’entreprise par les conventions de champ d’application plus large », *Dr. soc.* 2000, p. 617 note 3 : « *Niveau s’entendra dans ce texte de l’étendue d’un champ d’application conventionnel. Ainsi le "niveau inférieur" représente un champ d’application plus restreint (l’entreprise, le plus souvent, dans le cadre de cette étude) que celui de la convention de comparaison* ».

encadrer la conclusion des accords d'entreprise. Selon Mme M.-L. Morin, cette limitation n'est pas illicite si elle n'a pas pour effet de priver les négociateurs d'entreprise de leur liberté de négocier²¹²⁷. même en appréhendant « *les rapports entre groupe et entreprise sur le terrain de la complémentarité et non sur celui de la hiérarchie* »²¹²⁸, il n'est pas exclu que l'accord de groupe définisse lui-même son autorité à l'égard des accords d'entreprise. De manière différente, l'accord de groupe pourrait faire office d'accord-cadre²¹²⁹.

1214. En réalité, de ces deux conceptions dépend le degré de limitation que l'accord de groupe peut imposer aux accords d'entreprise. Toutefois, la négociation annuelle obligatoire qui a lieu au niveau de l'entreprise invite à pencher vers la seconde conception. Cette obligation de négocier empêche en effet que la négociation de groupe se substitue à la négociation d'entreprise²¹³⁰.

1215. La réflexion est aussi rendue difficile par la variété des modes d'articulation prévus par les accords. L'encadrement des accords collectifs par voie conventionnelle peut être direct ou simplement induit²¹³¹. Il est direct lorsqu'une clause a pour objet la limitation de la négociation à un autre niveau. Il est induit lorsque la limitation découle de la manière dont un accord régit une question et de sa prétention à la régir « *parfaitement* ».

1216. Les modes d'articulation sont aussi rendus peu intelligibles du fait de la multiplication des niveaux de négociation, amenant les interlocuteurs sociaux à mettre en place une véritable ingénierie de l'articulation des normes. Une illustration est donnée par M. J.-Y. Kerbourc'h²¹³². Ce dernier rappelle une disposition de la convention collective nationale du sport conclue le

²¹²⁷ M.-L. Morin, « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord interprofessionnel sur la politique contractuelle », *Dr. soc.* 1996, pp. 11 et s., spécial, p. 16. Comp. S. Frossard, art. préc. p. 617 et spéc. 621. Ces auteurs évoquent cependant l'articulation de l'accord d'entreprise et de la convention collective de branche. En effet, l'accord de groupe ne faisait pas alors l'objet d'une reconnaissance légale.

²¹²⁸ P.-H. Antonmattéi, « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfactions et interrogations », *Dr. soc.* 2004, p. 601 et spéc. p. 605.

²¹²⁹ A. Mazeaud, « Le groupe », in *Les lieux du droit du travail*, S.S.L. 2003, n° 1140, p. 63.

²¹³⁰ Cf. Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ. V*, n° 155, préc. : « *des employeurs et des syndicats représentatifs peuvent instituer, par voie d'accord collectif, en vue de négocier des accords portant sur des sujets d'intérêt commun aux personnels des entreprises concernées du groupe, une représentation syndicale de groupe composée de délégués choisis par les organisations syndicales selon des modalités préétablies, dès lors que les négociations pour lesquelles il lui donne compétence ne se substituent pas à la négociation d'entreprise* ». Nous soulignons.

²¹³¹ Sur cette distinction, cf. S. Frossard, art. préc., p. 617.

²¹³² J.-Y. Kerbourc'h, art. préc., p. 834.

7 juillet 2005²¹³³. Aux termes de l’article 12, les dispositions de la convention sont supplétives des stipulations prévues par un accord sectoriel. En revanche, suivant l’article 12.2.2, « *à défaut d’accord sectoriel dans un sport déterminé, il est fait directement application de l’ensemble des autres dispositions énoncées à l’article 12.2 du présent chapitre auxquelles les accords d’entreprise ne peuvent alors déroger que dans un sens plus favorable* ». Autrement dit, la possibilité de déroger par accord d’entreprise est subordonnée à une condition, événement futur et incertain, à savoir la conclusion d’un accord sectoriel. Avec M. J.-Y. Kerbourc’h, il est aussi possible d’y voir une « *clause supplétive de déroger* »²¹³⁴. Les négociateurs de l’accord sectoriel peuvent écarter l’interdiction de déroger faite aux négociateurs d’entreprise.

1217. La multiplication des niveaux de négociation, où s’exprime chaque fois une prétention à l’autonomie, est allée de pair avec une multiplication des modes d’articulation. D’une branche à l’autre, d’un groupe à l’autre voire d’une entreprise à l’autre, l’articulation des normes conventionnelles est susceptible de se décliner différemment. L’effet exponentiel rend impossible de prédire quelle sera la norme applicable. En fin de compte, la seule chose certaine est que l’autonomie collective n’est pas allée de pair avec une plus grande accessibilité au droit et une meilleure sécurité juridique.

Paragraphe 2 – L’encadrement des processus décisionnels d’entreprise : à la recherche de l’auto-réglementation de l’entreprise

1218. L’entreprise est un « *concept fuyant* »²¹³⁵. Pourtant, on ne peut pas rendre compte du phénomène de l’auto-réglementation de l’entreprise sans s’entendre préalablement sur ce qu’est l’entreprise. Quel est cet espace normatif qu’il faudrait émanciper de la tutelle de l’État et éventuellement de celle de la branche professionnelle (A) ? L’autonomie de l’entreprise s’est appuyée principalement sur la négociation dérogatoire. Partant, l’articulation des sources de la

²¹³³ Convention collective nationale du sport du 7 juillet 2005 étendue par arrêté du 21 novembre 2006. On notera que cette convention est l’une des rares, sous l’empire des dispositions issues de la loi du 4 mai 2004, à avoir subordonné l’entrée en vigueur des accords sectoriels au respect d’un principe majoritaire (Art. 12.2.1).

²¹³⁴ J.-Y. Kerbourc’h, art. préc., *Dr. soc.* 2008, p. 843.

²¹³⁵ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, Connaissances du droit, 1995, p. 14. Adde A. Lyon-Caen, « En quête juridique de l’entreprise », in A. Lyon-Caen, Q. Urban (dir.), *La crise de l’entreprise et de sa représentation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 3.

représentation des salariés prend place dans l'instauration d'un encadrement négocié des processus décisionnels d'entreprise (B).

A. L'entreprise : le devenir d'un espace normatif

1219. L'entreprise est à la fois l'objet et le foyer de production de règles. Elle est aussi une notion qui relève à la fois du « *discours positif* » et du « *discours savant* »²¹³⁶.

1220. L'entreprise y figure comme une « *organisation hiérarchique* »²¹³⁷, comme « *un lieu d'ordre et de pouvoir* »²¹³⁸ ou bien encore comme un « *espace normatif* »²¹³⁹. Cette sémantique contemporaine n'exprime pas tant le refus que l'entreprise puisse être une institution²¹⁴⁰. La volonté est plutôt de rompre avec la théorie institutionnelle de l'entreprise forgée par des juristes de droit du travail à la suite de P. Durand. Il s'agit de rejeter les présupposés idéologiques de la théorie institutionnelle, ou, dans une autre perspective, de repousser l'opposition dualiste entre l'analyse institutionnelle et l'analyse contractuelle des relations du travail²¹⁴¹.

1221. C'est ainsi que, dénonçant l'idéologie dont sont porteuses les premières conceptions institutionnelles de l'entreprise et tentant de saisir les tendances du droit positif, des auteurs ont redonné une « *centralité* » à l'analyse contractuelle de la relation de travail²¹⁴². Cependant, ne plus appréhender l'entreprise comme un lieu de pouvoir devient impossible, surtout depuis les lois de 1982. Mais au contraire des théories classiques, la démarche ne consiste ni à vouloir légitimer le pouvoir du chef d'entreprise ni à prétendre le fonder. La perspective adoptée

²¹³⁶ Sur cette distinction, cf. G. Lhuilier, art. préc. p. 332.

²¹³⁷ E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, L.G.D.J., 2008, p. 97.

²¹³⁸ J.-P. Robé, « L'entreprise en droit », *Droit et Société*, 1995, p. 117.

²¹³⁹ G. Lhuilier, art. préc. pp. 354 s. ; T. Kirat et M.-C. Villeval, « L'insaisissable entreprise de l'économie et du droit », *Rev. Fr. d'économie*, 1995, p. 157 et spéc. 194.

²¹⁴⁰ Comp. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, op. cit. p. 194. Il apparaît en effet que si l'on s'attache à la notion d'institution chez Hauriou, celle-ci fait une place importante à l'idée de procédure, et en particulier à la procédure délibérative, pour expliquer comment il est possible de parvenir à imputer un acte à une collectivité. Cf. M. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, Pivat 1906, p. 140 s.

²¹⁴¹ T. Kirat et M.-C. Villeval, « L'insaisissable entreprise de l'économie et du droit », *Rev. Fr. d'économie*, 1995, p. 157 et spéc. p. 191

²¹⁴² G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. Phil. Dr.* 1968, p. 59 ; A. Lyon-Caen, « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 540 ; A. Jeammaud, « La polyvalence du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail*, 1989, p. 299.

s'écarte en particulier des analyses de l'entreprise comme un ordre juridique²¹⁴³. L'entreprise devient alors un cadre où les relations sociales ont lieu où l'employeur, la collectivité des salariés, leurs représentants, l'inspecteur du travail, le juge entrent en relation. Sans nier les relations de nature contractuelle, il s'agit de les replacer au sein de cette organisation, lieu d'application et de création de normes, dans laquelle employeur et salariés, porteurs chacun d'une vision du monde, échangent, dialoguent, se confrontent, le cas échéant en faisant intervenir un tiers-arbitre. Autrement dit, l'entreprise est un cadre commun d'accords et de discordes²¹⁴⁴.

1222. L'entreprise ainsi objectivée est un outil conceptuel qui permet de rendre compte des énoncés normatifs qui évoquent la notion d'entreprise²¹⁴⁵. Il s'agit de lever le voile sur les énoncés qui présupposent le pouvoir du chef d'entreprise et postulent l'existence d'un centre de décision²¹⁴⁶. Le « *discours positif* » est porteur d'une certaine représentation de l'entreprise, bien plus qu'il ne décrit une réalité sociale en quelque sorte naturalisée.

1223. La question du pouvoir dans l'entreprise n'apparaît plus alors sous l'angle de la légitimité du chef d'entreprise, ni sous celui de son fondement. La question n'est plus non plus celle de savoir si de la norme négociée ou de la norme unilatérale est la plus légitime à régir les relations de travail, et en particulier, concernant la présente étude, la représentation des salariés²¹⁴⁷.

²¹⁴³ Sur cette approche, cf. N. Aliprantis, « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », *in Droit collectif du travail, Mélanges en l'honneur de Madame le Professeur H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 185 et s ; J.-P. Robé, « L'ordre juridique de l'entreprise », *Droits*, 1997, p. 163.

²¹⁴⁴ Cette approche de l'entreprise est notamment inspirée des travaux de L. Thévenot et L. Boltanski. Cf. *De la Justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991. Les travaux de ces auteurs prétendent notamment dépasser l'approche des économistes orthodoxes fondée sur le concept de marché. Cf. également P. Bernoux, *La sociologie de l'organisation*, Seuil, coll. Points, éd. 2009, pp. 237 s.

²¹⁴⁵ Le concept d'entreprise ainsi redéfini entend ainsi permettre non seulement de créer une notion commune aux juristes de droit commercial et aux juristes de droit du travail, mais également une notion commune aux juristes et aux spécialistes des autres sciences sociales, en particulier les économistes et les sociologues. Cf. Sur la première prétention, cf. G. Thuillier, art. préc. p. 354 ; Sur la seconde, T. Kirat et A.-C. Villeval, art. préc. p. 157 et spéc. p. 195.

²¹⁴⁶ E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, L.G.D.J. 2008. Cf. notamment en sociologie, P. Bernoux, *La sociologie de l'organisation*, Seuil, coll. Points, éd. 2009, p. 135 s. Parmi les caractéristiques de l'organisation figure « un système d'autorité ». L'auteur précise à cet égard : « *notons au passage le rejet d'une philosophie communautaire et, concrètement, l'abandon d'un vocabulaire qui invoquerait les "buts communs" de l'entreprise. Il n'y a pas de buts communs, mais les objectifs des dirigeants. La conséquence en est une désacralisation de l'autorité, dont les directives sont comprises comme des choix faits par des acteurs et non imposés par une nécessité* », p. 137.

²¹⁴⁷ Cf. *supra* Partie Titre 2 Chapitre 1^{er}.

Envisageant l'entreprise comme un cadre de discussion et comme « *un lieu d'activités régies par des règles* », il s'agit d'être attentif à la manière dont s'organise le processus décisionnel et aux mécanismes à travers lesquels celui-ci est encadré. La norme négociée n'est pas en elle-même garante de la qualité de la discussion ; de même que la norme unilatérale n'est pas en soi une norme arbitraire. Comme l'explique M. P. Lokiec, l'important réside davantage dans la procédure qui précède l'édition de la décision, renvoyant à ce qu'il appelle une « *légitimité procédurale* »²¹⁴⁸. Certainement, la procédure contractuelle, qui repose par principe sur une négociation et sur l'expression de consentements, est gage d'une décision où les intérêts en présence auront été pris en compte. L'idée de concertation se voit portée aux nues, regroupant sans les distinguer, aussi bien les procédures de consultation que les décisions prises en commun²¹⁴⁹. Fruit d'un processus décisionnel complexe, il devient en effet parfois difficile de dire si la norme est unilatérale ou négociée.

1224. La compréhension des modes de légitimation des processus décisionnels a été mise au service de l'autoréglementation de l'entreprise et d'une conception institutionnelle - qu'elle prétendait pourfendre - où l'espace normatif constitué par l'entreprise aurait pour finalité l'intérêt de l'entreprise. N'a-t-on pas noté depuis longtemps que le droit du travail est une technique réversible ?²¹⁵⁰ Il ne s'agit plus de penser la rationalité du processus décisionnel d'entreprise en révélant la logique et la récurrence de ses mécanismes. Il s'agit de faire du processus décisionnel d'entreprise un processus rationnel.

B. L'encadrement négocié des processus décisionnels d'entreprise

1225. Les « *conventions instituant*es » connaissent un essor certain. Elles tentent de réaliser une gestion autonome et dynamique des relations collectives de travail. Pour en parler, l'idée de dialogue social dans l'entreprise revient souvent²¹⁵¹. Parmi les accords de procédure certains ont pour objet de rationaliser l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur. Ce sont les

²¹⁴⁸ P. Lokiec, « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 95 et spéc. p. 99.

²¹⁴⁹ Cf. Concertation, in cnrtl.fr - « *Mode d'administration ou de gouvernement dans lequel les administrés, les citoyens, les salariés, etc., sont consultés, et les décisions élaborées en commun avec ceux qui auront à les appliquer ou à en supporter les conséquences* ».

²¹⁵⁰ G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995.

²¹⁵¹ Cette expression est empruntée à M. T. Grumbach (« Citoyenneté, Entreprise, Contrat social », art. préc. p. 235, spéc. p. 247.

accords dits de méthode²¹⁵² (1). D’autres répondent à la nécessité d’articuler les différentes étapes et des différents niveaux du processus décisionnel dans les entreprises et les groupes dont l’organisation n’est plus monolithique et se veut plus réticulaire (2).

1. *L’encadrement négocié des processus décisionnels liés au pouvoir de direction de l’employeur : les accords dits de méthode*

1226. Les accords de méthode s’inscrivent dans le développement d’une négociation collective de type organisationnel. Empruntant la terminologie de G. Lyon-Caen, parallèlement à la négociation « *transactionnelle* » et « *institutionnelle* », l’entreprise est un espace où s’est développée une négociation *décisionnelle*. Cette négociation « *porte sur une décision affectant l’avenir de l’entreprise, donc l’emploi* »²¹⁵³. Le développement de la négociation dérogatoire aurait permis de faire de l’accord collectif de travail un « *instrument privilégié d’organisation sociale* »²¹⁵⁴ et un véritable « *outil de gestion* »²¹⁵⁵. Aussi les auteurs évoquent-ils l’émergence d’une négociation de gestion²¹⁵⁶ ou d’une négociation organisationnelle²¹⁵⁷. Cette négociation collective viserait à « *combinaison, en réponse aux revendications des uns et des autres, progrès social et progrès économique* »²¹⁵⁸.

1227. La négociation organisationnelle s’est principalement développée autour de la question de l’emploi. Rien d’étonnant dans un contexte de promotion de la négociation collective d’entreprise et d’un renforcement de l’encadrement procédural du pouvoir de direction de l’employeur en matière d’emploi.

1228. Très brièvement, en matière d’emploi, le pouvoir de direction de l’employeur se décline en un pouvoir d’évaluation des travailleurs, en un pouvoir d’organisation du travail et en un pouvoir de gestion des emplois dans l’entreprise. Il affecte donc directement les

²¹⁵² La notion d’accord de méthode a parfois un sens plus large et est synonyme d’accords de procédure. Dans le cadre de la présente étude, les accords de méthode ne visent que ceux qui ont pour objet d’encadrer les décisions prises par l’employeur notamment en encadrant la procédure d’information et de consultation devant le comité d’entreprise. Partant, les accords de méthode sont un genre d’accords de procédure.

²¹⁵³ G. Lyon-Caen, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.* 1979, pp. 351 et 352.

²¹⁵⁴ B. Teyssié, « A propos de la négociation d’entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 575.

²¹⁵⁵ J. Barthélémy, « La négociation collective outil de gestion de l’entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 580.

²¹⁵⁶ S. Yannakourou, *op. cit.* pp. 231 s.

²¹⁵⁷ G. Vachet, « La fonction organisationnelle de la convention collective », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 559. ; I. Kappopoulos, *Un nouveau droit de la négociation collective – Essai sur la négociation organisationnelle*, Th. Lille II, 2010.

²¹⁵⁸ B. Teyssié, art. préc., p. 575.

conditions de travail, d'emploi et de vie des salariés. Ceci explique que son exercice ait été encadré en obligeant l'employeur à exposer ses choix et à s'en expliquer auprès des salariés ou de leurs représentants. Autrement dit, les obligations de motivation et de justification imposées à l'employeur ont conduit à instaurer des procédures internes à l'entreprise.

1229. Les accords de méthode prennent place dans ce cadre. Ils permettent à l'employeur et aux représentants des salariés de s'accorder sur les étapes et les conditions de déroulement de la procédure à laquelle l'employeur est soumis. Leur objet consiste plus précisément et le plus souvent à déterminer les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise²¹⁵⁹.

1230. Reconnus à titre expérimental par la loi du 13 janvier 2003, puis pérennisés par la loi du 18 janvier 2005, les accords de méthode sont régis par les articles L. 1233-1 et suivant du Code du travail. Leur objet principal est de définir les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise à l'occasion d'une procédure de licenciement pour motif économique de plus de dix personnes pendant une période de trente jours, ceux qu'on appelle couramment les "grands licenciements pour motif économique". En vertu de l'article L. 1233-22 du Code du travail, un accord de méthode peut « *organiser la mise en œuvre d'actions de mobilité professionnelle et géographique au sein de l'entreprise et du groupe [...] et déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi prévu à l'article L. 1233-61 fait l'objet d'un accord et anticiper le contenu de celui-ci* ».

1231. Des accords de méthode sont également prévus dans le cadre de la négociation obligatoire sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences qui a lieu tous les trois ans dans les entreprises de plus de trois cents salariés. La loi du 18 janvier 2005 a instauré une obligation triennale de négocier sur ce sujet, dont un des objets particuliers de négociation obligatoire porte sur « *les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et ses effets prévisibles sur l'emploi ainsi que sur les salaires* »²¹⁶⁰. De manière facultative, les négociateurs peuvent également inclure des dispositions sur la procédure d'information et de consultation en cas de procédure de licenciement pour motif économique. Autrement dit, ils peuvent, "à froid", intégrer un accord de méthode applicable à

²¹⁵⁹ On remarque cependant une sophistication des accords de gestion de l'emploi où les décisions prises avec le salarié, devant le comité d'entreprise ou en accord avec les syndicats sont imbriquées et combinent les objectifs d'évaluation des salariés, de pérennité de l'emploi, et de compétitivité de l'entreprise.

²¹⁶⁰ Art. L. 2242-15 *C. trav.* Concernant l'obligation de négocier au niveau de l'entreprise ou du groupe ; Art. L. 2241-4 al 2 *C. trav.* Concernant l'obligation de négocier au niveau des branches professionnelles.

une future et éventuelle procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise dans le cadre d'une procédure de licenciement pour motif économique.

1232. Enfin, en vertu de l'article L. 2323-61 du Code du travail, issu d'une ordonnance du 12 mars 2007 relative au Code du travail²¹⁶¹, « *un accord collectif de branche, d'entreprise ou de groupe peut adapter, dans les entreprises de trois cents salariés et plus, les modalités d'information du comité d'entreprise et organiser l'échange de vues auquel la transmission de ces informations donne lieu* ». L'accord est une règle générale ; son objet est indifférent à celui de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise. Ainsi, il encadre et rationalise *a priori* le processus décisionnel dans l'entreprise.

À travers cette disposition, les accords de méthode se voient généralisés. Elle renforce assurément une tendance suivie par le droit du travail français de promotion de la négociation collective comme source privilégiée de la représentation collective des salariés. Telle est aussi l'orientation du droit de l'Union européenne. Cette disposition constitue en effet la transposition de l'article 5 de la directive 2002/14. Suivant la directive, « *les États membres peuvent confier aux partenaires sociaux au niveau approprié, y compris au niveau de l'entreprise ou de l'établissement, le soin de définir librement et à tout moment par voie d'accord négocié les modalités d'information et de consultation des travailleurs* ». La disposition de la directive précise encore qu'à compter de la date ultime de transposition et dans les conditions et limites fixées par les États membres, les accords pourront déroger aux modalités d'information et de consultation définies par l'article 4 de la directive.

1233. Le dessein se veut plus ambitieux. Si les accords de méthode, accords dérogatoires à la loi, sont la manifestation tangible de la décentralisation et de la contractualisation des sources de la représentation des salariés, ils s'inscrivent dans un contexte plus global encore. Le développement de la négociation organisationnelle s'inscrit dans la stratégie coordonnée pour l'emploi menée au niveau de l'Union européenne. Cette stratégie est « *axée sur les notions "d'anticipation", de "prévention" et "capacité d'insertion professionnelle", qui doivent constituer des éléments-clés de toutes les politiques publiques susceptibles de favoriser l'emploi, y compris des politiques des entreprises, à travers l'intensification du dialogue social* ».

²¹⁶¹ Ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, *J.O.R.F.* n°61 du 13 mars 2007, p. 4740

en vue de faciliter des changements compatibles avec la préservation de l'objectif prioritaire de l'emploi»²¹⁶².

Autrement dit, la mise à l'écart conventionnelle des dispositions légales relatives aux modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise serait un instrument au service de la politique de l'emploi. Il s'agit peut-être moins de constater l'apparition d'une déréglementation du régime procédural du pouvoir de direction de l'employeur que de remarquer la tentative d'instaurer une autoréglementation conventionnelle de l'entreprise²¹⁶³.

1234. Grâce aux accords de méthode, l'entreprise serait donc en mesure d'enserrer son processus décisionnel dans des règles de procédure qu'elle a elle-même édictées. Ils lui permettent de rationaliser le processus décisionnel dans l'entreprise. De quelle manière ?

Ils le font certainement dans les deux sens attachés au terme de rationalisation. D'une part, la rationalisation est le processus par lequel une personne va être conduite à s'expliquer, à se justifier et à rendre des comptes sur les actions dont elle est l'auteure. La rationalisation est alors l'extériorisation des raisons d'agir. D'autre part, la rationalisation vise une organisation de l'activité économique en vue d'obtenir le maximum de rendement avec un minimum de coût. La rationalisation est alors synonyme d'efficience.

1235. Ces deux faces du mot rationalisation sont à l'œuvre dans les accords de méthode. Côté pile : la négociation d'un accord de méthode amène les interlocuteurs sociaux à faire un travail réflexif sur leur action future. L'employeur et les représentants des salariés se *projetent* dans le processus décisionnel à venir. Ils réfléchissent à l'utilité de leur intervention et à la prise en compte des intérêts de chacun. Côté face : l'accord de méthode est conclu en vue de limiter le temps et le coût de la procédure d'information et de consultation des salariés. De plus, la prévisibilité acquise par la conclusion d'un accord de méthode serait gage d'une plus grande efficience de la procédure elle-même et, au-delà, d'une meilleure efficacité économique de l'entreprise.

²¹⁶² Paragraphe 10 du Préambule de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne. Nous soulignons.

²¹⁶³ A. Supiot, art. préc., p. 195 : « *Déréglementer, ce n'est donc pas cesser de réglementer, mais c'est choisir de réglementer autrement* ». cf. aussi G. Couturier, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *S.S.L.*, 19 janvier 2004, n° 1152, p. 6 : « *Ce que les accords de méthode donnent à voir, c'est la substitution de dispositions conventionnelles aux règles de procédure légale. La procéduralisation du droit du travail entendue dans ce sens très élaboré devient ainsi une contractualisation conventionnelle* ».

1236. Finalement, les accords de méthode prétendraient réconcilier une rationalité procédurale, reposant sur une éthique de la discussion²¹⁶⁴, et une rationalité instrumentale, à savoir l'établissement d'une adéquation entre les moyens et une fin²¹⁶⁵. Signes d'un désenchantement du monde social, les accords de méthode seraient « *une formulation du droit qui [correspond] le mieux par son contenu aux exigences pratiques, utilitaires et éthiques de leur autorité* »²¹⁶⁶.

1237. La rationalisation du processus décisionnel entreprise par les accords de méthode œuvre également à sa légitimation. Cette légitimation résulte notamment de leur caractère "donnant-donnant". Celui-ci semble même encouragé par le législateur. Dans le cadre de l'article L. 1233-22, le synallagmatisme peut porter en premier lieu sur les règles de fonctionnement et les moyens accordés au comité d'entreprise dans le cadre de la procédure de licenciement pour motif économique. L'accord peut prévoir par exemple des délais plus courts que ceux prévus par la loi en contrepartie de quoi l'employeur peut accepter la désignation d'un expert-comptable ou le droit du comité d'entreprise de formuler des contre-propositions. Sous certains aspects, la loi sera plus favorable aux droits des salariés ; sous d'autres, ce sera l'accord de méthode qui le sera²¹⁶⁷. De surcroît, le caractère "donnant-donnant" de ce type d'accords concerne la possibilité, comme la formule légale le suggère, d'anticiper le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi²¹⁶⁸. « *Si pour l'employeur l'organisation du calendrier de consultation constitue l'objet premier de l'accord, les organisations syndicales cherchent fréquemment, au-delà des moyens complémentaires qui leur seront fournis pour l'examen de la restructuration et du plan de sauvegarde de l'emploi, à obtenir dès la négociation de l'accord, certaines garanties. C'est la raison pour laquelle on trouve parfois dans les accords de méthode des dispositifs de volontariat déjà négociés, des*

²¹⁶⁴ La rationalité procédurale renvoie à la philosophie de J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, op. cit.

²¹⁶⁵ La rationalité instrumentale a été en particulier développée par T.-W. Adorno et M. Horkheimer, dans *La dialectique de la raison*, Gallimard, 1960. Or, Habermas s'est montré particulièrement critique à l'égard de la pensée de ces auteurs sur la question de la raison instrumentale : cf. J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987, p. 386.

²¹⁶⁶ M. Weber, *Sociologie du droit*, PUF, Quadrige, 2007, p. 163.

²¹⁶⁷ Précisons évidemment qu'il s'agit là d'un jugement de valeur et non d'une comparaison juridique fondée sur l'application de la règle de faveur. Comp. M. Cohen, pour qui il ne fait même aucun doute que la dérogation est défavorable aux travailleurs et aux comités d'entreprise. Voir, *Le Droit des comités d'entreprises et des comités de groupe*, L.G.D.J., 2005, 8^{ème} édition, p. 700.

²¹⁶⁸ Sur cet aspect en particulier, F. Favennec-Héry, « Le P.S.E. dans la loi Borloo : prévention, négociation, sécurisation », *L.P.A.* 31 mars 2005, p. 42.

indemnités minimales de rupture, des durées minimales de congé de reclassement, une protection spécifique des plus de 50 ans »²¹⁶⁹. Tel est le cas généralement lorsque les accords de méthode sont conclus "à chaud"²¹⁷⁰. L'abandon de certaines prérogatives du comité d'entreprise accepté par les organisations syndicales devient la contrepartie voire la monnaie d'échange pour obtenir de l'employeur de meilleurs avantages contenus dans le futur plan de sauvegarde de l'emploi et pour limiter le nombre des licenciements. L'employeur acceptera d'octroyer plus volontiers des moyens financiers et matériels en faveur des salariés concernés par les suppressions d'emploi si, en contrepartie, les syndicats acceptent que la procédure devant le comité d'entreprise soit accélérée.

1238. Le caractère donnant-donnant apparaît également dans les accords conclus au titre de l'article L. 2242-15 du Code du travail. La négociation obligatoire porte, d'une part, sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise sur la stratégie de l'entreprise et, d'autre part, sur « *la mise en place d'un dispositif de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences ainsi que des mesures d'accompagnement [...], en particulier en matière de formation, de validation des acquis de l'expérience, de bilan de compétence, etc.* ». Là encore, il ne faut pas entièrement exclure que les droits des salariés à l'emploi et à la formation professionnelle deviennent des contreparties à un allègement de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise²¹⁷¹. Le préambule de l'accord national interprofessionnel du 14 novembre 2008 est de ce point de vue significatif : « *la finalité de la G.P.E.C. est d'anticiper les évolutions prévisibles des emplois et des métiers, des compétences et des qualifications, liées aux mutations économiques, démographiques et technologiques prévisibles, au regard des stratégies des entreprises, pour permettre à celles-ci de renforcer leur dynamisme et leur compétitivité et aux salariés de disposer des informations et des outils*

²¹⁶⁹ J. Grange, « L'accord de méthode en pratique », *S.S.L.* 19 janvier 2004, n° 1152, p. 15.

²¹⁷⁰ P.-H. Antonmattéi, « Accord de méthode, génération 2005 : la "positive attitude" », *Dr. soc.* 2005, p. 401. En 2005, soixante-dix pourcents des accords étudiés par la Direction Générale de l'Emploi et de la Formation Professionnelle prévoyaient une négociation sur le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi.

²¹⁷¹ Des interrogations existent sur le point de savoir si la consultation sur la stratégie de l'entreprise constitue un nouveau domaine intégré à la compétence du comité d'entreprise ; ou bien s'il s'agit d'une formule se rapportant aux objets déjà présents dans le Code du travail et dont il est prévu que le comité d'entreprise soit informé et consulté, celui-ci disposant d'une compétence sur toutes les questions intéressant la « *marche générale de l'entreprise* ».

dont ils ont besoin pour être les acteurs de leur parcours professionnel au sein de l'entreprise ou dans le cadre d'une mobilité externe »²¹⁷².

1239. À travers les accords de méthode, si le droit de la représentation des salariés devient plus contractuel, c'est bien le droit des salariés à être représentés qui devient objet du contrat, empreint de synallagmatisme et l'emploi, un "bien commun" que les uns et les autres ont en partage²¹⁷³.

1240. Les décisions prises par l'employeur affectant l'emploi des salariés deviennent le résultat de la mise en œuvre d'un accord négocié avec les syndicats. Ces derniers ne sont plus vraiment extérieurs à la décision, bien qu'ils n'en aient pas eu l'initiative²¹⁷⁴. Au-delà d'un simple accord sur la procédure, ces accords ont pour effet de rendre les syndicats "coresponsables" des mesures ayant des conséquences sur l'emploi. « *Sans disposer de la moindre parcelle de pouvoir de décision de gestion qui auront conduit aux suppressions d'emploi, sans être codécideurs dans la décision de licencier, [ils] en deviendront coresponsables* »²¹⁷⁵.

²¹⁷² Cet accord n'a été signé que par la C.F.D.T. et par la C.F.E.-C.G.C. Cependant, il n'a pas fait l'objet sur ce point d'une opposition par les trois autres organisations représentatives au niveau national interprofessionnel, la C.G.T., la C.G.T.-F.O. et la C.F.T.C. Ces dernières ne se sont opposées qu'à l'avenant relatif au bilan d'étape professionnel. L'objet de l'opposition, de même que les motifs avancés par ces trois organisations ne remettent pas en cause la finalité globale que se donne l'A.N.I. du 14 novembre 2008. Ainsi est-ce plutôt en raison des faibles moyens mis en œuvre pour réaliser la fin poursuivie que les organisations syndicales se sont opposées à l'avenant. Cf. « La C.G.T., F.O. et la C.F.T.C. s'opposent à l'avenant sur le bilan d'étape professionnel », *Liaisons sociales Quotidien* 2009, n°15376 ; A. Fabre, « Première lecture du projet d'accord national interprofessionnel sur la G.P.E.C. », *R.D.T.* 2009, p. 34.

²¹⁷³ Au demeurant se pose la question de la portée des engagements sur l'emploi : M.-A. Souriac, M. Morand, « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi », *R.D.T.* 2012, p. 194 ; M.-A. Souriac, « Engagements et arrangements sur l'emploi. Quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1061. Leur méconnaissance est de nature à engager la responsabilité de l'employeur (Soc, 22 janvier 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 292, obs. J.-E. Ray ; p. 375, obs. G. Couturier ; *D.* 1998, p. 480, note T. Aubert-Montpeyssen). Eventuellement, des salariés peuvent contester le caractère réel et sérieux de leur licenciement pris en contradiction avec un tel accord (Soc, 25 mars 2009, *R.D.T.* 2009, p. 389, note I. Odoul-Asorey). Reste à savoir s'il est possible de demander l'annulation d'un tel accord pour absence de cause au regard de l'article 1131 du Code civil. En revanche, le caractère dérogatoire des accords de méthode conduit à écarter l'appréciation du plus favorable dont on sait qu'elle est globalisante lorsque l'accord contient un engagement sur l'emploi. Soc, 19 février 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. G. Couturier ; *D.* 1997, p. 75 ; Soc, 3 novembre 1999, *D.* 2000, p. 368, note T. Aubert-Montpeyssen).

²¹⁷⁴ C. Baumgarten, « Les accords de méthode : un marché de dupe », *Dr. ouv.* 2003, p. 359.

²¹⁷⁵ C. Baumgarten, art. préc. p. 359.

1241. Peut-être « *les travailleurs sont juridiquement les seuls titulaires [du droit à la négociation collective], mais les employeurs sont parvenus à en devenir les cogérants* »²¹⁷⁶. Si, de manière immédiate, chacun poursuit son intérêt propre²¹⁷⁷, l'accord réalise une œuvre commune. Comme le remarquait M. A. Supiot, « *l'accord donnant-donnant se veut l'expression momentanée de cette communauté d'intérêts qui conduit à des sacrifices réciproques et justifiés par l'intérêt de tous* »²¹⁷⁸.

L'ombre de la théorie institutionnelle plane donc au-dessus des accords de méthode²¹⁷⁹. L'espace normatif de l'entreprise se meut sous l'effet des accords de méthode en une communauté d'intérêts capable de s'autoréguler. Elle serait une « *(auto-)organisation du pouvoir exercé pour assurer son fonctionnement* » et « *la seule chose qui puisse être faite de l'extérieur consiste à créer les moyens de son éventuel (auto-)développement qui ne pourra provenir que d'actions internes aux entreprises. [...] Ce qu'il convient de mettre en place à tous les niveaux ce sont les procédures de contrôle de l'usage du pouvoir* »²¹⁸⁰. L'entreprise serait en passe de devenir une institution dotée d'une rationalité propre et capable d'assurer par elle-même un équilibre entre les différents intérêts en présence.

Or, précisément, les accords de méthode contribueraient à garantir un tel équilibre. Ainsi, selon M. J. Barthélémy : « *sans rien ôter à la fonction protectrice des salariés du droit du travail, ces procédures vont alors contribuer à optimiser la qualité de la stratégie managériale, en s'inscrivant dans une approche organisationnelle de ce droit. [...] L'approche organisationnelle de ce droit, fondée sur l'idée que, si l'entreprise est une entité économique, elle a besoin du droit pour fonctionner, invite à utiliser l'ensemble procédural conduisant à l'avis ou au contrat comme instrument d'optimisation de la décision* »²¹⁸¹.

²¹⁷⁶ A. Supiot, *Homo Juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil 2005, p. 243.

²¹⁷⁷ Cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, *op. cit.*, § 34. L'auteur distingue l'objet immédiat du vouloir, l'objet médiat du vouloir et le but déterminant de la volonté. Partant il distingue les contrats, des conventions et des actes collectifs : dans un contrat, les volontés n'auraient ni le même objet ni le même but ; dans les conventions, les volontés auraient le même objet, mais pas le même but. Dans l'acte collectif, les volontés auraient et le même objet et le même but. Cette classification conduit l'auteur à refuser la qualification de contrat collectif de travail et à retenir celle de conventions collectives de travail. Il s'agit d'une convention et non d'un contrat, car il ne serait plus de distinguer « *entre la volonté de faire une convention et la volonté d'y jouer un certain rôle* » (*ibidem*. p. 305).

²¹⁷⁸ A. Supiot, art. préc. p. 203.

²¹⁷⁹ A. Supiot, art. préc., p. 203

²¹⁸⁰ J.-P. Robe, « L'entreprise en droit », *Droit et Société*, 29-1995, p. 117.

²¹⁸¹ J. Barthélémy, « La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel », *S.S.L.*, 19 janvier 2004, n° 1152, pp.10 et 11.

1242. L'opposition entre les intérêts du capital et ceux du travail semble gommée ; elle laisse la place à l'élaboration et à la consolidation d'un intérêt qui transcenderait tous les autres, l'intérêt de l'entreprise. G. Lyon-Caen écrivait bien avant l'existence des accords de méthode que « *ces accords dérogatoires offrent la possibilité de déroger à l'ordre public non pas comme jusqu'à présent dans un sens favorable aux salariés (ce qui constituait l'ordre public social) mais dans un sens favorable à l'entreprise* »²¹⁸².

Dans cette conception, la représentation des intérêts des salariés bénéficie à l'entreprise tout entière et la négociation sur la représentation des salariés n'a plus pour seul but une meilleure représentation des intérêts des salariés, mais l'adaptation de l'entreprise aux contraintes économiques. Cela est d'autant plus vrai que déjà « *tout [était fait] pour que l'avis donné par le comité d'entreprise soit crédible et qu'il prenne lui-même en compte les impératifs économiques auxquels l'entreprise est confrontée* »²¹⁸³.

1243. En définitive, la visée de la négociation organisationnelle englobe celle originellement confiée à la négociation collective et l'intérêt de l'entreprise vient transcender l'intérêt collectif des salariés. Améliorer la gestion de l'emploi, renforcer la sécurité juridique, accélérer la procédure de consultation du comité d'entreprise ne sont pas présentés comme des revendications exclusivement patronales, mais comme bénéficiant à l'entreprise tout entière – direction, salariés et actionnaires gagnant tous à ce qu'un accord de méthode soit conclu. En outre, l'intérêt de l'entreprise, qui dépasse les intérêts des salariés et de la direction, résiderait dans la pérennité de l'emploi. L'entreprise peut et doit mener une politique de l'emploi, dans l'intérêt de tous, voire dans l'intérêt général du "redressement productif". Le dessein poursuivi au moyen des accords de méthode, l'emploi, devient la justification de la faculté ouverte de déroger aux dispositions relatives à l'information et à la consultation du comité d'entreprise. La référence à l'emploi contenue dans un accord de méthode, même implicite, « *serait là pour emporter l'adhésion des parties et qui sait, de ceux auxquels l'accord s'adresse* »²¹⁸⁴.

²¹⁸² G. Lyon-Caen, « La Légitimité de l'action syndicale », *Dr. ouv.* 1988, p. 51.

²¹⁸³ R. Vatinet, « L'expression des salariés », in *Mélanges offerts au Professeur Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 400.

²¹⁸⁴ A. Lyon-Caen, « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. soc.* 1998, p. 319.

2. *L'articulation négociée des processus décisionnels et l'émergence du réseau :
l'exemple des entreprises transnationales*

1244. Les accords de procédure sont des instruments de gestion des processus décisionnels dans les entreprises construites davantage sur le modèle du réseau ; à tout le moins, leur structure, si elle reste hiérarchique, est moins monolithique²¹⁸⁵. L'organisation réticulaire présente deux caractéristiques : elle repose sur une multiplicité de pôles décisionnels²¹⁸⁶ et recourt principalement aux techniques contractuelles. L'entreprise ou le groupe transnational apparaît comme une organisation de type réticulaire. Peut-être son cœur est une organisation de type hiérarchique où une unité de direction est repérable, mais gravitent autour des sous-groupes qui ne sont pas liés hiérarchiquement les uns aux autres auxquels peut s'ajouter une nuée de sous-traitants²¹⁸⁷.

1245. De ce point de vue, la vivacité de la négociation collective dans les entreprises transnationales est le signe visible de ce mode d'organisation²¹⁸⁸. D'autres facteurs expliquent cependant cette vivacité. En premier lieu, le droit social de l'Union européenne l'a encouragée en recourant à une norme négociée pour réaliser la participation des salariés au sein de ces entreprises. De surcroît, le comité d'entreprise européen s'est avéré être une instance de négociation transnationale. Sa création a été le déclencheur d'une synergie. D'un côté, sa mise en place a permis le développement de la négociation transnationale ; de l'autre, la négociation transnationale semble être un avenir possible des comités d'entreprise européens²¹⁸⁹. En second lieu, le dynamisme de la négociation transnationale est paradoxalement un signe de sa faiblesse : elle pallie l'absence de cadre juridique de la négociation collective transnationale sectorielle et d'entreprise.

²¹⁸⁵ E. Peskine, *Réseaux d'entreprise et droit du travail*, L.G.D.J. 2008, p. 16. Adde, N. May, « Organisation productive et réseaux », *Flux* 1993, p. 19.

²¹⁸⁶ E. Peskine, *op. cit.* p. 16, n° 36 ; G. Teubner, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *R.F.G.* 1982, p. 51.

²¹⁸⁷ Sur la différence entre le modèle du groupe et du réseau, cf. E. Peskine, *op. cit.* p. 145, n° 264.

²¹⁸⁸ Cette vivacité a du moins été relevée par la Commission européenne. Commission, « Partenariat pour le changement dans une Europe élargie, renforcer la contribution du dialogue social européen », COM(2004) 557 final.

²¹⁸⁹ Selon certains auteurs, il conviendrait cependant pour voir le comité d'entreprise européen un agent possible de négociation soit que sa composition garantisse la participation des syndicats ou que ces derniers participent avec le comité d'entreprise européen aux négociations. Cf. E. Béthoux, « Les comités d'entreprise européens en quête de légitimité », *Travail et emploi*, 2004, p. 21 ; A. Sobczack, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », *op. cit.* p. 93 et spéc. p. 100 ; J.-C. Drouin, « Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une négociation collective transnationale », *Cahiers du droit*, 2006, p. 703 et spéc. p. 742.

Dans cette perspective, la négociation collective sur la représentation des salariés prend une place essentielle dans la construction d'un espace normatif entrepreneurial de dimension transnationale.

Elle a deux objets : l'articulation des procédures d'information consultation (a) et l'articulation des négociations (b).

a) La négociation transnationale et l'articulation des procédures d'information consultation

1246. La négociation sur la représentation des salariés a pour objet l'articulation des procédures d'information et de consultation qui se déroulent aux différents niveaux de l'entreprise ou du groupe.

Quelques accords déjà anciens montrent que les lois récentes qui prévoient leur conclusion viennent en fin de compte les consacrer. Le plus remarqué fut l'accord-cadre Rhône-Poulenc Chimie conclu le 22 septembre 1993 qui « *avait mis en place une méthodologie de l'information économique très en amont de la décision de l'employeur* »²¹⁹⁰.

1247. La directive de 2009 qui a refondu les dispositions sur le comité d'entreprise européen a introduit cette possibilité²¹⁹¹. Transposée à l'article L. 2342-9 du Code du travail, cette disposition permet à l'accord de prévoir « *les modalités de l'articulation entre l'information et la consultation du comité d'entreprise européen et celles des autres institutions représentatives du personnel mentionnées au présent livre et celles mises en place en application du droit de l'État membre sur le territoire duquel est implanté l'entreprise ou l'établissement, en fonction de leurs compétences et domaines d'intervention respectifs* ».

1248. Le but immédiat de cet accord de méthode inscrit dans l'accord plus général sur la mise en place du comité d'entreprise européen est d'assurer le principe de l'effet utile de chaque procédure d'information-consultation. Certes ce principe s'impose de toute façon à l'employeur. De plus, l'article L. 2341-9 prévoit en toute hypothèse que « *l'information et la*

²¹⁹⁰ Accord du 22 novembre 1993, *S.S.L.* 1993, n° 675 du 13 décembre 1993 ; cité par T. Grumbach, « Citoyenneté, Entreprise, Contrat social », p. 235, spéc. p. 247.

²¹⁹¹ Article 6 paragraphe 2 c). *Adde* art. 12,1 : « *L'information et la consultation du comité d'entreprise européen sont articulées avec celles des instances nationales de représentation des travailleurs dans le respect des compétences et des domaines d'intervention de chacune des instances et des principes énoncés à l'article 1er paragraphe 3* ».

consultation du comité d'entreprise européen sont articulées avec celles des autres institutions représentatives du personnel mentionnées au présent livre et celles mises en place en application du droit de l'État membre sur le territoire duquel est implanté l'entreprise ou l'établissement, en fonction de leurs compétences et domaines d'intervention respectifs».

Pour autant, l'intérêt est de préciser la teneur de ce principe en anticipant d'éventuels désaccords sur ce qu'il aurait convenu de faire ou sur ce qui n'a pas été fait.

1249. De manière plus lointaine, ces accords permettent de rationaliser un processus décisionnel revêtant une dimension transnationale, se déroulant dans les différentes entités de l'entreprise ou le groupe de dimension communautaire et affectant les intérêts de diverses collectivités de salariés.

1250. Au regard des accords précédents, la question se pose de l'articulation des différents accords de méthode qui encadrent les procédures d'information et de consultation des représentants des salariés. Cette question donne un peu le vertige : comment résoudre le concours entre deux accords qui prétendent définir les modalités de procédures d'information et de consultation des représentants des salariés se déroulant à des niveaux différents ? Sans doute le principe de l'effet utile doit rester un guide même s'il ne constitue pas la règle qui résout le concours entre les différents accords de méthode. En effet, suivant la disposition précitée de l'article L. 2341-9, l'articulation conventionnelle des procédures doit respecter les prérogatives de chaque institution. Pour autant, l'articulation conventionnelle prévue par l'accord conclu au niveau communautaire doit-elle respecter l'articulation des procédures d'information et de consultation des instances nationales prévues par un accord plus décentralisé ? Ou au contraire, peut-elle être une source de contrainte à l'égard de ce dernier ? Sur le terrain de l'articulation des accords collectifs, resurgit une nouvelle fois la question des hiérarchies entre les normes conventionnelles instaurées conventionnellement.

1251. Il s'agit tout d'abord de savoir si un tel accord, qui a un effet impératif, peut avoir pour effet de limiter la liberté conventionnelle des interlocuteurs sociaux situés à un niveau plus décentralisé. Et dans quelle mesure ? L'accord mettant en place le comité d'entreprise européen a un objet limité et il n'a pas vocation à être un accord de méthode parfait qui régirait l'ensemble de la procédure décisionnelle dans l'entreprise. En toute hypothèse, il ne saurait priver les interlocuteurs sociaux situés à l'échelle nationale du pouvoir de négocier collectivement. Il y aurait là une atteinte excessive portée au droit à la négociation collective

dont chaque collectivité de salariés présente dans l’entreprise de dimension communautaire peut se prévaloir.

1252. Ensuite, à supposer que cet accord collectif puisse relever du champ de la négociation collective, il faut savoir comment l’articuler avec les autres accords se rapportant aux processus décisionnels dans l’entreprise, en particulier les accords de méthode prévus aux articles L. 2327-16 du Code du travail, L. 1233-21 et L. 2242-15 du Code du travail. Si l’on retient l’application de l’article L. 2252-1 comme règle du droit commun de la négociation collective, les clauses de l’accord le plus décentralisé ont vocation à primer sur celles de l’accord le moins décentralisé. Une clause expresse de fermeture serait donc nécessaire pour que les clauses de l’accord portant mise en place du comité d’entreprise européen s’imposent au niveau de chaque entreprise et de chaque établissement situé au niveau national, sans qu’un accord conclu à ce niveau puisse y déroger. Au contraire, si l’on applique la règle de faveur en considérant qu’elle demeure applicable à l’articulation des accords conclus au sein de l’entreprise ou à celle des accords de groupe et d’entreprise, alors il conviendra d’effectuer une comparaison des clauses ayant la même cause et le même objet et d’appliquer les dispositions conventionnelles les plus favorables aux salariés. Cela peut par exemple consister, comme l’avait auparavant décidé la Cour de cassation, d’appliquer l’accord qui prévoit les délais les plus favorables²¹⁹² ; ou, plus généralement, d’appliquer les clauses qui garantissent le mieux l’utilité de la représentation des salariés travaillant pour une entreprise ou au sein d’un groupe de dimension communautaire.

1253. La négociation sur la représentation des salariés contribue à coordonner les différents pôles décisionnels. Elle participe ainsi à maintenir l’intégration nécessaire à l’existence d’une organisation construite sur le modèle du réseau. Là encore, les accords de procédure contribuent en réalité à rationaliser le processus décisionnel, à lui donner sens. Ils assurent une certaine cohérence aux décisions prises aux différents niveaux. Toute forme d’hétéronomie n’a pas disparu dans la mesure où les procédures d’information et de consultation demeurent encadrées par les législations nationales et communautaires. Tel n’est pas le cas en revanche de la négociation collective transnationale où, lorsqu’elle s’empare de la représentation des salariés, la perspective d’une autorégulation semble se dessiner avec une plus grande netteté.

²¹⁹² Soc, 17 juin 1997, *Bull. civ.* V, n° 393 ; *R.J.S.* 8-9/199, n° 990 ; *Dr. soc.* 1997, p. 742 ; *G.A.D.T.* 2008, n° 111.

b) La négociation transnationale et l'articulation des espaces de négociation par voie conventionnelle

1254. La négociation collective transnationale sur la représentation des salariés est une étape importante dans la construction d'un espace normatif transnational²¹⁹³. Celle-ci tend à se développer au sein des comités d'entreprise européen. Ces derniers présentent l'avantage d'être une instance transnationale. Mais ils ont l'inconvénient de ne pas garantir l'intervention des syndicats, agents naturels de la négociation collective. Les stratégies syndicales et patronales se déploient actuellement d'une autre manière, expérimentant plus frontalement la voie de la négociation transnationale.

1255. L'accord conclu dans le groupe E.A.D.S. en 2010 apporte un exemple éloquent. L'accord crée un groupe européen de négociation qui est une instance de négociation regroupant les organisations syndicales nationales, des représentants du comité d'entreprise européen et des représentants de la F.E.M. (Fédération européenne de métallurgistes)²¹⁹⁴. La création d'une institution de représentation des salariés a pour but d'organiser la négociation collective sur des sujets d'intérêt commun à l'ensemble des salariés du groupe²¹⁹⁵. Au-delà, il vise à structurer la production de normes au niveau et à l'intérieur du groupe transnational. Il prévoit ainsi une articulation dans laquelle les accords-cadres conclus au niveau transnational devront être transposés par des normes prises aux niveaux plus décentralisés du groupe²¹⁹⁶.

1256. Ce type d'accord pose le délicat problème de l'effet normatif des accords-cadres transnationaux. Cette question ne sera pas rediscutée ici²¹⁹⁷. A supposer que ce problème soit résolu, le dessein de cet accord se situe bien dans l'idée d'autoréglementation de l'entreprise,

²¹⁹³ E. Béthoux, « Les négociations transnationales d'entreprise en Europe : développement et enjeux », in Europe et société, « Les négociations transnationales en Europe : où en est-on ? », *Cahiers de la fondation* n° 69-70 octobre 2007- Septembre 2008.

[http://www.europeetsociete.com/newsletter/etudes/EB_NegociationTransnationale_fr.pdf].

²¹⁹⁴ Accord relatif à la procédure de négociation sociale au niveau européen conclu le 28 septembre 2010 notamment par les cinq organisations syndicales françaises (C.F.D.T., C.F.E.-C.G.C., C.F.T.C., C.G.T., C.G.T.-F.O.).

²¹⁹⁵ Aux termes du Préambule de l'accord, « *il définit en effet la procédure à appliquer au niveau européen pour négocier un sujet transnational concernant l'ensemble du Groupe E.A.D.S. ou l'une de ses divisions seulement* ».

²¹⁹⁶ E. Béthoux, document préc. p. 21

²¹⁹⁷ Cf. *supra* notamment n° 217 s. et 771 s.

émancipée des États, de l’Union européenne ou de l’organisation internationale du travail²¹⁹⁸, et même des partenaires sociaux présents aux niveaux européens interprofessionnel ou sectoriels.

1257. L’absence de droit de l’Union européenne de la négociation collective rend insatisfaisante la manière de les appréhender juridiquement. Il est certes possible de rechercher une loi applicable ou de les insérer dans la hiérarchie des normes conventionnelles. Cependant, la loi nationale semble par nature incapable de prendre en compte les effets transnationaux que peuvent avoir de tels accords.

1258. Partant de l’existence d’une organisation transnationale et multipolaire, ces accords ne peuvent avoir des effets que si le juge national décide, soit d’imputer à chaque entité de cette organisation l’obligation d’appliquer ou de mettre en œuvre les dispositions qu’ils contiennent, soit d’imputer aux entités situées à l’échelle nationale les obligations spécifiques que l’accord met à leur charge²¹⁹⁹. Rien n’est moins sûr.

1259. Malgré tout, ils constituent un approfondissement de la régulation à l’échelle transnationale. Ils le font de trois manières. Tout d’abord, ils constitue une étape supplémentaire par rapport aux premiers accords-cadres internationaux et aux Codes de bonne conduite. Leur ambition va bien au-delà d’une déclaration de principes sur les droits fondamentaux ou sur le respect de normes minimales dans le groupe, ce qui constituait une « *niche* » des accords-cadres internationaux²²⁰⁰. Ensuite, ils vont plus loin que les accords-cadres qui portent sur un objet déterminé et qui prévoient leur mise en œuvre. Au moyen d’une négociation sur la représentation des salariés, l’accord E.A.D.S. élabore de manière embryonnaire une structuration de la production normative au sein du groupe

²¹⁹⁸ S’agissant d’un éventuel encadrement par le droit de l’Union européenne, S. Laulom, « Passé, présent futur de la négociation transnationale », *Dr. soc.* 2007 p. 623 et spéc. p. 628 ; « Un statut pour les accords transnationaux », *in* « Les négociations transnationales en Europe : où en est-on ? », *Cahiers de la fondation* n° 69-70 octobre 2007- Septembre 2008, pp 123-129. S’agissant du rôle de l’O.I.T. dans l’encadrement de la négociation d’entreprise transnationale à l’échelle mondiale, cf. M.-A. Moreau, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. soc.* 2009 p. 93.

²¹⁹⁹ Sur la dualité des modes d’imputation des responsabilités, E. Peskine, *Réseaux d’entreprises et droit du travail*, L.G.D.J. 2008, pp. 245 s.

²²⁰⁰ R. Bourque, *Les accords-cadres internationaux (A.C.I.) et la négociation collective à l’ère de la mondialisation*, *op. cit.* p. 23.

transnational²²⁰¹. Enfin, ils marquent leur préférence pour la négociation collective avec les syndicats, une procédure plus exigeante que ne l'est une procédure de consultation. De ce point de vue, ils sont plus ambitieux que ne sont pour l'heure les règles de l'Union européenne. Est-ce là autre chose que l'autoréglementation ? Ou n'est-ce qu'une étape vers l'élaboration d'un droit de la négociation collective de l'Union collective ?

²²⁰¹ Pour une étude complète cf. E. Léonard, A. Sobczack, « Les accords transnationaux d'entreprise et les autres niveaux du dialogue social », *Courrier hebdomadaire du C.R.I.S.*, 2010, p. 5.

Conclusion du Chapitre 2nd

1260. La représentation des salariés s’ouvre à la négociation dérogatoire et la négociation collective devient la manière privilégiée de mettre en œuvre la loi en matière de représentation des salariés. Le déploiement des espaces de l’autonomie collective montre ainsi une plus grande capacité des interlocuteurs sociaux à adapter, à modifier voire à décider seuls des conditions dans lesquelles la représentation collective des travailleurs intervient et agit. S’établissement ainsi des rapports de complémentarité et d’exclusion entre les sources de la représentation des salariés, étatiques et supraétatiques d’un côté, et professionnelles de l’autre.

1261. De tels rapports ne sont pas spécifiques à la représentation des salariés, ni même au droit du travail. L’apparition de nouveaux modes de production normative serait un phénomène général. Pour le décrire, les auteurs évoquent : un phénomène conjoint de décentralisation et de contractualisation du droit²²⁰², l’essor de la régulation au détriment de la réglementation²²⁰³, l’émergence d’un droit réticulaire²²⁰⁴, le passage d’un « *droit imposé* » à un « *droit négocié* »²²⁰⁵. Dans une perspective politique, un tel renouvellement marquerait une mise en question de la légitimité de l’État et de son pouvoir normateur.

1262. Pourtant, en dépit d’un déploiement des espaces de production normative, il n’existe pas de dessaisissement de la puissance publique au profit de puissances privées. Ainsi a-t-on pu parler de l’ « *organisation de la décentralisation du pouvoir dans l’entreprise par le droit du*

²²⁰² La littérature sur ces questions est foisonnante. A titre indicatif : S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, L.G.D.J., Droit et société, 2007 ; *Approche renouvelée de la contractualisation*, P.U.A.M. 2007 ; *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008 ; C.-A. Morand, « La contractualisation du droit dans l’État providence », in F. Chazal, J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, L.G.D.J., Droit et société, 1991, p. 139 ; J.-P. Gaudin, *Gouverner par contrat*, Les presses Sciences po, 2007 ; P. Auvergnon, « l’hypothèse d’une contractualisation du droit sociale dans différents systèmes juridiques », *Actes du Séminaire international*, 2002, p. 7 ; P. Auvergnon, « l’hypothèse d’une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques », *Actes du Séminaire international*, 2002, p. 7.

²²⁰³ C.-A. Morand, « Régulation, complexité et pluralisme juridiques », in *Mélanges P. Amsleek*, Bruylant, 2005, p. 615 ; J. Chevallier, « Les enjeux de la déréglementation », *R.D.P.* 1987, p. 281 ; « Contractualisation et régulation », in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 83 ; M. Maille (dir.) *La régulation entre droit et politique*, L’Harmattan, 1995

²²⁰⁴ F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?* F.U.S.L. 2002.

²²⁰⁵ P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, *Droit imposé, droit négocié ?*, F.U.S.L. 2002.

travail »²²⁰⁶. C'est bien elle qui est l'animatrice de cette déréglementation²²⁰⁷. Elle décide par qui, à quel niveau, à quelles conditions s'élaborent les règles en matière de représentation des salariés. La logique de déconcentration mise en évidence montre une recomposition de l'action publique, alors que la logique de décentralisation ne résulte jamais vraiment d'un pouvoir normatif originel. Au demeurant, l'apparition de rapports de complémentarité ou d'exclusion n'ont pas fait disparaître toute logique de prévalence, en particulier lorsque des droits fondamentaux sont en jeu.

1263. Seule peut-être la négociation transnationale fait à cet égard figure d'exception. Les accords-cadres internationaux conclus dans les entreprises transnationales semblent émancipés de toute tutelle étatique. Enfin la convention serait parvenue à dévorer la loi²²⁰⁸ ! Pourtant, des voix s'élèvent déjà pour demander l'élaboration d'un cadre juridique de la négociation transnationale. L'autonomie collective et l'autoréglementation de l'entreprise ne seraient-elles alors que des chimères ?

²²⁰⁶ A. Coeuret, *La décentralisation du pouvoir dans l'entreprise et le droit du travail*, Thèse Paris X Dactyl 1981, Tome 1, p. 22.

²²⁰⁷ J. Donzelot, P. Estèbe, *L'État animateur*, Esprit, 1994.

²²⁰⁸ A. Supiot, « La loi dévorée par la convention ? » in P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, P.U.S.L. 1996, p.631. Adde « Un faux-dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59.

Conclusion du Titre 2

1264. L’articulation des sources de la représentation des salariés se voit guidée par des considérations qui sont en partie extérieures à son objet : la légitimité et l’efficacité des normes sociales. L’exemple des accords de méthode est à cet égard tout à fait éloquent car ils montrent bien que le droit des salariés à être représentés n’est plus vraiment le cœur de l’articulation des sources de la représentation des salariés. Ces accords révèlent en outre l’imbrication entre deux formes de rationalité, l’une procédurale et l’autre instrumentale²²⁰⁹.

1265. La rationalité procédurale, qui tend à une plus grande légitimité, confère aux droits de participation un caractère récuratif. Ces derniers apparaissent d’abord au fondement de la procédure d’élaboration des normes sur la représentation des salariés. Ils réapparaissent ensuite comme le résultat de cette procédure. Autrement dit, les droits de participation seraient tout à la fois les prémices, « *le but et la limite de la régulation procédurale* » de la représentation des salariés²²¹⁰.

1266. La rationalité instrumentale, dont les ressorts sont ceux de l’efficacité, place la représentation des salariés dans une perspective téléologique. Elle sert des desseins plus ambitieux. Explicite en droit de l’Union européenne, la représentation collective des travailleurs est mise au service d’un projet d’ordre à la fois démocratique et économique. Les mêmes finalités et la même approche téléologique de la représentation des salariés sont présentes s’agissant de la responsabilité sociale des entreprises ou du développement durable, fers de lance de la communication des entreprises transnationales. Ceux-ci poussent sans doute plus loin encore la logique : outre que les exigences démocratiques et économiques sont présentées comme indissociables, les moyens mis en œuvre ne sont plus séparés des fins poursuivies. Ainsi, un processus décisionnel ne saurait prétendre être légitime ou efficace s’il n’assure pas une participation originelle des salariés pour organiser leur participation future.

1267. Le constat est en réalité contrasté. D’un côté, la représentation collective des salariés devient un rouage essentiel dans la mise en place des nouveaux modes de production normative. De l’autre, elle semble s’effacer derrière les finalités des processus décisionnels dans lesquels elle prend place. Il est à craindre au passage que les droits de participation soient

²²⁰⁹ Cf. *supra* n° 1235 s.

²²¹⁰ Cf. F. Gaudu, « L’ordre public en droit du travail », *op. cit.* p. 373.

détournés au détriment de l'intérêt des salariés et que les théories institutionnelles de l'entreprise soient ainsi ravivées.

Conclusion de la seconde partie

1268. L'articulation des sources de la représentation des salariés a donc deux visées. Une première, classique tend à protéger le droit des salariés à être représentés. Une seconde, renouvelée, cherche à mettre sur pied un nouveau mode de production normative. A la première visée correspondent des rapports d'amélioration et de prévalence ; à la seconde correspondent plus souvent des rapports de complémentarité et d'exclusion.

1269. Ces deux visées ne sont pourtant pas exclusives. L'attention portée à la production normative n'a pas supprimé le souci de protéger les droits de participation des travailleurs et la liberté syndicale. L'essor de la négociation dérogatoire n'est allé de pair avec une renonciation ni du principe de l'ordre public social ni de l'édictation de lois d'ordre public absolu. Il faut donc retenir au terme de cette partie une coexistence de deux visées qui animent aujourd'hui l'articulation des sources de la représentation des salariés.

1270. Ces deux visées ne sont pas non plus opposées l'une à l'autre. Dans la visée classique, la protection des droits de participation est certes au cœur de l'articulation des sources de la représentation des salariés. Toutefois, cette protection n'est pas dépourvue de but : il s'agit bien de donner aux salariés les moyens d'agir collectivement en vue d'exprimer et de défendre leurs intérêts. Seulement, lorsqu'il s'agit de savoir comment articuler les sources de la représentation des salariés, ce but n'est que sous-jacent. Dans la visée renouvelée, les sources de la représentation des salariés sont articulées dans la perspective de construire des espaces de production normative et, le cas échéant, de les coordonner. La protection des droits de participation et de la liberté syndicale n'est alors qu'un but médian. L'essentiel reste la poursuite de cet objectif et de rendre les processus décisionnels qui se déroulent dans ces espaces normatifs à la fois légitimes et efficaces.

1271. L'exemple du principe de l'effet utile de l'information et de la consultation des représentants des salariés illustre l'absence d'opposition entre ces deux visées. Il est en même temps une condition d'effectivité des droits de participation et une condition de légitimité et d'efficacité des processus décisionnels où les représentants des salariés doivent intervenir.

1272. Cette visée renouvelée ne se situe pas en rupture avec la visée classique. Elle traduit plus certainement un reversement de perspective. Sans apporter toutes les nuances

nécessaires, il est possible de considérer que, dans la visée classique, seules les conditions de la représentation des salariés sont fixées alors que son dessein reste dans le principe indéterminé ; au contraire, dans la visée renouvelée, les conditions se diversifient, mais la fin de la représentation collective devient, sinon déterminée, du moins déterminable *a priori*. La manière dont joue impérativité des droits de participation est éclairante à cet égard. Dans la visée classique, les exigences tirées des droits de participation s'imposent, assurant une conformité des règles qui y sont soumises. Dans la visée renouvelée, ces mêmes exigences agissent comme des principes directeurs, orientant la production normative des interlocuteurs sociaux. Il s'agit alors d'apprécier la réalisation d'un objectif, fût-il la mise en œuvre d'un droit fondamental.

1273. Assurément, pour l'heure, il n'existe aucun dessaisissement de la puissance publique. A tout le moins, il est difficile de dire laquelle est de ces deux postures est la moins dirigiste.

Conclusion générale

1274. L'ambition de l'étude des sources de la représentation collective des salariés était double : mettre à jour la structuration juridique du système de représentation des salariés et comprendre le caractère dynamique du rapport des sources du droit suivant l'hypothèse d'un pluralisme intégré.

I – La structuration juridique du système de représentation des salariés

1275. L'architecture du système de représentation collective des salariés est complexe et les enchevêtrements normatifs sont nombreux. Il est apparu pertinent de distinguer, d'un côté, les normes qui avaient pour objet de garantir aux salariés le droit à être représentés et, de l'autre, les normes qui structurent le système de représentation collective des salariés. Cette présentation permet d'une approche analytique. Elle dissimule toutefois les interactions qui existent entre ces deux types de normes. Peut-être est-il plus juste, à l'issue de la présente étude, d'affirmer que les droits fondamentaux que sont la liberté syndicale et les droits de participation sont des points d'ancrage autour desquels s'articulent les différentes normes sur la représentation collective des salariés.

Il apert ainsi que, dans le système français de représentation des salariés, la liberté et l'action syndicales sont intimement liées avec l'idée de participation des salariés aux processus décisionnels. Ce lien réapparaît notamment dans le droit de la négociation collective où certaines dispositions légales révèlent l'existence d'une prérogative syndicale tandis que d'autres traduisent plus certainement la garantie d'un droit de participation.

1276. L'affirmation de ces droits permet ainsi au système de représentation collective des salariés de conserver sa stabilité et une cohérence en dépit des évolutions et des modifications du corpus normatif.

1277. Cette stabilité s'explique également par une capacité d'adaptation de la représentation des salariés aux nouvelles formes d'organisations productives. Les normes issues de la sphère professionnelle permettent notamment une adaptation des règles applicables aux spécificités de l'entreprise, du groupe ou du secteur professionnel, en prenant en compte son organisation et son fonctionnement interne. En effet, l'entreprise prend place dans des structures plus

larges comme le groupe d'entreprises ou noue des liens d'interdépendance avec d'autres créant des réseaux ; elle se déploie à différentes échelles, locale, nationale, transnationale. Or, là où apparaissent de nouveaux collectifs de travail une représentation collective des salariés peut voir le jour et, avec elle, une participation des salariés aux processus décisionnels.

Cette faculté d'adaptation des règles donnent aussi aux acteurs sociaux une liberté pour régir eux-mêmes les processus normatifs auxquels ils participent. Au demeurant, l'étude montre que l'adaptation des règles légales est confiée plutôt aux interlocuteurs sociaux et de moins en moins à l'employeur. Cette préférence à l'égard de la norme négociée et la méfiance corrélative des normes patronales ont été interprétées comme la montée en puissance d'une légitimité procédurale dans la production normative.

1278. Le système de représentation des salariés est parvenu à se transformer de manière plus fondamentale encore. Il ne vise plus seulement à réaliser le droit des salariés à être représentés. D'autres fins lui sont assignées. L'affirmation de la liberté syndicale et des droits de participation demeure. Les sources internationales, européennes et internationales contiennent toutes des normes qui reconnaissent aux salariés le droit d'exprimer et de défendre collectivement leurs intérêts par l'intermédiaire de représentants. L'articulation des normes montre que l'ordre public social et l'ordre public absolu visent toujours à garantir aux salariés un droit à être représentés. Toutefois il est à craindre une « *instrumentalisation* » de la représentation collective des salariés²²¹¹. L'intervention des représentants des salariés constitue un instrument de légitimation efficace étant rappelé que le pouvoir de décision n'appartient pas aux salariés. Peut-être ne faut-il pas jouer de malice et ne pas voir trop facilement une tentative de rendre les salariés complices de décisions dont dépend leur sort. Mais une approche résolument critique ne craint pas de révéler les ambivalences du droit.

Tantôt la négociation collective limite la sphère du pouvoir de l'employeur. Tantôt elle sert à encadrer l'exercice du pouvoir par ce dernier. Dans les deux hypothèses, le droit des salariés à la négociation collective est une figure matricielle autour de laquelle s'ordonnent les normes légales et conventionnelles.

²²¹¹ S. Laulom, « Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie, France) », *op. cit.*, p. 133 et spéc. p. 119 ; M. Benlolo-Carbot, « Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Entre instrumentalisation et « fondamentalisation » ?, in D. Roman (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, novembre 2010 [http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/Justiciabilit%C3%A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf].

1279. Pour saisir quelles sont ces ambivalences, il faut confronter le système de représentation collective des salariés à l'idée de régulation qui traduit l'essor d'une « *nouvelle normativité sociale* »²²¹². Il s'agit **tout d'abord** de mettre en place des institutions et des procédures contre la « *tyrannie* » des marchés, de conjurer les dérives d'une normativité spontanée. Les règles en matière de représentation des salariés visent alors à prémunir les salariés contre les conséquences néfastes d'une économie mondialisée. **Ensuite**, ces institutions et ces procédures atténuent la rigueur de la normativité imposée en autorisant des ajustements concrets et négociés. Le déploiement des sources négociées de la représentation des salariés tendrait ainsi à limiter l'interventionnisme étatique²²¹³. **Enfin**, aussi bien du point de vue des sources des droits spontané et négocié que du point des sources du droit imposé, ces institutions et ces procédures répondent à ce qu'il est convenu d'appeler un « *déficit de légitimité* ». Elles combleraient ce déficit en permettant aux salariés de se réapproprier les conditions de leur représentation et de leur participation aux processus décisionnels qui les affectent. Partant, le système de représentation collective des salariés ne serait pas organisé autour de deux principes de cohérence mais autour de trois.

1280. En définitive, la pluralité des sources s'intègre au sein du système français de représentation des salariés. Ce sont des sources plurielles, issues d'ordres juridiques différents, qui toutes et ensemble régissent et structurent un même domaine, le système français de la représentation collective des salariés. D'où une synthèse qui donne à ce système son unité et sa cohérence. Or, précisément, cette synthèse consiste en un certain agencement des sources.

II – La dynamique de l'agencement des sources

1281. La multiplicité des sources de la représentation collective des salariés constitue un facteur indéniable de complexité. « *[Jaillissant] de façon dispersée et imprévue* »²²¹⁴, elles s'agencent selon différents mécanismes et autour de principes de cohérence pluriels.

²²¹² G. Timsit « La régulation. La notion et le phénomène », *R.F.A.P.* 2004, p. 5. *Adde* « La régulation : naissance d'une notion », in *L'archipel de la norme*, *op. cit.* p. 161.

²²¹³ Sur l'idée d'un recul de l'Etat corrélatif à la promotion de la négociation collective, A. Supiot, A. Chouraqui, « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Droit et société* 1989, p. 415, spéc. p. 423 ; A. Supiot, « La loi dévorée par la convention ? » in P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, P.U.S.L. 1996, p.631. *Adde* « Un faux-dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.* 2003, p. 59.

²²¹⁴ M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, *op. cit.* p. 171.

1282. En premier lieu, un travail d'identification a permis de montrer un **agencement statique** des normes. Il s'est agi de comprendre la disposition des différentes sources, la place qu'elles occupent dans le domaine de la représentation collective des salariés.

D'une part, cette perspective met en évidence diverses conceptions de la représentation des salariés dont chaque source est porteuse et permet d'identifier la voie empruntée par le système français de représentation collective des salariés. Les choix opérés portent notamment sur l'équilibre entre l'individuel et le collectif, ou encore sur l'équilibre entre la représentation syndicale et la représentation élue.

D'autre part, cette perspective, statique, permet d'apprécier la prétention de chaque source à régir ce domaine et de confirmer certaines évolutions comme le déclin des normes patronales, la promotion de la négociation collective, ou bien encore l'essor des droits fondamentaux.

1283. En deuxième lieu, l'agencement des sources revêt une dimension **dynamique**. Ce n'est plus alors une question de place mais une question d'articulation, une question de rapport entre les normes.

Ces rapports sont pluriels. Le plus caractéristique en droit du travail est l'existence d'un rapport d'amélioration : on le sait, l'accord collectif peut être plus favorable que la loi. Mais l'impérativité joue d'autres manières et crée des rapports d'exclusion, interdisant à un acteur d'édicter certaines normes, des rapports de prévalence, imposant à une autorité de respecter les normes hiérarchiquement supérieures, ou encore des rapports de complémentarité où un acteur est appelé à définir les modalités d'application d'une norme.

Il apparaît évident à l'issue de cette étude que la notion de sources du droit n'est pas seulement un outil de classement qui rend compte de manière rationnelle de l'univers juridique. Elle est aussi utile pour penser l'articulation des règles de droit entre elles. Cela étant, le travail d'identification reste à lui seul insuffisant dans la mesure où deux types de sources peuvent s'articuler de manière différente. Pour naviguer dans cet archipel de normes, mieux vaut être un jongleur qu'un archiviste. L'exemple du rapport de la loi et de l'accord collectif de travail est de ce point de vue très significatif. L'affirmation seule de l'existence d'un rapport hiérarchique entre la loi et l'accord collectif au regard de leur place respective dans la hiérarchie des normes n'est pas d'une grande utilité pour comprendre la manière dont ces deux sources vont pouvoir s'articuler. L'appréhension du caractère dynamique des sources

du droit nécessite, d'une part, d'établir un classement des sources étudiées et, d'autre part, un classement des modes d'articulation possibles. La dynamique de l'agencement des sources du droit résulte du croisement de ces deux typologies.

La pluralité des mécanismes d'articulation n'écarte pas toute idée de hiérarchie. Cependant, les recompositions qui sont à l'œuvre ne permettent pas toujours de prédire les modes de hiérarchisation²²¹⁵. En effet, « *la polysystémie simultanée* »²²¹⁶ conduit à créer « *des enchevêtrements de diverses sources de juridicité* »²²¹⁷. « *Tout se passe comme si [...] l'impératif fonctionnel de la coordination l'emportait sur l'exigence logique de hiérarchisation* »²²¹⁸. D'aucuns craignent un risque d'émiettement et de « *dilution* » de la règle de droit²²¹⁹. L'inflation législative et la multiplication des sources du droit seraient la cause de ce qu'il y a de pire en droit : le désordre ! Il faut avouer que la diversification des sources et leur dispersion ne sont pas sans affecter l'exigence de sécurité juridique et d'accessibilité à la règle de droit. « *Le droit tourne en rond et le ruisseau remonte à la source. Puisse le droit rouler droit et les eaux mêlées rester paisibles* » implorait un auteur²²²⁰.

La dynamique des sources du droit laisse voir des recompositions ou pour reprendre l'expression de M. P. Jestaz des déplacements d'un pôle normatif à l'autre²²²¹. L'analyse des différentes sources a mis en évidence comment la promotion de la négociation collective a été corrélative d'un déclin des normes issues du pouvoir patronal et a relativisé l'importance des règles légales dans la structuration juridique du système de représentation collective des salariés. Toutefois, à mesure qu'une certaine capacité à l'autoréglementation est concédée, certaines règles légales semblent voir leur impérativité renforcée. La promotion des normes négociées va de pair avec une multiplication des normes d'habilitation issues de l'ordre juridique étatique ou de l'ordre juridique de l'Union européenne. Qu'elles désignent les acteurs habilités à produire des normes ou qu'elles encadrent la procédure d'édiction, ces normes revêtent un caractère impératif. De plus, la recomposition des sources de la

²²¹⁵ B. de Lamy, P. Deumier, « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », note sous A.P. 2 juin 2000, *L.P.A.* 2000, n° 201, p. 8 ; J.-P. Bonafé-Schmidt, « Pour une approche socio-juridique de la production de normes dans les relations de travail », *Droit et société* 1994, p. 337.

²²¹⁶ A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, *op. cit.* p. 25.

²²¹⁷ P. Ricœur, « La pluralité des instances de justice », in *Le juste, Esprit*, 1995, p. 121 et spéc. p. 142.

²²¹⁸ F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* p. 68.

²²¹⁹ Y. Lequette, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 24.

²²²⁰ P. Malaurie, « La révolution des sources », *Defrénois* 2006, p. 1552.

²²²¹ P. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *R.T.D. civ.* 1996, p. 299.

représentation collective des salariés se traduit également par l'essor des droits fondamentaux garantis par les sources internationales, européennes et constitutionnelles. Là encore, ces derniers ont une fonction de limitation et d'encadrement de l'ensemble de la production normative. Moins qu'une déliquescence de l'ordre public, il convient de relever sa transformation. A travers l'impérativité des droits fondamentaux et des conditions d'habilitation, le système juridique confère aux normes la valeur et la force juridiques nécessaires à faire prévaloir certaines exigences²²²².

1284. Cette transformation est directement liée aux phénomènes de décentralisation et de contractualisation de la production normative. Ainsi un auteur a-t-il souligné l'apparition, à côté d' « *un ordre public de la règle* » d' « *un ordre public de la régulation* »²²²³. L'harmonie et les équilibres ne sont plus exactement les mêmes. La conciliation des intérêts imposée par l'ordre public social et l'ordre public absolu repose sur un principe hiérarchique et sur l'application de lois impératives. Une conciliation plus pragmatique des intérêts s'opère dorénavant. Elle consiste davantage en une mise en balance des intérêts, guidée par une logique de proportionnalité et déduite des concessions voulues par les parties. Le caractère dynamique de l'agencement des sources juridiques de la représentation collective des salariés révèle en dernière instance une transformation des rapports entre l'État et la sphère professionnelle. Les logiques de déconcentration et de décentralisation « *travaillent bien l'architecture étatique* »²²²⁴, même si les impulsions données pour encourager la production de normes négociées ne mettent pas fin aux techniques juridiques, disons, classiques. L'ordre public social et la règle de faveur demeurent des principes d'articulation des sources juridiques de la représentation des salariés. Il est vrai également que l'apparition d'un système de représentation collective des salariés a révélé un État-nation dans sa version sociale.

²²²² En ce sens, E. Picard, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du Colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 1é mai 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 17, spéc. p. 48 ; M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public, Étude de droit comparé interne*, P.U.F., collection, Les grandes thèses de droit français, 2001.

²²²³ X. Lagarde, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 217.

²²²⁴ Association H. Capitant, *Le droit souple, Journées internationales*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009 ; C. Thibierge, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *R.T.D. civ.* 2003, p. 599 ; P. Deumier, « La réception du droit souple dans l'ordre juridique », in *Le droit souple, journées internationales*, op. cit. p. 113. J. Chevallier, art. préc., p. 473.

Aujourd'hui, l'évolution de la structuration juridique de ce système révèle un État social national devenant « *régulateur* »²²²⁵.

1285. Dans la perspective d'une étude des sources du droit, c'est ici que les règles sur la représentation des salariés apparaissent revêtir une importance particulière qui va au-delà de la seule défense des intérêts des salariés.

La représentation des salariés n'est pas seulement l'objet de normes. Les représentants des salariés participent aussi à l'élaboration de normes. Les sources de la représentation des salariés ne s'agencent pas seulement de manière à garantir le droit des salariés à être représentés. Le droit des salariés à être représentés n'est plus la seule fin assignée au système de représentation collective des salariés. Il s'agit aussi d'agencer des normes de structure, qui permettent la production d'autres règles de droit. C'est bien à travers l'élaboration de nouvelles normes d'habilitation que la production normative parvient à se transformer et à créer de nouveaux rapports entre les normes. Sans les règles sur la représentation des salariés, la décentralisation et la contractualisation du droit du travail n'auraient pas été possibles.

Mais si des normes d'habilitation sont nécessaires, n'est-ce pas l'idée même d'une autoréglementation qui paraît compromise ? « *Réglementariser* » ou « *impérativiser* » le droit souple a-t-il un sens²²²⁶ ? N'est-ce pas la nature de ce droit que d'échapper à l'emprise d'un régime légal ? Ces questions intéressent avec une particulière acuité les accords-cadres européens et les accords collectifs transnationaux. En réalité, deux prétentions s'opposent : d'une part, la prétention à l'autoréglementation et à l'existence d'une normativité indépendante de la normativité institutionnalisée ; d'autre part, l'aspiration à la sécurité juridique et à la prévisibilité des effets d'une norme. Les partenaires sociaux européens sont confrontés à ce dilemme. L'absence de droit hétéronome constitue un obstacle à admettre leurs accords comme une véritable source du droit social de l'Union européenne. Pour l'être, ils ont besoin d'un relai permettant de donner au contenu des accords des effets normatifs au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne et au sein des ordres juridiques étatiques.

²²²⁵ J. Chevallier, « L'État régulateur », *R.F.A.P.* 2004, p. 473 ; G. Majone, *La Communauté européenne, un État régulateur*, Montchrestien, 1996.

²²²⁶ Sur les notions d'impérativisation et de réglementarisation, G. Timist, *L'archipel de la norme*, *op. cit.* p. 168.

si l'idée d'autoréglementation n'est pas compromise, alors il faut se demander si la participation des destinataires de la norme à son élaboration ne constitue pas une forme d'autofondation du pouvoir, qui n'est pas non plus sans poser un problème de légitimité démocratique.

Bibliographie indicative

I - Ouvrages généraux, manuels, études

Alland D., Rials S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., Lamy, 2003.

Arnaud A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1993.

Atias C., *Philosophie du droit*, P.U.F., Thémis, 2012.

Aubert J.-L., Savaux E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14^e éd., Sirey, coll. « Université », 2012.

Bénabent A., *Droit civil, Les obligations*, Montchrestien, 2010.

Boulouis J., *Droit des institutions communautaires européennes*, Montchrestien, 4^{ème} édition, 1998.

Catala N., *L'entreprise*, t. 4, in G.-H. Camerlynck (dir.), *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1980.

Chapus R., *Droit administratif*, Montchrestien, *Tome 1, Droit administratif général*, Domat, 15^{ème} édition 2001.

Chapus R., *Droit administratif*, Montchrestien, *Tome 2, Droit administratif général*, Domat, 15^{ème} édition 2001.

Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 4^{ème} éd. corrigée.

Couturier G., *Droit du travail, Tome 1, Les Relations individuelles*, P.U.F. Thémis, 2002.

Couturier G., *Traité de droit du travail, Tome 2, Relations collectives*, P.U.F. 2001.

Cuche P, Vincent J., *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis. 1977.

Delebecque P., Pansier F.-J., *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, Litec, 5^{ème} édition, 2009.

Delvolvé P., *Droit administratif général*, Tome 1, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 12^{ème} édition, 1992.

Descartes R., *Discours de la méthode*, Jan Maire, 1637.

- Despax M., *Négociations conventions et accords collectifs*, in G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1989.
- Deumier P., *Introduction générale au droit*, L.G.D.J., manuel, 2011.
- Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, Ed. de Boccard, 1927.
- Duquesne F., *Le (nouveau) droit du travail*, Gualino, 2008.
- Durand P., *Traité de droit du travail*, Dalloz, Tome 1, 1947.
- Eisenmann C., *Cours de droit administratif*, tome 1, L.G.D.J., 1982.
- Favennec F., Verkindt P.-Y., *Droit du travail*, Montchrestien, Lextenso, Manuel, 2011.
- Favoreu L., Philip L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 15^e édition, 2009.
- Favoreu L., Gaïa P., Chevontian R., Mestre J.-L., Pfersmann O., Roux A., Scoffoni G., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 15^{ème} édition, 2012.
- Flour J., Aubert J.-L., Savaux E., *Droit civil, Les obligations*, Tome 1, L'acte juridique, Sirey, coll. Université, 15^{ème} édition, 2012.
- Fortis E., Coeuret A., *Droit pénal du travail*, Litec 2012.
- Gaudemet Y., *Droit administratif*, L.G.D.J.,manuel, 19^{ème} édition, 2010.
- Ghestin J., *Traité de droit civil, Le contrat : formation*, L.G.D.J. 3^{ème} édition, 1994.
- Ghestin J., Goubeaux G., Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, L.G.D.J., 4^{ème} édition, 1994.
- Hauriou M., *Précis de droit administratif*, Sirey 1907.
- Hennion-Moreau S., Le Barbier-Le Bris M., Del Sol M., *Droit social international et européen*, P.U.F. Thémis, 2010.
- Javillier J.-C., *Droit du travail*, L.G.D.J. 3^{ème} éd., 1990.
- Mathieu B., Verpeaux M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J. 2002.
- Le Goff J., *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, P.U.R. 2004.
- Lokiec P., *Droit du travail, Tome 1 Les Relations individuelles*, P.U.F. Thémis, 2011.

- Lokiec P., *Droit du travail, Tome 2 Les Relations collectives*, P.U.F. Thémis, 2011.
- Lyon-Caen G., Pélissier J., *Les grands arrêts du droit du travail*, Sirey, 2^{ème} éd., 1980.
- Lyon-Caen G., Camerlynck G.-H., *Droit du travail*, Dalloz, Coll. Précis. 6^{ème} édition.
- Lyon-Caen G., *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, Connaissance du droit, 1995.
- Malaurie P., Morvan P., *Introduction générale*, Defrénois, 3^{ème} édition, 2012.
- Mazeaud A., *Droit du travail*, Montchrestien, Lextenso, Domat, 2010.
- Pélissier J., Auzero G., Dockès E., *Droit du travail*, Dalloz, coll. Précis, 27^{ème} édition, 2012.
- Pélissier J., Supiot A., Jeammaud A., *Droit du travail*, Dalloz, Coll. Précis. 23^{ème} édition, 2006.
- Pélissier J., Lyon-Caen A., Jeammaud A., Dockès E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} édition, 2008.
- Pescatore P., *Introduction à la science du droit*, Université du Luxembourg, Bruylant, 2^{ème} réimpression, 2010.
- Peskine E., Wolmark C., *Droit du travail*, Dalloz, Hypercours, 7^{ème} édition, 2012.
- Radé C., *Droit du travail*, Montchrestien, Lextenso, Focus droit, 2011.
- Ray J.-E., *Droit du travail, droit vivant*, Editions Liaisons, 2012.
- Rivero J., Savatier J., *Droit du travail*, P.U.F. Thémis, 1993.
- Rivero J. et Savatier J., *Droit du travail*, Thémis, 1956.
- Rodière P., *Traité de droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J., 2008.
- Roubier P., *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951.
- Savatier J., Rivero J., *Droit du travail*, P.U.F., Thémis, 1993.
- Savaux E., Aubert J.-L., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, Université, 2012.
- Scelle G., *Le droit ouvrier*, A. Colin, 1929.
- Terré F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2012.

Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, coll. Précis., 9 édition, 2005.

Teyssié B., *Droit européen du travail*, Litec, 2010.

Vedel G., *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949.

Vedel G., *Cours de droit administratif*, Paris, 1951.

Verdier J.-M., *Syndicats et droit syndical*, in G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1987.

II – Ouvrages spéciaux, thèses, monographies et rapports

Adorno T.-W. et Horkheimer M., *La dialectique de la raison*, Gallimard, 1960.

Adam G., *La refondation sociale à réinventer. Le renouveau du dialogue social au cœur du débat public*, E. Liaison, 2002.

Aglietta M., Bender A., *Les métamorphoses de la société salariale*, Calman-Lévy, 1984.

Akandji-Kombé J.-F., *Le Conseil d'Etat et le droit social*, Montchrestien, 2011.

Akandji-Kombé J.-F., Leclerc S., *La Charte sociale européenne*, Ed. Bruylant, 2001, coll. Rencontres européennes.

Aliprantis N., *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux*, Bruylant, 2009.

Aliprantis N., *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J., 1980.

Amadiou J.-F., Boissard B., *La démocratie sociale en danger, Laissons vivre les partenaires sociaux*, Ed. Liaisons 2001.

Andolfatto D., *Histoire des syndicats*, Seuil 2006.

Andolfatto D., *L'univers des élections professionnelles : travail et société au crible des urnes*, Les éditions ouvrières, 1992.

Arnaud A.-J., *Pour une pensée juridique européenne*, P.U.F., 1991.

Arnaud A.-J., *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit ?*, L.G.D.J., 1981.

Arnion J.-M., *L'évolution des conventions collectives de travail*, Thèse de doctorat, Lille 1938.

- Arrigo G., Casale G.**, *Une analyse comparative sur la notion de participation des travailleurs*, B.I.T., 2010.
- Arseguet A.**, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, Th. Toulouse, 1976.
- Aubert-Montpeyssen T.**, *Subordination juridique et relation de travail*, C.N.R.S, 1988.
- Aubry F.-X.**, *La décentralisation contre l'Etat*, L.G.D.J., 1992.
- Auroux J.**, *Les droits des travailleurs - Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, La documentation française, 1981.
- Auvergnon P. (dir.)**, *La représentation collective en droit social, Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Université Bordeaux IV, 2004.
- Auzero G.**, *Les accords d'entreprise relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel*, Thèse de Doctorat, Univ. Bordeaux IV, 1997.
- B.I.T.**, *362^{ème} rapport du comité de la liberté syndicale*, B.I.T. 2011.
- B.I.T.**, *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T.*, B.I.T., 5^{ème} édition, 2006.
- B.I.T.**, *Les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail*, B.I.T. 2002.
- B.I.T.**, *La participation des travailleurs aux décisions dans l'entreprise*, B.I.T., 1981.
- B.I.T.**, « Participación de los trabajadores en las decisiones que se adoptan en las empresas », *Documentos de una reunión técnica*, Ginebra 20-29 de noviembre de 1967, Serie Relaciones de Trabajo, num. 33 (Geneva, 1969).
- Balibar E.**, *Nous, citoyens d'Europe ? Les frontières, l'Etat, le peuple*. La Découverte, 2001.
- Baron F.**, *Marché intérieur et droit social de l'Union européenne*, P.U.A.M. 1998.
- Barthélémy J.**, *Le droit social organisateur de l'entreprise*, Liaisons, 2003.
- Barthélémy J.**, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, La documentation française, 2011.
- Barthélémy J.**, *Le droit social, technique d'organisation de l'entreprise*, Liaisons, 2003.
- Barthélémy J., Cette G.**, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, La documentation française, 2011.

- Béchillon (de) D.**, *La notion de principe général en droit privé*, P.U.A.M. 1998.
- Béchillon (de) D.**, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, 1997.
- Benhamou S.**, *Améliorer la gouvernance d'entreprise et la participation des salariés*, La documentation française, C.A.S., 2010.
- Bernard P.**, *La notion d'ordre public en droit administratif*, thèse Montpellier, 1959.
- Bernoux P.**, *La sociologie de l'organisation*, Seuil, coll. Points, éd. 2009.
- Bloch Lainé F.**, *Pour une réforme de l'entreprise*, Seuil, 1963.
- Boccon-Gibod T.**, *Les principes démocratiques de l'autorité, Fondements et modalités de l'exercice du pouvoir dans les sociétés contemporaines*, Th. U-P.O.N.D., 2011.
- Böckenförde E.- W.**, *Le Droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, trad. Jouanjan O., L.G.D.J. Bruylant, 2000.
- Bocquillon F.**, *La dérogation en droit du travail*, Thèse Strasbourg III, 1999.
- Boltanski L., Thévenot L.**, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991.
- Bonnard-Plancke L.**, *Droit et démocratie sociale. Contribution à l'étude des rapports entre démocratie sociale et organisations syndicales*, Thèse Lille, 2004.
- Borenfreund G.**, *L'action revendicative au niveau de l'entreprise; le rôle des délégués du personnel et des délégués syndicaux*, Th. Paris X, 1987.
- Bourque R.**, *Les accords-cadres internationaux (ACI) et la négociation collective à l'ère de la mondialisation*, Institut international d'études sociales, Genève, document de travail, DP/161/2005, 2005.
- Boursier M.-E.**, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, 2003.
- Bouthoux E.**, *Entreprises multinationales et représentation des salariés en Europe – L'expérience des comités d'entreprise européens*, Thèse Paris X, 2006.
- Bouthoux E.**, *Les négociations transnationales d'entreprise en Europe*, Europe et société, 2008.
- Brèthe de la Gressaye J.**, *La nature juridique de la convention collective de travail*, Thèse de doctorat, 1921.
- Brèthe de la Gressaye J.**, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938.

- Brunet P.**, *Vouloir pour la Nation : le concept de représentation dans la théorie de l'État*, L.G.D.J. Bruylant, 2004.
- Canut F.**, *L'ordre public en droit du travail*, L.G.D.J. 2007.
- Carbonnier J.**, *Sociologie juridique*, P.U.F., Thémis, 2004.
- Carbonnier J.**, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 1992.
- Carpano E.**, *Etat de droit et droits européens*, L'harmattan, 2005.
- Carsin X.**, *La renonciation en droit du travail*, Th, Lille III, 2006.
- Castel R.**, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé*, Seuil, La république des idées, 2003.
- Castel R.**, *Les métamorphoses de la question sociale*, Gallimard, 1995.
- Castells M.**, *Le pouvoir de l'identité*, Fayard, 1999.
- Chalaron Y.**, *Négociation et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990.
- Chappuis C., Foëx B., Kadner-Graziano T.**, *L'harmonisation internationale du droit*, Edition Schulthess, 2008.
- Chassagnard-Pinet S., Hiez D.** (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008.
- Chauchard J.-P.**, *La conception française de la négociation collective*, A.N.R.T. 1985.
- Chertier D.-J.**, *Pour une modernisation du dialogue social*, La documentation française, 2006.
- Coeuret A.**, *La décentralisation du pouvoir dans l'entreprise et le droit du travail*, Thèse Paris X Dactyl 1981.
- Cohen M.**, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J., 2005.
- Cohen M., Millet L.**, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J. 2009.
- Comité des droits sociaux**, *Conclusions 2007*, Editions du Conseil de l'Europe, Tome 1.
- Dardalhon L.**, *Conventions collectives à l'épreuve du contentieux constitutionnel en droit français*, Thèse univ. Aix-Marseille, 2004.
- Dabosville B.**, *L'information du salarié : contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Thèse U-P.O.N.D. 2011.
- Dauxerre L.**, *La représentativité syndicale, instrument du dialogue social*, P.U.A.M. 2005.

- Dauxerre N. *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, P.U.A.M. 2005.
- Dehove G., *Le contrôle ouvrier en France. L'élaboration de sa notion. Ses conceptions*, Thèse doctorat, 1937.
- Delmas-Marty M., *La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique*, I.I.E.S. 2007.
- Delmas-Marty M., *Les forces imaginantes du droit. Tome 2, Le pluralisme ordonné*, Seuil 2006.
- Delmas-Marty M., *Les forces imaginantes du droit. Tome 1, Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004.
- Delmas-Marty M., *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.
- Delvolé J., *Les délégations de matières en droit public*, Sirey, 1930.
- Deumier P., *Le droit spontané*, Economica, 2002.
- Despax M., *L'entreprise et le droit*, Th. Toulouse, 1956.
- Didry C., *Naissance de la convention collective, Débats juridiques et luttes sociales en France au début du XX^{ème} siècle*, Editions E.H.E.S.S., 2002.
- Dockès E., *Les valeurs de la démocratie*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004.
- Donzelot J., Estèbe P., *L'État animateur : essai sur la politique de la ville*, Esprit, 1994.
- Donzelot J., *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984.
- Dubrac D., *10 propositions pour simplifier la représentation élue du personnel*, Chambre de l'industrie et du commerce de Paris, 2010.
- Dufour C., Hege A., *Evolutions et perspectives des systèmes de négociation collective et leurs acteurs : six cas européens : Allemagne, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suède*, I.R.E.S., 2010.
- Duguit L., *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Sirey, 1930.
- Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, I, 2^{ème} édition, Paris, E. de Bocard, 1921.
- Duguit L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, 1920.

Duguit L., *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913.

Dumont C., *De l'élaboration de la législation communautaire à sa mise en œuvre en droit national : contribution du Conseil économique et social à la réflexion sur le "Mieux légiférer"*, La documentation française, 2007.

Europe et société, « Impact de la directive information-consultation sur le dialogue social dans les états membres : résultats et perspectives », *Cahiers de la fondation*, novembre 2009 – avril 2010, n° 69-70.

Europe et société, « Les négociations transnationales en Europe : où en est-on ? », *Cahiers de la fondation* octobre 2007 - Septembre 2008, n° 69-70.

Ewald F., *L'Etat-providence*, Grasset, 1986.

Eisenmann C., *Centralisation et décentralisation, Esquisse d'une théorie générale*, L.G.D.J. 1948

Fabre A., *Le régime du pouvoir de l'employeur*, L.G.D.J., 2010.

Fauvarque-Cosson B., *La libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J. 1996.

Ferkane Y., *La convention collective de travail : Etude sur la diffusion d'un modèle*, Th. en cours U-P.O.N.D.

Fontaine L. (Dir.), *Droit et pluralisme*, Actes du colloque de Caen (2006), Ed. Bruylant, coll. Droit et justice, n° 76, 2007.

Foucault M., *Les mots et les choses*, Gallimard, Tel, 1966.

Fouquet A, Rehfeldt U., Le Roux S., *Le syndicalisme dans la mondialisation*, Les éditions de l'Atelier, 2000.

Fourcade C., *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, L.G.D.J., 2006.

Gaudin P., *Gouverner par contrat*, Les presses Sciences po, 2007.

Gény F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, L.G.D.J, 2ème éd., 1919.

Gérard P., Ost F., Van de Kerchove M., *Droit imposé, droit négocié ?*, F.U.S.L., 2002.

Gerry-Vernières V. S., *Les "petites" sources du droit : à propos des sources du droit étatiques non contraignantes*, Economica, 2012.

- Girod L.**, *La convention collective comme moyen de législation secondaire*, Thèse de doctorat, 1939.
- Gravel E., Duplessis I., Gernigon B.**, *Le Comité de la liberté syndicale: quel impact depuis sa création?*, B.I.T. 2001.
- Guardelli L.**, *La négociation collective d'entreprise en droit français et anglais comparés*, Thèses Paris II, 1999.
- Guiomard F.**, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Th Paris X, 2001.
- Gurvitch G.**, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935.
- Gurvitch G.**, *L'idée du droit social, Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le XVII^{ème} siècle jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle*, Paris, Sirey, 1932.
- Guastini R.**, *Teoria dogmatica delle fonti*, Milano, A guiffè, 1998.
- Habermas J.**, *De l'éthique de la discussion*, Cerf, 1992.
- Habermas J.**, *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987.
- Habermas J.**, *Morale et communication*, Cerf 1986.
- Hadas-Lebel R.**, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, La documentation française, 2006.
- Hart H.L.A.**, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Facultés Saint-Louis, 1976.
- Hauriou M.**, *L'institution et le droit statutaire*, Toulouse, E. Privat, 1906.
- Hayek F.**, *Droit, législation et liberté*, PUF, 2007.
- Houtcieff D.**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001.
- Herrera C.-M.**, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Presses de L'université de Laval, 2004.
- Humboldt W. (von)**, *Essai sur les limites de l'action de l'État*, trad. D'Henri Chrétien révisée par K. Horn, Paris, Les Belles Lettres, 2004.
- Jay R.**, *L'organisation du travail par les syndicats professionnels*, Larose 1894.
- Jeanneau B.**, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1954.

- Jeansen E.**, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*. Economica 2008.
- Jestaz P.**, *Les sources du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 2005.
- Jestaz P., Jamin C.**, *La doctrine*, Dalloz, Méthode du droit, 1997.
- Jouanjan O. (dir.)**, *Figures de l'Etat de droit*, P.U.S. 2001.
- Kant E.**, *Théorie et pratique*, II, 1, Vrin, 1984.
- Kappopoulos I.**, *Un nouveau droit de la négociation collective. Essai sur la négociation organisationnelle*, Th. Lille II, 2010.
- Karila-Cohen P., Wilfert B.**, *Leçon d'histoire sur le syndicalisme en France*, P.U.F., 1998.
- Kelsen H.**, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, Edition de la Baconnière, 1988.
- Kessler F.**, *Le droit des conventions collectives en République Fédérale d'Allemagne*, Peter Lang 1988.
- Krief B.**, *Essai sur l'émergence d'un droit européen de la représentation collective*, Ed. Panthéon-Assas, 2011.
- Lafuma E.**, *Des procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J., 2008.
- Lambert E.**, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999.
- Lanquetin P.**, *La liberté d'organisation syndicale dans l'entreprise*, Thèse Strasbourg, 1979.
- Laulom S. (dir.)**, *La recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Publication de l'Université de Saint-Etienne, 2005.
- Le Crom J.-P. (dir.)**, *Deux siècles du droit du travail : l'histoire par les lois*, Les éditions de l'Atelier, 1998.
- Le Crom J.-P. (dir.)**, *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, P.U.R., 2005.
- Le Crom J.-P.**, *L'introuvable démocratie salariale*, Syllepse, 2003.
- Le Goff J.**, *Droit du travail et société – Les relations individuelles de travail*, P.U.R., 2001.
- Le Goff J.**, *Droit du travail et société – Les relations collectives de travail*, P.U.R., 2002.
- Letourneur M.**, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Études et Documents 1951.

- Lokiec P.**, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, L.G.D.J., 2004.
- Lyon-Caen A. (dir.)**, *L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes. Rapport final*, I.I.P.E.C. 2008.
- Lyon-Caen A., Lokiec P. (dir.)**, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, Thème et commentaire 2004.
- Lyon-Caen A., Urban Q. (dir.)**, *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, Thèmes et commentaires 2012.
- Lyon-Caen A., Urban Q. (dir.)**, *Le droit du travail à l'épreuve de la globalisation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008.
- Lyon-Caen G.**, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, coll. Connaissance du droit. Droit privé, 1995.
- Maille M. (dir.)** *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995.
- Maisl H.**, *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, Th. Paris II, 1972.
- Majone G.**, *La Communauté européenne, un État régulateur*, Montchrestien, 1996.
- Malaurie P.**, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Th. Paris, 1951.
- Martin P. (dir.)**, *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007.
- Mathevet R.**, *Reconnaissance légale des sections syndicales d'entreprise et garanties de leurs moyens d'action en relation avec le statut de l'entreprise*, Conseil économique et social, 1964.
- Mekki M.**, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J. 2004.
- Mathieu B.**, *Les sources du droit du travail*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1992.
- Menjucq M.**, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, L.G.D.J., 1997.
- Merrien F.-X.**, *L'Etat-providence*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2007.
- Meyer N.**, *L'ordre public en droit du travail*, Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé, L.G.D.J. 2006.
- Meyrat I.**, *Droits fondamentaux et droit du travail*, A.N.R.T. 2004.

- Mias A.**, *Le dialogue social européen. 1957-2005 : genèse et pratique d'une institution communautaire*, C.N.A.M. 2005.
- Mohl R. (von)**, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Tübingen, Verlag der H. Lauppsche Buchhandlung, 1859.
- Morand C.-A.**, *L'État propulsif, Contribution à l'étude des instruments d'action d'État*, Publisud, 1991.
- Morand C.-A.**, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J. Droit et société, 1999.
- Morange G.**, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *R.D.P.* 1977, p.768.
- Moreau M.-A. (dir.)**, *La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012.
- Moreau M.-A.**, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Dalloz, 2006.
- Morin M.-L.**, *Le droit des salariés à la négociation collective : principe général du droit*, L.G.D.J. 1994.
- Morin M.-L., Pécaut-Rivolier L., Struillou Y.**, *Le guide des élections professionnelles*, Dalloz, 2009.
- Mouriaux R.**, *Le syndicalisme en France*, P.U.F., 2005.
- Nadal S.**, *La profession et la branche : leur rôle dans la conception française de la convention collective*, Thèse Paris X 1996.
- Neau-Leduc P.**, *La réglementation de droit privé*, Litec, 1998.
- Odoul-Asorey I.**, *Négociation collective et Droit constitutionnel*, Th. U-P.O.N.D., 2008 (à paraître à la L.G.D.J.).
- Ogier-Bernaud V.**, *Les droits constitutionnels des travailleurs*, Economica, P.U.A.M, 2003.
- Ost F., Van de Kerchove M.**, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, F.U.S.L., 2002.
- Ost F., Van de Kerchove M.**, *Le droit ou le paradoxe du jeu*, P.U.F. 1992.
- Ost F., Van de Kerchove M.**, *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F., 1988.
- Ost F., Van de Kerchove M.**, *Jalons pour une théorie critique du droit*, F.U.S.L., 1987.

- Pasquier T., *L'économie du contrat de travail*, L.G.D.J., 2010.
- Peskine E., *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, L.G.D.J., 2008.
- Petit F., *La notion de représentation dans les relations collectives du travail*, L.G.D.J. 2000.
- Pirou G., *Les capacités juridiques successives du contrat collectif de travail en France*, Thèse de doctorat Rennes, 1909.
- Poisson F., *Rapport sur la négociation collective et les branches professionnelle*, La documentation française, 2009.
- Porta J., *La réalisation du droit communautaire*, Tomes 1 et 2, L.G.D.J. La Fondation Varenne, 2007.
- Rameaux C., *L'Etat social, pour sortir du chaos néolibéral*, Mille et une nuits, 2012.
- Ramos-Lopez J.-A., *L'ordre public en droit du travail*, Thèse Nice, 1977
- Raynaud B., *Le contrat collectif de travail*, Thèse de doctorat de la Faculté de Paris, 1901.
- Rémy P., *Effet normatif des accords collectifs et représentation des salariés à la lumière des droits français et allemand de la négociation collective*, Th. Paris X Nanterre, dactyl., 1998.
- Reynaud J.-D., Eyraud F., Paradeise C., Saglio J. (dir.), *Les systèmes de relations professionnelles*, C.N.R.S. 1990.
- Reynaud J.-D., *Les règles du jeu, l'action collective et la régulation sociale*, A. Collin, 1997.
- Ripert G., *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J. 1955.
- Ripert G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne. L'entreprise capitaliste*, L.G.D.J., 1951.
- Robineau Y., *Loi et négociation collective*, La documentation française, 1997.
- Rocker R., *Théorie et pratique de l'anarchosyndicalisme*, Aden, 2010.
- Rodière P., *La convention collective en droit international*, Thèse Paris I, 1985, p. 152.
- Rosanvallon P., *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité et proximité*, Seuil 2008.
- Romano S., *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.
- Rosanvallon P., *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008.
- Rosanvallon P., *La contre-démocratie*, Seuil, 2006.

- Rosanvallon P., *Le peuple introuvable*, Gallimard, folio, 1998.
- Rosanvallon P., *La nouvelle question sociale : repenser l'Etat-providence*, Seuil, 1995.
- Rosanvallon P., *La question syndicale*, Calman-lévy, 1988.
- Rosanvallon P., *La crise de l'Etat-Providence*, Seuil, 1981.
- Rouast A., *Essai sur la notion de contrat collectif dans le droit des obligations*, Rousseau, 1909.
- Sachs T., *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Th. U-P.O.N.D. 2009.
- Sachs-Durand C., *Les seuils d'effectif en droit du travail*, L.G.D.J. 1985.
- Saris A., *Compénétration des ordres normatifs. Études des rapports entre les ordres normatifs religieux et étatique en France et au Québec*, Université Mac Gill, 2005.
- Schmidt M., *L'autonomie des partenaires sociaux européens dans l'ordre juridique communautaire*, P.U.A.M. 2009.
- Simon D., *La directive européenne*, Dalloz, 1997.
- Soubiret-Paillet F., *L'invention du syndicat – Itinéraire d'une catégorie juridique*, L.G.D.J. 1999.
- Souriac M.-A., *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, Thèse, Paris, 1986.
- Spyropoulos G., *La liberté syndicale*, L.G.D.J., 1954.
- Stoffel-Munck P., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000.
- Sudreau P., *Rapport du comité d'étude pour la réforme de l'entreprise*, La documentation française 1975.
- Supiot A., *Critique du droit du travail*, P.U.F. Quadrige, 2^{ème} édition, 2007.
- Supiot A., *Homo Juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil 2005.
- Sweeney M., *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse U-P.O.N.D 2010.
- Teyssié B. (dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011.
- Teyssié B. (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2009.

- Teyssié B.** (dir.), *Les sources du droit du travail*, P.U.F. 1998.
- Thibierge C. et alii**, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, L.G.D.J., 2009.
- Timsit G.**, *L'archipel de la norme*, P.U.F., 1997.
- Timsit G.**, *Théorie de l'administration*, Economica, 1986.
- Touraine A.**, *Le communisme utopique. Le mouvement de mai 1968*, Seuil, 1968.
- Touzeil-Divina M., Sweeney M.** (dir.), *Droits du travail et des fonctions publiques : unité(s) du Droit ?*, L'építoge, Lextenso, 2012.
- Trémeau J.**, *La réserve de loi, Compétence législative et Constitution.*, Economica et P.U.A.M., 1997.
- Troper M.**, *La philosophie du droit*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 3^e édition, 2011.
- Tusseau G.**, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006.
- Vincent-Legoux M.-C.**, *L'ordre public, Etude de droit comparé interne*, P.U.F. 2001.
- Virally M.**, *La pensée juridique*, Panthéon-Assas Paris II, coll. Théorie générale du droit Les Introuvables, 1960.
- Weber M.**, *Sociologie du droit*, P.U.F., Quadrige, 2007, p. 163.
- Wolmark C.**, *La définition prétorienne, étude en droit du travail*, Dalloz, 2007.
- Yannakourou S.**, *L'État, L'autonomie collective et le travailleur, étude comparée du droit italien et du droit français de la représentativité syndicale*, L.G.D.J. 1995.

III – Articles et chroniques

- Adam G.**, « La refondation sociale : quelle deuxième étape ? », *Dr. soc.* 2003, p. 44.
- Adam G.**, « L'institutionnalisation des syndicats : esquisse d'une problématique », *Dr. soc.* 1983, p. 597.
- Akandji Kombé J.-F.**, « De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne », *Dr. soc.* 2012, p. 1014.
- Akandji-Kombé J.-F.**, « Actualité de la Charte sociale européenne, chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives », *R.T.D.H.* 2012, p. 547.

Akandji-Kombé J.-F., « La Q.P.C. poursuit sa révolution tranquille en droit social », *Liaisons sociales*, Hors série du 28 décembre 2011, p. 46.

Akandji-Kombé J.-F., « Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne », *R.D.T.* 2011, p. 233.

Akandji-Kombé J.-F., « Le juge (du fond), les parties et la Q.P.C. : stratégies contentieuses entre question de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *D.* 2010, p. 1725.

Akandji-Kombé J.-F., « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social », *R.D.T.* 2010, p. 628.

Akandji-Kombé J.-F., « Négociation collective et marché intérieur: la C.J.U.E. franchit-elle un cap? », *S.S.L.* 2010, n° 1463, p. 5.

Akandji-Kombé J.-F., « L'applicabilité *ratione personae* de la Charte sociale européenne : ombres et lumières » ; « Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme ; quelles perspectives pour les dix prochaines années ? » *in* O. De Schutter (dir.), *La Charte Sociale Européenne : une constitution pour l'Europe*, Bruylant 2010.

Akandji-Kombé J.-F., « Représentativité syndicale selon la loi du 20 août 2008 et normes internationales : le pas de trois de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2010, p. 374.

Akandji-Kombé J.-F., « Actualité de la Charte sociale européenne, chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives », *R.T.D.H.*, 2008, p. 507.

Akandji-Kombé J.-F., « Droit et pluralisme, rapport introductif », *in* Fontaine L. (Dir.), *Droit et pluralisme*, Actes du colloque de Caen (2006), Ed. Bruylant, coll. Droit et justice, n° 76, 2007.

Akandji-Kombé J.-F., « Charte sociale et droit communautaire » *in* Akandji-Kombé J.-F., Leclerc S., *La Charte sociale européenne*, Ed. Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2001.

Akandji-Kombé J.-F., « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamation collective », *Dr. Soc.* 2000, p. 888.

Akandji-Kombé J.-F., **Mazars M.-F.**, « Q.P.C. : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ? », *R.D.T.* 2010, p. 622.

Aliprantis N., « L'entreprise en tant qu'ordre juridique », *in* *Droit collectif du travail, Mélanges en l'honneur de Madame le Professeur H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 185.

Aliprantis N., « Le droit conventionnel relatif à l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979, p.7.

Al-Sanhoury A.-A., « Le standard juridique », *in* *Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Etudes F. Gény*, Tome II, E. Duchein, 1977, p. 144.

Alvarez-Pujana N., « 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. ouv.* 1990, p. 77.

Amauger-Lattes M.- C., « L'évolution paradoxale de la sanction pénale du droit conventionnel du travail », *Dr. Soc.* 2009, p. 568.

Amauger-Lattes M.- C., « Délits d'entrave aux institutions représentatives des salariés et des syndicats », *Rep. procédure pénale et de droit pénal*, Dalloz, 2009.

Amselek P., « Une fausse idée claire : La hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 983.

Amselek P., « Fonctions normatives et catégories modales », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, p. 51 ; *Philosophiques* 2006, p. 391.

Amselek P., « Brèves réflexions sur la notion de sources du droit », *Arch. Ph. Dr.* tome 27, 1982, p. 251.

Amselek P., « L'étonnement devant le droit », *Arch. Ph. Dr.* tome 13, 1968, p. 163.

Ancel P., « Le droit *in vivo* ou plaidoyer d'un membre de la "doctrine" pour la recherche juridique empirique », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz 2006, p. 1.

Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *R.T.D. Civ.* 1999, p. 771.

Antonmattéi P.-H., « Négociation collective et syndicats catégoriels : le début des ennuis », *Dr. soc* 2011, p. 89.

Antonmattéi P.-H., « Un privilège est jugé conforme à la Constitution », *S.S.L.* 2010, n° 1463.

Antonmattéi P.-H., « Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise », *Dr. soc.* 2009, p. 883.

Antonmattéi P.-H., « Représentativité, lecture critique de la position commune », *istravail.com*, 4 juillet 2008.

Antonmattéi P.-H., « Accord de méthode, génération 2005 : la "positive attitude" », *Dr. soc.* 2005, p. 401.

Antonmattéi P.-H., « La consécration législative de la convention et de l'accord de groupe : satisfaction et interrogations », *Dr. Soc.*, 2004, p. 601.

- Antonmattéi P.-H.**, « Normes sociales européennes conventionnelles : les accords collectifs de niveau communautaire », *in Les normes sociales européennes*, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 29.
- Antonmattéi P.-H.**, « Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe », *R.J.S.* 8-9/98, p. 612.
- Antonmattéi P.-H.**, « Accord collectif et contrat de travail : liaisons dangereuses », *Dr. soc.* 1997, p. 37.
- Argyriadis-Kervegan C.**, « Rapprochements entre la théorie de M. Hauriou et de la théorie publiciste allemande de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} », *in J.-L. Bras, L'institution, passé et devenir d'une catégorie juridique*, L'harmattan, 2008, p. 123.
- Arnaud A.-J.**, « Rossinante et le cheval de Troie : juridicité et raison juridique au crible de la grande dichotomie », *Procès*, 1982 p. 75.
- Arseguet A.**, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, P.U.S.S., 2002, p. 401.
- Artous A.**, « Marx et le droit légal : retour critique », *Droit et émancipation*, Syllepse, 2005, p. 60.
- Atero G., Béal S.**, « Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? », *R.D.T.* 2010, p. 556.
- Aubert J.-L.**, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *R.T.D. civ.* 1993, p. 263.
- Aubert-Montpeyssen T.**, « Une justiciabilité accrue de la Charte sociale européenne », *J.D.E.* 2011, p. 166.
- Aubert-Montpeyssen T.**, « Les droits sociaux fondamentaux et le juge français », *in Aliprantis N. (dir.), Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux : défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, 2009.
- Aubert-Montpeyssen T.**, « La participation des salariés dans l'entreprise : Présentation du système français », *in P. Jansen, S. Otmar, L'Europe élargie : la participation des salariés aux décisions dans l'entreprise : traditions à l'Ouest, innovations à l'Est ?*, Peter Lang, 2009.
- Aubert-Montpeyssen T.**, « Peut-on contourner le principe « A travail égal, salaire égal » en jouant sur les sources ? Faut-il privilégier l'autonomie conventionnelle sur les droits fondamentaux », *J.C.P.* éd. E 2006. 1909.

Aubert-Montpeyssen T., « Les libertés et droits fondamentaux dans l'entreprise : brèves remarques sur quelques évolutions récentes », in *Mélanges en l'honneur du Président Michel Despax*, 2000, p. 261.

Auvergnon P., « l'hypothèse d'une contractualisation du droit social dans différents systèmes juridiques », *Actes du Séminaire international*, 2002, p. 7.

Auzero G., « Le dialogue social en France : une question d'acteurs », in Martin P. (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007.

Aynès L., « L'obligation de loyauté », *Arch. Phil. Dr.* 2000, p. 195.

Barberot C., « Les clauses hétérogènes d'un accord électoral ou d'un accord collectif », *R.J.S.* 1999, p. 830.

Barbet D., « Retour sur la loi de 1884, la production des frontières du syndical et du politique », *Genèses* 1991, p. 5.

Barroche J., « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *R.F.H.I.P.* 2008, n° 28, p. 307.

Barthélémy J., « Le concept de paritarisme et les modalités de sa déclinaison », *S.S.L.* 2012, n° 1437, p. 7.

Barthélémy J., « La contribution de l'accord de méthode à l'édification d'un droit social plus contractuel », *S.S.L.*, 19 janvier 2004, n° 1152, p.10.

Barthélémy J., « La nature juridique des accords de retraite complémentaire », *Dr. soc.* 2003, p. 513.

Barthélémy J., « Modalités concrètes de résolution des conflits de normes », *S.S.L.* 2001, n° 1047, p. 5.

Barthélémy J., « La négociation collective outil de gestion de l'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 580 s.

Barthélémy J., « La négociation collective d'entreprise : consensualisme ou formalisme », *Dr. soc.* 1988, p. 401.

Barthélémy J., « Les rapports nouveaux de l'accord d'entreprise avec la loi et la convention de branche », *Cahiers de droit européen*, 1986, p. 2.

Barthélémy J., Cette G., « Droit social, pourquoi et comment refonder », *Dr. soc.* 2012, p. 763.

- Barthélémy J., Cette G.**, « Droits du travail réglementaire et conventionnel : une articulation en mutation », *in* *Vingt ans de transformation de l'économie française, Cahiers français*, La documentation française 2002, p. 75.
- Batifol H.**, « Préface », *Arch. Ph. Dr.* 1982, p. 2.
- Baumgarten C.**, « Les accords de méthode : un marché de dupe », *Dr. ouv.* 2003 p. 359.
- Béal S.**, « Doit-on maintenir des règles particulières pour les syndicats catégoriels ? », *R.D.T.* 2010, p. 556.
- Béal S., Rouspide M.-N.**, « Le casse-tête du protocole d'accord préélectoral », *S.S.L.* 2010, n° 1439.
- Béchillon (de) D.**, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011, p. 33.
- Béchillon (de) D.**, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? » *in* *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 29.
- Beguin J.**, « Quel avenir pour la société? », *Mélange en l'hommage de F. Terré*, 1999, p. 307.
- Béliet G.**, « La hiérarchie des normes entre la branche et l'entreprise : saine articulation ou désarticulation du droit de la négociation collective », *S.S.L.* 2004, n° 1183, p. 53.
- Béliet G.**, « Le dialogue social dans l'entreprise », *S.S.L.* 2003, p. 23.
- Béliet G.**, « Des voies nouvelles pour la négociation collective », *S.S.L.* 2001, n° 1038, p. 7
- Béliet G., Petit F.**, « Faut-il instaurer un canal unique de représentation dans l'entreprise ? », *R.D.T.*, 2010, p. 76.
- Belley J.-G.**, « Max Weber et la théorie du droit des contrats », *Droit et société* 1988, p. 301.
- Benlolo-Carbot M.**, « Les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Entre instrumentalisation et « fondamentalisation » ?, *in* D. Roman (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Novembre 2010
[http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/Justiciabilit%C3%A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf].
- Benoît-Rohmer F.**, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001, p. 1483.
- Béraud J.- M.**, Rapport : « Les nouvelles règles : l'évaluation de la Cour de cassation », *R.D.T.* 2010, p. 276.

Béraud J.-M., « Aspects de la liberté syndicale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dr. soc.* 1986, p. 384.

Bernaud V., « De quelques apports "estivaux" du droit constitutionnel au droit du travail », *Dr. soc.* 2009, p. 147.

Bercusson B., « Maastricht : a fundamental change in European labour law », *Industrial Relations Journal*, 1992, p. 177.

Bercusson B., Omarjee I., « Qu'attendre de la promotion de la Charte des droits fondamentaux par le Traité de Lisbonne », *R.D.T.* 2008, p. 74.

Béthoux E. « Les négociations transnationales d'entreprise en Europe : développement et enjeux », in Europe et société, « Les négociations transnationales en Europe : où en est-on ? », *Cahiers de la fondation* n° 69-70 octobre 2007- Septembre 2008. [http://www.europeetsociete.com/newsletter/etudes/EB_NegociationTransnationale_fr.pdf].

Béthoux E., « Les comités d'entreprise européens en quête de légitimité », *Travail et emploi*, 2004, p. 21.

Blanc-Jouvanc G., « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 68.

Blanc-Jouvan X., « L'internationalisation des rapports de travail », in *Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail*, Paris : Dalloz, 1989, p. 67.

Blanquet F., « Enfin la Société européenne "La SE" », *R.D.U.E.* 2001, p. 65.

Böckenförde E.- W., « Lorenz von Stein, théoricien de l'Etat et de la société vers l'Etat social », in Böckenförde E.- W., *Le Droit, l'Etat et la Constitution démocratique*, trad. Jouanjan O., L.G.D.J. Bruylant, 2000, p. 148.

Bocquillon F., « Vraies-fausse idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes », p.25 in *Le Droit social –le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de P. Ortscheidt*, P.U.S., coll. Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2003, p. 25.

Bocquillon F., « Que reste-t-il du principe de faveur ? », *Dr. soc.* 2001, p. 255.

Bonafé-Schmidt J.-P., « Pour une approche socio-juridique de la production de normes dans les relations de travail », *Droit et société* 1994, p. 337.

Bonnard-Plancke L., « Convention collective et collectivité de travail. Aux origines de l'idée majoritaire en matière de négociation collective », *Dr. soc.* 2005, p. 866.

Bonnechère M., « Sur l'ordre public en droit du travail : les principes sont toujours là », *Dr. ouv.* 2008, p. 11.

- Bonnechère M.**, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. ouv.* 2001, p. 411.
- Bonnechère M.**, « De la connaissance et de l'usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », *Dr. ouv.* 2000, p. 84.
- Bonnechère M.**, « Le droit européen peut-il poser les bases d'un droit social commun », *Dr. ouv.* 1999, p. 390.
- Bonnechère M.**, « L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouv.* 1988, p. 171.
- Bonnechère M.**, « L'ordre public au sens du droit du travail », *J.C.P.* 1974. 601.
- Borenfreund G.**, « Regards sur la position commune du 9 avril 2008. Syndicats : le défi de l'audience électorale », *R.D.T.* 2008, p. 360.
- Borenfreund G.**, « Le nouveau régime de la représentativité syndicale », *R.D.T.* 2008, p. 712.
- Borenfreund G.**, « Une nouvelle dynamique en marche », *S.S.L.* du 21 avril 2008.
- Borenfreund G.**, « La reconnaissance de la représentativité syndicale, quelques interrogations autour de trois décisions », *Dr. soc.* 2006, p. 869.
- Borenfreund G.**, « Les syndicats et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon du 4 mai 2004 », *in* G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 7.
- Borenfreund G.**, « Négociation préélectorale et droit commun de la négociation collective », *Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p. 93.
- Borenfreund G.**, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc.* 2004, p. 606.
- Borenfreund G.**, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », *in Mélanges dédiés au Président M. Despax*, P.U.S.S.T., 2002, p. 481.
- Borenfreund G.**, « Les syndicats forcent les portes de l'entreprise : La loi du 27 décembre 1968 », *in* J.-P. Le Crom (dir.), *Deux siècles du droit du travail : l'histoire par les lois*, Ed. L'atelier, 1998, p. 213.
- Borenfreund G.**, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 1007.
- Borenfreund G.**, « L'articulation du contrat de travail et des normes collectives », *Dr. ouv.* 1997, p. 514.

Borenfreund G., « La licéité des accords collectifs relatifs au droit syndical et à la représentation du personnel », *Dr. soc.* 1992, p. 893.

Borenfreund G., « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 685.

Borenfreund G., « La résistance du salarié à l'accord collectif », *Dr. soc.* 1990, p. 626.

Borenfreund G., « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1988 p. 476.

Borenfreund G., Souriac M.-A., « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003 p. 72.

Bossu B., « La loyauté », *in* B. Teyssié (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, L.G.D.J. éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 185.

Bouaziz P., « Syndicat catégoriel et représentativité », *Dr. ouv.* 1978, p. 164.

Boubli B., « L'U.E.S. à l'époque des vœux : état des lieux et souhaits de réforme », *S.S.L.* 2005 n° 1156 et 1157.

Boubli B., « La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif », *S.S.L.* du 26 juin 1998, p. 893.

Boubli B., « Modification du contrat de travail et modification du statut collectif », *S.S.L.* 1997, n° 849.

Boulmier D., « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », *Dr. ouv.* 1998, p. 350.

Bourdieu P., « La délégation ou le fétichisme politique », *Actes de la recherche en sciences sociales* 1984, p. 49.

Brèthe de la Gressaye J., « La présence du syndicat dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1969, p. 153.

Brèthe de la Gressaye J., « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Dr. soc.* 1960, p. 633.

Brèthe de la Gressaye J., « La convention collective de travail est-elle un contrat ?, *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 101.

Brihi R., « Les usages syndicaux du droit communautaire », *in* G. Borenfreund et M.-A. Souriac (dir.), *Syndicats et droit du travail*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 73.

Brun P., « Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine », *in* *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz 2006, p. 67.

- Brunhes B.**, « Les bonnes raisons d'une refondation sociale », *Dr. soc.* 2000, p. 571.
- Brunet P.**, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Paris, Economica, 2006, p.207.
- Bugada A.**, *L'avantage acquis en droit du travail*, P.U.A.M., 1999.
- Caillosse J.**, « L'adoption de la loi : négociation et délibération », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 133.
- Camerlynck G.-H.**, « La renonciation du salarié », *Dr. soc.* 1960, p. 628.
- Camby J.-P.**, « Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les jeux en ligne : le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ne peut nuire au contrôle de conventionnalité », *L.P.A.* 7 juillet 2010, p. 6.
- Carbonnier J.**, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, rapport général », in *Les renonciations au bénéfice de la loi*, *Ass. H. Capitant*, 1960.
- Cesaro J.-F.**, « La représentation des syndicats dans l'entreprise », *J.C.P.* éd. S, 2012. 1237.
- Chaloron Y.**, « Négociations, conventions et accords collectifs. Rapports avec les autres sources de droit », *J.C. Travail*, fasc. I-36, 2000.
- Chaloron Y.** « L'accord dérogatoire en matière de temps de travail », *Dr. soc.* 1998, p. 355.
- Chaloron Y.** « Réflexions sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, P.U.A.M. 1974, p. 187
- Chaloron Y.**, « La conduite de la négociation », *Dr. soc.* 1990, p. 584.
- Chaloron Y.**, « L'application de la disposition la plus favorable », in *Les transformations du droit du travail, Mélanges offerts à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 243.
- Chaloron Y.**, « La sanction pénale du droit conventionnel : une nouvelle base ? », *Dr. soc.* 1984, p. 505.
- Chaloron Y.**, « Réflexions sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise », in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, P.U.A.M. 1974, p. 187.
- Champin H.**, « Les comités de dialogue social sectoriel », Document de travail, Colloque des 16 et 17 octobre 2008. [<http://www.europeetsociete.com/newsletter/etudes/FR%20-%20DocDSS%20-%20HC.pdf>].

Chatton G.-T., « L'harmonisation des pratiques jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Comité européen des droits sociaux : une évolution discrète », in Chappuis C., Foëx B., Kadner-Graziano T., *L'harmonisation internationale du droit*, édité par, Edition Schulthess, 2008, p. 45-73.

Chauchard J.-P., « Conventions et accords collectifs de travail », *Répertoire droit du travail*, Dalloz, 1997, mis à jour septembre 2011.

Chazal J.-P., « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in C. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p. 99.

Chevallier J., « Contractualisation et régulation », in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 83.

Chevallier J., « L'État régulateur », *R.F.A.P.* 2004, p.473.

Chevallier J., « Les enjeux de la déréglementation », *R.D.P.* 1987, p. 281.

Chevillard J., « Les conflits de normes », *S.S.L.* 2008, p. 25.

Chevillard J., « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363.

Clapié M., « Le Conseil d'Etat et le Préambule de la Constitution de 1946 », *Rev. Adm.* 1997, n° 297, p. 278.

Cœuret A., « Droit syndical et droit pénal. Regard sur une collaboration fructueuse », *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 1.

Cœuret A., « Du nouveau sur l'unité économique et sociale », *R.J.S.* 10/2009.

Cœuret A., « La négociation préélectorale entre unanimité et majorité », *R.J.S.* 2007, p. 211.

Cœuret A., « L'avenir de l'U.E.S. conventionnelle », *S.S.L.* 2005, supplément, n°1225.

Cœuret A., « Entrave et discrimination », *Dr. ouv.* 1987, p. 447.

Cohen M., « Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale », *R.J.S.* 3/01, p. 183.

Cohen M., « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », *R.J.S.* 6/98, p. 435.

Colin N., « Les parties à la révision des conventions et accords collectifs », *R.J.S.* 1/01 p. 5.

- Colson C.**, « Rapport sur les conventions collectives relatives aux conditions de travail », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1907, p. 180.
- Corrignan-Carsin D.**, « Loyauté et droit du travail », *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, p. 125.
- Corti M., Koukiadaki A., Rémy P., Ferreiro C.**, « La transposition de la directive 2002/14 sur l'information et la consultation des travailleurs dans la communauté européenne », *R.D.T.* 2009, p. 466 et p. 537.
- Coste Floret P.**, « Vers une conception étatique de la convention collective de travail », *Rev. crit.* 1937, p. 194.
- Couturier G.**, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *S.S.L.*, 19 janvier 2004, n° 1152, p. 6.
- Couturier G.**, « L'intérêt de l'entreprise », *in les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de J. Savatier*, P.U.F. 1992, p. 143.
- Couturier G.**, « L'ordre public de protection : heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Etudes offertes à J. Flour*, Defresnois, 1978, p. 95.
- Cuche P.**, « La législation du travail et les transformations du droit », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, n° 4, p. 185.
- Cubertafond B.**, « Du droit enrichi par ses sources », *R.D.P.*, 1992, p. 354.
- Da Costa I, Rehfeldt U.**, « Les C.E.E. et la négociation collective transnationale : les accords européens et mondiaux de l'automobile », *Rev. I.R.E.S.* 2009, n° 61.
- Da Costa I.**, « La théorie des relations industrielles aux Etats-Unis », *in* Reynaud J.-D., Eyraud F., Paradeise C., Saglio J. (dir.), *Les systèmes de relations professionnelles*, C.N.R.S. 1990, p. 29.
- Daniel J.**, « Alinéa 8 », *in* G. Conac, X. Prétot, G. Téoul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Dalloz, 2001, p. 179.
- Dauxerre N.**, « Reconnaissance du statut protecteur aux représentants conventionnels du personnel », *J.C.P.* éd. S. 2008, n°7, p. 1095.
- Debord F., Paulin J.-F.**, « La singularisation conventionnelle de l'entreprise face à la branche », *in Le singulier en droit du travail*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006.
- Delmas-Marty M.**, « La jurisprudence de la C.E.D.H. et la "logique du flou" », *R.D.P.C.* 1992, p. 1031.

- Del Sol M.**, « La délégation unique du personnel : portée d'une réforme », *Dr. soc.* 1995, p. 153.
- Deprez J.**, « Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique », *R.R.J.* 1997, p. 799
- Despax M.**, « Le fondement juridique des conventions collectives – une comparaison des critères les plus importants », *Commission de C.E.*, Doc n° 4100/V/70, p. 15.
- Despax M.**, « L'Etat et la négociation collective en France », *Annales de l'Institut du travail et de la sécurité sociale*, Lyon, 1971, p. 23.
- Despax M.**, « L'exercice du droit syndical dans l'entreprise (loi du 27 décembre 1968) », *J.C.P.* 1968. 2275.
- Deumier P.** « La mutation des sources du droit privé et l'introduction à l'étude du droit », *Rev. Assas* 2012, p. 31.
- Deumier P.**, « La réception du droit souple dans l'ordre juridique », *in Le droit souple, journées internationales*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 113.
- Deumier P.**, « La réception du droit souple dans l'ordre juridique », *in Le droit souple, journées internationales*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 113.
- Deumier P.**, « Constitution et droit communautaire dérivé : la voix du Conseil d'Etat dans le dialogue des juges », *D.* 2007, p. 2742.
- Deumier P.**, « De l'usage prudent des usages honnêtes – Réflexion sur un – éventuel – malentendu », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 119.
- Deumier P., Revêt T.**, « Ordre public », *in D. Alland et S. Rials (dir.), Dictionnaire de culture juridique*, P.U.F. Lamy, collection quadrige, 2003, p. 1120.
- Deumier P., Revêt T.**, « Sources du droit (problématique générale) », *in D. Alland et S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique*, PUF / Lamy, coll. « Quadrige », Paris, 2003.
- Didry C.**, « Droit, démocratie et liberté au travail dans le système français de relations professionnelles », *Terrains et travaux*, 2008, p. 127.
- Didry C.**, « La production juridique de la convention collective – La loi du 4 mars 1919 », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 2001, p. 1253.
- Dirringer J., Ferkane Y., Sweeney M.**, « Le principe de représentativité dans la récente jurisprudence du Conseil d'Etat », juillet 2011, www.unitedudroit.org.
- Dockès E.**, « L'Europe antisociale », *R.D.T.* 2009, p. 145.

- Dockès E.**, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *in Analyses juridiques et valeurs en droit social. Etudes offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 203.
- Dockès E.**, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.* 1994, p. 227.
- Dockès E.**, « L'avantage individuel acquis », *Dr. soc.* 1993, p. 826.
- Drouin R.-C.**, « Les accords-cadres internationaux. Enjeux et portée d'une négociation collective transnationale », *Les cahiers du droit*, 2006, p. 703.
- Dross W.**, « Retour aux sources », *R.I.E.J.* 2003, p. 155.
- Dufour A.**, « La théorie des sources du droit dans l'école de droit historique », *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, P.U.F., 1991.
- Dufour C.**, « Royaume-Uni. Les syndicats regagnent-ils de la puissance ? », *I.R.E.S.* 2002, p. 3.
- Dufour C., Rehfeldt U.**, « Existe-t-il un modèle européen de représentation des salariés dans l'entreprise », *Travail et emploi* 1991, p. 14.
- Dupeyroux J.-J.**, « Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 1994, p. 820.
- Dupeyroux J.-J.**, « Quelques questions », *Dr. soc.* 1990, p. 9.
- Duquesne F.**, « L'applicabilité de l'accord prévoyant le recours au vote électronique sur le lieu de travail ou à distance », *Dr. soc.* 2010, p. 642.
- Durand P.**, « Les sources du droit du travail en France », *in Les sources du droit du travail*, Publication de la C.E.C.A., coll. Droit du travail, Luxembourg, 1962, p. 97.
- Durand P.**, « La notion juridique entreprise », *in Travaux de association Henri Capitant*, 1948, p. 45.
- Durand P.**, « Aux frontières de l'institution et du contrat, la relation de travail », *J.C.P.* 1944.387.
- Durand P.**, « Le dualisme de la convention collective », *R.T.D. civ.* 1939, p. 353.
- Durlach E.**, « La participation à l'élaboration des normes : une liberté syndicale différenciée ? », *in M. Touzeil-divina, M. Sweeney, Droits du travail et des fonctions publiques : unité(s) du Droit ?*, L'épitoque – Lextenso, 2012, p. 141.
- Dussard M.-L.**, « Précaution, rigueur, équilibre : le Conseil constitutionnel aux prises avec une législation sociale "conservatrice" (décision n° 2008-568 D.C. du 7 août 2008) », *R.F.D.C.* 2009, p. 317.

Eisenmann C., « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1930, p. 231.

Eisenmann C., « La représentation dans les actes juridiques », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, 1949, p. 144.

Eisenmann C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.* 1957, p. 25.

Fabre A., « Première lecture du projet d'accord national interprofessionnel sur la G.P.E.C. », *R.D.T.* 2009, p. 34.

Fabre D., **Mir J.-M.**, **Morand M.**, « L'aménagement conventionnel du droit syndical », *S.S.L.* 2006, n° 1263.

Favennec-Héry F. « L'accès à la représentativité », *J.C.P.* Ed. S 2012, 1234.

Favennec-Héry F., « Réforme du temps de travail », *J.C.P.* éd. S 2008. 1461.

Favennec-Héry F., « Le P.S.E. dans la loi Borloo : prévention, négociation, sécurisation », *L.P.A.* 31 mars 2005, p. 42.

Ferkane Y., « L'arrivée de la négociation dans la fonction publique », in M. Touzeil-Divina, M. Sweeney (dir.), *Droits du travail et des fonctions publiques : unité(s) du Droit ?*, L'épitoge, Lextenso, 2012, p. 129.

Fortis E., « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *A.J. Pénal* 2008, p. 303.

Freyria C., « Les accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.* 1988, p. 43.

Frossard S., « La supplétivité des règles en droit du travail », *R.D.T.* 2009, p. 83.

Frossard S., « L'encadrement des conventions collectives d'entreprise par les conventions de champ d'application plus large », *Dr. soc.* 2000, p. 617.

Frossard J., « Les modalités de la négociation dans les entreprises », *Annales de l'université Jean Moulin*, 1982, p. 15.

Frouin J.-Y., « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1998, p. 583.

Gadbin D., « L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire », *R.T.D. eur.* 2000, p. 1.

Gaudu F., « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Mélanges offerts à J. Ghestin*, L.G.D.J. 2001, p. 363.

- Gaudu F.**, « La participation des salariés », *Rev. soc.* 1996, p. 471.
- Gauriau B.** « La négociation de branche et la négociation interprofessionnelle », *J.C.P. éd. S* 2012. 1239.
- Gauriau B.**, « La représentation collective », *in* Teyssié B. (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2009, p. 61.
- Gauriau B.**, « A propos de quelques accords relatifs au droit syndical d'entreprise », *J.C.P. éd. S* 2006, p. 1253.
- Gauriau B.**, « Un traitement démocratique ... aux effets indésirables », *L.S. magazine*, décembre 1999, p. 68.
- Gauriau B.**, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.* 1998, p. 338.
- Gautier M.**, « Q.P.C. et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *D.A.* 2010, étude 19.
- Gazier A.**, « Le retour aux conventions collectives », *Rev. éco.* 1950, p. 157.
- Gernignon B., Odero A., Guido H.**, « Les principes de l'O.I.T. sur la négociation collective », *R.I.T.* 2000, p. 37.
- Ghestin J.**, « Les données positives du droit », *R.T.D. civ.* 2002, p. 11.
- Ghestin J.**, « La distinction des parties et des tiers », *J.C.P.* 1999. 3628.
- Ghestin J.**, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *R.T.D. civ.* 1994, p. 777.
- Ghestin J.**, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », *in Les notions à contenu variable*, Bruylant, 1984, p. 77.
- Ghévontian R.**, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, p.63.
- Gibaud B.**, « Paritarisme et démocratie sociale : aperçus historiques sur une liaison hasardeuse », *Mouvements* 2001, p. 38.
- Giverdon C.**, « L'outillage juridique », *in L'avenir du droit, Mélanges en l'hommage de F. Terré*, Editions législatives – Dalloz – P.U.F. 1999, p. 275.
- Goetschy J.**, « Le dialogue social européen de Val Duchesse : un premier bilan », *Travail et emploi*, 1991, p. 42.

- Goetschy J.**, « Néo-corporatisme et relations professionnelles dans divers pays européens », *R.F.A.S.* 1983, p. 65.
- Grange J.**, « L'accord de méthode en pratique », *S.S.L.* 19 janvier 2004, n° 1152, p. 15.
- Grangé J. et El Aougri N.**, « Accords collectifs : la négociation de groupe », *S.S.L.* 2003, n° 1144, p. 5.
- Grégoire F.**, « L'induction », *Rev. Phil. de Louvain*, 1964, p. 108.
- Grévisse S.**, « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 2000, p. 884.
- Grévy M.**, « Affiliation syndicale et démocratie sociale », *R.D.T.* 2011, p. 489.
- Grévy M.**, « Syndicats professionnels (I – Droit syndical dans l'entreprise) », *Rép. Droit du travail* Dalloz, octobre 2010, mise à jour janvier 2012).
- Grévy M.**, « Droit administratif du travail », *Dr. ouv.* 2011, p. 339.
- Grévy M.**, « Statut protecteur des représentants conventionnels : un premier pas vers un revirement jurisprudentiel ? », *R.D.T.* 2008, p. 46.
- Grimaldi d'Esdra J.**, « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Dr. soc.* 1994, p. 402.
- Grumbach T.**, « Citoyenneté, Entreprise et Contrat social », *Dr. ouv.* 1995, p. 235.
- Gssime N.**, « Les statuts des syndicats : un régime opaque », *D.* 2011, p. 2133.
- Guastini R.**, « Legge (reserva di) », in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 4^{ème} éd., Torino, U.T.E.T., 1994, vol 9, p. 164.
- Guelfucci-Thibierge C.**, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *R.T.D. civ.* 1994, p. 275.
- Guastini R.**, « Le "point de vue" de la science juridique », *R.I.E.J.* 2007, p. 49.
- Guibal J-C.**, « Plaidoyer pour un contrat collectif d'entreprise », *Dr. soc.* 1986, p. 602.
- Guinchard S.**, « L'action en groupe en procédure civile française », *R.I.D.C.* 1990, p. 599.
- Guitton C.**, « L'état social est-il soluble dans la décentralisation », Colloque Etat et régulation social 11, 12, 13 septembre 2006. Publication numérique [<http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/guitton.pdf>].

- Gurvitch G.**, « La dialectique de l'idée de droit social chez Lorenz von Stein », in *L'Idée du droit social, Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le XVIIème siècle jusqu'à la fin du XIXème siècle*, Paris, Sirey, 1932.
- Gurvitch G.**, « Otto von Gierke, philosophe du droit », *Écrits allemands. II, Philosophie du droit, philosophie sociale et phénoménologie*, trad. C. Papilloud et C. Rol, *Logiques sociales*, Série Sociologies européennes 2006, p. 13.
- Guyot H.**, « Le financement du dialogue social : acte 1, le financement du paritarisme », *J.C.P.* éd. S 2012.1146.
- Haba E.-P.**, « Logique et idéologie dans la théorie des "sources du droit" », *Les sources du droit Arc. Ph. Dr.* 1982, p. 238.
- Hauriou M.**, « La science sociale traditionnelle », in *Écrits sociologiques*, Dalloz, 2008, p. 382.
- Hauser J., Lemouland J.-J.**, « Ordre public et bonne mœurs », *Rep. Droit civil*, Dalloz, mars 2004 (dernière mise à jour : 2012).
- Hennion S.**, « La force normative du droit social européen », *J.C.P.* éd. S 2009.1091.
- Hervieu N.**, « La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *R.D.T.* 2009, p. 288.
- Idoux P.**, « Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique », in *Contrats publics, mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Université Montpellier I, tome 2, 2009 p. 547.
- Iriart P.**, « Négociation et effets d'un accord organisant une représentation syndicale de groupe », *D.* 1999, p. 465.
- Jacquet J.-M.**, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, Litec, 2009.
- Jamin C.**, « Les droits des contrats saisis par les droits fondamentaux », in G. Lewlowicz, M. Xifaras, *Repenser le contrat*, Dalloz, Méthodes du droit, p. 175.
- Javillier J.-C.**, « Négociation et accords collectifs en matière de rémunération », *Dr. soc.* 1988, p. 68.
- Javillier J.-C.**, « La partie obligatoire de la convention collective », *Dr. soc.* 1971, p. 258.
- Javillier J.-C.**, « Le contenu des accords d'entreprises », *Dr. soc.* 1982, p. 691.
- Javillier J.-C.**, « Syndicats et représentation élue dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1984, p. 31.

- Jay R., intervention, *Bulletin de la société d'études législatives*, 1907, p. 548.
- Jeammaud A., « Le pouvoir patronal visé par le droit du travail », *S.S.L.* du 11 février 2008, n° 1340 supplément - Le pouvoir de l'employeur, p. 15.
- Jeammaud A., « L'entreprise, champ de validité des normes non conventionnelles », *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p. 142.
- Jeammaud A., « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonctions et de fonctionnement », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, Thèmes et commentaires 2005, p. 8.
- Jeammaud A., « La centralité retrouvée du contrat de travail », in *Estudios juridico en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano, México*, U.N.A.M., 2003 p. 418.
- Jeammaud A., « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115.
- Jeammaud A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Droit et société, Recherche et travaux, 1998, p. 47.
- Jeammaud A., « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il ? », in F. Osman (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, p. 35.
- Jeammaud A., « Le droit constitutionnel dans les relations de travail », *A.J.D.A.* 1991, p. 612.
- Jeammaud A., « La polyvalences du contrat de travail », in *Les transformations du droit du travail*, 1989, p. 299.
- Jeammaud A., « Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail », *Dr. soc.* 1986, p. 399.
- Jeammaud A., « Sur la représentation dans les relations de travail », *Bull. de l'association critique du droit* 1987.
- Jeammaud A., Le Friant M., Lyon Caen A., « L'ordonnancement des relations de travail », *D.* 1998, p. 359.
- Jeammaud A., Lyon-Caen A., « Droit et direction du personnel », *Dr. soc.* 1982, p. 56.
- Jeammaud A., Masse-Dessen H., « Quel avenir pour la loi face à la négociation collective », *S.S.L.* 2006, n° 1257.
- Jeansen E., « La sanction pénale de la violation d'un accord collectif » in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz 2010, p. 719.

- Jeansen E.**, « Négociation des accords relatifs au fonctionnement groupe », *J.C.P.* éd. S, 2010, 1206.
- Jestaz P.**, « Genèse et structure du champ doctrinal », *D.* 2005, p. 19.
- Jestaz P.**, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *R.T.D. civ.* 1996, p. 299.
- Jestaz P.**, « Source délicieuse (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *R.T.D. civ.* 1993, p. 73.
- Jestaz P.**, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11.
- Jobert A.**, « Légitimité de la branche et diversité de ses usages », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 79.
- Jobert A.**, « Quelles dynamiques pour la négociation de branche », *Travail et emploi* 2003, p. 5.
- Jouanjan O.**, « Présentation des figures de l'Etat de droit », in O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'Etat de droit*, P.U.S. 2001, p. 4.
- Jouanjan O.**, « Sur une origine allemande de la notion d'Etat social : Lorenz von Stein et le concept de société », in *Le droit social. Le droit comparé. Etudes dédiées à la mémoire de P. Ortscheidt*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2003, p. 159.
- Jourdan D.**, « L'unité économique et sociale », *T.P.S.* 2001 n° 8.
- Julliot de la Morandière L.**, « L'ordre public en droit privé interne », in *Etudes H. Capitant*, 1939, p. 381.
- Kaufmann O.**, « Le droit social comparé », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8., 2004, [<http://www.ejcl.org/>].
- Kelsen H.**, « La théorie juridique de la convention », *Arch. Phil. Dr. et de sociologie juridique*, 1940, p. 33.
- Kerbourc'h J.-Y.**, « Les clauses d'interdiction de déroger d'entreprise à une convention plus large », *Dr. soc.* 2008, p. 834.
- Kessler F.**, « Les clauses autres que l'obligation de paix sociale contenues dans la partie obligatoire de la convention collective allemande (R.F.A.) », *R.I.D.C.* 1988, p. 383.
- Kirat T., Villeval M.-C.**, « L'insaisissable entreprise de l'économie et du droit », *Rev. Fr. d'économie*, 1995, p. 157.
- Kissler L.**, « La cogestion en République fédérale d'Allemagne : modèle et réalité », *Dr. soc.* 1988, p. 857.

- Krief B.**, « L'articulation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation du personnel », *J.C.P.* éd. S 2012. 1116.
- Laborde J.-P.**, « Le droit social comparé : pourquoi et comment ? », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, C.O.M.P.T.R.A.S.E.C. 1994, p. 4.
- Laithier Y.-M.**, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003.
- Lajoie A.**, « Surdétermination », in A. Lajoie, R.- A. Macdonald, R. Janda et G. Rocher (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, p. 85.
- Landais C., Pécaut-Rivolier, Piveteau D., Struillou Y.**, « Le nouveau protocole préélectoral », *Dr. soc.* 2012, p. 1048.
- Langlois P.**, « La révision des accords collectifs de retraite », *Dr. soc.* 1994, p. 696.
- Langlois P.**, « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr. soc.* 1993, p. 201.
- Langlois P.**, « Contrat individuel de travail et convention collective : un nouveau cas de représentation », *Dr. soc.* 1975 p. 285.
- Lanquetin M.-T.**, « Discrimination », *Rep. Droit du travail*, Dalloz, janvier 2010, mise à jour mars 2012.
- Laroque P.**, « La Charte sociale européenne », *Dr. soc.* 1979, p. 110.
- Laulom S.**, « Le rôle de l'Union européenne dans la transformation des modes de représentation à partir de l'expérience comparée (Royaume-Uni, Italie et France) », in M.-A. Moreau (dir.), *La représentation collective des travailleurs*, Dalloz, Thèmes et commentaires 2012, p. 113.
- Laulom S.**, « La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens », *S.S.L.* 2009, n° 1399, p. 5.
- Laulom S.**, « Un statut pour les accords transnationaux », in « Les négociations transnationales en Europe : où en est-on ? », *Cahiers de la fondation* n° 69-70 octobre 2007- Septembre 2008, pp 123-129
- Laulom S.**, « Passé, présent, futur de la négociation transnationale », *Dr. soc.* 2007 p. 623.
- Laulom S., Merley N.**, « La fabrication du principe de faveur », *R.D.T.* 2009, p. 219.
- Lavric S.**, « Jeux de ligne : le Conseil constitutionnel répond à la Cour de cassation », *D.* 2010, p. 1205.

- Leader S.**, « Interne/externe (Perspective) », in A.-J. Arnaud et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} édition, L.G.D.J. 1993, p. 312.
- Le Crom J.-P.**, « Le comité d'entreprise, une institution sociale instable », in *L'Enfance des comités d'entreprise*, Actes du colloques des 22-23 mai 1996, Roubaix, Centre des archives du monde du travail, 1997, p. 173.
- Le Digol C., Voillot C.**, « Hors champ. L'analyse politique et les élections professionnelles », in O. Leclerc, A. Lyon-Caen (dir.), *L'essor du vote dans les relations professionnelles*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 41.
- Le Friant M.**, « Démocratie sociale, entre formule et concept », *Regards* 2001, p. 48.
- Le Friant M.**, « Supranationalité et techniques contractuelles », in J.-P. Colson, D. Lemieux (dir.), *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Laval, Institut québécois des hautes études internationales, 1997, p. 281.
- Le Friant M., Jammaud A.**, « Démocratie sociale, droit et représentation collective : enjeux théoriques », in Moreau M.-A. (dir.), *La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 15.
- Le Meur J.-R., Dupays A.**, « Accord de méthode : mode d'emploi », *S.S.L. n° 1152*, 19 janvier 2004, p. 35.
- Leclerc O.**, « Où va le droit spécial de la grève ? », *R.D.T.* 2012, p. 570.
- Leclerc O.**, « Comparer les systèmes des relations professionnelles », in O. Leclerc, A. Lyon-Caen, *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expérience européennes*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011, p. 91.
- Leclerc O.**, « L'encadrement législatif de l'exercice du droit de grève. Observations à partir de la loi n° 2008-790 du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles pendant le temps scolaire », *R.D.T.* 2008, p. 774.
- Leclercq M.**, « Les aspects négatif et positif de la liberté d'association syndicale », *R.T.D.H.* 1993, p. 587.
- Léonard E., Sobczack A.**, « Les accords transnationaux d'entreprise et les autres niveaux du dialogue social », *Courrier hebdomadaire du CRIS*, 2010, p. 5.
- Lequette Y.**, « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 24.
- Lestang (de) R.**, « La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes », *Dr. soc.* 1979, p. 5.

Lhuillier G., « Le « paradigme » de l'entreprise dans le discours des juristes », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 1993, p. 329.

Lokiec P., « Contractualisation et recherche d'une légitimité procédurale », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 95.

Lokiec P., « La procéduralisation en droit privé », in *Les évolutions du droit : contractualisation et procéduralisation*, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 177.

Lokiec P., Robin-Olivier S., Grodin J.-R., Leader S., Tebano L., « Représentativité syndicale et négociation collective », *R.D.T.* 2006, p. 336.

Loussouarn Y., « La proposition d'un statut des sociétés européennes et le droit international privé », *Rev. cr. D.I.P.* 1971, p. 25.

Lyon-Caen A., « En quête juridique de l'entreprise », in A. Lyon-Caen, Q. Urban (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 3.

Lyon-Caen A., « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *R.D.T.* 2007, p. 84.

Lyon-Caen A., « La révision du droit de la négociation collective – Observations de méthode », in *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 1.

Lyon-Caen A., « Les clauses de transfert de risques », in *Les frontières du salariat*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 151.

Lyon-Caen A., Simitis S., « L'Europe sociale à la recherche de ses références », *R.M.U.E.* 1993, p. 1090.

Lyon-Caen A., « Grandeur et décadence de la loi professionnelle », in *Les conventions collectives de branche : déclin ou renouveau*, C.E.R.E.Q. Etude n° 65, novembre 1993, p. 57.

Lyon-Caen A., « L'égalité et la loi en droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 69.

Lyon-Caen A., « Changement politique et changement du droit du travail », in *Les transformations du droit du travail. Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 6.

Lyon-Caen A., « Actualité du contrat de travail », *Dr. soc.* 1988, p. 540.

Lyon-Caen A., « L'emploi comme objet de la négociation collective », *Dr. soc.* 1998, p. 319.

Lyon-Caen A., « Le comité d'entreprise institution représentative du personnel », *Dr. ouv* 1986, p. 355.

- Lyon-Caen A.**, « Le comité d'entreprise à l'heure du changement », *Dr. soc.* 1983, p. 299.
- Lyon-Caen G.**, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 355.
- Lyon-Caen G.**, « L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) », *Dr. soc.* 2001, p. 1031.
- Lyon Caen G.**, « A propos d'une négociation sur la négociation », *Dr. ouvr.* 2001, p.1.
- Lyon-Caen G.**, « L'obligation implicite », *Arc. Ph. Dr.* 2000, p. 109.
- Lyon-Caen G.**, « Le droit social de la communauté européenne après le Traité de Masstricht », *D.* 1993, p. 149.
- Lyon-Caen G.**, « La Légitimité de l'action syndicale », *Dr. ouv.* 1988, p. 51.
- Lyon-Caen G.**, « Droit syndical et mouvement syndical », *Dr. soc.* 1984 p. 5.
- Lyon-Caen G.**, « Critique de la négociation collective », *Dr. soc.* 1979, p. 350.
- Lyon-Caen G.**, « Les principes généraux du droit du travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain, études offertes à G.H. Camerlynck*, Dalloz 1977, p. 35.
- Lyon-Caen G.**, « Négociation et convention collective au niveau européen », *R.T.D. eur.* 1973, p. 588.
- Lyon-Caen G.**, « Négociation collective et législations d'ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89.
- Lyon-Caen G.**, « Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail », *Hommage à P. Horion*, Facultés de Liège, 1972, p. 173.
- Lyon-Caen G.**, « La représentation des intérêts des travailleurs dans les sociétés européennes », *R.T.D. Eur.* 1971, p. 471.
- Lyon-Caen G.**, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. Ph. Dr.* 1968, p. 59.
- Lyon-Caen G.**, « Le droit conventionnel du travail », *Dr. soc.* 1963, p. 14.
- Lyon-Caen G.**, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvr.* 1951, p.1.
- Lyon-Caen G., Lyon-Caen A.**, « La "doctrine" de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, p. 620.

Lyon-Caen P., « L'application par la France des Conventions internationales du travail », *Droits fondamentaux*, 2010, [www.droits-fondamentaux.org].

Mac Carty, *Legal intervention in industrial relations : gains and losses*, Oxford, Basil Blackwell, 1992.

Mangiavillano A., « L'enrichissement du contenu essentiel du droit constitutionnel de participation », *R.F.D.C.* 2007, p. 766.

Malaurie P., « La révolution des sources », *Defrénois* 2006, p. 1552.

Marchand-Tonel X., « La subsidiarité, un enjeu des débats sur l'Union européenne », *Droit et société* 2012, p. 5.

Martinon A., « La représentativité des syndicats catégoriels », *J.C.P.* éd. S, 2012, 1235.

Mathevet R., « Le syndicalisme dans l'entreprise. A propos de l'extension du droit syndical dans l'entreprise, Rapport au Conseil économique et social », *Dr. soc.* 1965, p. 174.

Mathieu B., « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective », *D.* 1997, p. 152.

May N., « Organisation productive et réseaux », *Flux* 1993, p. 19.

Mazars M.-F., « Q.P.C. : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ? », *R.D.T.* 2010, p. 622.

Mazars M.-F., « Question prioritaire de constitutionnalité : la Chambre sociale de la Cour de cassation, juge constitutionnel ? », *Constitutions* 2010, p. 587.

Mazeaud A., « Le groupe », *in Les lieux du droit du travail*, *S.S.L.* 2003, n° 1140, p. 63.

Mazeaud D., « Loyauté, solidarités, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in L'avenir du droit, Mélanges en l'hommage de F. Terré*, Editions législatives – Dalloz – P.U.F. 1999, p. 603.

Meixner M., « La directive information-consultation de 2002 : état des lieux et portée pour les relations professionnelles en Europe », *Europe et société*, Les cahiers de la fondation, novembre 2009 – avril 2010, n° 69-70 [http://www.europeetsociete.com/newsletter/etudes/Etude%20Meixner%20-%20fr.pdf].

Mestre A., « Commentaire de la Loi du 19 mars 1920 », *S.* 1920, p. 49.

Mestre J., « La liberté contractuelle à l'épreuve du Conseil constitutionnel et de la Commission des opérations de bourse », *R.T.D. civ.* 1996, p. 151.

- Mialot C., Ehongo D.**, « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variable, *in Critique de l'intégration normative*, P.U.F. 2004, p. 25.
- Millard E.**, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *N.C.C.C.*, n° 21, 2007.
- Millard E.**, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *R.I.E.J.* 2007, p. 59.
- Millard E.**, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, 30/31, p. 381.
- Mockle D.**, « Deux variations sur le thème des normes », *Cahiers de droit* 1997, p. 437.
- Miné M.**, « La loyauté dans le processus de négociation collective d'entreprise », *Travail et emploi* 2000, p. 47.
- Morand M.**, « La nouvelle organisation du temps de travail : une nouvelle orientation du droit du travail », *R.J.S.* 12/08, p. 955.
- Morange G.**, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *R.D.P.* 1977, p. 768.
- Morange G.**, « Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des droits », *R.D.P.*, 1945, p. 239.
- Moreau M.-A.**, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal », *Dr. soc.* 2009, p. 93.
- Moreau M.-A.**, « Les usages syndicaux du droit communautaire », *in* G. Borenfreund et M.-A. Souriac (dir.), *Syndicats et droit du travail*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 73.
- Moreau M.-A.**, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.* 2001, p. 967.
- Moreau M.-A.**, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.* 1999, p. 53.
- Moreau M.-A.**, « Tendances du droit social communautaire, ombres et brouillards à Maastricht », *Dr. soc.* 1994, p. 80.
- Morel C.**, « Le droit coutumier social dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979, p. 279.
- Morin M.-L.**, « Les nouveaux critères de la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 2011, p. 62.
- Morin M.-L.**, « La révision des conventions et accords collectifs depuis la loi du 4 mai 2004 », *R.J.S.* 2005, p. 892.

- Morin M.-L.**, « Droit imposé et droit négocié : regards à partir du droit des salariés à la négociation collective en France », in P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir), *Droit négocié, droit imposé*, F.U.S.L., 2002, p. 643.
- Morin M.-L.**, « Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé », *Dr. soc.* 2000, p. 1083.
- Morin M.-L.**, « Le Conseil constitutionnel et le droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25.
- Morin M.-L.**, « L'articulation des niveaux de négociation dans l'accord national interprofessionnel sur la politique contractuelle du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 11.
- Morin M.-L.**, « Les conceptions juridiques de la représentation », *Cahiers du G.R.E.C.O.* 1995, n° 41, p. 17.
- Morin M.-L.**, « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p. 24.
- Morin M.-L., Teyssier F.**, « L'accord-cadre », *Dr. Soc.* 1988, p. 741.
- Morvan P.**, « La liturgie nouvelle du droit des élections professionnelles », *J.C.P.* éd. S 2012, 1236.
- Morvan P.**, « L'articulation des normes sociales à travers la branche », *Dr. soc.* 2009, p. 679.
- Nadal S.**, « Les interdictions adressées à l'employeur en droit du travail », *Droit et culture* 2009, p. 119.
- Nadal S.**, « La fabrique des branches : à propos du rapport « Poisson », *R.D.T.* 2009, p. 596.
- Nadal S.**, « Le destin de la négociation de branche », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacarie (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 59.
- Nadal S.** « Les transformations du rôle de la négociation des conventions et accords de branche », *S.S.L.* 2004, n° 1183, p. 48.
- Neau-Leduc C.**, « Relations loi/branche : le rôle de la « loi professionnelle » de la branche renforcée », *S.S.L.* 2008, n° 1361, p. 65.
- Ogier-Bernaud V.**, « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives », *J.C.P.* éd. E, 2004. 493.
- Ogier-Bernaud V.**, « Réforme du dialogue social : faut-il inviter le Conseil constitutionnel à la table des négociations ? », *Dr. soc.* 2007.

Ogier-Bernaud V., « Réforme du dialogue social », *R.F.D.C.* 2004, p. 633.

Ogier-Bernaud V., « Le Conseil constitutionnel et l'embarassant principe de faveur » *R.F.D.C.*, 2003, p. 567.

Ollier P.-D., « La signification de la reconnaissance de la section syndicale d'entreprise en droit du travail français », *Dr. ouv.* 1964, p. 153.

Ortscheidt P., « Pour un renforcement de la protection pénale des représentants conventionnels », in *Le droit collectif. Questions fondamentales – Evolutions récentes, Mélanges en hommage à Madame H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 247.

Oppetit B., « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. Ph. Dr.* 1982, p. 43.

Ost F., Van de Kerchove M., « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science du droit » *Rev. Interdisciplinaire d'études juridiques*, 1993, p. 191.

Ost F., Van de Kerchove M., « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in F. Chazel, J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Droit et société L.G.D.J. 1991, p. 72.

Palli B., « La révision des conventions collectives à l'épreuve de la réforme de la représentativité syndicale », *R.D.T.* 2010, p. 155.

Pansier F.-J., « Los olvidados du syndicalisme », *C.S.B.*, 2011 p. 190

Pattaro E., « Vers une définition de la science juridique », in *Philosophie et épistémologie juridiques, Revue de synthèse* 1985, p. 256.

Pécaut-Rivolier L., « Les élections professionnelles depuis la loi du 20 août 2008 : révolution ou statu quo ? », *Dr. soc.* 2011, p. 82.

Pécaut-Rivolier L., « La représentativité syndicale à la française n'est pas contraire aux textes européens », *Dr. soc.* 2010, p. 647.

Pécaut-Rivolier L., « La représentation du personnel dans l'entreprise », *R.D.T.* 2009, p. 490.

Pécaut-Rivolier L., Loiseau G., « L'entre-deux de la représentativité syndicale », *S.S.L* 2010 n° 1438, p. 647.

Pécaut-Rivolier, Petit F., Favennec-Héry F, Gauriau B., Verkindt P.-Y., « Les périmètres sociaux de l'entreprise », *Dr. soc.* 2012, p. 974.

Pélissier J., « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? », in *Mélanges dédiés au président M. Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 438.

- Pélissier J.**, « Droit des conventions collectives. Evolution ou transformation », in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 95.
- Pélissier J.**, « La loyauté dans la négociation collective », *Dr. ouv.* 1997, p. 496.
- Pelloux R.**, « Le Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 », *R.D.P.*, 1947, p. 347.
- Pernot J.-M.**, « La loi du 20 août 2008 et la portabilité des suffrages », *R.D.T.* 2011, p. 427.
- Peskine E., Borenfreund G., Leclerc O.**, « Le droit de grève dans les services publics des transports : regards sur la loi du 21 août 2007 », *R.D.T.* 2007, p. 664.
- Petit F.**, « Le vote électronique est-il adapté aux élections des représentants du personnel », *R.D.T.* 2012, p. 413.
- Petit F.**, « Les Représentants du personnel (Elections) », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2009.
- Petit F.** « L'unité économique et sociale n'a pas la personnalité juridique », *D.* 2009, p. 986.
- Petit F.**, « Le vote électronique dans l'entreprise », *J.C.P.* éd. S, 2008. 1199.
- Petit F.**, « Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *D.* 2005, p. 1815.
- Petit F.**, « L'influence du droit électoral politique sur les élections professionnelles », *Dr. soc.* 2000, p. 603.
- Pettiti C.**, « Le droit de ne pas s'affilier à un syndicat en droit européen », *Dr. soc.* 1993, p. 999.
- Pfersmann O.**, « Hiérarchie des normes » in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., coll. Quadrige, 2003, p. 779.
- Pfersmann O.**, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, P.U.S., n°1, 1997, p.307.
- Philip L.**, « La valeur juridique du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, L'Hermès, 1980, p. 265.
- Picard E.**, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du Colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 1é mai 2000, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 17.

Picard E., « Droits fondamentaux – fondement du droit », *A.J.D.A.* 1998, p. 6.

Poirmeur Y., « La réception du Préambule de 1946 par la doctrine juridique – La construction de la juridicité du Préambule par ses premiers commentateurs », in *Le Préambule de la Constitution de 1946*, P.U.F. 1996, p. 99.

Pradel J., « Est-il possible de sanctionner pénalement des dispositions conventionnelles plus favorables aux travailleurs que la loi ? », *Dr. soc.* 1979, p. 172

Prétot X., « Les bases constitutionnelles de la négociation collective », *T.P.S.*, 1997, p. 4-6.

Prétot X., « Conventions et accords collectifs : principes généraux du droit et accords dérogatoires », *R.J.S.* 1994, p. 819.

Prétot X., « Le Conseil constitutionnel et la participation des travailleurs », *Dr. soc.* 1994, p. 139.

Priet F., « L'incompétence négative du législateur », *R.F.D.C.* 1994, p. 59.

Puig P., « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. civ.*, 2001, p. 749.

Quenaudon (de) R., « La doctrine progressiste : une lecture du droit du travail ? », *D.* 2005, p. 1736.

Quenaudon (de) R., « Comité d'entreprise (mise en place, composition, fonctionnement) », *Rép. Droit du travail* Dalloz, 2004, mise à jour janvier 2012.

Radé C., « Cour de cassation et Conseil constitutionnel : la convergence, après la méfiance », *Constitutions*, 2011, p. 89.

Radé C., « L'exercice du droit syndical après la loi du 20 août 2008 : liberté, égalité, représentativité, ou la nouvelle devise de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2011, p. 1234.

Radé C., « Question prioritaire de constitutionnalité : quelles perspectives ? », *Constitutions* 2010, p. 103.

Radé C., « Les syndicats catégoriels et la réforme de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p. 821.

Radé C., « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 2000, p. 38.

Ray J.-E., « Les curieux accords dits "majoritaires" de la loi du 4 mai 2004 », *Dr. soc.* 2004, p. 590.

Ray J.-E., « Du tout-État au tout-contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? », *Dr. soc.* 2000, 574.

- Ray J.-E.**, « A propos de la subsidiarité horizontale », *Dr. soc.* 1999, p. 459.
- Raynaud P.**, « La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil », *R.T.D. civ.* 1936, p. 763.
- Rehfeldt U.**, « La réforme du système de représentation des salariés dans l'établissement », *I.R.E.S.* 1994, p. 22.
- Rémy P.**, « Représentation dans la négociation collective. Les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.* 1999, p. 269.
- Revêt T.**, « Droit législatif, droit réglementaire et droit néo-corporatif du contrat », *R.D.C.* 2004, p. 607.
- Revêt T.**, « L'ordre public dans les relations de travail », in T. Revêt (coord.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 50.
- Reynaud J.-D.**, « Conflit et régulation sociale », *Rev. fr. soc.*, 1979, p. 367.
- Ricœur P.**, « La pluralité des instances de justice », in *Le juste, Esprit*, 1995, p. 121.
- Rigaux A.**, « Drôle de drame. La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe* 2010, Étude 5.
- Rivero J.**, « La convention collective et le droit public français », *Rev. Economique*, 1951, p. 15.
- Robin-Olivier S., Pataut E.**, « Europe sociale ou Europe économique », *R.D.T.* 2008, p. 80.
- Robé J.-P.**, « L'ordre juridique de l'entreprise », *Droits*, 1997, p. 163.
- Robé J.-P.**, « L'entreprise en droit », *Droit et Société*, 1995, p. 117.
- Rodière P.** « Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 2007, p. 1015.
- Rodière P.**, « La branche professionnelle, l'entreprise et le groupe dans le projet de loi « Fillon » sur le dialogue social », *S.S.L.* 15 décembre 2003, n° 1048, spéc. n°23.
- Rodière P.** « Accord de groupe. L'émergence d'un nouveau cadre de négociation collective », *S.S.L.*, n° 1125, 2 juin 2003, p. 6.
- Rodière P.**, « Observations sur le maintien des avantages acquis face à la modification des règles régissant le contrat de travail », *Dr. soc.* 1986, p. 873.

- Rodière P.**, « L'harmonisation des législations européennes dans le cadre de la C.E.E. », *R.T.D. eur.* 1965, p. 336.
- Rönnma M., Jasper T., Lahera Forteza J.**, « Représentativité et négociation collective (suite et fin) », *R.D.T.* 2007, p. 54.
- Roubier P.**, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Mélanges Georges Ripert*, L.G.D.J. 1950, p. 9.
- Rousseau D.**, « J. Trémeau, La réserve de loi », *R.I.D.C.* 1998, n° 3, p. 989.
- Rozes L.**, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311.
- Sachs-Durand C.**, « Syndicats (IV Unions), *Rép. droit du travail*, Dalloz, 1997, mise à jour 2012.
- Sachs-Durand C., Duquesne F.**, « Syndicats (III Prérogatives et action), *Rép. droit du travail*, Dalloz, 2006, mise à jour 2009.
- Sachs-Durand C.**, « Comité d'entreprise européen et obligation d'information de la direction d'un groupe. Quelle évolution ? », in *Etudes dédiées à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, P.U.S. 2003.
- Sachs-Durand C., Duquesne F.**, « Syndicats (II Constitution et fonctionnement), *Rép. droit du travail*, Dalloz, 1999, mise à jour 2011.
- Sachs-Durand C.**, « Le comité d'entreprise européen, rapport français II, in *Comités d'entreprise européens. Examen juridique du comité d'entreprise européen : vers un amendement de la directive CE 94/45 ?*, Editions Rigaux et Dorssemont Anvers, Rechtswetenschappen 1999, p. 171.
- Sachs-Durand C.**, « Représentation du personnel et codécision dans l'entreprise française », *S.S.L.* 1993, n° 658.
- Sachs-Durand C.**, « La légitimité syndicale dans l'entreprise », *Dr. ouv.* 1993, p. 39.
- Saramito F.**, « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. ouv.* 2000, p. 428.
- Savatier J.**, « Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail », *Dr. soc.* 2004, p. 944.
- Savatier J.**, « Les accords collectifs conclus par des salariés expressément mandatés par des organisations syndicales », *Dr. soc.* 1998, p. 330.

- Savatier J.**, « Les accords collectifs relatifs aux pouvoirs et au fonctionnement des comités d'entreprise », *Dr. soc.* 1993, p. 870.
- Savatier J.**, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *in Les transformations du droit du travail. Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 179.
- Savatier J.**, « Les accords collectifs d'intéressement et de participation », *Dr. soc.* 1988, p. 89.
- Savatier J.**, « Accords d'entreprise atypiques », *Dr. soc.* 1985, p. 188.
- Savatier J.**, « Pouvoir patrimonial et direction des personnes », *Dr. soc.* 1982 ; p. 1.
- Savatier J.**, « Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail », *in Études de droit du travail offertes à A. Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, pp. 527.
- Savatier J.**, « La révolution de mai et le droit du travail », *Dr. soc.* 1968, p. 443.
- Savatier J.**, « La notion de représentativité des syndicats », *Etudes juridiques en l'honneur de Marie-Louis Beaulieu*, Université de Laval 1968, p. 473.
- Savatier J.**, « Les accords collectifs relatifs à l'organisation des élections des représentants du personnel », *Dr. soc.* 1961, p. 608.
- Savatier J.**, « Espèces et variétés dans la famille des accords collectifs », *Dr. soc.* 1960, p. 600.
- Schnorr G.**, « Possibilité et opportunité des conventions collectives européennes », *Dr. soc.* 1971, p. 157.
- Sciberras J.-C.**, « Pratiques et perspectives de la négociation collective européenne. Impressions », *Travail et emploi* 1989, p. 22.
- Sève R.**, « Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores », *Arch. Phil. Dr. T. 27 : « Sources » du droit*, 1982.
- Simon D.**, « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs* 2011, p. 19 et spéc. p. 26.
- Simon D.**, « Des influences réciproques entre C.J.C.E. et C.E.D.H. : "je t'aime moi non plus" ? », *Pouvoirs* 2001, p. 31.
- Simon D.**, « La directive », *Rep. Droit communautaire*, 1998, mise à jour mars 2012.
- Simon D., Rigaux A.**, « Solange, le mot magique du dialogue des juges », *Europe* 2010, repère 7.
- Simon D., Rigaux A.**, « La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonances(s) des monologues juridiques croisés », *C.C.C.* 2010, p. 63.

- Sobczack A.**, « Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux », in Descolonges M., Saincy B., (dir.) *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, éd. La Découverte, coll. Entreprise et société, 2006, p.93.
- Soubiran-Paillet F.** « Formes juridiques concurrentes et catégorisation : la création du syndicat français de 1884 », *Genèses* 1997, p. 30.
- Soubiran-Paillet F.**, « Du syndicat négocié à la négociation syndicale », in P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir), *Droit négocié, droit imposé*, F.U.S.L., 2002, p. 677.
- Souriac M.-A.**, « Les réformes de la négociation collective », *R.D.T.* 2009, p. 14.
- Souriac M.-A.**, « Règle de faveur : l'ombre d'un doute », *R.D.T.* 2008, p. 399.
- Souriac M.-A.**, « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? », *R.D.T.* 2008, p. 188.
- Souriac M.-A.**, « Quelle autonomie pour la négociation collective d'entreprise ? », in G. Borenfreund, A. Lyon-Caen, M.-A. Souriac et I. Vacaric (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 89.
- Souriac M.-A.**, « L'articulation des niveaux de négociation », *Dr. soc.* 2004, p. 579.
- Souriac M.-A.**, « Engagements et arrangements sur l'emploi. Quelle efficacité juridique ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1061.
- Souriac M.-A.**, « Le contrôle de la légalité interne des accords collectifs », *Dr. soc.* 1996, p. 395.
- Souriac M.-A.**, « Négociation collective d'entreprise et consultation du comité d'entreprise », *Action juridique* 1996, n° 118.
- Souriac M.-A.**, « Regards sur le référendum », *L.S. mensuel*, décembre 1993, p. 88.
- Souriac M.-A.**, « Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques », *Dr. soc.* 1991, p. 491.
- Souriac M.-A.**, « Les incertitudes juridiques de la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p. 737.
- Souriac M.-A.**, « Le droit à la négociation et sa sanction », *Dr. soc.* 1982, p. 729.
- Souriac M.-A., Borenfreund G.**, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 73.
- Souriac M.-A., Borenfreund G.**, « La Négociation collective entre désillusion et illusions », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, 2001, p. 181.

Souriac M.-A., Morand M., « Accords de compétitivité : quels engagements sur l'emploi », *R.D.T.* 2012, p. 194.

Souriac M.-A., Nadal S., « Le droit de grève dans les services publics des transports : regards sur la loi du 21 août 2007 », *R.D.T.* 2007, p. 738.

Spyropoulos G., « les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation », *Dr. soc.* 1999, p. 233.

Spyropoulos G., « Le rôle de la négociation collective dans l'harmonisation des systèmes sociaux européens », *R.I.D.C.* 1966, p. 19.

Spyropoulos G., « Le monopole syndical d'emploi et la liberté syndicale », *Dr. soc.* 1956, p. 264.

Struillou Y., « Organisation et déroulement des opérations électorales : quelles conditions de majorité ? », *R.J.S.* 1/12, p. 9.

Sudre F., « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *R.T.D.H.* 2003, p. 755.

Sudre F., « La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les nouveaux droits de l'homme en Europe, Bruxelles*, Bruylant, 1999, p. 103.

Sudre F., « La "perméabilité" de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », in *Pouvoir et Liberté – Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles 1998, p. 467.

Sudre F., « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », *R.F.D.C.*, 1993, p. 216.

Supiot A., « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », *Dr. soc.* 2003, p. 59.

Supiot A., « Cinq questions pour la constitution d'une société européenne », *D.* 2003, p. 289.

Supiot A., « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'I.N.R.* 2001, n°43.

Supiot A., « La loi dévorée par la convention ? » in P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, P.U.S.L. 1996, p.631.

Supiot A., « Parité, égalité, majorité, dans les relations collectives de travail », in *Le droit collectif du travail : questions fondamentales – évolutions récentes, Etudes en hommage à H. Sinay*, éd. P. Lang 1994, p. 59.

Supiot A., « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. soc.* 1992, p. 215.

- Supiot A.**, « La fraternité et la loi », *Dr. soc.* 1990, p. 110
- Supiot A.**, « Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise », *Dr. soc.* 1989, p. 195.
- Supiot A.**, « Les accords préélectoraux », *Dr. soc.* 1988, p. 115.
- Supiot A.**, « Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise », *R.T.D. com.* 1985, p. 621.
- Supiot A.**, « Délégation, normalisation et droit du travail », *Dr. soc.* 1984, p. 296.
- Supiot A.**, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p. 63.
- Supiot A., Chouraqui A.**, « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Droit et société* 1989, p. 415.
- Terré F.**, « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », in B. Teyssié (dir.), *Les sources du droit du travail*, P.U.F., 1^{ère} édition, 1998
- Terré F.**, « Jurisprudence ? », *R.T.D. civ.* 1992, p. 355.
- Terré D.**, « Le pluralisme et le droit », *Le pluralisme Arch. Ph. Dr.*, tome 49, 2005, p. 69.
- Teubner G.**, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *R.F.G.* 1982, p. 51.
- Teyssié B.**, « Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs », *J.C.P. éd. S.* 2008. 1075.
- Teyssié B.**, « La représentation des salariés dans la négociation collective d'entreprise », *R.I.D.C.* 2006, p. 503.
- Teyssié B.**, « Le contrat dans le droit des instances européennes de représentation du personnel », *Mélanges Béguin*, Litec 2005, p. 743.
- Teyssié B.**, « Le maintien de la "valeur hiérarchique" des conventions et accords collectifs antérieurs à la loi du 4 mai 2004 », *S.S.L.* 2004, n° 1175, p. 6.
- Teyssié B.**, « L'articulation et la hiérarchie des normes en droit du travail français. Le droit d'aujourd'hui et les perspectives de demain » A.F.E.R.P. Actes du Colloque, *Les cahiers de l'A.F.E.R.P.* 2003, p. 100.
- Teyssié B.**, « Les commissions paritaires professionnelles ou interprofessionnelles », *J.C.P. E* 2004, Etude n° 1545, p. 1670.
- Teyssié B.**, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *TP.S.* 1998, p. 6
- Teyssié B.**, « L'entreprise et le droit du travail », *Arc. Phil. Dr.* 1997, p. 355.

- Teyssié B.**, « La négociation collective et la norme communautaire après l'entrée en vigueur de l'Accord européen sur la politique sociale », *J.C.P.* éd. E 1994.352.
- Teyssié B.**, « A propos de la négociation collective d'entreprise », *Dr. soc.* 1990, p. 577.
- Teyssié B.**, « Aspects juridiques de la négociation collective d'entreprise », *J.C.P.* éd. E 1985, p. 17.
- Teyssié B.**, « L'interlocuteur des salariés », *Dr. soc.* 1982, p. 41.
- Thibierge C.**, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 526.
- Thibierge C.**, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *R.T.D. civ.* 2003, p. 599.
- Thiébaud H.**, « La négociation collective, l'expérience allemande », *Dr. soc.* 1990, p. 647.
- Timsit G.**, « La régulation. La notion et le phénomène », *R.F.A.P.* 2004, p. 5.
- Timsit G.**, « Sur l'engendrement du droit », *R.D.P.* 1988, p. 39.
- Tissandier H.**, « L'avenir s'éclaire pour la C.F.E.-C.G.C. », *R.D.T.* 2011, p. 513.
- Tissandier H.**, « L'articulation des niveaux de négociation : à la recherche de nouveaux principes », *Dr. Soc.* 1997, p. 1045.
- Tissandier H.**, « L'articulation des niveaux de négociation : des principes en mutation », *S.S.L.* 2004, n° 1183.
- Troper M.**, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *R.D.P.S.P. en France et à l'étranger* 1978, p. 1531.
- Tusseau G.**, « Le(s) concept(s) de « pluralisme syndical », *R.D.T.* 2007, p. 636.
- Vacarie I.**, « La renonciation du salarié », *Dr. soc.* 1990, p. 757.
- Vacarie I., Lyon-Caen A.**, « Droits fondamentaux et droit du travail », in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXIème siècle, Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 240.
- Vachet G.**, « L'articulation accord d'entreprise, accord de branche : concurrence, complémentarité, ou primauté ? », *Dr. soc.* 2009, p. 896.
- Vachet G.**, « La fonction organisationnelle de la convention collective », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 559.

- Vachet G.**, « Les accords atypiques », *Dr. soc.* 1990, p. 624.
- Valdès Dal-Re F.**, « L'implication des travailleurs dans la société européenne : un paradigme du nouveau droit communautaire », in J.-S. Bergé, M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, colloque international. Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X Nanterre, 28 janvier, au 1^{er} février 2003, Bruylant Bruxelles, 2003, p. 57.
- Valdès Dal-Re F.**, « La Négociation collective (et la Constitution) », *A.I.J.C.* 1997, p. 348.
- Van Asbeck F.-M.**, « La charte sociale européenne : sa portée juridique, la mise en œuvre », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, éd. Pedone, 1964.
- Vander Elst R.**, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne », in *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, éd. Université de Bruxelles, 1976, p. 1.
- Vatinet R.** « Négociation d'entreprise et négociation de groupe », *J.C.P.* éd. S 2012. 1238.
- Vatinet R.**, « L'ordre public », in Teyssié B. (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2009, p. 89.
- Vatinet R.**, « Un nouveau droit des conflits collectifs », *Dr. soc.* 2008, p. 671.
- Vatinet R.**, « L'expression des salariés », in *Mélanges offerts au Professeur Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 400.
- Vedel G., Rivero J.**, « Les principes économiques et sociaux de la constitution: le Préambule », in *Pages de doctrine*, Tome 1, L.G.D.J. 1980, p. 93.
- Veneziani B.**, « La liberté syndicale en droit comparé », *A.I.J.C.* 1997, p. 377.
- Vélot F.**, « Dérogation à la durée des mandats : rappel à la loi », *S.S.L.* 12 juin 2006, n° 1266, p. 14.
- Veneziani B.**, « La liberté syndicale en droit comparé », *A.I.J.C.* 1997, p. 377.
- Verdier J.-M.**, « Les représentants des salariés : "protégés" ou exposés ? Liberté fondamentale et logique du statut », in *Analyse juridique et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 571.
- Verdier J.-M.**, « Négocier la représentation : quels agents, quels pouvoirs, quel statut ? », *Dr. soc.* 1997, p. 1040.

- Verdier J.-M.**, « Liberté et égalité : le pluralisme syndical à l'épreuve des accords collectifs relatifs à l'exercice du droit syndical », *Le droit collectif du travail, Questions fondamentales - Évolutions récentes. Études en hommages à Mme le Professeur H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 69.
- Verdier J.-M.**, « L'apport des normes de l'O.I.T. au droit français du travail », *R.I.T.* 1993, p. 747.
- Verdier J.-M.**, « L'apport des normes de l'O.I.T. au droit français du travail », *in Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 51.
- Verdier J.-M.**, « Réalité, authenticité et représentativités syndicales », *in Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, Librairies sociales et économiques, 1974, p.571.
- Verdier J.-M.**, « Sur la relation entre représentation et représentativité syndicales », *Dr. soc.* 1991, p. 5.
- Verdier J.-M.**, « Sur les rapports entre la représentativité syndicale et la représentation élue du personnel dans l'entreprise », *Etudes offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 263.
- Verdier J.-M., Langlois P.**, « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, p. 253.
- Véricel M.**, « La loi du 20 août 2008 : une loi de revanche ? », *R.D.T.* 2008, p. 574.
- Véricel M.**, « Sur le pouvoir normateur de l'employeur », *Dr. soc.* 1991, p. 120.
- Verkindt P.-Y.**, « Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale », *J.C.P.* Ed. S 2012, 1233.
- Verkindt P.-Y.**, « L'entreprise », *in* Teyssié B. (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, Ed. Panthéon-Assas, 2009, p. 43.
- Verkindt P.-Y.**, « Les élections professionnelles dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2009, p. 648.
- Viet V.**, « Les républicains face aux grèves : intervenir pour ne plus avoir à intervenir (1880-1914) », *Cahiers Jaurès*, 2011, n° 199, p. 53.
- Vigneau C.**, « Etude sur l'autonomie collective au niveau européen », *R.T.D. eur.* 2002, p. 653.
- Virally M.**, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes » *in Mélanges H. Rolin*, A. Pedone, 1964, p. 488.
- Virally M.**, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », *Annuaire français de droit international*, 1956, pp. 66.
- Virville (de) M.**, *Pour un code du travail plus efficace*, La documentation française, 1981.

Vogel-Polsky E., « Quel futur pour l'Europe sociale après le Sommet de Strasbourg », *Dr. soc.* 1990, p. 219.

Vullierme J.-L., « Les anastomoses du droit. (Spéculations sur les sources du droit) », *Arch. Phil. Dr. T. 27* : « Sources » du droit, 1982, p. 7.

Waquet P., « Le renouveau du contrat de travail », *R.J.S.* 5/99, p. 383.

Waquet P., « Contrat de travail et statut collectif », *R.J.S.* 1994, p. 399.

Wendeling-Schröder U., Rémy P., Vallée G., « Représentativité et négociation collective (suite) », *R.D.T.* 2006, p. 408.

Wisskirchen A., « Le système normatif de l'O.I.T. : pratique et questions juridiques », *R.I.T.* 2005, p. 267.

Wolmark C., « Les transformations du droit français de la représentation collective », in M.-A. Moreau (dir.), *La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit comparé*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p. 163.

Yamaguchi T., « Autonomie syndicale, démocratie syndicale et liberté d'action syndicale au sein de l'entreprise en droit japonais », *R.I.D.C.* 1984, p. 695.

IV – Conclusions, rapports et notes de décisions de justice

Akandji-Kombé J.-F., note sous Déc. du 3 fév. 2012, n° 2011-216 Q.P.C., « Une décision qui sonne le glas de la QPC sur la loi du 20 août 2008 ? A propos des conditions de désignation du R.S.C.E., *S.S.L.* 2012 n°1525, p. 13-14.

Akandji-Kombé J.-F., note sous Soc, 14 avril 2010, *Bull. civ.* 2010, V, n° 100 ; *R.D.T.* 2010, p. 374.

Akandji-Kombé J.-F., obs. sous A.P. 16 avril 2010, n° 10-40.002, « Q.P.C. versus question préjudicielle posée à la C.J.U.E : à qui la priorité ? », *J.C.P.* éd. G. 2010.563.

Akandji-Kombé J.-F., note sous A.P. 18 juin 2010, n° pourvoi 10-40.005, 10-40.006 et 10-40.007 (à paraître au *Bulletin*) 5, « Question prioritaire de constitutionnalité : la Chambre sociale de la Cour de cassation, juge constitutionnel ? », *Constitutions* 2010, p. 587.

Akandji-Kombé J.-F., note sous Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010, *J.O.R.F.* du 8 octobre 2010, p. 18235, « Question prioritaire de constitutionnalité et droit social », *R.D.T.* 2010, p. 628.

Akandji-Kombé J.-F., Mazars M.-F., note sous A.P. 18 juin 2010, n° pourvoi 10-40.005, 10-40.006 et 10-40.007 (à paraître au *Bulletin*), « Q.P.C. : la Cour de cassation filtre-t-elle trop ? », *R.D.T.* 2010, p. 622.

Akandji-Kombé J.-F., note sous T.G.I Brest, 27 octobre 2009, « Tonnerre de Brest ou pétard mouillé » *S.S.L.* 2009 n° 1421.

Alvarez-Pujana N., note sous Crim, 4 avril 1991, *Bull. crim.*, n° 164, *Dr. ouv.* 1991, p. 313.

Antonmattéi P.-H., note sous Déc. 2010-42 QPC du 7 octobre 2010 - « Un privilège est jugé conforme à la Constitution », *S.S.L.* 2010, n° 1463.

Alland D., note sous C.E. 30 octobre 1998, *Sarran* n° 200286, 200287, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *R.F.D.A.* 1998, p. 1094.

Antonmattéi P.-H., note sous Soc. 1^{er} juillet 2009, *Bull. civ.* V, n° 168, *Dr. soc.* 2009, p. 1169.

Antonmattéi P.-H., note sous Soc, 12 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 221, *Dr. soc.* 2001, p. 1019.

Antonmattéi P.-H., note sous Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219, « Comité d'entreprise et négociation collective : le courant passe », *R.J.S.* 8-9/98, p. 612.

Antonmattéi P.-H., note sous Soc, 29 juin 1994, *Bull. civ.* V, n° 219, *J.C.P.* 1995.3817, n° 7.

Arseguel A., Soc, 20 octobre 1999, *Bull. civ.* V, n° 391 ; *D.* 2000 p. 385.

Aubert M., Broussy E., Donnat F., obs. sous C.J.U.E. 22 décembre 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, *A.J.D.A.* 2011, p. 264. *J.C.P.* 1995.3817.

Aubert-Monpeyssen T., note sous Soc. 1^{er} juillet 2009, *Bull. civ.* V, n° 168 ; *J.C.P.* éd. E 2009. 2198.

Aubert-Monpeyssen T., note sous Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219, *J.C.P.* éd. E, 1998.1407.

Aubert-Monpeyssen T., note sous Soc, 3 novembre 1999, *D.* 2000, p. 368.

Aubert-Monpeyssen T., note sous Soc, 22 janvier 1998, *D.* 1998, p. 480.

Avril P. et Gicquel J., note sous Déc. n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, Loi relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *Rec.*, p. 547, *Pouvoirs*, 1994, p. 207.

Avril P. et Gicquel J., note sous Déc. 89-257 DC du 25 juillet 1989, Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, *Rec.* p.59, *Pouvoirs* 1990 n° 52, p.187.

Avril P. et Gicquel J., note sous Déc. n°82-142 D.C. du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification, *Rec.* p. 52, *Pouvoirs*, 1982, vol. 23, p. 184.

Avril P. et Gicquel J., note sous Déc. n° 77-92 D.C. du 18 janvier 1978, Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale), *Rec.* p. 21, *Pouvoirs* 1978 n° 5 p. 186.

Avril P. et Gicquel J., note sous Déc. 77-79 D.C. du 5 juillet 1977 – Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, *Rec.* p. 35, *Pouvoirs* 1977 n°3 p. 179.

Ballet S., note sous A.P. 18 mars 1988, *Bull. A.P.* n° 3 ; *Dr. ouv.* 1988, p. 518.

Barberot C., note sous Soc, 16 décembre 1998, *Bull. civ.* V, n° 566 ; *R.J.S.* 2/99, p. 96.

Barberot C., note sous Soc, 10 juin 1997, *R.J.S.* 7/97, n° 843.

Barthélémy J., Bailly P., note sous Soc. 1^{er} juillet 2009, *Bull. civ.* V, n° 168 ; *S.S.L.* n° 1414, p. 6.

Béal S. et Terrenoire C., note sous Soc, 22 septembre 2010, n° 09-60.410, *Bull. civ.* V, n° 194 ; *J.C.P.* éd. S 2010.

Béchillon (de) D., obs. sous A.P. 16 avril 2010, n° 10-40.002, « La question de constitutionnalité peut-elle être "prioritaire" ? - Un arrière-plan à ne pas perdre de vue », *J.C.P.* éd. G. 2010.550.

Beigner B., Mouton S., note sous A.P. 2 juin 2000, *Bull. A.P.* n° 4, « La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001. p. 1636.

Benoît-Rohmer F., obs. sous C.J.U.E. 1^{er} mars 2010, C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, *R.T.D. civ.* 2012, p. 405

Béraud J.-M., note sous Soc, 14 avril 2010, *Bull. civ.* 2010, V, n° 100 ; *R.D.T.* 2010, p. 276.

Béraud J.-M., note sous Déc. n° 2008-568 D.C. du 7 août 2008 et A.P. 8 juillet 2010, Q.P.C. n° 10-60.189, *R.D.T.* 2010, p. 564.

Béraud J.-M., note sous Soc, 19 juin 1987, *Bull. civ.* V, n° 406 ; *D.* 1988, p. 94.

Béraud J.-M., note sous Crim. 4 novembre 1981, *Bull. crim.* n° 294 ; *D.* 1982, p 321.

Bernaud V., note sous Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010, *Rec.* p. 278 ; *D.* 2011, p. 1773.

Bernaud V., Petit F., note sous A.P. 18 juin et 8 juillet 2010 « La Cour de cassation face aux premières questions prioritaires de constitutionnalité : la porte étroite », *D.* 2010, p. 2264.

Bernaud V., Gay L., note sous C.E. 8 février 2007, n° 287110 ; *D.* 2007, p. 1066.

Bertrand, concl. sur C.E. Ass. 28 juin 1974, Fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux de la C.F.D.T., *Rec.* p. 380, *R.T.D.S.S.* 1974, p. 699.

Blanchet, concl. sur Soc, 5 mars 1957, *Bull. civ.* IV, n° 292, *Dr. soc.* 1957, p. 278.

Bonnechère M., T.G.I. Nanterre, réf. 1^{er} août 2003, n° 03/02164 ; *Dr. ouv.* 2004, p. 390.

Bonnin V., note sous C.J.C.E. 18 janvier 2007, Aff. C. 385/05, *J.O.U.E.* 2007/C-56/15 du 10 mars 2007, « L'exclusion des travailleurs de moins de 26 ans et le droit communautaire », *D.* 2007 p.776.

Borenfreund G., note sous Soc, 10 novembre 2010, « La notion d'établissement distinct à la croisée des chemins », *R.D.T.* 2011, p. 24.

Borenfreund G., note sous Soc, 18 mai 2011, n° 10-60.383, « Le périmètre de désignation des délégués syndicaux : les ressorts d'un changement de cap », *R.D.T.* 2011, p. 419.

Borenfreund G., note sous Soc, 8 juillet 2009, *Bull. civ.* V, n° 179 (n°09-60.015) ; *S.S.L.* 2009, n° 1142.

Borenfreund G., note sous Soc, 22 janvier 2008, *R.D.T.* 2008, p. 324.

Borenfreund G., note sous Soc, 10 octobre 2007, *Dr. soc.* 2008, p. 106.

Borenfreund G., note sous Soc, 3 mai 2007, *Bull. civ.* V n° 68, *R.D.T.* 2007, p. 536.

Borenfreund G., note sous Soc, 16 novembre 2005, *D.* 2006, p. 417.

Borenfreund G., note sous Soc, 29 mai 2001, *Bull. civ.* 2001, V, n° 185, *Dr. soc.* 2001, p. 821.

Borenfreund G., Soc, 4 mai 1994, *Bull. civ.* V, n° 164 ; *Dr. soc.* 1994, p. 694.

Borenfreund G., note sous Soc, 30 octobre 1991, inédit ; *D.* 1992, p. 285.

Borenfreund G., note sous Soc, 9 octobre 1991, n° 90-60.456, *D.* 1992, p. 298.

Borenfreund G., note sous Soc, 20 décembre 1988, *Bull. civ.* V n° 671, *D.* 1990, p. 160.

Bouaziz P., Soc, 30 mai 2001, *bull. civ.* V, n° 191 ; *Dr. ouv.* 2001 p. 383.

Boubli B., obs. à propos de l'arrêt Cégélec du 29 mai 2001, *S.S.L.* 11 juin 2001, n° 1032.

Boubli B., note sous Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219 - « La consultation du comité d'entreprise lors de la conclusion d'un accord collectif », *S.S.L.* du 26 juin 1998, p. 893.

Boubli B., note sous Soc, 8 octobre 1996, *Bull. civ.* V, n° 316, *T.P.S.* 1997, n° 29.

- Boulmier D.**, note sous Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 219 - « Consultation et négociation dans l'entreprise : la navette sociale, un remède à la pesanteur », *Dr. ouv.* 1998, p. 350.
- Braun A., Rennes P.**, obs. sous Soc, 14 avril 2010, *Bull. civ. V*, n° 100, *Dr. ouv.* 2010, p. 405.
- Bousez F.**, note sous Soc, 20 octobre 1999, *Bull. civ. V*, n° 391 ; *JCP* éd. E 2000 p. 944.
- Brèthe de la Gressaye J.**, note sous Soc, 9 mai 1968, C.F.D.T.-C.F.T.C., *Bull. civ. V*, n° 234, *D.*1968, p. 602.
- Brèthe de la Gressaye J.**, note sous Soc, 5 mars 1957, *Bull. civ. IV*, n° 292, *D.* 1958, p. 92.
- Brousse A.**, Soc, 18 mai 2011, n° pourvoi 10-60.406, *R.D.T.* 2011, p. 449.
- Broussole Y.**, note sous Déc. n° 94-348 D.C. du 4 août 1994 D.C., *Rec.* p. 117 « Le paradoxe de la liberté contractuelle », *J.C.P.* éd. G. 1995.22404.
- Burgogue-Larsen L.**, note sous C.J.U.E. 1^{er} mars 2010, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, *A.J.D.A.* 2011, p. 967.
- Cabannes P.**, concl. sur A.P. 15 mars 1985, *Dr. soc.* 1985, p. 467.
- Calvès G.**, note sous C.J.U.E. 1^{er} mars 2010, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, *R.D.S.S.* 2011, p. 645.
- Camerlynck G.-H.**, note sous Soc, 16 juin 1960, *Bull. civ. V*, n° 639 ; *J.C.P.* 1960. 11831.
- Cassia P.**, note sous C.E. 8 février 2007, n° 287110, *A.J.D.A.* 2007, p. 1097 et *R.T.D. civ.* 2007, p. 378.
- Césaro J.-F.**, Soc, 24 mai 2006, *Bull. Civ. V*, n° 187 ; *J.C.P.* éd. S 2006, p. 1646.
- Chabas F.**, note sous Déc. 82-144 D.C. du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel, *Rec.* p. 61, *Gaz. Pal.* 1983 n° 28/29, p. 6.
- Chagnollaud D.**, note sous Déc. 2001-454 du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse, *Rec.* p. 70 - « Le Conseil constitutionnel et la Corse : la question du pouvoir législatif délégué », *Pouvoirs locaux* 2002, p. 123.
- Chalaron Y.**, D.C. 82-145, 10 nov. 1982, *J.O.R.F.* 11 novembre 1982, « La sanction pénale du droit conventionnel : une nouvelle base ? », *Dr. soc.* 1984, p. 505.
- Chauchard J.-P.**, note sous A.P.18 mars 1988, *Bull. A.P.* n° 3 ; *D.* 1989, p. 211.
- Chauvy Y.**, conclusions sur Soc, 30 juin 1993, *Bull. civ. V*, n° 191 ; *R.J.S.* 1993, p. 496.

Chelle D., Prétot X., note sous Déc. 96-383 DC du 6 novembre 1996. *Rec.* p.128, précitée ; Déc. 2004-494 D.C. du 29 avril 2004, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *Rec.* p. 91, « La loi relative à la négociation collective est conforme à la Constitution », *D.* 2004, p. 3029.

Chérot J.-Y., note sous Déc. n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, Loi relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *Rec.*, p. 547, *R.F.D.C.*, 1994, p. 138 ; « Le principe de participation des travailleurs en droit constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 1994, 2, Doc. p. 837.

Chorin J., note sous Soc, 17 juillet 1996, *Bull. civ.* V, n° 1996 ; *J.C.P.* éd. E 117, p. 22798.

Clapié M., « Le Conseil d'Etat et le Préambule de la Constitution de 1946 », *Rev. Adm.* 1997, n° 297, p. 278.

Cohen M., note sous Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219 - « La consultation du comité d'entreprise avant la conclusion d'un accord collectif », *R.J.S.* 6/98, p. 435.

Cohen M., note sous Soc, 5 mai 1993, n° 90-12.996, *Dr. soc.* 1993, p. 656.

Cohen M., note sous Crim. 16 mars 1993, *Dr. soc.* 1993, p. 653.

Cohen M., note sous Crim. 4 novembre 1981, *Bull. crim.* n° 294 ; « Les entraves directes et indirectes à l'exercice du droit syndical et du droit de grève », *Dr. soc.* 1978, p 268.

Corrignan-Carsin D., note sous Soc, 13 avril 1999, *Bull. civ.* V, n° 172 ; *J.C.P.* G 1999. 10116.

Cour de cassation, *Rapport annuel*, La documentation française, 1999.

Cour de cassation, *Rapport annuel*, La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de discrimination, La documentation française, 2008.

Couturier G., note sous Soc, 19 mars 2003, *Bull. civ.* V, n° 105 ; *Dr. soc.* 2003, p. 252.

Couturier G., note sous Soc, 7 mai 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 730.

Couturier G., note sous Soc, 22 janvier 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 292.

Couturier G., note sous Soc, 9 juillet 1997, *Bull. civ.* V, n° 263, *Dr. soc.* 1997, p. 994.

Couturier G., note sous Soc, 1^{er} avril 1988, *Bull. civ.* V, n° 195 ; *Dr. soc.* 1998, p. 724.

Dabin J., note sous Cass, 9 décembre 1957, *R.C.J.B.* 1958, p. 247.

Darmaisin S., note sous Soc, 26 mars 2002, *Bull. civ.* V, n° 107 ; *J.C.P.* éd. E 2002, p. 1764.

Dauxerre N., Soc, 23 octobre 2007, *Bull. civ.* V, n° 174 ; *J.C.P.* éd. S. 2008, n°7, p. 1095.

Dardalhon L., note sous Déc. n° 2004-494 D.C., 29 avril 2004, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, « La réforme du droit des conventions collectives devant le Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.* 2005, p. 409.

Debène M., note sous Déc. 77-79 D.C. du 5 juillet 1977, Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale, *Rec. p. 35*, *J.C.P.* éd. G 1979.19186.

Dedessus-Le-Moustier G., Soc, 21 septembre 2011, n° 10-19.017 et 10-23.247, FS P+B ; *J.C.P.* éd. G 2011, p. 1086.

Despax M., note sous Soc, 7 novembre 1990, *Dr. Soc.* 1990, p. 295.

Despax M., note sous Soc, 19 décembre 1972, *D.1972*, p. 381.

Deumier P., note sous C.E. 8 février 2007, n° 287110, « Constitution et droit communautaire dérivé : la voix du Conseil d'Etat dans le dialogue des juges », *D.* 2007, p. 2742.

Dockès E., note sous Soc, 13 juillet 2004, *Bull. civ. V*, n° 205, « Le pouvoir patronal au-dessus des lois », *Dr. ouv.* 2005, p. 1.

Dontenville H., concl. sur A.P. 6 juillet 1990, *Bull. A.P.* n° 10 ; *R.J.S.* 1990, n° 702.

Dubouis L., note sous C.E. 24 septembre 1990, *Boisdet*, *Rec. p. 251* ; *R.F.D.A.* 1991, p. 172.

Duplat I., concl. sur Soc, 29 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 186 ; *R.J.S.* 10/2001, n° 1160.

Duquesne F., note sous Soc, 12 juillet 2006, *Bull. civ.* n° 252 ; *J.C.P.* 2006. 10186.

Durand P., note sous Soc, 1^{er} juin 1951, *Bull. cass.* n° 432 ; « Le nouveau droit jurisprudentiel de la grève », *Dr. soc.* 1951, p. 526.

Dutheil de La Rochère J., obs. sous A.P. 16 avril 2010, n° 10-40.002, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. La porte étroite », *R.T.D. eur.* 2010, p. 577.

Esmein P., note sous Soc, 31 mai 1956, Brinon, *J.C.P.* 1956 II 9397.

Fabre A., note sous Soc, 24 juin 2008, *Bull. civ. V*, n° 140, *R.D.T.* 2008, p. 666.

Fabre A., note sous Soc, 3 mai 2007, *Bull. civ. V* n° 68, *D.* 2007, p. 1505.

Falcinaigre, rapp. sur Ch. Réunion, 5 avril 1913, *D.P.* 1914, I, 65.

Favoreu L., note sous Déc. 2001-454 du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse, *Rec. p. 70*, « Le respect de la répartition des compétences normatives établie par la Constitution », *R.F.D.C.* 2002, p. 410.

- Favoreu L.**, note sous C.C., 20 mars 1997, D.C. n° 97-388, *Rec.* p. 31, *R.F.D.C.* 1997, p. 329.
- Favoreu L.**, note sous Déc. n°82-142 D.C. du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification, *Rec.* p. 52, *R.D.P.* 1983, p. 333.
- Favoreu L.**, note sous Déc. n° 77-92 D.C. du 18 janvier 1978, Loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle (contre-visite médicale), *Rec.* p. 21, *R.D.P.* 1978 p. 835.
- Foyer J., Holleaux D.**, note sous Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *R.C.D.I.P.* 1976, p. 347.
- Freyria C.**, note sous Soc, 7 janvier 1988, n° 86-60.544, *Dr. soc.* 1988, p. 464.
- François G.**, note sous Soc, 25 janvier 2012, n° 11-14.151, *J.C.P.* éd. S 2012, p. 1112.
- Frossard S.**, note sous Soc, 5 octobre 1994, *Bull. civ. V*, n° 260 ; *D.* 1995, p. 373.
- Frossard S.**, note sous Soc, 8 novembre 1994, *Bull. civ. V*, n° 296 ; *D.* 1995, p. 354.
- Frossard S.**, note sous Soc, 20 mai 1992, *Bull. civ. V*, n°327 ; *D.* 1992, p. 262.
- Frossard S.**, note sous Soc, 11 décembre 1985, *Bull. civ. V*, n° 604 ; *D.* 1986, p. 385.
- Frossard S.**, note sous A.P. 15 mars 1985, *D.* 1986, p. 382.
- Frouin J.-Y.**, note sous Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 219 - « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *Dr. soc.* 1998, p. 583.
- Frydman P.**, concl. sur C.E. Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.* 190.
- Gaïa P.** note sous Déc. n° 94-348 D.C. du 4 août 1994 D.C. *Rec.* p. 117, *R.F.D.C.* 1994, p. 832 ; *D.* 1995, p. 351.
- Gauriau B.**, note sous Soc, 22 septembre 2010, *Bull. civ. V*, n° 194 ; *J.C.P.* éd. S 2010, p. 1499.
- Gauriau B.**, note sous Soc, 14 avril 2010, *Bull. civ. V*, n° 100, *J.C.P.* éd. S 2010.24.
- Gauriau B.**, note sous Soc, 3 mars 2010, « Liberté syndicale et représentativité syndicale », *J.C.P.* éd. S. 2010.1190.
- Gauriau B.**, note sous Soc, 13 janvier 2010, *Bull. Civ. V*, n° 7 ; *JCPS* 2010, p. 1066.
- Gauriau B.**, note sous Soc, 1^{er} février 2006, *Bull. civ. V*, n°51 ; « A propos de quelques accords relatifs au droit syndical en entreprise », *J.C.P.* éd. S. 2006, p. 1253.
- Gauriau B.**, note sous Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ. V*, n°155, « La consécration jurisprudentielle de la représentation syndicale de groupe et de l'accord de groupe », *Dr. soc.* 2003, p. 732.

Genevois B., note sous C.E. Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, *R.F.D.A.* 1989, p. 824.

Genevois B., note sous Déc. 89-257 DC du 25 juillet 1989, Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, *Rec.* p.59, *A.I.J.C.* 1989 p. 488, 503.

Ghestin J., note sous 1^{ère} civ. 16 mars 2004, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p. 2239.

Godard O., note sous Crim, 4 avril 1991, *Bull. crim.*, n° 164, *J.C.P.*, éd. E 1991.213.

Goineau J., note sous Soc. 13 juillet 1988, *Bull. civ. V* n°454 ; *D.* 1989 p. 202.

Gosselin H., rapport sur Soc, 8 juin 2011, n° 10-14.725 (n° 1464 FS-PBRI), « Accord collectif et principe d'égalité de traitement ».

Grangé J., El Aougri N., note sous Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ. V*, n°155, « Accords collectifs : la négociation de groupe », *S.S.L.* 2003, n° 1144, p. 5.

Grévy M., note sous Soc, 18 janvier 2011, n° 09-12.240, inédit., « Exercice du droit syndical dans l'entreprise : nature juridique des accords sur le droit syndical et licéité de la diffusion de tracts syndicaux », *R.D.T.* 2011, p. 190.

Grévy M., note sous C.E., 1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies, 23 décembre 2010 ; *Rec.* n° 332493 ; *Dr. ouv.* 2011, p. 336.

Grévy M., note sous Soc, 16 janvier 2008, *Bull. civ. V*, n° 9 ; *R.D.T.* 2008, p. 250.

Grévy M., note sous Soc, 23 octobre 2007, *Bull. civ. V*, n° 174 ; *R.D.T.* 2008, p. 46.

Grévy M., note sous Soc, 15 mars 2006, *Bull. civ. V*, n°111 ; *R.D.T.* 2006, p. 114.

Grass E., obs. sous C.J.U.E. 1^{er} mars 2010, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, *Dr. soc.* 2011, p. 689.

Guyader H., note sous Soc, 23 septembre 2009, *Bull. civ. V*, n° 195, *J.C.P.* éd S 2010, 1050.

Guyomar M., concl. sur C.E. 3 juin 2009, Société Arcelor Atlantique et autres n° 287110, *R.F.D.A.* 2009, p. 800.

Guyomar M., concl. sur C.E. 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et autres n° 287110 *R.F.D.A.* 2007, p. 387.

Hamon L., note sous Déc. n° 85-162 D.C. du 20 juillet 1983, *Rec.* p. 49, « Emploi, démocratisation du secteur public et Sécurité sociale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1984, p. 163.

Hamon L., note sous Déc. 82-145 D.C. 10 nov. 1982, *J.O.R.F.* 11 novembre 1982 ; *Dr. soc.* 1983. 162, Chron. Hamon.

Hamon L., note sous Déc. 82-144 D.C. du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel, *Rec.* p. 61, « Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Dr. soc.* 1983 p. 155.

Hauser J., obs. sous C.J.U.E. 22 décembre 2010, C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein, *R.T.D. civ.*, 2011, p. 98.

Hervieu N., obs. sous C.E.D.H. 12 novembre 2008, Demir et Baykara C/ Turquie, req. n° 34503/97, *R.D.T.* 2009, p. 288.

Honorat E., Schwartz R., note sous C.E. 24 septembre 1990, Boisdet, *Rec.* p. 251 ; *A.J.* 1990, p. 863.

Honorat E., Baptiste E., obs. sous C.E. Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, *A.J.* 1989, p. 756.

Idot L., note sous C.J.C.E. 18 janvier 2007, Aff. C. 385/05, *J.O.U.E.* 2007/C-56/15 du 10 mars 2007, « Notion de travailleur et décompte des effectifs », *Europe* 2007 Comm. n° 93 p.19.

Inès B., note sous Soc, 31 mai 2011, *D.* 2011, p. 1624.

Inès B., note sous A.P. 8 juillet 2010, Q.P.C. n° 10-60.189, *D.* 2010, p. 2264.

Iriart P., note sous T.G.I. Paris, 1^{er} décembre 1998 ; « Négociation et effets d'un accord organisant une représentation syndicale de groupe », *D.* 1999, p. 465.

Jacquot H., note sous Déc. n°82-142 D.C. du 27 juillet 1982, Loi portant réforme de la planification, *Rec.* p. 52, *A.J.D.A.* 1982 p. 577.

Jeammaud A., note sous Ch. Mixte, 10 avril 1998, (3^{ème} arrêt), *Bull. Ch. M* 1998 n°2, *D.* 1998, p. 389.

Jeansen E., note sous Crim, 19 juin 2012, n° 11-84.884 (à paraître) ; *J.C.P.* éd. S 2012. 1466.

Jeansen E., note sous C.E. 31 mai 2012, n° 354186, « Compétence juridictionnelle en matière d'établissements distincts : la guerre des juges n'aura pas lieu » ; *J.C.P.* éd. S 2012. 1410.

Jeansen E., note sous Soc, 30 mars 2010, *Bull. civ.* V, n° 82 ; *J.C.P.* éd. S 2010. 1206.

Jeansen E., note sous Soc. 1^{er} juillet 2009, *Bull. civ.* V, n° 168 *J.C.P.* éd. S 2009. 1451.

Kerbourec'h J -Y., note sous Soc, 18 mai 2011, n° pourvoi 10-60.406 ; *J.C.P.* éd. S 2011, p. 37.

Kessler F., note sous C.E.D.H. 11 janvier 2006, Sorensen et Rasmussen c/ Danemark, requêtes n° 52562 et 52620/99, *R.J.S.* 2006, n° 656, p. 364.

Lafaille F., note sous C.E. 3 juin 2009, Société Arcelor Atlantique et autres n° 287110, *A.J.D.A.* 2009, p. 1710.

Lagarde P., obs. sous C.E. Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, *R.C.D.I.P.* 1990, p. 139.

Laigre P., note sous Déc. n° 94-348 D.C. du 4 août 1994 D.C., *Rec.* p. 117 « Les institutions de retraite complémentaire et leurs fédérations après la loi du 8 août 1994 (suivi de :) La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994 », *Dr. soc.* 1994, p. 306.

Lamy (de) B., Deumier P., note sous A.P. 2 juin 2000, *Bull. A.P.* n° 4, « La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable », *L.P.A.* 2000, p. 8.

Langlois P., note sous Soc, 3 mars 1988, *Bull. civ.* V, n° 161, *D.* 1988, p. 324.

Latournerie R., note sous C.E. Ass. 31 octobre 1980, n° 12767 et 12797, *Dr. soc.* 1981, p. 158.

Latournerie R., concl. sur C.E. 15 décembre 1978, Manufacture française des pneumatiques Michelin, n° 05242 (publié au Recueil), *D.* 1979, p. 329.

Lenica F., Boucher J, note sous C.E. 8 février 2007, n° 287110 ; *A.J.D.A.* 2007, p. 577.

Levade A., note sous C.E. 8 février 2007, n° 287110 ; « Affaire Arcelor : épilogue d'un dialogue empreint de loyauté » *Constitutions* 2010, p. 58 et *R.F.D.A.* 2007, p. 564.

Laulom S., note sous Soc, 11 avril 2012, n° 11-21.609 (Publié au Bulletin), « La saga du calcul des seuils d'effectifs », *S.S.L.* 2012 n° 1535.

Laulom S., note sous C.J.C.E. 16 juillet 2009, C-12/08, *Mono Car Styling*, *S.S.L.* 2010 n° 1444, p. 15.

Levasseur G., Soc, 31 mai 1956, Brinon, *D.* 1958, p. 21.

Libchaber R., note sous A.P. 2 juin 2000, *Bull. A.P.* n° 4, « La vision du monde selon la Cour de cassation », *R.T.D. civ.* 2000, p. 672.

Luchaire F., « La Corse et le Conseil constitutionnel : à propos de la décision du 17 janvier 2002 », *R.D.P.* 2002, p. 885.

Luchaire F., note sous Déc. 82-144 D.C. du 22 octobre 1982, Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel, *Rec.* p. 61, *D.* 1983 p. 1989.

Lyon-Caen A., note sous Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions

d'ordre économique et social », « Droit constitutionnel de participation et délimitation des collectivités de travail », *R.D.T.* 2007, p. 84.

Lyon-Caen A., note sous C.A. Versailles, 7 mai 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 506.

Lyon-Caen A., note sous Soc, 1^{er} juin 1994, *Dr. soc.* 1994 p. 715.

Lyon-Caen A., note sous Crim, 4 avril 1991, *Bull. crim.*, n° 164, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 783.

Lyon-Caen A., note sous Crim, 4 octobre 1989, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 363.

Lyon-Caen A., note sous Soc, 25 février 1988, *Bull. civ. V*, n° 139, *D.* 1988, p. 319.

Lyon-Caen A., note sous Soc, 16 janvier 1985, *Bull. civ. V*, n° 24 ; *D.* 1985, p. 439 ;

Lyon-Caen G. note sous C.A. Paris, 29 février 2000, *Dr. ouv.* 2000, p. 147.

Lyon-Caen G., note sous Déc. n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, *Dr. ouv.* 2002, p. 161.

Lyon-Caen G., note sous C.A. Paris, 29 février 2000, *Dr. ouv.* 2000, p. 147.

Lyon-Caen G., note sous Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, « La Constitution française et la négociation collective (commentaire de la décision 96-383 DC du Conseil constitutionnel par un esprit "non prévenu") », *Dr. ouv.* 1996, p. 479.

Lyon-Caen G., note sous Soc, 22 mars 1963, *D.* 1964, p. 139.

Lyon-Caen P., concl. sous Soc, 17 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1049.

Magnon X., note sous C.E. 8 février 2007, n° 287110 *A.J.D.A.* 2007 p. 578.

Mangiavillano A., note sous Déc. n° 2006-545 du 28 décembre 2006, *Rec.* p. 138, *C.C.C.* 2007, p. 38.

Marguénaud J.-P., Mouly J., note sous C.E.D.H., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, n° 34503/97, *D.* 2009, p. 739.

Marguénaud J.-P., Mouly J., note sous C.E.D.H., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, requêtes n° 52562 et 52620/99, *Dr. soc.* 2006, p. 1022.

Mathieu B., note sous Déc. n° 2010-605 D.C. du 12 mai 2010, « La guerre des juges n'aura pas lieu. A propos de la décision n° 2010-605 D.C. du Conseil constitutionnel », *Rec.* p. 78 ; *J.C.P.* éd. G. 2010.1077.

Mathieu B., note sous Déc. n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, *D.* 2002, p. 1439.

Mathieu B., note sous Déc. n° 97-388 D.C. du 20 mars 1997, *Rec.* p. 31, *L.P.A.* 17 octobre 1997, p. 10.

Mathieu B., note sous Déc. n°96-383 D.C. du 6 novembre 1996, *L.P.A.*, 23 juillet 1997, p. 26.

Mathieu B., note sous Déc. n° 96-383 D.C. du 6 novembre 1996, « Précisions relatives au droit constitutionnel de la négociation collective. A propos de la décision du Conseil constitutionnel 96-383 DC du 6 novembre 1996 », *D.* 1997, p. 152.

Mathieu B., note sous Déc. n° 94-348 D.C. du 4 août 1994 D.C., *Rec.* p. 117 ; *L.P.A.* du 28 avril 1995, p. 5.

Mathieu B., Verpeaux M., note sous Déc. n° 93-328 DC du 16 décembre 1993, Loi relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *Rec.*, p. 547, *L.P.A.* 8 juin 1994, p. 13.

Mathieu B., Verpeaux M., note sous A.P. 2 juin 2000, *Bull. A.P.* n° 4, « Le régime électoral en Nouvelle-Calédonie entre arrangements constitutionnels et exigences conventionnelles », *D.* 2000, p. 865

Mazeaud D., 1^{ère} civ. 16 mars 2004, *R.D.C.* 2004. 642.

Mélin-Soucramanien F., note sous Déc. n° 94-348 du 4 août 1994 D.C., *Rec.* p. 117 ; *D.* 1995, p. 344.

Merlin J., note sous Ch. Mixte, 10 avril 1998, (3^{ème} arrêt), *Bull. Ch. M* 1998 n° 2, *Dr. soc.* 1998, p. 565.

Mestre J., note. sous Déc. n° 94-348 D.C. du 4 août 1994, « La liberté contractuelle à l'épreuve du Conseil constitutionnel et de la Commission des opérations de bourse », *R.T.D. civ.* 1996, p. 151.

Mestre J. , Fages B., notes sous Civ. 1^{re}, 4 décembre 2001, n° 98-18.411, *Bull. civ. I*, n° 307 ; *D.* 2002 A.J. p. 646; *R.T.D. civ.* 2002, p. 507.

Millet F., note sous Soc, 18 mai 2011, n° pourvoi 10-60.406 ; *J.S Lamy*, 2011, p. 302.

Mitterrand S., Odoul-Asorey I., « Décision de l'O.I.T sur la loi du 20 août 2008 : quelles suites ? », *R.D.T.* 2012, p. 107.

Molfessis N., note sous Soc, 29 juin 1999 (2 arrêts) n° 97-45.865 (inédit) ; *R.T.D. civ.* 2000, p. 200.

Morin C., note sous Soc, 20 octobre 1999, *Bull. civ. V*, n° 391 ; *T.P.S.* 1999 n° 430 ; *J.C.P.* éd. E 2000 p. 980.

Morin M.-L., note sous Soc, 28 février 2007, *Bull. civ. V*, n° 34 ; *R.D.T.* 2007, p. 229.

Morin M.-L., note sous Déc. n° 2006-545 D.C. du 28 décembre 2006, Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, « Effectif et électorat : de la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2007 », *R.D.T.* 2007, p. 229.

Morin M.-L., rapp. sur Soc, 26 mai 2004, *Bull. civ.* V, n° 143, *R.J.S.* 2004, p. 627, n° 924.

Morin M.-L., note sous Soc, 26 mars 2002, *Bull. civ.* V, n° 107, *Dr. soc.* 2002, p. 620.

Morin M.-L., note sous Soc, 2 décembre 1998 ; *Bull. civ.* V, n° 532, p. 399 ; *D.* 1999, p. 177.

Morin M.-L., note sous Déc. n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, « Le Conseil constitutionnel et la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 25.

Nadal S., note sous Soc, 24 mai 2006, *Bull. Civ.* V, n° 187 ; *R.D.T.* 2006, p. 403.

Nadal S., note sous C.E. Ass. 16 décembre 2005, Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité et syndicat national des huissiers de justice, n° 259584, *R.D.T.* 2006, p. 113.

Nasom-Tissandier H., Rémy P., note sous Soc, 12 juin 2001, *Bull. civ.* V, n° 221, *D.* 2002, p. 361

Nicod C., note sous CE 1er juillet 2009, *S.A. Les marronniers*, pourvoi n° 309796 (paru au *Lebon*), *R.D.T.* 2009, p. 665.

Odoul-Asorey I., note sous Soc, 10 mai 2012, n° 11-21.356, *R.D.T.* 2012, p. 506.

Odoul-Asorey I., note sous, Soc, 27 janvier 2010, *Bull. civ* V, n° 21 ; *D.* 2010, p. 2029 ; *R.D.T.* 2010, p. 244.

Odoul-Asorey I., note sous Soc, 17 septembre 2003, *Bull. civ.* V, n° 240; *D.* 2004, p. 388.

Odoul-Asorey I., note sous Soc, 9 février 2000. *Bull. civ.* V n° 59 ; *D.* 2001, p. 740.

Ogier-Bernaud V., note sous Déc. 2004-494 D.C. du 29 avril 2004, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *Rec.* p. 91, « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives », *J.C.P.* éd. E, 2004, p. 493.

Ogier-Bernaud V., note sous Déc. 2004-494 D.C. du 29 avril 2004, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *Rec.* p. 91, « Réforme du dialogue social », *R.F.D.C.*, 2004, p. 633.

Pagnerre Y., Soc, 29 octobre 2010, *Bull. civ.* V, n° 251 ; *J.C.P.* éd. S 2011. 1011.

Pécaut-Rivolier L., Rapport sur Soc, 26 septembre 2012, n° 11-60.231, *J.C.P.* éd. S 2012. 1420.

- Pécaut-Rivolier L.**, Rapport sur Soc, 18 mai 2011, n° 10-60.383, *S.S.L.* n° 1495, p. 5.
- Pécaut-Rivolier L.**, note sous Soc, 14 avril 2010, *Bull. civ. V*, n° 100, *Dr. soc.* 2010, p. 647.
- Pécaut-Rivolier L.**, note sous Soc, 13 janvier 2010, *Bull. Civ. V*, n° 7, *S.S.L.* 2010, n° 1429.
- Pélissier J.**, note sous Soc, 28 février 2007, *Bull. civ. V*, n° 34 ; *D.* 2007, p. 2270.
- Pélissier J.**, note sous Soc, 9 février 2000. *Bull. civ. V* n° 59 ; *D.* p. 82.
- Pélissier J.**, note sous Soc, 2 avril 1981, *Bull. civ. V*, n° 322 ; *D.* 1982, p. 82.
- Pélissier J.**, note sous C.E. Ass. 31 octobre 1980, n° 12767 et 12797, *D.* 1981, p. 2678.
- Pélissier J.**, note sous Crim. 14 février 1978, *Bull. crim.* n° 58 ; *D.* 1978, p. 384.
- Peskine E.**, note sous Soc, 13 janvier 2010, *Bull. Civ. V*, n° 7 ; *R.D.T.* 2010, p. 314.
- Peskine E.**, note sous Soc, 7 novembre 2007, *Bull. civ. V*, n° 185 ; *R.D.T.* 2007, p. 116.
- Petit F.**, note sous Soc, 12 mai 2012, n° 11.21-144 ; *Dr. soc.* 2012, p. 1410.
- Petit F.**, note sous Soc, 28 septembre 2011 « Les syndicats mis à l'épreuve des scrutins », *Dr. soc.* 2011, p. 1241.
- Petit F.**, note sous Soc, 22 septembre 2010, n° 09-60.410, *Bull. civ. V*, n° 194, *Dr. soc.* 2011, n°695.
- Petit F.**, note sous Soc, 30 mars 2010, *Bull. civ. V*, n° 82 ; *Dr. soc.* 2010. 865.
- Petit F.**, note sous Soc, 26 mars 2002, *Bull. civ. V*, n° 107 ; *D.* 2002, p. 3231.
- Petit F.**, note sous Soc, 29 mai 2001, « L'égalité de traitement entre les syndicats », *D.* 2002, p. 34.
- Planiol M.**, note sous le jugement du tribunal de Cholet du 12 février 1897, *D.* 1903, p. 25.
- Pradel J.**, note sous Crim. 4 novembre 1981, *Bull. crim.* n° 294, « Est-il possible de sanctionner pénalement des dispositions conventionnelles plus favorables aux travailleurs que la loi ? », *Dr. soc.* 1979, p. 172,.
- Prétot X.**, note sous Déc. n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 244.
- Prétot X.**, note sous Déc. n° 89-257 DC du 25 juillet 1989. Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion. *Rec.* p.59 - « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Dr. soc.* 1989 p. 70.

Prétot X., note sous Déc. n° 97-388 D.C. du 20 mars 1997, *Rec.* p. 31 - « La conformité à la constitution de la loi instituant les fonds de pension », *Dr. soc.* 1997, p. 476.

Prétot X., note sous Déc. n° 94-348 D.C. du 4 août 1994 D.C., *Rec.* p. 117 ; *D.* 1996, p. 45.

Prétot X., note sous Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, Loi relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, « Le Conseil constitutionnel, et le principe de participation », *Dr. soc.* 1994, p. 139.

Prétot X., note sous Déc. n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, *Rec.* p.59, « La conformité à la Constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion », *Dr. soc.* 1989 p. 70.

Quenaudon (de) R., note sous Soc, 29 juin 1999 (2 arrêts) n° 97-45.865 (inédit) ; *D.* 2000, p.50.

Radé C., note sous Déc. n° 2010-42 Q.P.C. du 7 octobre 2010, *J.O.R.F.* du 8 octobre 2010, p. 18235.

Radé C., note sous Soc, 26 octobre 1999, « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 2000, p. 381.

Ray J.-E., note sous Soc, 22 janvier 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 375.

Renaud F., note sous Déc. n° 2001-455 D.C. du 12 janvier 2002, *A.J.D.A.*, 2002, p. 1163.

Renucci J.-F. et Bîrsan C., note sous C.E.D.H., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, n° 34503/97, *D.* 2007. 410.

Robineau M., obs. sous C.J.U.E. 1^{er} mars 2010, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, *D.* 2011, p. 11592.

Rodière P., note sous Soc, 30 avril 2003, *Bull. civ.* V, n°15, « Emergence d'un nouveau cadre de négociation collective : le groupe ? », *S.S.L.* 2003, n° 1125.

Rohmer-Benoît F., note sous Déc. 89-257 D.C. du 25 juillet 1989, Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, *Rec.* p.59, *A.J.D.A.* 1989, p. 796.

Romieu J., rapp. sur C.E. 28 décembre 1906, Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, *Rec.* p. 977.

Rousseau C., note C.E. 24 septembre 1990, *Boisdet*, *Rec.* p. 251 ; *R.G.D.I.P.* 1991, p. 964.

Rousseau C., obs. sous Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *R.G.D.I.P.* 1976, p. 690.

- Sachs T.**, T.G.I. Paris, 10 octobre 2003, n° 03/59933 ; *D.* 2004, p. 379.
- Saint-Jours Y.**, note sous A.P. 7 mai 1993, *Bull. A.P.* n° 10, *J.C.P.* éd. E 1993. 22083.
- Salon S.**, note sous C.E. 22 mars 1995, *Rec.* n°155821, p. 137, *A.J.D.A.* 1995 p.658.
- Saramito F.**, note sous Ch. Mixte, 10 avril 1998, (3ème arrêt), *Bull. Ch. M* 1998 n°2, *Dr. ouv.* 1998, p. 478.
- Sauret A.**, note sous Déc. n° 93-328 D.C. du 16 décembre 1993, Loi relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *Rec.*, p. 547, *L.P.A.* 21 janvier 1994, « Les représentants du personnel », p. 4.
- Savatier J.**, note sous Soc, 25 janvier 2006, *Bull. civ. V*, n° 34, *Dr. soc.* 2006, p. 468.
- Savatier J.**, note sous Soc, 8 décembre 2004, *Dr. soc.* 2005, p. 353, note, p. 354.
- Savatier J.**, note sous Soc, 26 mai 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 915.
- Savatier J.**, obs. sous Soc, 30 avril 2003, *Bull. Civ. V*, n° 153, *Dr. soc.* 2003, p. 782.
- Savatier J.**, note sous Soc, 8 janvier 2002, *Bull. civ. V*, n° 7, *Dr. soc.* 2002, p. 427.
- Savatier J.**, note sous Soc, 10 juillet 2001, *Bull. civ. V*, n° 261 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1131.
- Savatier J.**, note sous Soc, 30 mai 2001, *Bull. civ. V*, n° 191 ; *Dr. soc.* 2001 p 1129, note J. Savatier.
- Savatier J.**, note sous 20 mars 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 568.
- Savatier J.**, note sous Crim, 14 juin 2000, *Dr. soc.* 2000, p. 1017.
- Savatier J.**, note sous Soc, 8 octobre 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1046.
- Savatier J.**, note sous Soc, 17 juillet 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1046.
- Savatier J.**, note sous A.P. 7 mai 1993, *Bull. A.P.* n° 10, *D.* 1993, p. 470.
- Savatier J.**, note sous Soc, 25 septembre 1991, *Dr. soc.* 1992, p. 24.
- Savatier J.**, note sous Soc, 4 avril 1990, *Bull. civ. V*, n° 161 ; *Dr. soc.* 1990, p. 803.
- Savatier J.**, note sous note sous Crim, 4 octobre 1989, *Dr. soc.* 1990, p. 212.
- Savatier J.**, note sous Soc, 13 juin 1989, *Bull. civ. V*, n° 437, *Dr. soc.* 1990, p. 316.

Savatier J., note sous 2^{ème} civ. 17 janvier 1968, *Bull. civ. II*, n° 25 et Soc, 25 janvier 1968, *Bull.civ. V*, n° 60, *Dr. soc.* 1966, p. 664.

Savatier J., note sous 2^{ème} civ. 15 juin 1961, *Bull civ. II*, n° 454 ; *Dr. soc.* 1961, p. 613.

Schoettl J.-E., note sous Déc. n° 2006-545 du 28 décembre 2006, *Rec.* p. 138, « La loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.* 8 février 2007, p. 37.

Schoettl J.-E., note sous Déc. 96-383 D.C.DC du 6 novembre 1996. *Rec.* p.128, précitée ; Déc. 2004-494 D.C. du 29 avril 2004. Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social. *Rec.* p. 91 - « Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.* 14 mai 2004, p. 3.

Schoettl J.-E., note sous Déc. 2001-454 du 17 janvier 2002 sur la loi relative à la Corse, *Rec.* p. 70 - « Le Conseil constitutionnel et la Corse », *A.J.D.A.* 2002, p. 100.

Schoettl J.-E., note sous Déc. 2004-494 D.C. du 29 avril 2004, Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *Rec.* p. 91, « Le partage entre la loi et l'accord collectif de travail devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.* 14 mai 2004, p. 3.

Simon D., obs. sous C.J.U.E. 22 décembre 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, *Europe* 2011, p. 40.

Simon D., note sous C.E. 30 octobre 1998, *Sarran* n° 200286, 200287, « L'arrêt *Sarran* : dualisme incompressible ou monisme inversé : la hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État », *Europe* 1999, p. 4.

Simon D., obs. sous C.E. Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, *A.J.* 1989, p. 788.

Sorbara J.-G., obs. sous C.E. 14 mai 2010, n° 312605, *J.C.P.* 2010.608.

Souriac M.-A., note sous Soc, 19 décembre 2007, « Règle de faveur : l'ombre d'un doute », *R.D.T.* 2008, p. 399.

Souriac M.-A., note sous Soc, 10 octobre 2007, *Bull. civ. V*, n° 156 ; « Loyauté dans la négociation collective : une nouvelle étape ? », *R.D.T.* 2008, p. 188.

Souriac M.-A., note sous Soc, 12 octobre 2006, *R.D.T.* 2006, p. 2006, p. 187.

Souriac M.-A., note sous Crim, 18 novembre 1997, *Bull. Crim* n° 390, *D.* 1998, p. 260.

Souriac M.-A., note sous Soc, 9 juillet 1996, *Bull. civ. V*, n° 189 ; *D.* 1998, p. 258.

Souriac M.-A., note sous Soc, 21 juillet 1986, *Bull. Civ. V*, n° 412 ; *D.* 1987, p. 203.

- Sudre F.**, note sous C.E.D.H. 12 nov. 2008, Demir et Baykara c/Turquie », « L'interprétation constructive de la liberté syndicale au sens de l'article 11 de la C.E.D.H. », *J.C.P.* éd. G, 2009. 10018.
- Teyslié B.**, note sous C.A. Versailles, 7 mai 1997, *T.P.S.* 1997, n° 186.
- Teyslié B.**, note sous Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ.* V, n° 219, « Négociation collective et consultation du comité d'entreprise », *T.P.S.* 1998, p. 6.
- Teyslié B.**, note préc. sous T.G.I. Paris 1^{ère} ch. 1^{ère} sect. 18 juin 1996, Fédération Force ouvrière des employés et cadres c/ Sté centrale des AGF et a. ; *J.C.P. édE* 1996, II, 894.
- Teyslié B.**, note sous Soc, 2 avril 1981, *Bull. civ.* V, n° 322, *J.C.P.* 1981. 10032.
- Ticlea T.**, C.E.D.H. 31 janvier 2012, Sindicatul Pastorul Cel Bun c/ Roumanie, Req. n° 2330/09 ; *R.D.T.* 2012, p. 451.
- Tissandier H.**, note sous Soc, 31 mai 2011, « L'avenir s'éclaire pour la CFE-CGC », *R.D.T.* 2011, p. 513.
- Tissandier H.**, note sous Soc, 6 janvier 2011, n° 09-69560 (inédit) ; *R.D.T.* 2011, p. 338.
- Tissandier H.**, note sous Soc. 4 mars 2009, *Bull. civ.* V, n° 62 (3 arrêts : 08-60.401, 08-60.411, 08-60.436), *D.* 2009, p. 2128.
- Tissandier H.**, note sous Soc, 28 mai 2008, *R.D.T.* 2009, p. 49.
- Tissandier H.**, note sous Soc, 16 janvier 2008, *Bull. civ.* V, n° 6 ; *R.D.T.* 2008, p. 191.
- Tissandier H.**, note sous C.J.C.E. 18 janvier 2007, Aff. C. 385/05, *J.O.U.E.* 2007/C-56/15 du 10 mars 2007, « L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », *R.J.S.* 2007 p. 297.
- Tissandier H.**, note sous Crim, 14 juin 2000 ; *D.* 2001, p. 822, obs. H. Tissandier.
- Touffait A.**, concl. sur Ch. Mixte, 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre, *D.* 1975, p. 497.
- Trébulle F.**, note sous C.J.C.E. gde. Ch. 16 décembre 2008, aff. C-127/07, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres et C.E. 3 juin 2009, Société Arcelor Atlantique et autres n° 287110 , *D.* 2009, p. 2448.
- Trémeau J.**, note sous Déc. n°96-383 DC du 6 novembre 1996, *R.F.D.C.* 1997, p. 107.
- Vatinet R.**, note sous Soc, 25 janvier 2006, *Bull. civ.* V, n° 34, *J.C.P.* éd. S 2006, p. 34.

- Verdier J.-M.**, note sous Soc, 26 mai 2004, *Bull. civ. V*, n° 143 ; *Dr. soc.* 2004, p. 845.
- Verdier J.-M.**, note sous Soc, 20 juillet 2001, *Bull. civ. V*, n° 261 ; « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », *Dr. soc.* 2001, p. 1035.
- Verdier J.-M.**, note sous Soc, 10 juillet 2001, *Bull. civ. V*, n° 261, *D.* 2001. p. 2364 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1035.
- Verdier J.-M.**, note sous A.P. 15 mars 1985, *D.* 1985, p. 573.
- Verdier J.-M.**, note sous Soc, 12 juin 2001, *Bull. civ. V*, n° 221, *D.* 2002, p. 503.
- Verdier J.-M.**, note sous Soc, 9 mai 1968, CFDT-CFTC, *Bull. civ. V*, n° 234, *Dr. Soc.* 1969, p. 285.
- Verkindt P.-Y.**, note sous Soc, 22 janvier 2008, *Dr. soc.* 2008, p. 505.
- Verkindt P.-Y.**, note sous Soc, 5 mai 1998, *Bull. civ. V*, n° 219 - « De la consultation à la négociation », *Dr. soc.* 1998, p. 324.
- Verpeaux M.**, note sous C.E. 8 février 2007, n° 287110, *D.* 2007, p. 2272.
- Verpaux M.**, note sous Déc. n° 2002-454 D.C. du 17 janvier 2002, « La décision du Conseil constitutionnel n° 2002-454 D.C. du 17 janvier 2002. Une décision inattendue ? », *R.F.D.A.* 2002, p. 459.
- Vialettes M.**, note sous C.E. 11 octobre 2010, « Les conclusions du Rapporteur public : les nouvelles règles de la représentativité syndicale à la S.N.C.F. », *Dr. soc.* 2011, p. 186.
- Waquet P.**, rapp. sur Soc, 4 mai 1994, *Bull. civ. V*, n° 164 ; *R.J.S.* 1994, n° 875 p. 690.
- Waquet P.**, rapp. sur Soc, 30 juin 1993, *Bull. civ. V*, n° 191 ; *Dr. soc.* 1993, p. 754.
- Waquet P.**, rapp. sur Soc, 20 novembre 1991, *Bull. civ. V*, n° 522, *Dr. soc.* 1992, p. 53.
- Waquet P.**, rapp. sur Soc, 19 décembre 1990, *Bull. civ. V*, n° 693 ; *Dr. Soc.* 1991, p. 269.
- Wolmark C.**, note sous Soc, 10 juillet 2002, « Règles légales de désignation des délégués syndicaux et normes dites « atypiques », *D.* 2003, p. 393.

Index

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe de la thèse

A

Accord atypique : 445, 476.

Accord-cadre : 767, 1205 s.

Accord-cadre européen : 543, 773.

Accord-cadre transnational : 774, 1257 s.

Accord collectif

- Fonction : 1160.
- Accords spéciaux et accords de droit commun : 631 s., 676.
- Accord collectif *sui generis* : 660 s., 777.
- Critères de rattachement : 658, 776.
- Dualisme et nature juridique : 670 s.
- Dualisme et contenu obligationnel : 679 s..
- Objet : 566 s.
- Clause de fermeture (ou d'ouverture) : 220, 770, 1171 s., 1206 s.

Accord collectif de groupe

- Accord conclu au niveau du groupe : 220 s.
- Accord de configuration du groupe : 1069.
- Accord sur le fonctionnement du comité de groupe : 1075.

Accord collectif dérogatoire : V. Dérogation.

Accord de méthode : 52, 662, 776, 1226 s.

Accord de procédure : 1201 s., 1244 s., 1253.

Accord donnant-donnant : 1237 s.

Accord préélectoral

- Articulation avec les autres accords collectifs : 653, 770, 1196.
- Autonomie : 633 s.
- Clauses électorales : 638 s., 652.
- Conditions d'entrée en vigueur : 1001 s., 1055 s.
- Effet normatif : 638 s., 652, 736 s.
- V. aussi Double exigence majoritaire, Unanimité, Elections professionnelles.

Action en justice

- En défense de l'intérêt collectif : 751 s.
- En exécution d'une convention collective : 756.
- V. aussi Intérêt collectif.

Adhésion (à la norme) : 994.

Adhésion (à un accord collectif) : 701 s., V. accord collectif.

Adhésion (à un syndicat) : V. Liberté syndicale.

Applicabilité : 697 s., 723.

Articulation (des normes)

- Articulation des normes unilatérales et des accords collectifs : 443.
- Articulation entre accords collectifs : 662, 769 s., 1171 s., 1206 s.
- Articulation de la loi et de l'accord collectif : V. Ordre public, habilitation.
- Rapport d'amélioration : 509 s., 796 s.
- Rapport d'exclusion : 866 s.
- Rapport de complémentarité : 1156 s., 1201.
- Rapport de prévalence : 915 s.

Autonomie collective

- Et l'Etat : 34, 987.
- En droit de l'Union européenne : 534 s.
- Autonomie des parties (principe de) : 556 s.
- Et autoréglementation de l'entreprise : 1203.

Avant-après (mécanisme d') : 385.

Avantages

- Et garanties légales suffisantes : 513.
- Notion : 828 s.

B

Bonne foi : V. Loyauté.

C

C.E.D.H. (art. 11) : 82 s.

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux : 105.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

- Effet direct : 108, 171.
- Et compétence de l'Union européenne : 351.
- Article 12 : 104 s.
- Articles 27 et 28 : 164 s.

Charte sociale européenne

- Articles 5 et 6 : 99, 157.
- Articles 21 et 22 : 157 s.
- Comité des droits sociaux : 101.

Closed shop : V. Liberté syndicale.

Cogestion

- Et participation : 143.
- Droit de l'Union européenne : 357, 385.
- Refus de : 226, 234.

Collectivités de travail : 172, 192, 958 s.

Collèges électoraux : V. Elections professionnelles.

Comité d'entreprise

- Nombre de représentants élus : 471 s.
- Représentant syndical : 913 s.
- Composition : 869.
- Activités sociales et culturelles : 766, 1019, 1049, 1195.
- Comité central d'entreprise : 913.
- V. aussi : Représentant, Représentation élue, Accord de méthode, Elections, information et consultation.

Comité d'entreprise européen

- Directive : 378 s.
- Accord : 556, 655 s. 1078, 1109, 1186 s.
- Dispositions légales de référence : 978, 1081.

Comité de groupe

- Accord de configuration : 1070.
- Accord sur le fonctionnement : 1074.
- Représentant syndical : 896, 910, 933.

Comité de la liberté syndicale : 71.

Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail : 475, 704, 711, 896.

Compétence

- De l'Union européenne : 345 s.
- Du législateur : 250 s., 869 s.
- Délégation de : 264.
- Législation déléguée : 264, 529.

- Compétence d'attribution : 602.
- V. aussi Habilitation, Loi expérimentale.

Complémentarité ; V. Articulation, Mise en œuvre.

Concertation : 95, 594.

Conditions de travail

- Au sens de l'alinéa 8 : 498 s.
- Au sens de l'article L. 2221-1 *C. trav.* : 581 s.

Constitution

- Article 34 de la Constitution : 253, 492 s.
- Alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946 : 112.
- Alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 : 174 s., 495 s.

Consultation :

- Droit de : 158, 165, 236, 340, 374.
- Procédure de : 340 s., 393 s., 1125.
- V. également droits de participation, information, effet utile.

Contractualisation : 786, 1261, 1283.

Contrôle de conformité et de compatibilité : 805, 916.

Contrôle de constitutionnalité

- Contrôle de non-dénaturation : 267, 342.
- Garanties légales suffisantes : 237, 267.
- Technique du seuil/cliquet : 269.
- Q.P.C. :57.

Contrôle de conventionnalité : 57, 96, 101.

Contrôle d'eurocompatibilité : 58, 397 s.

Convention collective

- Commission d'interprétation : 883.
- Convention collective de branche (fonction) : 1156 s.
- Commission de validation : 1167 s.
- V. aussi Accord collectif.

D

Décentralisation : 1153, 1199.

Déconcentration : 1153, 1156 s.

Délégation unique du personnel : 235, 448 s.

Délégué du personnel

- Nombre : 472.
- V. aussi Représentant, Elections professionnelles.

Délégué syndical

- Désignation : 77, 125, 131, 913.
- Nombre : 472.
- V. aussi Liberté syndicale.

Délit d'entrave : 890.

Démocratie sociale : 46, 987.

Dérogação

- à la loi : 523 s.
- à la convention collective de niveau supérieur : 1206 s.
- V. aussi Accord collectif, Habilitation, Ordre public absolu, Articulation, Principe de faveur.

Dialogue social

- Idée : 46, 1225.
- Institution du dialogue social en droit de l'Union européenne : 534.
- V. aussi Démocratie sociale.

Discrimination syndicale

- Et liberté du salarié : 116, 925 s.
- Accord de monopole syndical (*closed shop*) : 85 s., 109, 118 s., 937.
- Sanction pénale : 119.
- V aussi Egalité de traitement.

Droits de participation

- Notion de participation : 142 s.
- Titularité : 160, 170.
- Et pouvoir de l'employeur : 222 s.

Droits de participation (suite)

- Et principe de participation : 144, 174, 209.
- Et loyauté : 1099 s.
- V. aussi Négociation collective, Information, consultation, Effet utile.

Droits sociaux fondamentaux

- Notion : 65.
- Conciliation : 227, 367.
- Garanties légales suffisantes : 276.
- V. aussi Contrôles de constitutionnalité, de conventionnalité et d'eurocompatibilité.

Dualisme : V. aussi Accord collectif, Effet normatif.

E

Effectifs (seuils d') : 171, 192, 259, 477, 530, 958.

Effet *erga omnes*

- Conséquences de l'effet *erga omnes* : 720 s.
- Et égalité de traitement : 920 s.
- Et exigence majoritaire : 1086 s.

Effet impératif

- Conséquences : 760 s.
- Et statut collectif : 726, 742.
- Et articulation des accords collectifs : 769 s., 1206.

Effet normatif

- Et dualisme : 670 s.
- Et effet relatif : 679 s.
- Conditions d'entrée en vigueur : 1086.

Effet utile

- Principe de – : 164, 191, 236, 377, 392, 955 s.
- De la directive : 172, 367.

Egalité de traitement

- Et pluralisme syndical : 293 s., 714, 928 s.
- Et effet *erga omnes* : 745, 928 s.
- Exigence de loyauté : 1099 s.

Elections professionnelles

- Corps électoral : 192, 947 s
- Liste électorale : 441.
- Liste syndicale : 78, 125, 278, 913, 954.
- Collèges électoraux : 947.
- Organisation : 441 s.
- Vote électronique : 653, 770, 1196.

Engagements unilatéraux de l'employeur

- Sources du droit : 12.
- Licéité : 448 s., 468 s.
- Valeur juridique : 443.
- V. aussi Pouvoir normatif de l'employeur, Usage, Accord atypique.

Entreprise

- Espace normatif : 27, 1199, 1218 s.
- Théorie patrimoniale : 426.
- Théorie institutionnelle : 434.
- Entreprise de dimension communautaire : 383.
- Intérêt de - : 434, 1185, 1224, 1242.
- Processus décisionnel : 964 s., 1099 s.

Etablissements distincts

- Notion : 963.
- Et règle de concordance : 906 s.
- Reconnaissance : 847.

Etat social national : 33, 1150.

Exigence majoritaire

- conditions d'entrée en vigueur des accords collectifs : 1042 s.
- double - : 1056 s.
- groupe spécial de négociation : 1078 s.
- Et effet normatif : 1086.

G

Grève

- Et liberté syndicale : 97.
- Et négociation collective : 102, 110, 167.
- Et libertés économiques : 367 s.

Groupe de sociétés

- groupe de dimension communautaire : V Entreprises de dimension communautaire.
- V : Accord de groupe, Comité de groupe.

H

Habilitation

- Acteurs habilités : 488 s.
- Habilitations spéciales et compétence de principe : 610 s.
- -habilitations spéciales et compétence d'attribution : 602 s.
- Champ d'habilitation : 249 s., 439 s., 566 s.
- Et ordre public : 805 s., 969.
- V. aussi Compétence, Réserve de loi.

Harmonisation : 345 s., 374.

Hiérarchie des normes

- Hiérarchie des sources : 24.
- Et principe hiérarchique : 793, 816, 915, 1283.
- Hiérarchie des normes conventionnelles : 769, 1171, 1257.

I

Impérativité : 342, 764 s., 800 s., 866. V. aussi Ordre public.

Implication

- Notion : 144, 353.
- Et participation : 149, 164.
- Des travailleurs dans la société européenne : 353, 379 s., 656, 1081 s.

Information

- Droit à l'information : 158 s., 243 s., 1130 s.
- Procédure d'information : 393 s.
- Obligation d'information et loyauté : 1124.
- V. aussi Droits de participation, Consultation, Accord de méthode.

Information et consultation : 149 s., 158, 161 s., 221 s., 378 s., 395 s., 967 s.

Inspection du travail : 878 s.

Intérêt collectif

- Notion : 752 s.
- Et effet *erga omnes* : 748 s.
- Et exigence majoritaire : 1086 s.

J

Juridicité

- Et sources du droit : 5, 8.
- Du principe de participation : 176 s.

L

Légitimité procédurale

- Et loyauté : 1092 s.
- Du processus décisionnel : 1225.
- De la norme patronale : 480.
- Rationalités procédurale et instrumentale : 1236 s.

Liberté syndicale

- Dimensions positive et négative : 84 s., 104 s., 115 s., 121 s.
- Liberté de constitution : 83., 88, 102, 124, 271, 902.
- Liberté d'organisation (interne et externe) : 68 s., 73, 102, 125, 273 s.
- -Liberté d'action : 95, 103, 283 s., 903.
- Et négociation collective : 77 s., 97, 128, 130, 207.
- Pluralisme syndical : 293 s.
- Exercice du droit syndical dans l'entreprise : 445, 461 s., 613, 925.
- V. aussi : Syndicat, Délégué syndical, Représentant syndical au comité d'entreprise, Discrimination syndicale, Représentativité syndicale.

Loi expérimentale : 529 s., V. aussi Compétence, Réserve de loi.

Loi négociée : 215, 242, 285, 994 s. V. aussi Dialogue social.

Loyauté

- Notion : 1093.

Loyauté (suite)

- Et bonne foi : 1096.
- Et participation : 1099 s.
- Et information : 478, 1124.
- Et temporalité : 1122 s.
- Et coopération : 392, 1131, 1140.
- Et négociation : 1101.

M**Mise en œuvre de la loi**

- Habilitation : 511 s., 553 s.
- Garanties équivalentes : 515 s.
- V. aussi : Habilitation, Déconcentration.

N**Négociation collective**

- Habilitation à négocier : 491 s.
- Agent de négociation : 77, 130.
- Assise constitutionnelle : 212.
- Droit de : 70, 96, 110, 160, 167.
- Obligation d'inviter à : 1101 s.
- Obligation de négocier : 395, 441, 657 s., 1134 s.
- Champ : 569 s.
- Articulation avec l'information consultation : 397, 1130.
- V. aussi : Accord collectif, Liberté syndicale, Droits de participation, Constitution, Habilitation, Ordre public social.

Normes de structure : 3, 1146, 1202, 1287.

O

O.I.T. : 70 s.

Ordre public : 520, 528, 764, 787, 796, 800, 811, 926, V. aussi Impérativité, Dérégulation.

Ordre public absolu

- Frontières du négociable : 869 s.
- Prévalence : 915 s.
- Et principe fondamental du droit du travail : 528.
- V. aussi : Impérativité, Négociation collective, Réserve de loi, Contrôle de conformité, Validité.

Ordre public social

- Notion : 805 s.
- Habilitations légales : 508, 610 s.
- Principe de faveur (distinction) : 806 s.
- Perfectibilité : 820.
- V. aussi Principe de faveur, Validité, Négociation collective, Accord collectif.

P

Perfectibilité : V. Avantages, Principe de faveur, Ordre public social.

Pluralisme juridique

- Et relevance des ordres juridiques : 50, 778.

Pluralisme juridique (suite)

- Et réception des normes juridiques : 50, 212 s.
- Pluralisme ordonné : 53.
- Pluralisme intégré : 54.

Prévalence : V. Articulation, Impérativité, Ordre public absolu.

Principe de faveur

- Règle de conflit : 820.
- Principe-règle : 812.
- Méthode de comparaison : 834 s.
- Périmètre de comparaison : 851 s.
- Valeur juridique : 504, 508.
- Preuve : 844.
- Et ordre public social : 809 s.

Principe de représentativité : V. Représentativité.

Principe de sincérité du scrutin : 952.

Principe général du droit électoral : 947 s.

Principes fondamentaux du droit du travail : 257 s., 528.

Pouvoir normatif du chef d'entreprise

- Fondement : 227.
- Et subordination : 224, 427 s.
- Et droits de participation : 222 s.
- Limitation : 223 s., 456 s.

- Norme patronale : 440 s. V. aussi Usage, Engagement unilatéral de l'employeur.
- V. aussi Entreprise.

Proportionnalité

- Principe de proportionnalité : 108, 563..
- Contrôle de proportionnalité : 227, 268, 304, 367, 923, 933, 983, 2383.

Protocole d'accord préélectoral : V. Accord préélectoral.

R

Rapport Auroux : 226, 457.

Référendum : 132 s.

Régulation

- Notion : 1279 s.
- Autoréglementation : 1199, 1218 s.

Représentant

- Modes de désignation : 312 s., 324 s., 913 s.
- Représentations élue et syndicale : 77 s., 130 s., 312.
- Et négociation collective : 74, 90, 130 s., 157.
- Indépendance : 327 s.
- Durée des mandats : 612, 830.
- Pouvoir de représentation : 213 s., 274 s., 339, 355, 905.
- Représentants conventionnels : 837, 883, 905, 931.

- Représentants surnuméraires : 471 s.
- Statut protecteur : 208, 262, 327, 514, 878.

Représentativité

- Représentativité syndicale : 52, 76, 92, 103, 300 s., 902.
- Exigence constitutionnelle : 196 s., 300, 994.
- Principe de représentativité : 203.
- Participation des salariés : 196, 330.
- Et égalité de traitement : 931 s.

Réserve de loi : 250, V. aussi Compétence.

S

Section syndicale

- Création : 278 s.
- Moyens : 445 s., 910.
- Section syndicale conventionnelle : 837, 936.
- Représentant de : 138, 908, 913, 958, 1167.
- Intranet : 910, 1184.

Sources du droit (notion) : 5 s.

Subsidiarité

- Principe : 349, 410, 562 s.
- Idée : 46, 441, 564, 655, 1156, 1197, 1283.
- V. aussi Autonomie collective.

Supplétivité

- De la loi : 276, 812, 973, 978, 1171.
- De la convention collective de branche : 1171 s., 1179, 1197, 1216.

Syndicat

- Objet : 95, 272, 902.
- Principe de spécialité : 295.
- Pouvoir de représentation : 207, 286, 300, 902.
- Union syndicale : 275 s.
- Catégoriel/intercatégoriel : 305 s.
- V. aussi Liberté syndicale, Représentativité, Négociation collective.

Système de représentation des salariés

- Notion : 31 s., 246 s., 315 s., 1275..
- Système moniste/dualiste : 34, 234, 313.

U

Unanimité

- Accord unanime : 643, 998 s.
- Et force obligatoire : 1035.

Unité économique et sociale

- Reconnaissance conventionnelle : 644, 651, 1064 s.
- Cadre de représentation : 430, 963.

Usage : 444 s., 469,, 478.

V

Validité

- Et sources du droit : 19 s.
- Et hiérarchie : 24 s., 806.
- Existence : 805.
- Conformité : 805.
- Formelle, empirique,
axiologique : 21.

| | |
|---|-----------|
| Résumé | 1 |
| Sommaire | 1 |
| Liste des principales abréviations | 1 |
| Introduction | 1 |
| I – L’objet de l’étude : Les sources de la représentation collective des salariés en droit du travail...3 | |
| A. Les sources du droit | 3 |
| 1. Instrument de description et fonction heuristique de la notion de sources du droit | 11 |
| 2. Instrument de validation et fonction normative de la notion de source du droit..... | 12 |
| a) Une fonction habilitante | 12 |
| b) Hiérarchies des sources ? | 14 |
| B. La représentation collective des salariés en droit du travail | 16 |
| 1. Les éléments du système et leur agencement | 17 |
| 2. Unité et cohérence du système..... | 18 |
| a) Les frontières de l’État social national et l’ailleurs | 18 |
| b) Identité substantielle et différenciation avec les matières limitrophes | 23 |
| II – La posture méthodologique : point de vue interne et approche inductive | 27 |
| A. Le point de vue interne..... | 27 |
| B. Une approche inductive | 28 |
| III – L’hypothèse théorique : le pluralisme intégré..... | 32 |
| Première partie – Identification | 43 |
| Titre 1 – La représentation collective des salariés saisie par les normes étatiques et supraétatiques 45 | |
| Chapitre 1^{er} –La garantie du droit des salariés à une représentation collective | 47 |
| Section 1 : La liberté syndicale et l’exercice du droit syndical | 47 |
| Paragraphe 1- Les conventions n° 87 et 98 de l’O.I.T. | 48 |
| Paragraphe 2 – Les sources européennes de la liberté syndicale..... | 54 |
| A. L’article 11 de la C.E.D.H. | 54 |
| 1. La liberté du salarié..... | 55 |
| 2. La liberté du syndicat..... | 57 |
| B. L’article 5 de la Charte sociale européenne | 62 |
| C. L’article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne | 65 |
| Paragraphe 3 – Les sources étatiques | 69 |
| A. La liberté syndicale du salarié | 70 |
| B. La liberté de constitution et d’organisation des syndicats..... | 75 |
| C. La liberté d’action du syndicat | 77 |

| | |
|--|------------|
| 1. La vocation des syndicats à défendre les intérêts des salariés et les autres représentants des salariés | 78 |
| 2. La vocation des syndicats à défendre les intérêts des salariés et la technique dite du référendum ... | 81 |
| Section 2 : Les droits de participation des salariés | 86 |
| Paragraphe 1- Les sources internationales des droits de participation des salariés. | 89 |
| Paragraphe 2 – Les sources européennes des droits de participation des salariés | 92 |
| A. La Charte sociale européenne | 92 |
| B. Le droit de l'Union européenne | 95 |
| Paragraphe 3 – La source étatique des droits de participation..... | 100 |
| A. La juridicité du principe constitutionnel de participation | 101 |
| 1. L'application du principe constitutionnel de participation par le juge constitutionnel..... | 101 |
| 2. L'application du principe constitutionnel de participation par le Conseil d'État..... | 104 |
| 3. L'application du principe constitutionnel de participation par la Cour de cassation | 105 |
| B. Le principe constitutionnel de participation et les représentants des salariés | 107 |
| 1. Le droit constitutionnel des salariés d'être représentés et l'appartenance à une communauté de travail | 107 |
| 2. Le droit des salariés d'être représentés et l'exigence de représentativité des représentants des salariés | 110 |
| C. Le principe constitutionnel de participation et les procédures de participation..... | 114 |
| 1. Le droit des salariés à la négociation collective | 115 |
| a) L'assise constitutionnelle de la négociation collective | 115 |
| b) L'appréciation de la garantie constitutionnelle apportée à la négociation collective | 117 |
| 2. Le droit à l'information et à la consultation des travailleurs..... | 121 |
| a) Le pouvoir normatif du chef d'entreprise et le principe de participation : des liens ambigus | 121 |
| i. L'absence de remise en cause de la légitimité du pouvoir de l'employeur .. | 122 |
| ii. La conciliation de la participation des salariés et du pouvoir de l'employeur : | |
| une exigence constitutionnelle..... | 125 |
| b) Les exigences constitutionnelles relatives aux procédures de participation adossées au | |
| pouvoir unilatéral de l'employeur | 130 |
| Conclusion du chapitre 1^{er} | 133 |
| Chapitre 2nd : La construction du système de représentation des salariés | 135 |
| Section 1 : L'intervention de l'État dans les relations professionnelles | 137 |
| Paragraphe 1 – La compétence du législateur en matière de représentation des salariés..... | 137 |
| A. La représentation des salariés et les contours de la réserve de loi | 137 |
| B. Les contraintes imposées au législateur en vertu de la réserve de loi | 139 |
| 1. La détermination des principes fondamentaux du droit du travail..... | 139 |
| 2. La mise en œuvre des principes à valeur constitutionnelle..... | 143 |

| | |
|---|------------|
| Paragraphe 2 – L’encadrement étatique de la liberté syndicale | 145 |
| A. La liberté de constitution et d’organisation des syndicats balisée par la loi | 146 |
| B. La liberté d’action des syndicats orientée par la loi..... | 152 |
| C. Le pluralisme et l’égalité entre organisations syndicales..... | 154 |
| a) Le pluralisme syndical et la représentativité syndicale | 155 |
| b) La représentativité syndicale et l’égalité entre organisations syndicales | 157 |
| c) La représentativité syndicale et l’égalité entre syndicats catégoriels et intercatégoriels..... | 159 |
| Paragraphe 3 – La mise en œuvre légale du principe de participation..... | 165 |
| A. Le système légal de représentation à la lumière du principe de participation des travailleurs..... | 165 |
| B. La réserve de loi et la mise en œuvre du principe de participation | 170 |
| 1. La détermination des règles relatives aux représentants des salariés | 171 |
| a) La détermination des règles de désignation des représentants des salariés | 171 |
| b) La détermination des règles relatives à l’indépendance des représentants des salariés à l’égard de l’employeur | 172 |
| c) La détermination des règles relatives à la représentativité des représentants des salariés..... | 173 |
| 2. La détermination des règles relatives aux procédures de participation des salariés | 180 |
| Section 2 : L’intervention de l’Union européenne dans les relations professionnelles..... | 183 |
| Paragraphe 1 – La compétence de l’Union européenne en matière de représentation des salariés..... | 186 |
| A. Les droits sociaux fondamentaux inscrits dans la compétence de l’Union européenne | 186 |
| B. Les droits sociaux fondamentaux exclus de la compétence de l’Union européenne..... | 191 |
| Paragraphe 2 – Les directives relatives à la représentation des travailleurs dans l’entreprise | 195 |
| A. La participation des travailleurs à l’échelle communautaire..... | 197 |
| B. La participation des travailleurs à l’échelle nationale | 201 |
| Conclusion du Chapitre 2nd | 207 |
| Conclusion du Titre I | 209 |
| Titre 2 – La représentation des salariés saisie par les normes professionnelles | 211 |
| Chapitre 1^{er} – Le déclin des normes issues du pouvoir patronal en matière représentation des salariés | 215 |
| Section 1 : Les aménagements à l’initiative de l’employeur..... | 217 |
| Paragraphe 1 – La représentation des salariés face à l’omnipotence du chef d’entreprise | 217 |
| A. La représentation des salariés dans la conception contractuelle du rapport de travail et patrimoniale de l’entreprise..... | 218 |
| B. La représentation des salariés dans la conception institutionnelle de l’entreprise | 221 |

| | |
|--|------------|
| Paragraphe 2 – L'étendue du pouvoir normatif du chef d'entreprise en matière de représentation des salariés..... | 227 |
| A. La place résiduelle confiée aux normes issues du pouvoir patronal | 227 |
| 1. Les normes issues du pouvoir patronal : une source secondaire | 227 |
| 2. Le contre-pied : le choix de l'employeur de mettre en place la délégation unique du personnel ... | 233 |
| B. Les normes issues du pouvoir patronal soumis à un contrôle restrictif..... | 235 |
| Section 2 : La méfiance exprimée à l'encontre du pouvoir patronal | 236 |
| Paragraphe 1 – Les raisons : la représentation des salariés, un droit opposable à l'employeur | 236 |
| Paragraphe 2 : les conséquences : la mise au ban des normes patronales | 239 |
| A. L'interdiction faite à l'employeur d'apporter des restrictions par voie unilatérale..... | 239 |
| B. L'interdiction faite à l'employeur d'user de son pouvoir normatif dans les domaines régis par la loi..... | 242 |
| Conclusion du Chapitre 1^{er} | 249 |
| Chapitre 2nd – La représentation des salariés : objet de la négociation collective | 251 |
| Section 1 : L'habilitation des interlocuteurs sociaux en matière de représentation des salariés | 253 |
| Paragraphe 1 – Les acteurs habilités | 253 |
| A. Les habilitations légales de négocier collectivement : un pouvoir normatif concédé par la loi | 254 |
| 1. Les fondements du pouvoir d'édicter des normes d'habilitation | 254 |
| a) Un pouvoir d'habilitation fondé sur l'article 34 de la Constitution..... | 255 |
| b) Un pouvoir d'habilitation fondé sur l'alinéa 8 du Préambule de 1946 | 256 |
| 2. Les modes d'habilitation des interlocuteurs sociaux ouverts au législateur | 258 |
| a) L'habilitation à conclure des accords collectifs plus favorables que la loi..... | 258 |
| i. L'absence de valeur constitutionnelle du principe selon lequel un accord collectif peut contenir des dispositions plus favorables que celles des lois et règlements..... | 259 |
| ii. La portée constitutionnelle du principe fondamental selon lequel un accord collectif peut contenir des dispositions plus favorables que celles des lois et règlements..... | 261 |
| b) Le pouvoir d'habiliter les interlocuteurs sociaux à mettre en œuvre la loi | 263 |
| c) Le pouvoir d'habiliter les interlocuteurs sociaux à déroger à la loi | 266 |
| i. La nécessaire détermination légale de l'objet de la dérogation | 267 |
| ii. Les conditions de la dérogation | 268 |
| d) La loi expérimentale, un cas exceptionnel de législation déléguée | 270 |
| B. Le rôle du dialogue social dans le droit de l'Union européenne | 273 |
| 1. Le dialogue social européen et la participation des partenaires sociaux à l'élaboration de la législation européenne | 275 |
| a) Le dialogue social européen autonome | 275 |

| | |
|--|-----|
| b) Le dialogue social institutionnalisé | 277 |
| 2. Le principe d'autonomie des parties et la participation des partenaires sociaux à la mise en œuvre de la législation européenne | 279 |
| a) L'article 153 paragraphe 3 T.F.U.E..... | 280 |
| b) La mise en place négociée du comité d'entreprise européen et le principe d'autonomie des parties..... | 280 |
| Paragraphe 2 – Le domaine de compétence | 283 |
| A. La vocation première des conventions collectives : régir les relations individuelles de travail..... | 284 |
| B. Le champ des accords collectifs de travail défini par référence aux conditions de travail..... | 288 |
| a) La référence maintenue aux conditions de travail | 288 |
| b) La représentation des salariés : un domaine inclus dans les "conditions de travail" | 290 |
| C. Le champ ouvert à la procédure de concertation défini en référence aux relations collectives de travail | 293 |
| Paragraphe 3 – Les habilitations spéciales..... | 295 |
| A. Des lois spéciales | 296 |
| 1. La compétence d'attribution confiée aux interlocuteurs sociaux en matière de représentation des salariés..... | 296 |
| 2. Les habilitations spéciales intégrées à la compétence générale..... | 300 |
| a) La levée d'obstacles | 301 |
| b) L'avis du Conseil d'État du 22 mars 1973..... | 304 |
| c) Le revirement opéré par la Cour de cassation | 306 |
| B. Des accords spéciaux..... | 309 |
| 1. L'autonomie relative des protocoles d'accords préélectoraux | 310 |
| a) L'autonomisation de la négociation préélectorale..... | 310 |
| i. L'accord préélectoral, une variété d'accords collectifs | 310 |
| ii. Le particularisme des accords préélectoraux au sein du droit de la négociation collective et des accords collectifs de travail | 313 |
| b) L'interaction irréductible de la négociation préélectorale et de la négociation collective de droit commun | 317 |
| i. L'attraction inachevée de la négociation préélectorale vers le droit commun de la négociation collective | 317 |
| ii. La difficile autonomie de la négociation préélectorale depuis la loi du 20 août 2008 | 318 |
| 2. L'autonomie forte des accords instituant une représentation des salariés conformément au droit communautaire..... | 323 |
| Section 2 : L'affirmation de la dimension normative et statutaire des accords collectifs en matière de représentation des salariés | 328 |

| | |
|--|-----|
| Paragraphe 1 – La matrice contractuelle et patrimoniale des accords collectifs conclus en matière de représentation des salariés..... | 328 |
| A. L'influence du dualisme des conventions et des accords collectifs en raison de leur contenu..... | 329 |
| 1. Dualisme et nature juridique de la convention collective..... | 330 |
| 2. Dualisme et diversité au sein des conventions et des accords collectifs de travail..... | 333 |
| 3. Dualisme et contenu des conventions collectives | 335 |
| a) Le dualisme et le contenu des accords collectifs chez P. Durand | 335 |
| b) Le dualisme et le contenu de la convention collective dans la pensée d'auteurs contemporains | 336 |
| 4. Les apories du dualisme de la convention collective en raison de son contenu | 338 |
| B. La partie obligatoire au sein des conventions collectives : la persistance d'une corrélation entre le contenu de l'accord et son effet normatif..... | 341 |
| 1. Les traces dans les énoncés législatifs..... | 342 |
| 2. L'interprétation de l'ancien article L. 132-15 [art. L. 2261-4 C. trav.] retenue par la Cour de cassation 345 | |
| a) La jurisprudence antérieure à l'arrêt du 20 novembre 1991 : le temps de l'effet relatif des accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés..... | 345 |
| b) L'arrêt du 20 novembre 1991 : l'exception apportée à l'effet relatif des accords collectifs en matière de représentation des salariés | 349 |
| c) La réaffirmation postérieure du principe de l'effet relatif des accords collectifs en matière de représentation des salariés..... | 350 |
| Paragraphe 2 – La reconnaissance de la force normative des accords collectifs relatifs à la représentation des salariés..... | 353 |
| A. L'effet <i>erga omnes</i> reconnu aux accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés..... | 354 |
| 1. Les effets attachés à l'effet <i>erga omnes</i> | 354 |
| 2. Les raisons attachées à l'effet <i>erga omnes</i> des accords collectifs en matière de représentation des salariés..... | 357 |
| a) L'effet <i>erga omnes</i> justifié par le principe de l'unité de régime au personnel d'une même entreprise | 357 |
| b) L'effet <i>erga omnes</i> des accords collectifs en matière de représentation des salariés et l'intervention des interlocuteurs sociaux dans le domaine de la loi..... | 360 |
| i. L'arrêt Cégélec du 29 mai 2001 : l'effet normatif des accords ayant pour objet d'améliorer l'exercice du droit syndical et le fonctionnement des institutions représentatives du personnel..... | 360 |
| ii. Les protocoles d'accords préélectorales sont-ils dénués d'effet <i>erga omnes</i> ? | 362 |
| c) L'arrêt du 30 avril 2003 : l'effet <i>erga omnes</i> des accords collectifs en matière de représentation des salariés justifié par l'intérêt collectif des salariés | 366 |
| i. L'abandon de la jurisprudence Cégélec..... | 367 |

| | |
|--|------------|
| ii. L'intérêt collectif : critère de l'effet erga omnes des accords conclus en matière de représentation des salariés | 368 |
| B. L'effet impératif reconnu aux accords collectifs ayant pour objet la représentation des salariés | 375 |
| 1. Les effets attachés à l'effet impératif des accords collectifs de travail..... | 376 |
| 2. L'appréciation de l'effet impératif des accords collectifs en matière de représentation des salariés | 377 |
| a) L'adaptation des règles régissant l'effet impératif des accords collectifs aux relations collectives de travail..... | 377 |
| b) L'effet impératif de l'accord collectif et l'encadrement des autres niveaux de négociation | 380 |
| Conclusion du Chapitre 2nd | 387 |
| Conclusion de Titre 2 | 389 |
| Conclusion de la Partie 1 | 391 |
| Seconde partie – Articulation | 393 |
| Titre 1 – La garantie du droit à être représentés finalité de l'articulation des sources | 395 |
| Chapitre 1^{er} – L'ordre public social : une garantie perfectible | 397 |
| Section 1 : La notion d'ordre public social..... | 398 |
| Paragraphe 1 – L'ordre public social : mécanisme d'habilitation ou mécanisme d'éviction ? | 398 |
| Paragraphe 2 - Ordre public social et principe de faveur : les raisons d'une distinction | 401 |
| Section 2 : L'articulation des normes imposée par l'ordre public social..... | 408 |
| Paragraphe 1 – L'identification des lois d'ordre public social en matière de représentation des salariés | 409 |
| A. La perfectibilité : critère de l'ordre public social..... | 409 |
| B. Les avantages en matière de représentation des salariés | 413 |
| Paragraphe 2 – L'articulation des sources de la représentation des salariés régie par la règle de faveur..... | 416 |
| A. Les termes de la comparaison | 416 |
| 1. L'identité d'objet de la loi et de l'accord collectif : le critère de la nature de l'institution..... | 416 |
| 2. L'application de la méthode analytique de comparaison..... | 419 |
| 3. La preuve du caractère plus favorable..... | 422 |
| B. Une appréciation faite en fonction de l'intérêt des salariés | 426 |
| 1. Une appréciation réalisée en fonction de l'intérêt de l'ensemble des salariés ou de l'intérêt individuel du salarié ? | 426 |
| 2. Une appréciation en fonction de l'intérêt collectif des salariés justifiée par l'essence collective des avantages en jeu..... | 428 |
| Conclusion du Chapitre 1^{er} | 431 |
| Chapitre 2nd – L'ordre public absolu : une garantie intangible | 433 |

| | |
|---|------------|
| Section 1 : Les rapports d'exclusion..... | 435 |
| Paragraphe 1 – L'ordre public absolu et les frontières du négociables..... | 435 |
| Paragraphe 2 – Les domaines relevant de l'ordre public absolu | 438 |
| A. L'ordre public absolu et les fonctions régaliennes de l'État | 438 |
| 1. L'indisponibilité de la compétence des autorités publiques | 439 |
| a) L'interdiction absolue de modifier la compétence des autorités publiques par voie conventionnelle | 439 |
| b) La nature de l'institution : limite de la compétence des autorités publiques | 440 |
| 2. L'indisponibilité de la matière pénale | 443 |
| B. Les lois d'ordre public absolu : marque de l'interventionnisme étatique dans les relations de travail | 448 |
| 1. Le pouvoir de représentation reconnu aux syndicats professionnels..... | 448 |
| 2. Les modes de désignation des institutions de représentation des salariés créées par la loi | 455 |
| Section 2 : Les rapports de prévalence | 458 |
| Paragraphe 1 - Les rapports de prévalence en matière de droit syndical..... | 459 |
| A. La liberté syndicale dans sa dimension individuelle et l'exigence d'égalité | 459 |
| 1. La liberté syndicale et l'effet erga omnes des accords collectifs..... | 460 |
| 2. La liberté syndicale et l'interdiction des discriminations fondées sur l'appartenance syndicale | 462 |
| B. L'exigence d'égalité entre organisations syndicales..... | 467 |
| 1. L'encadrement de la liberté conventionnelle par l'exigence d'égalité entre organisations syndicales..... | 467 |
| 2. L'application des conventions collectives face à l'exigence d'égalité entre organisations syndicales..... | 474 |
| Paragraphe 2 - Les rapports de prévalence en matière de représentation des salariés dans l'entreprise | 478 |
| A. La prévalence des règles en matière électorale | 478 |
| 1. La prévalence des règles relatives au corps électoral..... | 479 |
| 2. Le respect des principes généraux du droit électoral..... | 480 |
| B. La prévalence du principe de l'effet utile..... | 483 |
| 1. L'effet utile d'une représentation des salariés et les accords collectifs relatifs à la mise en place et à la désignation des institutions de représentation des salariés..... | 483 |
| 2. L'effet utile de la participation des salariés au processus décisionnel et les accords collectifs relatifs au fonctionnement et aux pouvoirs des comités d'entreprise | 489 |
| a) La teneur du principe de l'effet utile des procédures de participation des salariés | 490 |
| b) La prévalence du principe de l'effet utile | 492 |
| Conclusion du Chapitre 2nd | 497 |
| Conclusion du Titre 1^{er} | 501 |
| Titre 2 – La production normative : finalité renouvelée de l'articulation des sources | 503 |
| Chapitre 1^{er} – L'articulation des légitimités | 505 |

| | |
|--|-----|
| Section 1 : La légitimité de l'auteur de la norme | 506 |
| Paragraphe 1 ^{er} – La recherche du consensus par l'accord unanime des syndicats..... | 507 |
| A. L'absence de spécificité de la négociation préélectorale au regard de l'exigence d'unanimité | 508 |
| 1. L'unanimité en matière électorale..... | 508 |
| a) L'apparition de l'unanimité des accords préélectoraux sous l'empire des lois des 16 avril et 16 mai 1946..... | 509 |
| b) L'exigence d'unanimité renforcée dans la loi du 28 octobre 1982..... | 512 |
| c) L'exigence d'unanimité depuis la loi du 20 août 2008..... | 513 |
| 2. L'unanimité par-delà la négociation préélectorale | 514 |
| a) En matière de représentation élue des salariés | 514 |
| b) En matière de représentation syndicale..... | 515 |
| B. L'unanimité et la conception contractuelle des accords collectifs en matière de représentation des salariés | 516 |
| 1. Les justifications traditionnelles apportées au soutien de l'exigence d'unanimité | 516 |
| 2. Le consentement : un attribut de la personnalité morale du syndicat | 519 |
| 3. Le consentement : une condition de l'effet obligatoire des accords..... | 520 |
| Paragraphe 2 – La recherche du consensus par l'accord "majoritaire" des syndicats | 523 |
| A. La diffusion de l'exigence majoritaire | 524 |
| 1. Les accords collectifs relatifs à la représentation des salariés soumis au droit commun de la négociation collective..... | 524 |
| a) Les règles d'entrée en vigueur des accords collectifs de travail de droit commun | 524 |
| b) Les accords collectifs relatifs à la représentation des salariés soumis au droit commun de la négociation collective..... | 526 |
| 2. La déclinaison de l'exigence majoritaire et les accords spéciaux en matière de représentation des salariés..... | 530 |
| a) La déclinaison de l'exigence majoritaire en matière électorale | 530 |
| i. La règle de la double exigence majoritaire..... | 531 |
| ii. La double exigence majoritaire : droit commun de la négociation préélectorale | 532 |
| iii. Les doutes persistants entourant la détermination conventionnelle des cadres de représentation | 534 |
| b) L'exigence majoritaire et les accords instituant une représentation des salariés prévus par le droit de l'Union européenne..... | 540 |
| B. L'exigence majoritaire et la conception statutaire et normative des accords collectifs sur la représentation des salariés | 544 |
| Section 2 : Une procédure loyale..... | 548 |
| Paragraphe 1 – Loyauté et participation au processus décisionnel | 551 |

| | | |
|----|---|------------|
| A. | L'invitation à négocier | 551 |
| 1. | L'invitation de l'ensemble des parties intéressées à la négociation collective : un principe général de la négociation collective | 551 |
| 2. | L'invitation des parties intéressées aux négociations sur la représentation des salariés..... | 553 |
| B. | L'interdiction des négociations séparées..... | 558 |
| | Paragraphe 2 – Loyauté et temporalité du processus décisionnel | 561 |
| A. | Les obligations d'informer et de consulter..... | 561 |
| B. | L'obligation de négocier..... | 566 |
| | Conclusion du Chapitre 1^{er} | 569 |
| | Chapitre 2nd – L'articulation des espaces de production normative | 571 |
| | Section 1 : Logique de déconcentration et fondation des espaces de production normative | 573 |
| | Paragraphe 1 – La déconcentration vers la branche | 575 |
| A. | L'encadrement par l'accord de branche de la négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux..... | 577 |
| B. | L'encadrement par la branche de l'articulation des normes conventionnelles | 579 |
| | Paragraphe 2 – La déconcentration vers l'entreprise | 583 |
| A. | Une déconcentration justifiée par les spécificités de l'entreprise | 583 |
| B. | La négociation d'entreprise exclut-elle la négociation de branche ?..... | 587 |
| | Section 2 : Logique de décentralisation et coordination des espaces de production normative..... | 589 |
| | Paragraphe 1 – L'encadrement de la négociation collective par les interlocuteurs sociaux : à la recherche de l'autonomie collective | 591 |
| | Paragraphe 2 – L'encadrement des processus décisionnels d'entreprise : à la recherche de l'autoréglementation de l'entreprise | 595 |
| A. | L'entreprise : le devenir d'un espace normatif..... | 596 |
| B. | L'encadrement négocié des processus décisionnels d'entreprise | 598 |
| 1. | L'encadrement négocié des processus décisionnels liés au pouvoir de direction de l'employeur : les accords dits de méthode..... | 599 |
| 2. | L'articulation négociée des processus décisionnels et l'émergence du réseau : l'exemple des entreprises transnationales..... | 608 |
| a) | La négociation transnationale et l'articulation des procédures d'information consultation | 609 |
| b) | La négociation transnationale et l'articulation des espaces de négociation par voie conventionnelle | 612 |
| | Conclusion du Chapitre 2nd | 615 |
| | Conclusion du Titre 2 | 617 |

| | |
|---|------------|
| Conclusion de la seconde partie | 619 |
| Conclusion générale | 621 |
| I – La structuration juridique du système de représentation des salariés..... | 621 |
| II – La dynamique de l’agencement des sources | 623 |
| Bibliographie indicative | 629 |
| I - Ouvrages généraux, manuels, études | 629 |
| II – Ouvrages spéciaux, thèses, monographies et rapports..... | 632 |
| III – Articles et chroniques..... | 644 |
| IV – Conclusions, rapports et notes de décisions de justice | 683 |
| Index | 703 |